

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría
En Derecho Procesal**

**Mención:
Magíster en Derecho Procesal**

“La oralidad en los procesos laborales y de la niñez y adolescencia”.

Pablo Fernando Valverde Orellana

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad. Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial. Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Pablo Valverde Orellana
diciembre 2007

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría
En Derecho Procesal**

**Mención:
Magíster en Derecho Procesal**

“La oralidad en los procesos laborales y de la niñez y adolescencia”.

Pablo Fernando Valverde Orellana

Tutor: Dr. Ernesto Albán Gómez

Cuenca-2007

Abstract

Puesto en vigencia el Código de la Niñez, así como reformado el Código de Trabajo, a través de este estudio pretendo analizar si estos cuerpos legales guardan la suficiente coherencia y armonía con los principios constitucionales que deben gobernar el sistema procesal, y si en la práctica ha posibilitado su real vigencia.

Examino cuál es la conducta de los diferentes actores en el quehacer jurídico, y cuál ha sido su aporte frente a las reformas que se han implementando, combinándole con las principales propuestas doctrinarias. Descompuestas algunas fases de los procedimientos, establezco el diferente tratamiento que han tenido las dos materias del derecho propuestas, lo que nos permite diferenciar que el trato dado por el legislador no ha sido igual, para poder detectar y encontrar las causas que son determinantes, para que los principios constitucionales no alcancen el posicionamiento deseado.

Destaco cambios que se han producido, como por ejemplo en la infraestructura física de la Función Judicial, la implementación de sistemas informáticos, lo que permite una mejor rendición de cuentas a la sociedad, y a la par decisiones de los Tribunales de Justicia en temas específicos, para poder demostrar que la actuación de los jueces está divorciada en muchas ocasiones de sus poderes-deberes, y cuáles podrían ser las soluciones comparándolas con cuerpos legales de otros países, todo lo cual persigue demostrar que si se ha hecho, pero también falta mucho por hacer para posibilitar que este gran paso de implementar la oralidad en nuestro país, continúe y alcance los objetivos propuestos.

Dedicatoria:

A: Alberto y Bertha, mis queridos padres, por todo su sacrificio y acompañamiento. A mis hijos Mateo y Paula, cuya luz y sonrisa hacen más fáciles los caminos. A Cata, por toda su comprensión y apoyo. A mis queridos hermanos y sobrinos, por permitirme ser parte de sus vidas. A mis profesores y compañeros de aula, por sus enseñanzas y preocupaciones compartidas. Y, a todos los usuarios del poder judicial que me han permitido servirles. Muchas gracias.

INTRODUCCION

La Constitución Ecuatoriana expedida por la Asamblea Nacional Constituyente en 1998, a la par que establece los principios de aplicación obligatoria en todo procedimiento, en su disposición transitoria vigésima séptima, manda que la implementación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema. Y, si el Congreso Nacional no expidiere las leyes que prevé la Constitución en el plazo fijado, el Presidente de la República enviará al Congreso los correspondientes proyectos de ley que seguirán el trámite de los calificados como de urgencia económica, conforme reza la disposición transitoria vigésima cuarta.

Han transcurrido nueve años de la vigencia de la Constitución y el trámite oral se ha implementado en material penal, niñez y adolescencia y, laboral, en el orden que se deja establecido. La norma constitucional exige su concretización por parte del legislador, y ante su incumplimiento, le toca plasmarla al poder ejecutivo. La inobservancia de los dos poderes del estado es evidente, y su omisión frustra las expectativas de poder ver plasmado en todas las materias del derecho, un sistema que permite conforme lo va demostrando la práctica y lo reconoce la doctrina, que los principios que deben gobernar todo procedimiento y que constan en la Constitución tengan una efectiva vigencia, lo que trae como consecuencia que subsistan dos sistemas: el antiguo cuyo predominio es la escritura y el actual llamado oral, que no es un sistema puro pero indudablemente existe un predominio o lo gobierna la oralidad.

La implementación de la oralidad en materia penal se dio en el año 2002, pero, el cambio no se refería únicamente a si se desterraba el sistema escriturario, se pasaba de un sistema inquisitivo fundamentalmente escriturado a un sistema acusatorio, por lo que el análisis de las reformas en esta materia van más allá del objetivo de este trabajo. Por lo tanto, nos limitaremos al análisis de los efectos producidos por la implementación de la oralidad en lo laboral y en la niñez y adolescencia, tomando en cuenta la especialización de las materias y el campo social al que se pertenecen, sin que esto impida resaltar, que dados los desajustes propios que se producen cuando de cambios de procedimiento y forma de trabajar se trata, en materia penal han existido grandes esfuerzos para que, a la par de ir ajustando el nuevo procedimiento en cuanto este es acusatorio y no inquisitivo, se ha tratado de darle vida en forma efectiva, en todas las etapas del proceso a la oralidad consagrada en la Constitución.¹

Resulta necesario constatar en la práctica, si las reformas implementadas en las dos materias puntualizadas, responden a los principios constitucionales y si estas van consiguiendo los objetivos que tuvo el Asambleísta primero y luego el legislador, siendo esencial encontrar respuestas en cuanto a los resultados de su implementación, la voluntad y visión demostrada por los diferentes actores, y si han producido verdaderos cambios en la práctica procesal para que las materias,

¹ En la ciudad de Cuenca por ejemplo se implementó desde el año 2004 audiencias para resolver la situación de flagrancia delictual, lo que provocó grandes reparos con el argumento principal de que en la ley no estaban previstas. Los fundamentos de esta actuación procesal y que constan en las actas que se elaboran en los juzgados penales, son los artículos 18, 24, 194 y 272 de la Constitución de la República del Ecuador, 10 de la Declaración de los Derechos Humanos, 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, 7 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Criticada dicha actuación y transcurridos tres años, ahora es destacada como positiva, por el resguardo a las garantías ciudadanas y por haber reducido a cero el índice de personas detenidas por más de veinte y cuatro horas sin resolver su situación jurídica, como se puede analizar en las publicaciones “Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal” y “Justicia y Sociedad” de la Fundación Esquel, Fondo de Justicia y Sociedad de agosto de 2006 y mayo del 2007 respectivamente. Hoy se quiere replicar esta actuación, en otros distritos judiciales del país.

encuentren el justo y adecuado tratamiento y la justicia funcione en los términos exigidos por la colectividad. Esto permitirá aprovechar la experiencia y resaltar los puntos a ser tomados en cuenta, para efectos de que al implementarse en las materias que faltan, se considere el camino recorrido y puedan incorporarse, con sentido de tiempo, oportunidad y eficacia, los ajustes necesarios.

1.- El Art. 192 de la Constitución de la República del Ecuador: su significado y aplicación en nuestro sistema jurídico.-

Todas las personas que han requerido de la Administración de Justicia algún momento de su vida, se preguntarán constantemente qué hace el Estado para que los problemas que están sometidos a una resolución judicial, puedan tener una atención oportuna y eficaz. Concurrir a un juzgado en cualquier materia, dará la posibilidad de constatar la cantidad de trabajo existente, las diligencias que se cumplen en el día a día, el ir y venir de papeles, que, en muchos, habrá provocado sentimientos de frustración, desaliento e impotencia. Los expertos y entendidos en materia de derecho, tendrán muchas respuestas del por qué ocurre aquello, el neófito en la materia, empezará por preguntarse cómo es posible que incluso en los textos legales se acepte y admita la posibilidad procesal, vista como la conducta de una de las partes en un proceso, de que si es posible jurídicamente *retarda*² el curso del litigio.

² Art. 99 del C. de P. Civil, define a las excepciones dilatorias, como aquellas que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo. Antes de las reformas al Código de Procedimiento Civil, promulgadas en el Registro Oficial N ° 753 de 20 de diciembre 1978, en el juicio ordinario eran de previo y especial pronunciamiento y si eran aceptadas ponían fin al juicio, lo que no impedía que se pueda proponer una nueva demanda, en la que se discuta los asuntos de fondo. Las reformas establecieron que tanto las excepciones dilatorias como las perentorias, deben resolverse en la sentencia definitiva, con la motivación de que la división de las resoluciones en dos etapas, fue aprovechado por muchos litigantes para retardar la tramitación y decisión del juicio. Conforme anota el Dr. Juan Falconí Puig: “a la postre este sistema puede resultar más seguro y económico en términos procesales, pues más riesgo existe, inclusive por la prescripción, que en sentencia de última instancia se acoja una excepción dilatoria que excluya el pronunciamiento sobre el asunto de fondo”. Juan Falconí Puig, *Código de Procedimiento Civil*, Segunda Edición, Guayaquil, Edino, 1991, p. 79. Posición contraria la tiene el Dr. Emilio Velasco Céleri: “En 1978 se procedió a una nueva reforma, aunque no muy seria y meditada, pero logró desterrar lo inútil y anticuado y eliminó, los obstáculos como la tramitación en dos fases de las excepciones dilatorias y perentorias...”. Emilio Velasco Céleri, *Sistema de Practica Procesal Civil, Tomo 4*, Quito, Pudeleco, 1996, p. 12. La doctrina lo ha denominado el despacho saneador, vinculado a la audiencia preliminar está incorporado en el Código Procesal Civil Modelo, “tiene la función de sanear el proceso, resolviendo las excepciones procesales y examinando la existencia de los presupuestos procesales y posibles nulidades, a fin de evitar su planteo o examen tardío, en defensa del principio de celeridad”. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, p. 83, Segunda Edición.

¿Será posible crear normas que posibiliten una solución a los muchos problemas que le aquejan a la Administración de Justicia?, ¿Es posible que la Constitución de un Estado se preocupe de establecer principios mínimos en garantía de los ciudadanos respecto a lo que tiene que ser un procedimiento judicial?. Estas interrogantes creo yo, han rondado en forma constante y dieron paso a que en algunas Constituciones se establezcan caminos por los que se tiene que transitar en materia procesal, partiendo de aquellas realidades como el retardo en la tramitación, la complejidad de las causas sometidas a resolución de los jueces, el papel que deben cumplir sus protagonistas frente a la posible solución del conflicto, y cuáles han sido los aportes doctrinarios que respondiendo a sitios geográficos distintos, nos despertaban en un mundo globalizado con idénticas problemáticas que requieren un actuar mancomunado, institucional y personal para la transformación, exigida por un mundo en movimiento perpetuo que pretende desterrar la indolencia, el conformismo y la impavidez.

“El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de Justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”, manda el Art. 192 de nuestra Constitución, canalizando en consecuencia, el deber ser de toda norma de procedimiento, a ser observada por el legislador al dictar las normas, analizando los límites que le han sido impuestos, y que constituye el punto de partida obligado. Por ello quizá, se hace especial referencia a su texto, en los

considerandos al expedirse leyes en el Congreso Nacional, o resoluciones por parte del Consejo Nacional de la Judicatura y Corte Suprema de Justicia.³

No es patrimonio exclusivo de nuestro país, que a los principios que gobiernan el sistema procesal hayamos optado por darle rango y protección constitucional. Las Constituciones de diferentes países han recogido los principales cambios que se producen en el planeta , para posibilitar un verdadero Estado de Derecho, por ello Edgardo Villamil refiriéndose a lo sucedido en Colombia sostiene: “es inocultable, como dato sociológico, que el advenimiento de la Constitución de 1991 generó un cambio en la forma de ver el derecho y la justicia, en particular configuró un acercamiento de ella al ciudadano que en su cotidianidad pudo provocar debates de la honda repercusión [...] concitaron una demanda adicional de justicia, no sólo nueva en el contenido y naturaleza de los reclamos, sino inédita en sus volúmenes”.⁴

Siendo el Ecuador un estado social de derecho,⁵ y considerando a la Constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, y sabiendo que la parte orgánica adquiere sentido cuando aplicamos los principios y derechos de su parte dogmática, observaremos que en ella se establecen las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las Instituciones democráticas, de tal manera que el individuo constituye el principio y fin de la vida social. Los principios generales respecto de la Función Judicial a partir del Art. 191, nos

³ Véase por ejemplo en los considerandos al expedirse el Código de Procedimiento Penal, R. O. Suplemento 13/01/2000, Resoluciones del Consejo Nacional de la Judicatura para el funcionamiento de los juzgados corporativos R. O. 05/11/2003, Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, sobre los juicios penales por infracciones de tránsito y el Nuevo Código de Procedimiento Penal; y, Ejecución de la sentencia condenatoria en el juicio laboral, R. O. 31/07/2001; y, 11/07/2000 respectivamente.

⁴ Edgardo Villamil, “Bloque de Constitucionalidad una mirada alternativa” en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogota, Universidad Libre Colombia, 2005, p. 148.

⁵ Art. 1 de la Constitución Ecuatoriana.

remiten, en forma obligatoria, a otras disposiciones constitucionales, el Art. 192 anotado, en forma clara determina que el sistema procesal tiene que hacer efectivas las garantías del debido proceso, cuyas garantías básicas pero sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia, las encontramos en el Art. 24 de la Constitución.

Los derechos y garantías determinados en la Carta Política y en los instrumentos internacionales vigentes, son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, en cuanto a la interpretación, se estará a la que más favorezca su efectiva vigencia, sin que ninguna autoridad pueda exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. Tampoco nos está permitido alegar falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos, desechar la acción por esos hechos o negar el reconocimiento de tales derechos, sin que las leyes puedan restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, todo lo cual nos enseña y manda el Art. 18 de la Carta Suprema.

A la par que tenemos derechos, la Constitución también se preocupó de establecer mínimos deberes y responsabilidades en el Art. 97, debiendo destacarse para efectos de este trabajo, el de respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque, trabajar con eficiencia, estudiar y capacitarse, decir la verdad, practicar la justicia y solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus bienes y servicios, asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad conforme a la ley, ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética. Y cuando nos

referimos a la función pública, debemos tener presente que no estamos exentos de responsabilidades por los actos u omisiones en el ejercicio de las funciones; y, que el ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.

La Función Judicial es una Institución del Estado, sus órganos son la Corte Suprema de Justicia; las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley; y, el Consejo Nacional de la Judicatura que es el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial, no tiene competencia para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, son a los dos primeros que señala la norma constitucional a quienes les corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y ante ellos, pueden ser impugnados los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones del Estado, son independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones, sin que ninguna función pueda interferir en los asuntos propios de aquellos, los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aún frente a los demás órganos, solo están sometidos a la Constitución y la ley, la Corte Suprema actúa como Corte de Casación.⁶

El Art. 272 establece la supremacía constitucional, el 273 la obligación de jueces y autoridades administrativas de aplicar las normas constitucionales que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente; y, el 274 posibilita el control difuso, facultando a que los jueces en las causas que conozcan, puedan declarar inaplicable de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios

⁶ Arts. 118, 191, 196, 198, 199, 200 y 206 de la Constitución del Ecuador.

internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, lo que tendrá fuerza obligatoria en la causa que se pronuncie, debiendo presentarse un informe de la declaratoria de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, organismo que resolverá con carácter general y obligatorio.

Las leyes procesales deben procurar la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad en los trámites; y, la sustanciación de los procesos que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación, tal como mandan los artículos 193 y 194 de la Constitución, los que complementan y desarrollan en forma más amplia el deber ser de la norma procesal, para posibilitar que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia. Y este es el mensaje que puede, y debe, orientar el comportamiento del legislador, del juez y las partes, para poder asegurar una convivencia pacífica y resolver los conflictos que permitan la paz social, por ello se afirma: “La finalidad del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales no es otra que lograr la pretendida justicia, reconocida en la carta política como valor superior del ordenamiento jurídico”⁷; y, las normas procesales constituyen también el desarrollo de la garantía constitucional de la tutela efectiva que la encontramos en el numeral 17 del Art. 24, derecho de contenido complejo y conforme nos enseña Javier Pérez Royo teniendo como fundamento el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español, se lo debe ordenar en torno a tres aspectos: acceso a la justicia, obtención de un fallo y ejecución del mismo.⁸

⁷ Carlos Colmenares, *Bloque de Constitucionalidad en materia Procesal Civil, en XXVI Congreso...* p. 178.

⁸ Véase al respecto Javier Pérez Royo, “*Curso de Derecho Constitucional*”, Octava Edición, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 490, criterio compartido por Jesús González Pérez que expone: “El Derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo,

Establecido el marco constitucional que debe ser observado respecto a las normas procesales, y siendo imperativo por mandato constitucional la implementación del sistema oral, esto debe obedecer también a que cumplamos eficientemente los Tratados Internacionales que los hemos ratificado y que se refieren a la oralidad como son, el Pacto de San José o Convención Americana, que en su Art. 8, numeral 1, al tratar de las garantías judiciales manda: "Toda persona tiene derecho a ser *oída* con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable", o, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 14 numeral 1: "Toda persona tendrá derecho a ser *oída* públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...". Es importante destacar, que no ha sido únicamente la Constitución que nos rige la que ha propuesto que el sistema procesal debe ser oral, la diferencia quizá radica que en constituciones anteriores establecían una norma discrecional, la actual es imperativa⁹ y consagra nuevos principios que permiten replantearse los programas constitucionales anteriores en materia procesal.

Haciendo referencia al marco fundamental de la Administración de Justicia en la Constitución de 1978 y sus reformas, hasta la codificación de 1998, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, destaca algunos principios inherentes a la función judicial, de los cuales nosotros subrayamos: de la función del sistema procesal:

una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia". Jesús González, *El Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Madrid, Civitas, 2001, p. 57.

⁹ Constitución de 1945, Art. 93: "Las leyes procesales propenderán a la simplificación y eficiencia de los trámites, adoptando en lo posible el sistema verbal, e impedirán el sacrificio de la justicia por sólo las formalidades legales"; Constitución de 1967, Art. 200: "...las leyes procesales procurarán la simplificación y eficacia de los trámites, adoptarán en lo posible el sistema oral, y nunca se sacrificará la justicia a la sola omisión de formalidades" (texto cuyo espíritu se ha mantenido en las posteriores constituciones); Art. 64 numeral 14: "los conflictos individuales de trabajo se tramitarán en juicio oral en la forma que determine la ley".

medio para la realización de la justicia; del imperio de la justicia por sobre la ritualidad; de la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites; de la oralidad “en lo posible”; de la responsabilidad administrativa y civil por el retardo judicial.¹⁰

Es necesario analizar las reformas implementadas en materia de niñez y adolescencia, así como en lo laboral, para efectos de poder concluir si estas responden a no a la normativa constitucional. Los cambios y sus consecuencias deben ser analizados en forma integral, estudiando la conducta asumida por las personas involucradas y las respuestas que han tenido por parte del usuario, ciudadano que, ejerciendo su derecho constitucional de acceso a los órganos judiciales, quiere obtener de ellos, la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses. Mirando aquellos resultados podremos observar si se han ido rompiendo viejos paradigmas que han sido la base de decisiones que tienen como pilar la legalidad, sacrificando en consecuencia lo importante, la justicia.

La oralidad por si sola no constituye un fin, es un medio que quizá se ha visto como el mejor confrontándolo con el sistema en el que predomina el escrito, para que el proceso cumpla su finalidad, y es el que de mejor manera posibilita la vigencia de los otros principios constitucionales. Y si el derecho es un instrumento para la seguridad, y el proceso está llamado a proteger los derechos y darle eficacia al ordenamiento jurídico, se lo tiene que continuar trabajando, para que cumpla su cometido de darle vida al derecho material, tal como nos enseña Calamandrei: “El derecho procesal tiene, pues, frente al derecho sustancial, carácter instrumental, encontrándose con él en relación de medio a fin: pero se

¹⁰ Santiago Andrade, y otros, *La estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Serie “Estudios Jurídicos”, Volumen 24, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 211.

trata de una instrumentalización necesaria, en cuanto para obtener providencia jurisdiccional sobre el mérito, no hay otro camino que el de la rigurosa observancia del derecho procesal".¹¹ En concordancia con lo expuesto, nuestro máximo Tribunal de Justicia, se ha pronunciado:

"La ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación de las normas objetivas materiales y, además son instrumentales porque sirven de instrumentos para la relación del derecho objetivo en casos determinados, singulares y concretos. De ahí que, en definitiva, el derecho procesal es un derecho público formal, instrumental y de medio autónomo, de superlativa importancia y de imperativo cumplimiento".¹²

La experiencia nos demuestra que la sola declaración de la Constitución no ha sido suficiente, no se han instrumentalizado los mecanismos que permitan que los principios del sistema procesal tengan concreción en forma general, y en las materias en las que rige la oralidad ha denotado avances importantes, que no puede retroceder y que nos permitirá cumplir aquel consejo:

"el proceso para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre -y no el

¹¹ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal según el nuevo Código*, Volumen I, Buenos Aires, EJE, 1962, p. 348.

¹² Gaceta Judicial, Año LXXXII, Serie XIII, N° 13, p. 2977

hombre al servicio del proceso- para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz y la justicia”.¹³

Las transformaciones en materia procesal en nuestro continente y sobre todo respecto a la oralidad, no solo constituyen un avance en la técnica procesal, sino que también están dirigidas a posibilitar una mejor Administración de Justicia, impulsadas a partir de la aprobación en 1988 del Código Tipo Procesal Civil para Iberoamérica, cuyos antecedentes destaca Augusto Morillo,¹⁴ que fuera adoptado rápidamente en Uruguay cuando se expidió el Código General del Proceso en 1989, y que ha servido, sin duda, de antecedente obligado de Códigos expedidos en países como Perú y Brasil.

Con lo anotado, entramos entonces a analizar el estado actual de las reformas implementadas y sus perspectivas, la tensión existente entre el ser y deber ser, sólo así podremos concluir si estamos por el camino correcto, Perez Royo al respecto nos enseña: “Esta es la cuestión de excepcional importancia en todo el mundo del derecho en general. Encontrar el punto de equilibrio entre la realidad social y el mandato jurídico, entre cómo las cosas son y cómo la norma dice que deben ser, es la cuestión clave de la que depende el éxito o fracaso de la norma [...]” (P. Royo, 2002: 106-107).

¹³ Reinaldo Bustamante, *Derechos Fundamentales y proceso justo*, Lima, ARA Editores, 2001, p. 69.

¹⁴ “Los proyectos de Códigos modernos de Couture para su Uruguay en 1945 y antes el de David Lascano para la provincia de Buenos Aires (La Plata, 1935) constituyeron en su época por demás encomiables iniciativas que han dado sus frutos en la misma centuria en el Código tipo para Iberoamérica aprobado en Río de Janeiro en 1988 y que se recepitó en Uruguay, un año después en el Código General del Proceso”. Augusto Morillo, *El Proceso Civil Moderno*, La Plata, Librería Editora Platense, 2001, p. 137.

2.- Los principios de inmediación, celeridad, eficiencia, dispositivo y de concentración en el sistema procesal oral por audiencias.- Los principios constitucionales que deben gobernar el procedimiento, pretenden y están encaminados a darle la debida correspondencia y armonía; y, las normas procesales deben darles efectividad. Previo a realizar el estudio de los principios constitucionales que miran a la organización del proceso, se hace necesario un diagnóstico que posibilite conocer las condiciones en las que se desenvuelve el quehacer jurídico en nuestro país, como nos recuerda Véscovi, el estudio histórico de los procesos, nos ha mostrado como los principios han sido sucesivamente admitidos, rechazados y vueltos a instaurar¹⁵, y dependerá de las condiciones en las que nos desenvolvamos y las actitudes que asumamos, para lograr o no su posicionamiento en nuestro sistema procesal.

2.1 Antes y después de las reformas.- Producido el cambio en la legislación para instrumentar el mandato constitucional, cabe reflexionar en primer lugar si existió una voluntad coherente, estudiada y planificada, para posibilitar el éxito en su implementación. La puesta en vigencia de una ley exige sin duda pasos previos como el análisis de todo el universo donde va a ser aplicada, conocer a profundidad los recursos humanos y técnicos con los que se cuenta, dar el apoyo económico necesario, teniendo como base las estadísticas y estudios anteriores realizados, con ello tendremos parámetros mínimos que posibilitará allanar el camino para su vigencia. Si un problema nos aqueja, es obvio que la solución tiene

¹⁵ “Así encontramos una lucha, que se repite sin cesar, entre oralidad y escritura, entre celeridad y la búsqueda de mayores garantías que conducen a retardar los trámites, entre libertad de formas y sujeción a estas, entre el predominio de las partes o del juez en la dirección del proceso, entre tarifa legal y libre apreciación de la prueba, entre unidad y multiplicidad de instancias, etc. Toda reforma ha tenido, a menudo, como consecuencia, luego de un período más o menos prolongado, una propensión a ser modificada volviendo al sistema anterior”. (E. Véscovi, 1999: 44).

que ser coherente, eficaz, práctica y realizable. La doctrina al respecto ya se ha pronunciado:

“La redacción de un Código no es una obra académica, sino una obra política. No tiene por finalidad consagrar principios de cátedra sino solucionar los problemas que la realidad social, económica, cultural y ética presentan al legislador. Ningún proceso de reforma debe iniciarse sin realizar previamente un examen crítico, con la mayor objetividad que sea posible, de las realidades de tiempo y de lugar dentro de las cuales la nueva ley debe regir. Sólo después de ese examen debe comenzarse a planear la obra y a elegir aquellas soluciones técnicas que mejor sirvan a las exigencias del tiempo”.¹⁶

Coherente con este pensamiento, en un estudio realizado en nuestro país en el año de 1995 por parte del Dr. Rodrigo Jijón Letort y que se refiere a la posibilidad de implementar la oralidad en el proceso civil ecuatoriano, se aconseja que un proceso de reforma en este sentido requería la suficiente difusión y apoyo académico y político; que a la cabeza de la reforma debe estar la Corte Suprema de Justicia para, con el apoyo de las Escuelas de Derecho, diseñar un programa de educación que permita resaltar las ventajas del nuevo sistema para cada uno de los involucrados en el quehacer judicial y la sociedad.

Se plantea el aumento del número de jueces, teniendo como punto de referencia la experiencia Uruguay donde un juez capacitado y especializado puede resolver 200 causas orales al año por lo que al establecerse el nuevo sistema, se ordenó que los nuevos jueces conocerán las causas con el nuevo

¹⁶ Eduardo Couture, *Proyecto del Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, Impresora Uruguaya, 1945, p.31.

Código y los anteriores seguían en funciones hasta despachar los casos ya iniciados, habiéndose duplicado el número de jueces para el éxito de las reformas. Se propone capacitación al aspirante a juez y al que ya está en funciones, adaptación de los juzgados, difundir la oralidad a través de seminarios o paneles coordinados por los Colegios de Abogados, rediseñar los programas de formación de Abogados en las Universidades para que adquieran las habilidades y destrezas que el proceso requiere.¹⁷

En nuestro país se acostumbra quizá lo contrario, primero se promulga la ley y luego se pretende analizar cuáles son los resultados e ir solucionando los problemas que se presenten en el camino. Se debe promover un debate previo que cuente con la opinión de las partes involucradas y cuyos aportes se hacen necesarios como son los de la Academia, Colegio de Abogados, funcionarios judiciales, proceso que debe procurar el análisis del todo, que involucre a todos, para posibilitar la socialización del derecho y su quehacer, tarea que sin duda nos apega a la ciudadanía para buscar ese camino a la justicia.¹⁸

Parecería que el legislador, conoce todas las materias sobre las que legisla y que no requiere preguntarse mínimas cosas para garantizar que aquella voluntad política, esté dirigida a solucionar problemas y no a acrecentarlos: “no

¹⁷ Rodrigo Jijón, *Apuntes sobre la Oralidad en el Proceso Civil Ecuatoriano*, Quito, CLD, 1995, pp.42 a 51.

¹⁸ La ley reformativa al Código del Trabajo mediante la cual se establece el procedimiento oral en los juicios laborales fue publicada en el Registro Oficial de 13 de agosto del 2003. En un principio esta debía regir el primer día laborable del mes de enero del 2004, lo cual fue sustituido por “impostergablemente el 1 de julio del 2004” mediante la ley reformativa a esta ley 2003-13, publicada en el Registro Oficial el 27 de enero del 2004; y, posteriormente se reformó el inciso primero de la disposición final que establecía que el programa de aplicación progresiva en el resto de distritos ya que la primera fase comprendía Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, deberá estar establecida en todo el país impostergablemente hasta el 1 de julio del 2006, Registro Oficial de 4 de julio del 2005. Como se observa, se fue postergando la vigencia de la ley, y en cuanto al debate previo reclamado, basta observar el considerando segundo anotado en la reforma de 23 de agosto del 2004 por parte del Congreso Nacional: “que como resultado de varias reuniones, sesiones de trabajo, seminarios y cursos de capacitación realizados con jueces y profesionales del derecho, se ha determinado la necesidad de reformar algunas disposiciones relativas al procedimiento oral en los juicios, con el objeto de lograr que estos procedimientos se realicen con agilidad, para la oportuna solución de los conflictos laborales”.

hay inconveniente para que quién crea las leyes sea dirigente de un sindicato de construcción civil, archimandrita, ingeniero, cartomántica o psicoanalista. Pero los que aplicarán el Derecho, no pueden ser sino abogados”.¹⁹ Pero el problema no esta sólo en el legislador, los organismos que quizá están más llamados a liderar las reformas procesales demuestran apatía, las Universidades no han sido actores directos, los funcionarios judiciales tampoco, su participación e interés podría evitar situaciones que en ocasiones no se las divisa en el debate legislativo para promulgar un cuerpo legal o las reformas.

En cuanto a la capacitación, no responde a un proceso planificado y sostenido, inacción que se agrava aún más, dado el carácter especializado que tienen las materias en las que se implementó la oralidad, incluso en el tema de niñez y adolescencia por mandato constitucional conforme al Art. 51.²⁰ Esta obligación se la consideró en la ley, y la encontramos en la disposición transitoria séptima del Código de la Niñez y Adolescencia, que manda a que todos quienes vayan a asumir responsabilidades vinculadas con la aplicación del cuerpo legal, deberán ser debidamente capacitadas, debiendo el Consejo Nacional de la Judicatura coordinar con los organismos públicos y privados, así como en el

¹⁹ Fernando de Trazegenies, “*El rol político del abogado litigante*” en: *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, Quito, ILSA, 1986, p. 30

²⁰ Art. 51. “Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una Administración de Justicia Especializada en la Función Judicial [...]”. Al respecto la Convención de los Derechos del Niño en su preámbulo, nos recuerda que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. El mandato constitucional fue incumplido y desconocido al dictarse el Código de la Niñez y Adolescencia, ya que el Art. 259 afirma que la Administración de Justicia Especializada esta conformada por los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, es decir esta reducida a la primera instancia. En los cantones donde no existen estas judicaturas la competencia la tienen los jueces de lo civil y en materia del adolescente infractor, el juez de lo penal. Respecto a la segunda instancia, los asuntos son resueltos por las salas especializadas en laboral y niñez y adolescencia -que no hay en todas las cortes superiores-, y tratándose de los recursos de casación y revisión, la Corte Suprema ha resuelto que todo lo que tenga que ver con los tres primeros libros del Código, la competencia la tendrán las salas de lo civil y mercantil, y lo que es materia del cuarto libro, responsabilidad del adolescente infractor, corresponde a las salas de lo penal. La especialización sin duda, está dirigida a poner en práctica la doctrina de la protección integral, sustento teórico del sistema de protección de derechos, para que las autoridades ajusten sus decisiones al principio del interés superior del niño.

artículo ocho de la ley reformativa al Código de Trabajo, bajo responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura y del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos. La Escuela Judicial podría contribuir en forma efectiva a lograr una mejor capacitación y especialización, sin embargo a pesar de haberse dictado su reglamento, hasta la fecha no se vislumbra la posibilidad de que empiece a funcionar.²¹

No podemos desconocer, que el personal judicial ha sido capacitado a partir del nuevo Código de la Niñez y las reformas en materia laboral en temas específicos, y con el inicio de programas pilotos como el de los juzgados corporativos, en materias del derecho concretas de su trabajo diario, manejo de sistemas informáticos, atención al público y trabajo en equipo, que si bien está lejos de ser un programa sostenido, son pasos que le han permitido desenvolverse mejor en su trabajo y, lo más importante, el usuario ha visto con agrado y complacencia el cambio de actitud, y una mejor predisposición para cumplir las tareas encomendadas.

La Universidad, Colegios de Abogados, Corte Suprema de Justicia y Consejo Nacional de la Judicatura, podrían formar alianzas y fijar metas comunes que permita hacer en trabajo mancomunado respecto de la capacitación.

Pensamos, por ejemplo, en estudios de cuarto nivel, cuyo propósito fundamental

²¹ En el Registro Oficial N ° 189 del año 2003, consta la publicación del Reglamento Orgánico de la Escuela Judicial del Ecuador, cuyas actividades entre otras, están encaminadas a la formación inicial y de capacitación continua de magistrados y jueces; se encargará de la planificación, ejecución y evaluación de los programas de selección e ingreso de la Función Judicial; impulsará el desarrollo intelectual, técnico, profesional y ético del personal, realizará investigaciones jurídicas, técnicas y sociales; establecerá, mantendrá y fortalecerá relaciones de intercambio científico y académico con otros centros e instituciones similares, sean estas nacionales o extranjeras; y, tiene propósitos tan progresistas como capacitar al personal en el derecho y lenguas indígenas, a fin de que faciliten el acceso de las comunidades indígenas a la Administración de Justicia, todo lo cual como en muchas ocasiones ocurre (o si no acordémosnos por ejemplo de la creación de judicaturas en las que debía tramitarse en forma exclusiva en las ciudades de Quito y Guayaquil los juicios de jurisdicción voluntaria 13/09/1999, R. O: 254) han quedado simplemente en el papel.

debería ser el análisis e investigación de una materia específica de derecho, con lo que impulsamos la especialización y que debe tener como estrategia final, la formulación de un proyecto de reformas en esa materia que debe ser sometido a un gran debate nacional.

Respecto a la falta de jueces dada la carga procesal, ante las estadísticas que se iban presentando y para posibilitar una atención ágil y adecuada a los usuarios en estas materias, el Consejo Nacional de la Judicatura en uso de la atribución contenida en la letra h) del Art. 11 de la Ley Orgánica que determina su integración, estructura y funciones, ha decidido como regla general para aumentar las judicaturas, suprimir o modificar la competencia de los juzgados cuya carga procesal no era mayor y es posible redistribuir el trabajo con las otras existentes, la excepción ha sido la creación de judicaturas nuevas. Por ejemplo en el Azuay se creó el Juzgado II de la Niñez, el Juzgado Tercero es el resultado de haber sido suprimido un juzgado de tránsito; y, para que funcione el Juzgado Tercero de Trabajo, se suprimió el Juzgado Fiscal. ¿Cuáles son los potenciales conflictos que estos cambios generan?. Sin duda la improvisación en muchos casos, puesto que los jueces dedicados a determinadas materias, tienen que pasar a conocer otras, donde no tiene experiencia y con mayor razón, ni siquiera han sido parte del proceso capacitador que se dio con posterioridad a la vigencia de la ley, lo que supone conlleva a una falta de especialización que, quiérase o no, influye en el servicio al que está llamado a dar la Función Judicial.

Sobre la Universidad, Oswaldo Hurtado en el año de 1992 afirmó que existe un divorcio entre esta y la sociedad, señalando entre otras causas, la deficiente preparación de los recursos humanos requeridos por el desarrollo

nacional; quienes obtienen un título no están preparados para el ejercicio de sus profesiones; la investigación científica carece de importancia, no tiene quién la haga o le falta calidad y seriedad; es limitada su vinculación con la problemática social y popular; y, el pensamiento y su opinión no cuentan en el debate nacional.²² Este análisis de la realidad universitaria ha provocado, posteriormente, estudios que han permitido reconocer las deficiencias en la educación en general y de esto la legal no podía ser la excepción, por ello en 1998, la Asociación Ecuatoriana de Facultades de Jurisprudencia emprendió la realización del estudio sobre la situación actual de la educación legal en nuestro país.

Sobre este, destacamos que se anotan como problemas básicos, que el abogado es entendido en el mejor de los casos, como el profesional que asiste a las personas en el desenvolvimiento de un proceso para resolver controversias, no para evitarlas; inexistencia en muchos casos de objetivos académicos y de planificación en el proceso educativo; se mantiene la enseñanza con mucha importancia de los contenidos normativos, poca práctica para desarrollar habilidades y aptitudes, los programas de estudios se planifican teniendo en cuenta los cuerpos normativos, se trasmite información sin formar y ubicar a los estudiantes en el desarrollo de capacidades y habilidades humanas de manera integral; no ha existido una política académica que haya permitido que profesores y alumnos se involucren en la investigación, como medio para el desarrollo de una cultura jurídica.

Las propuestas frente a la situación anotada, es la de brindar excelencia académica mediante la formación integral, humanista, científica y técnica de los

²² Hurtado L. Oswaldo, *Crisis y Reforma de la Universidad Ecuatoriana*, Quito, FESO, 1992, citado por Manuel Carrasco Vintimilla y Edgar León Reyes en “*Docencia-Investigación, Estudio realizado en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Cuenca*”, Cuenca, IDIS-Universidad de Cuenca, 1995, p. 69.

estudiantes, guiarles para que estudien e investiguen, enseñanza legal que debe representar una modalidad de conciencia social y ética, sensiblemente crítica, debiendo abordar en los planes de estudio temas de trascendencia para la vida nacional, liderar un proceso educativo con la formulación de un plan académico anual que posibilite la organización y coherencia de todas las actividades que se desarrollan, desechar los programas de estudio de la norma por la norma, valorando integralmente lo que es y significa la teoría y práctica del derecho, haciendo una advertencia en el sentido de que o toman la iniciativa y establecen por su propia cuenta mecanismos destinados a controlar la calidad del profesional que forman, o esperan a que lo haga la autoridad pública, ante el clamor ciudadano y la defensa de la sociedad. En suma, de alguna manera, existe una discordancia entre el tipo de profesional que está formando la universidad ecuatoriana y el perfil del abogado que la sociedad exige y necesita.

Analiza, que las universidades privadas forman estudiantes que tienen inclinación por el ejercicio profesional en el ámbito empresarial o la pura asesoría, respaldado por el hecho de que tienen cierta capacidad económica o al menos vinculación a las empresas, y las universidades públicas tradicionalmente han formado al abogado litigante o aspirante a trabajar en la Función Judicial. Finalmente, en cuanto al estudio analizado en las líneas que preceden, aconseja se dicten cursos opcionales en materias especializadas así como en destrezas como metodología de la investigación, expresión oral, negociación, mediación, conciliación que permita a los alumnos desarrollar habilidades específicas.²³

²³ Véase al respecto, Pablo Estrella edit., *La Educación Legal en el Ecuador*, Quito, Serie Estudios Jurídicos, Volumen 17, Corporación Editora Nacional, 2001, p.p. 21-28, 97-99.

Nos da una panorámica de cómo ha estado desarrollándose la educación legal en nuestro país y debe analizarse las propuestas sugeridas para efectos de revertir la situación. Los futuros jueces y abogados que ejercerán la profesión naturalmente reciben su formación en las Escuelas de Derecho de las distintas Universidades, y la capacitación y preparación profesional dependerá en gran medida de la excelencia académica que propenda a lograr una formación integral, humanista y técnica. Sin duda el avance más claro, en Facultades de Derecho como la de la Universidad Estatal de Cuenca, es quizá el impulso en el estudio y desarrollo de aptitudes de negociación, para propender a una formación en los métodos alternativos de solución de conflictos, la preocupación a través de cursos y seminarios para desarrollar aptitudes para la buena escritura y expresión oral acorde a los nuevos procedimientos, cambios respecto al sistema de graduación y de concesión de títulos que ha llevado a la desaparición del título de licenciado como título profesional y a conceder el título de abogado al término de la carrera que se la ha acortado a cinco años y una vez cumplidos los requisitos de pregrado. Ha optado por cursos de graduación en el que se imparten clases de materias que no han tenido un énfasis mayor durante el estudio de la carrera, lo que sin duda contribuye a la formación integral, pero descarta la investigación.

En distintas Universidades se ha dado un impulso notorio, fundamentalmente a partir del año 2000, en la formación de cuarto nivel, ofertando diplomados, especializaciones y maestrías en diferentes materias de derecho, pero dándoles un enfoque constitucional a los estudios, lo que produjo cambios cualitativos importantes en la educación legal en nuestro país y ha contribuido para que exista una mayor preocupación por actualizar y profundizar

en el conocimiento de materias jurídicas, propiciando un estudio con notable vinculación entre la teoría y la práctica, y que ha puesto especial énfasis en conocer y desarrollar el derecho constitucional. Que si esto ha traído -creada la necesidad- ya que en muchos trabajos se va exigiendo el requisito de título de cuarto nivel, la posibilidad de ofertar diplomados, especializaciones o maestrías sin mayor rigor académico, es sin duda parte de esta realidad, pero para ello existe la posibilidad de saber distinguir, cuál responde a nuestras expectativas y exigencias. El estudio de la Educación Legal en el Ecuador, reconoce a este respecto que la Universidad Andina Simón Bolívar a través de su área de derecho es la única que ofrece programas de posgrado de manera sistemática y permanente, y puesto que este es el objetivo específico de su actividad académica. (P. Estrella, Edit., 2001: 142).

Los programas como mejoramiento del despacho judicial, implementación de Centros de Mediación y remodelación y equipamiento de la Función Judicial, impulsados por ProJusticia, han permitido que los cambios que se venían proponiendo teóricamente sean efectivos en la práctica. El despacho judicial está lejos de ser lo que era en el siglo anterior, cerrar los ojos por un momento y recordar como era el área física de un juzgado, sin duda nos remonta a una foto en blanco y negro, en la que la tecnología está ausente, el mobiliario bastante destartado, anaqueles de piso a techo llenos de papeles amarillentos. Hoy y hablando de la provincia del Azuay por ejemplo, todos los Juzgados cuentan con equipos de computación, las máquinas de escribir han desaparecido casi en su totalidad, se ha dado paso a la integración de Juzgados corporativos en todas las materias, que si bien merece se tomen algunas correcciones, fundamentalmente

en cuanto a la responsabilidad de funcionarios ya que esta en ocasiones tiende a diluirse, porque, por ejemplo, un escrito ya no es entregado directamente al secretario-a sino en ventanilla, que es agregado al proceso por el personal encargado de atención al público, y como se juntan por lo general tres juzgados, el personal rota y no es una sola persona encargada ni puede serlo dado el volumen de trabajo. Pero, en general, se lo ha visto como un proceso positivo, que permite una mejor atención al usuario y mejor aprovechamiento de los recursos humanos.

La transparencia de la información, vista como responsabilidad pública y como una rendición de cuentas ha tenido un progreso notable. Las nuevas tecnologías han impactado de tal forma, que hoy se habla de sociedad de la información o del conocimiento. La Función Judicial no podía quedarse al margen de esta realidad y ha implementado en algunos distritos un sistema informático de gestión integral que facilita el acceso rápido a la información, brindando transparencia y prontitud en el despacho judicial. Se cuenta con páginas WEB en muchos distritos que permite hacer notificaciones a los correos electrónicos de los Abogados que cuentan con ello, y accediendo a toda la información constante de los procesos no es necesario hoy tener que acudir en forma obligada a *revisar el juicio*, incluso en materia de pagos de alimentos por ejemplo, toda la información está en la página electrónica, y, a partir del 16 de agosto del 2007 en la ciudad de Cuenca, los depósitos y retiros se los hace a través de una institución bancaria, acciones positivas que permiten una mejor atención al

usuario y denota el interés por cambiar conductas del pasado y mirar a la función pública como un servicio a la colectividad con responsabilidad.²⁴

Por todo lo anotado, afirmamos que si existen cambios, que estos han logrado mejoras notables y son condiciones favorables para implementar un nuevo procedimiento conforme manda la Constitución. Toca analizar que debe entenderse por los principios de inmediación, celeridad, eficiencia, dispositivo y de concentración, y su puesta o no en vigencia en el Código de la Niñez y Adolescencia y en las reformas al Código Laboral.

2.2 La inmediación.- “Como del significado literal se infiere, significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que utilicen...”.²⁵ La doctrina es coincidente sin duda, en que es el contacto directo del juez con todas las partes que intervienen en el proceso y los hechos que son materia de lo que se juzga.²⁶ Aplicándolo, se está en la posibilidad de tener una visión que permita un mejor análisis de la teoría del caso de cada una de las partes, la credibilidad de los testimonios que se reciben, la actuación procesal, la conducta que se observa. Por eso la relación debe ser directa, mirándose a los ojos, de frente, en el que las partes deben presentar sus argumentos, la prueba

²⁴ Nótese al respecto que lo mencionado en el Distrito del Azuay, funciona desde hace cuatro años aproximadamente, y si bien su implementación ha sido progresiva en las distintas materias, hoy en día todos los juzgados cuentan con el programa de seguimiento de causas, lo que permite que toda actuación se publicite en la página WEB. Realizado un monitoreo entre los meses de septiembre y octubre del 2007, se han registrado alrededor de 16.000 visitas desde diferentes lugares del mundo, habiéndose notificado hasta esa fecha 114.000 boletas electrónicas. En países como Perú, la Institución Ciudadanos al día, premió el 22 de agosto del 2007 el proyecto que publica las sentencias de los jueces en una página electrónica, siendo esta una iniciativa de la sociedad civil “Auditoria Social al Sistema de Justicia”, desarrollada e impulsada por la Comisión Andina de Juristas.

²⁵ Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo 1, Bogotá, ABC, 1985, 10ª ed., p. 49.

²⁶ Por ejemplo, Pedro Cardona, *Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Parte General*, Bogotá, Editorial Leyer, 2003, p. 45; Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1999, 2ª. ed., p.52.

anunciada, e incluso darán cuentas frente a todos quienes concurren, de lo acertado o no de sus convicciones y como lograr sostener aquellas. Véscovi citando a Peyrano anota: “por el contrario resulta difícil, concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que confiere el oficio de derecho-deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos. Solo cuando el proceso es vivido por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de partes y declarantes”. (E Véscovi, 1999: 52).

Conviene subrayar de la cita anterior, lo expresado por el tratadista en el sentido que la inmediación, debe ser entendida como un *derecho-deber*. Un derecho porque la da la posibilidad al juzgador de tener aquel contacto necesario para una mejor apreciación de los hechos y la conducta observada por quienes intervienen en el proceso, posición que le permitirá acercarse de una manera más acertada a la justicia para dar la razón a quién le corresponde; y, siendo un derecho, es un deber frente al proceso y las partes, quienes requieren precisamente que sea el juez, quién de manera directa presencia, valore y constate todas las actuaciones procesales.

Por ello y bajo este paraguas de derecho-deber, se tiene que analizar frente a la aplicación de la oralidad y en base a la estructura de los procedimientos, cuántas diligencias pueden pasar los jueces para que aquello sea una realidad, porque la inmediación es parte esencial del procedimiento oral, se complementan. Sabido es que en la práctica, en procedimientos en los que predomina el sistema escriturario, las diligencias judiciales como juntas, audiencias de conciliación y contestación, declaraciones de testigos, se los realiza

ante personal auxiliar, el Juez por lo general no está presente en su realización, por ello se convierte en un juzgador que revisa actuaciones en las que no tuvo participación directa, lo que produce una información de muy baja calidad.

La oralidad cobra vida a través de las audiencias, y en el Código de la Niñez y Adolescencia, la primera tiene dos propósitos claramente definidos, la conciliación y contestación a la demanda. Si hay acuerdo, este pone término al juzgamiento y debe ser aprobado en la misma audiencia, posibilidad de acuerdos que el legislador lo ha considerado fundamental puesto que no tiene que darse por agotado e insistirse antes de poner término a la diligencia.

Esto tiene razón de ser vista la materia de la que se trata y los problemas objeto de resolución, pues la heterocomposición de los conflictos familiares requieren mejores destrezas y una sensibilización mayor. Las partes sin duda están en mejor posición de acordar para que los problemas familiares no sigan ahondándose, requiriéndose para ello una participación activa y colaboradora de sus abogados. La existencia de un litigio, aunque sea entre dos ciudadanos privados, tiende a considerarse como un índice de malestar y desorden social. Por ejemplo en Estados Unidos, los defensores proponen entre sí soluciones conciliatorias, inclusive intercambiando documentación, pruebas, consiguiendo un alto número de acuerdos. (E Vécovi, 1999: 4). Y en todas las materias del derecho, trabajando por una paz social activa tan importante como la justicia, debemos privilegiar esta posibilidad, en miras a que cambiemos el interés casi natural e intuitivo de ir al litigio, la cultura de la confrontación esta enraizada y tiene muchos adeptos, esta en nosotros saber a que bando nos sumamos. Y si el

Juez tiene que aprobar el acuerdo en la misma audiencia, ¿esta podrá delegarse?.

Si no existe el acuerdo, la parte contra quién está dirigida la demanda dará contestación a la misma, lo que se hace oralmente y de contarse con los medios tecnológicos necesarios, ya no debería reducirse a escrito. Las judicaturas levantan una acta y en consecuencia consta por escrito la contestación, y sin duda tiene un propósito que me parece justificado, si la demanda consta por escrito, en garantía del derecho a la defensa creo que es mejor que la contestación también lo este, con eso quedan claramente determinados los términos en los que se traba la litis, lo que sin duda servirá para efectos por ejemplo, de un recurso de apelación, de ahí que no existen sistemas orales puros, más bien un predominio de la oralidad: “no cabe hablar de exclusividades; se trata más bien de prevailecimiento”.²⁷

El Art. 292 del Código de la Niñez, prohíbe en forma expresa la reconvencción, y manda que las acciones por alimentos, tenencia y patria potestad deben tramitarse por cuerda separada. De conformidad con el Art. 274 en relación con el 137, el juez necesariamente en los juicios sobre patria potestad, alimentos o régimen de visitas, tiene que hacer una fijación provisional sobre la pretensión del accionante, en la misma audiencia, y puesto que la definitiva será mediante la resolución a dictarse luego de concluida la audiencia de prueba. Cabe nuevamente preguntarse, si le corresponde al Juez cumplir lo anotado, en mérito a la documentación que aparejen las partes a la demanda y contestación, a su pronunciamiento expreso respecto de las pretensiones y documentos que sean

²⁷ Juan Montero, *Derecho jurisdiccional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 394.

presentados, o por la sola exposición, y siendo un derecho de las partes y un deber del juez, podrá omitir su presencia en la audiencia?.

El Código tuitivo, Arts. 273 y 275, manda que si existen hechos que deben probarse se convocará a la audiencia de prueba que deberá realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento. En ella, se actuarán los medios probatorios que hubiesen sido oportunamente anunciados, comenzando por el examen de los testigos que podrán ser interrogados por los defensores de ambas partes, directamente, sin intermediación del juez, que solo podrá objetar, de oficio o a petición de parte, las preguntas que considere inconstitucionales, ilegales, irrespetuosas o impertinentes respecto del enjuiciamiento; se dará lectura a los informes de los técnicos que responderán a las observaciones y solicitudes de aclaración o ampliación que se les formule, lo cual no hace sino respetar la garantía del debido proceso, consagrado en el numeral 15 del Art. 24 de nuestra Constitución.

Con los medios probatorios que se actúen y que fueron anunciados con oportunidad, las partes darán a conocer los hechos de un modo claro y preciso, para procurarle al juzgador certeza sobre su existencia. El Código de la Niñez tiene procedimientos judiciales y administrativos, pero la estructura del procedimiento, esta dado fundamentalmente por dos audiencias. En el caso de los segundos, incluso se considera la posibilidad de que pueda iniciarse por denuncia verbal o escrita, en la audiencia de contestación se oirán los alegatos verbales de las partes, de no existir conciliación, se convocará así mismo a la audiencia de prueba, en la que se podrá dictar la resolución o a más tardar

dentro de dos días.²⁸ Este cuerpo legal, insiste en la obligación de escuchar al adolescente, y al niño cuando esté en condiciones de hacerlo, de lo cual podrá dejarse sentado una razón, pero no los pronunciamientos realizados en dicha comparecencia.²⁹

Podrá lo anotado tener eficacia, si el Juez no está presente en la audiencia?. Las disposiciones transcritas demuestran sin lugar a dudas que la presencia del juez en las audiencias a las que se debe convocar no es facultativo, sino mandatorio, imperativo, por lo que la respuesta a las preguntas formuladas es *no*, lo contrario significa violar el procedimiento establecido en la ley, que si puede incidir en la resolución de la causa, puesto que se analizará prueba en la que se no ha tenido una observación directa y no se ha hecho uso de los mecanismos que prevé la ley para garantizar que el debate jurídico se lo realice respetando garantías básicas.³⁰

El principio de inmediación en materia laboral, se inicia con la posibilidad que la demanda podrá ser verbal o escrita, debiendo el juez para el primer caso reducirla a escrito y será firmada por el interesado o un testigo si no supiera o no pudiese hacerlo.

²⁸ Arts. 237 a 240 del Código de la Niñez y Adolescencia.

²⁹ Arts. 59, 60, 106, 238, 258, 273, 285, 314, 351, 356, 359 entre otros, del Código de la Niñez y Adolescencia.

³⁰ Los Arts. 8 y 100 del Código General del Proceso Uruguayo, mandan que tanto las audiencias, como las diligencias de prueba que así lo permitan, lo realizará el tribunal, no pudiendo este delegarlas so pena de nulidad absoluta; en los procesos que se desarrollen por audiencias, el tribunal presidirá por sí mismo, bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional. Coherente así mismo con este principio, y conforme nos enseña Vescovi, hay que mantener la identidad del juez que recibe la prueba y el que falla. Por ello, el Código Modelo así como el Uruguayo, determinan que el juez trasladado (por ascenso, etc.) debe pronunciar las sentencias en las cuales ya concluyó la causa, prorrogándose su competencia. (E. Vescovi, 1999: 124). En nuestro país por ejemplo, cuando un juez pide licencia y no concurre al despacho, una vez que se reintegra, el juez suplente pudo no haber resuelto todas las causas cuya audiencia de prueba pasó, y luego ya no estaría en aptitud legal de resolver por el reintegro a sus funciones del juez titular, quién se vería avocado a resolver una causa cuya actuación de prueba no constató en forma personal.

De conformidad con la Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante la cual se establece el procedimiento oral en los juicios individuales de trabajo, existen dos audiencias, la primera que se la ha denominado preliminar, de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, la que debe realizarse en el término de veinte días contados desde que la demanda fuera calificada. Como en el procedimiento del Código de la Niñez, el juez procurará un acuerdo entre las partes, que de darse será aprobado en el mismo acto mediante sentencia que causará ejecutoria. Si no existe esta posibilidad, el demandado contestará la demanda y sin perjuicio de su exposición oral, deberá presentar su contestación en forma escrita.

El demandado podrá reconvenir al actor, siempre que se trate de reconvencción conexas, la que se tramitará dentro del proceso observando los mismos términos, plazos y momentos procesales de la demanda principal. La solicitud de los medios probatorios debe ir acompañada de la fundamentación de su pedido, en forma verbal o escrita en esta audiencia, y el juez antes de concluirla, señalará día y hora para la audiencia definitiva, que tendrá lugar en un término no mayor de veinte días.

El Art. 581 empieza por señalar que la audiencia será pública, presidida por el juez con la presencia de las partes y sus abogados, así como de los testigos que fueren a rendir sus declaraciones. Pone un límite a las preguntas que pudieren formularse -treinta- se lo hará verbalmente y las calificará el juez. En cuanto a la actuación de la prueba, se puede distinguir dos momentos, el que se refiere a la evacuación de inspección judicial, exhibición de documentos, peritajes y cualquier prueba que las partes estimen pertinente, para lo cual el

juez señalará día y hora en la misma audiencia para la práctica de estas diligencias que deberán realizarse dentro del término improrrogable de quince días; y, el segundo, que es en la audiencia definitiva, en el que tiene lugar la confesión judicial, el juramento deferido, la prueba testimonial.

En este contexto, se aprecia que existe una diferencia respecto a cómo trata el legislador la actuación de la prueba. En el Código de la Niñez, parecería que únicamente de acuerdo a lo que consta en el Art. 275 se puede solicitar prueba testimonial, documental, y pericial en cuanto se refiere a los informes de los técnicos, en los que estarían comprendidos los medios de prueba que dispone el inciso final del Art. 121 del C. de P. Civil, mucho más tomando en consideración que de acuerdo al Art. 131 del Código de la Niñez, da la posibilidad de solicitar el examen de ADN para efectos de que pueda declararse la paternidad en la misma resolución.³¹ La disposición legal, omite la posibilidad de que pueda solicitarse y practicarse por ejemplo una inspección judicial. En la práctica, si se requieren informes técnicos el juez nombra los peritos, los posesiona, y les concede el término para la presentación de su informe, que debe ser antes de la audiencia de prueba, puesto que en ella se dará lectura y ellos están obligados a comparecer y responder las observaciones, peticiones de aclaración o ampliación, porque es en este momento procesal donde se practica todos los medios probatorios anunciados, en aplicación del principio

³¹ En muchos procesos en esta materia, se solicita investigaciones por parte de la Trabajadora Social de la Oficina Técnica. En la ciudad de Cuenca por ejemplo existe una sola profesional y pese a las múltiples solicitudes para que se incremente funcionarios, no se ha obtenido una respuesta favorable. El problema se lo viene solucionando, nombrando como peritos a quienes laboran en organismos que pertenecen al sistema de protección, defensa y exigibilidad de derechos como el SIREPANM, actuación que no puede hacerse cuando por ejemplo el Código de la Niñez y Adolescencia, exige que sea la profesional de la Oficina Técnica quién informe a la judicatura Art. 131 numeral 4. Esto retarda la tramitación de las causas, por ello la Delegación Distrital del Consejo Nacional de la Judicatura del Azuay, conjuntamente con el Gobierno Local de la ciudad de Cuenca y otros organismos del sistema, están formulando acuerdos para posibilitar que la Oficina Técnica cuente con la colaboración de trabajadoras sociales de otras instituciones en forma permanente.

constitucional de contradicción, ante su destinatario el juez, que debe apreciar su mérito.

No es muy común en esta materia que se solicite inspección judicial, y en los pocos casos que así ocurre, en ciudades como Cuenca, donde la extensión y las distancias todavía permite no perder mucho tiempo en el traslado, los jueces acostumbramos a evacuar la diligencia el mismo día de la audiencia de prueba, una vez que se ha evacuado la prueba testimonial y documental. Si se requiere perito, se nombra cuando se despacha la petición y puede posesionarlo en la diligencia, el juzgado se traslada conjuntamente con las partes y peritos de ser el caso para realizar la observación, y si se solicita ampliación al informe que deba dar, y que a lo mejor dada la complejidad del tema no puede hacerlo en forma inmediata, el juez ordenará un receso, para volver a constituirse el día y hora que señale, y en el que se evacuará lo solicitado, posibilidad contemplada en el Art. 276.

Situación distinta en ciudades como Quito y Guayaquil, donde las distancias hacen que se requiera un tiempo considerable para trasladarse de un lugar a otro, lo que imposibilitaría quizá se pueda practicar el mismo día de la audiencia, tocaría ordenar el receso para efectos de que se practique lo solicitado.

En materia laboral, la prueba conforme se anotó se realiza en dos momentos distintos, de acuerdo a los medios que fueren solicitados y que esta claramente determinado en la ley, por lo que existe la posibilidad de mejor prever las situaciones, sumado a que el anuncio debe hacérselo en un solo momento, la audiencia preliminar, de conciliación, contestación a la demanda y formulación de

pruebas. Y en las dos materias, me parece que en cuanto a la confesión judicial - que sería el interrogatorio a la contraparte de conformidad con lo previsto en el Código de la Niñez-, no procedería la posibilidad contemplada en el C. de P. Civil, artículo 127, de que si no concurre se le haga un nuevo señalamiento, porque la prueba debe practicarse en la audiencia convocada para el efecto, y el Código de Trabajo a este respecto tiene disposición expresa, todo lo cual sin duda evita incidentes, concentra la actuación de la prueba, da agilidad al procedimiento y resalta la lealtad procesal.³²

La vigencia del sistema oral en los procedimientos que se han ido implementando es un proceso, por ello se puede apreciar que las reformas al Código de Trabajo contiene notables avances respecto de lo que se legisló en materia de la Niñez y Adolescencia, y es en estas reformas que encontramos una disposición que nos permite respaldar esta afirmación. En las audiencias en los procedimientos orales y conforme así manda la Constitución, tiene que darse vida a la inmediación, y la falta del juez en su evacuación repito sería causa de nulidad. El Art. 586 del Código de Trabajo en su parte final manda "...En caso de que el volumen de causas que reciba un juzgado sea muy significativo de modo que se tema fundadamente que aquello imposibilitará al juzgado despacharlas a través del procedimiento oral, el juez podrá solicitar al Consejo Nacional de la Judicatura que se designe jueces ocasionales que contribuyan a su sustanciación".

³² Art. 581, inciso final, en caso de declaratoria de confeso, deberá entenderse que las respuestas al interrogatorio fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieren al asunto o asuntos materia del litigio. Idéntica presunción para cuando un litigante se negare a cumplir con una diligencia señalada por el juez, obstaculizar el acceso a documentos o no cumpliere con un mandato impuesto por el juez, y se dará por cierto lo que afirma quién solicita la diligencia.

Las reformas al Código del Trabajo a más de establecer un programa progresivo, y puesto que la primera fase se aplicó en Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, poniendo un plazo máximo a partir de la vigencia para que rija en los otros distritos, lo cual no se cumplió y mereció reformas en este sentido (véase nota 18), siguió el modelo Uruguayo cuando facultó a la Corte Suprema de Justicia para que nombre jueces ocasionales que despachen las causas que estaban tramitándose con el procedimiento anterior. Con respecto a lo primero y dados los problemas que se presentan, a lo mejor hubiese sido conveniente iniciar en distritos que tengan menos carga procesal, para posibilitar de mejor manera ir puliendo el nuevo sistema; y, con respecto a lo segundo, sin duda es acertado para que los jueces se dediquen por entero al trámite oral y este no tenga mayores tropiezos. La posibilidad anotada de nombrar jueces ocasionales, esta dirigida a privilegiar el sistema oral y por lo tanto su efectiva aplicación, pero en la práctica no resulta tan conveniente, quienes acceden a dichos cargos lo hacen por tiempo limitado, sin mayores expectativas de una estabilidad laboral que les permita una mejor dedicación a su trabajo, incluso con diferencia en cuanto a su remuneración³³, y resulta obvio que si la carga procesal aumenta y se teme que el sistema pueda colapsar, se debe crear nuevas judicaturas, por ello en Uruguay cuando se implementó la oralidad, se duplicó el número de jueces desde un inicio.

³³ Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el Registro Oficial 244 de 05/01/2004, mediante la cual crea las judicaturas ocasionales en materia laboral en las ciudades de Quito Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, cuyo artículo 2 manda: “Cuando se designen personas ajenas a la Función Judicial, los jueces ocasionales, tendrán competencia para resolver las causas laborales iniciadas en el Juzgado al que se le ha asignado y percibirán como honorario, cincuenta dólares por el despacho de cada causa, su trámite, sentencia o auto definitivo que dicte”.

La doctrina constitucional, entre uno de los principios que distingue para la interpretación de la Carta Suprema de un Estado, es el de la unidad constitucional, que “obliga a no contemplar las normas constitucionales como disienta membra o entes aislados, sino a captar en la interpretación de cada una de ellas la unidad del sistema del que ha surgido, en el que se integran y del que constituyen una parte”.³⁴ Las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, nos enseña Zagrebelsky,³⁵ y es este autor quién nos ilustra que, en los principios su significado es autoevidente, deben ser entendidos en su ethos, se los presta adhesión generando a este respecto actitudes favorables o contrarias y solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto y solo en ellos se entiende su alcance, poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad, en todos ellos se sobreentiende el imperativo “tomarás posición frente a la realidad conforme a lo que proclamo”; del ser iluminado por principios, nace el deber ser, poseen una dimensión, la del peso y su importancia; y, “el conjunto de los principios constitucionales –como atinadamente se ha dicho- debería constituir una suerte de ‘sentido común’ del derecho, en el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico...” (G. Zagrebelsky, 1997:110 a 124).

Siendo principios procesales los que han merecido rango constitucional y que son materia de este estudio, resalta que en las reformas al Código de Trabajo el legislador les quiso prestar adhesión, pero omitió incrementar el

³⁴ Antonio Perez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos S.A., 1999, 6a. ed., p.276.

³⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 110.

presupuesto de la Función Judicial cuando la posibilidad contemplada por él se presente, así como para implementar la capacitación, la adecuación de instalaciones, equipamiento y funcionalidad de los juzgados.

En materia laboral existen también avances en otros aspectos que los analizaremos más adelante, veamos sus resultados en lo tocante al tema del análisis en el campo práctico.

Los Jueces de la Niñez, gracias a escasas reuniones han realizado esfuerzos para efectos de establecer acuerdos y viabilizar el camino que permita actuar en algunos temas coincidentemente, existiendo posiciones como la del Juez II de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Quito, con vasta experiencia en la materia, que propone que es la hora de un Código General del Proceso antes que cambios puntuales en otros códigos adjetivos; un número importante de jueces que laboraban como Presidentes de los antiguos Tribunales de Menores, continúan viendo al sistema escriturario anterior como el más apto, dada la vertiginosidad del proceso actual, la poca capacitación existente a todos quienes intervienen, y sobre todo la gran demanda de trabajo que imposibilita, haya tomado posicionamiento el principio de inmediación por la ingente e ilimitada cantidad de causas que ingresan diariamente.

En lo que respecta a las ciudades de Quito y Guayaquil, tienen un promedio de 3.100 causas al año.³⁶ Con el ánimo de atender al usuario que requiere una pronta respuesta a su requerimiento, se sacrifica darle vida al

³⁶ Número que corresponde al año 2006. En el presente año al parecer superaría esa cifra, de los datos constantes en estadísticas del Consejo de la Judicatura, en los juzgados de Quito se mantiene un promedio de 900 causas que ingresan por trimestre. En el año 2005 ingresó un promedio de 3.100 causas para cada juzgado, pero nótese que en ese año existían tres judicaturas en la ciudad de Quito, hoy son cuatro. La demanda del usuario aumenta, y sería de esperar que en la misma proporción se lo haga respecto a las judicaturas.

principio de inmediación y en la tramitación, continúa interviniendo el personal auxiliar, dándose en muchos casos la presencia del juez en forma fugaz, quizá únicamente para dar cuenta de si existe o no acuerdo de las partes, resolver alguna cosa puntual que propongan y en muchos casos, únicamente para dejar instalada la audiencia. Los abogados conscientes quizá de la carga de trabajo, prefieren que la causa se la siga tramitando como si no fuera necesaria la presencia indelegable del juez durante toda la audiencia, sin que esto quiera decir que los jueces no hayan dado a conocer al Consejo de la Judicatura la necesidad impostergable de la creación de más judicaturas, para que su número responda en forma real al de causas que ingresan y que permitan darle vida a los principios constitucionales en forma eficiente y concebido insisto, como un derecho-deber. Y si en las dos materias, la ley en forma clara manda que las audiencias deben ser conducidas por el juez, esto debe tener un carácter absoluto, inmediato y obligatorio.

En la ciudad de Cuenca, ingresan aproximadamente 1100 causas al año a cada una de las tres judicaturas existentes en esta materia, sin tomar en consideración diligencias previas como nombramientos de curadores y autorizaciones de salida del país³⁷. Es imposible dada la carga de trabajo poder convocar las audiencias dentro de los términos que manda el Código, por lo que la sanción en el retardo de la tramitación establecida en el Art. 254 del Código de la Niñez deviene en inaplicable, el incumplimiento de dichos términos no es imputable al juzgador, para ello bastaría pedir una auditoria de trabajo donde se comprobará que un juez pasa más de siete audiencias por día, en forma personal

³⁷ Promedio del año 2007. En el año 2004 que existían solo dos judicaturas, eran 1200. El crecimiento de la demanda es una situación que se presenta en todo el país, reflejo de esto y comparándolo con el año anterior, hay un incremento de por lo menos 100 juicios más.

e indelegable, y si de esto consideramos que dos de ellas por lo menos son de prueba, el resultado es que cada día el juez tiene dos juicios para resolver, dentro de los cinco días que manda la ley.

En materia laboral, en la ciudad de Quito existen 5 juzgados, ingresando un promedio de 890 demandas en cada una.³⁸ En Cuenca, existiendo dos juzgados en el año 2006 ingresaron 380 demandas en cada una, luego con la creación del juzgado tercero, hasta diciembre del 2007, el número se redujo a 228.³⁹ Estos datos muestran que tienen una carga de trabajo considerablemente menor a las de las juzgados de la Niñez y Adolescencia y, en consecuencia posibilita en forma total que no se sacrifique la inmediación y sea el Juez quién intervenga directamente en las audiencias, generando esa vinculación directa de las partes que viabiliza una percepción exacta de los hechos, las partes conocen al juez, lo que en los otros tipo de procedimientos prácticamente no ocurre, transparentando las actuaciones de la Función Judicial conforme hemos anotado, y posibilitando un acercamiento a la ciudadanía, que permite la rendición de cuentas ante ella.

Este nuevo sistema conforme lo reconocen los jueces en las dos materias en las que se ha implementado, requiere una mayor planificación de las actividades diarias que tiene que desarrollar el Juzgado, para efectos de que las audiencias que se convocan tengan efectiva realización; producto de la inmediatez entre las partes y el juez, exige desarrollar técnicas de conciliación

³⁸ Dato del año 2006. En este año la media de ingresos por trimestre, tomando en cuenta los datos registrados hasta junio, es de 210. En el año 2005 ingreso un promedio de 650 demandas, lo cual demuestra un incremento de año a año, notorio si consideramos que en el año 2003, cuando los procesos se los tramitaba en la vía verbal sumaria, ingresaban 430 demandas.

³⁹ Nótese así mismo el incremento, en el 2004 las dos juzgados tenían un ingreso de 220 demandas cada una, en el año 2005, 300.

para posibilitar acuerdos entre los justiciables y que conforme avanzó la implementación, estos se han ido incrementando.

De manera notoria en el campo laboral, en la que los jueces de la ciudad de Cuenca registran que en las audiencias preliminares el porcentaje aproximado de acuerdos es el del cincuenta por ciento, respaldados además por una disposición legal que aleja fantasmas como el prevaricato o perder la imparcialidad, y que en ocasiones son pretexto para no querer contaminarse y asumir un rol protagónico, como es el Art. 585 del Código del Trabajo que en la parte pertinente dice: "las opiniones o gestiones del juez que interviene para procurar un acuerdo de las partes, no podrá servir de fundamento para ninguna acción en su contra".

En materia de la niñez y adolescencia, el porcentaje estaría por el treinta y cinco por ciento aproximadamente, debido entre otros factores a que un número importante de causas en esta materia se las sigue en rebeldía, que la mayoría de los casos la pretensión es la fijación de una pensión alimenticia y si el juez determina una pensión provisional en la audiencia de conciliación, esta se ejecuta de forma inmediata y entonces atenderá los requerimientos urgentes del niño-a o adolescente, así como el hecho reconocido por abogados litigantes que en materia laboral, al existir la posibilidad del recurso de casación, sus patrocinados prefieren que las indemnizaciones aunque sea en un monto menor de lo que podría conseguir siguiendo el trámite, se lo obtiene en forma inmediata, actitud comprensible dada la situación en muchos casos de desocupación que les toca enfrentar, y en la que las necesidades de su familia y la de ellos, apremian y no esperan.

Si el juez tiene contacto y conocimiento directo de la prueba, estará en capacidad de valorarla en forma integral. Queda desplazado así, cualquier medio probatorio que no se haya practicado en la audiencia respectiva, en aplicación de lo que manda el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución: “las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna”. Se termina aquellas prácticas como, por ejemplo, pretender hacer valer y probar algún hecho, con declaraciones juramentadas, informaciones sumarias de testigos. Creer que aquello constituye prueba y debe ser valorado, significaría romper los principios de inmediación, contradicción, y esta versión de la inmediación sería un sinsentido. De la Rúa citando a Nicolás Framarino expone: “...el juez confiándose en la redacción escrita del testimonio, prívase de la luz que brota del modo de presentarse personalmente el testigo. (...) Hay en la fisonomía, en la voz, en la serenidad o en las vacilaciones, muy interesantes indicaciones acerca de la verdad con que habla, las cuales se pierden cuando se juzga sólo en vista de lo escrito”.⁴⁰

Difícil quizá esperar que todas aquellas prácticas que desdican de un sistema procesal en el que exista la contradicción, y en el que la prueba debe ser actuada conforme manda la Constitución y la Ley se la cumpla en un ciento por ciento. A pesar de que el Código de la Niñez y Adolescencia es claro y terminante respecto a que en la audiencia de prueba se deben actuar los medios probatorios que hubiesen sido *oportunamente* anunciados, -Art. 275- el señor Juez de lo Civil IX del Azuay, en el juicio 858-06, instalada la audiencia de prueba nombra perito para el examen de ADN y señala día y hora para la toma de muestras, recibe la

⁴⁰ Fernando De la Rúa, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, De Palma, 1991, p. 119

prueba testimonial y terminada declara concluida la diligencia. Por lo que es de presumir que posesionada la perito, presentará su informe de la concurrencia o no de las partes a los señalamientos para la toma de muestras, o en su defecto de los resultados de la prueba de ADN. ¿Cuándo se dará lectura a dichos informes que conforme manda el Art. 275 se lo debe hacer en la audiencia para garantizar la contradicción, si esta ya fue declarada terminada por el Juez?. ¿Acaso se puede convocar a otra audiencia de prueba?. Como se aprecia, se rompen los principios que deben gobernar el sistema procesal y con ello el debido proceso, la oralidad pierde su vigencia por un actuar que lo desnaturaliza en forma total.

Un acto, que refleja y ejemplifica en cuanto a la carga procesal de los Juzgados de la Niñez, es el Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura publicada en el Registro Oficial 139 de 1 de agosto del 2007, anotándose entre los considerandos: "que es necesario propender al descongestionamiento del excesivo número de juicios que se tramitan en los juzgados de la Niñez[...]" y se propone establecer un tratamiento uniforme para la derivación de oficio de las causas a los centros de mediación. La resolución a mi modo de ver esta muy mal concebida, ni siquiera debió habérsela dictado y si se lo quería hacer para que los jueces cayeran en cuenta -que en muchas ocasiones debemos admitir es necesario- que es posible derivar las causas, debió hacérselo pensando en la solución efectiva que lastimosamente no se da por las razones que, a continuación expongo.

El Art. 1 dice que aceptada a trámite la demanda, el juez derivará de oficio, y las partes en el término de tres días de acuerdo con el Art. 2, podrán

aceptar o negarse a la mediación. Ello nos hace presumir, que la comunicación al demandado va a realizar el centro de mediación donde deriva la causa el Juez, lo que debe entenderse como una invitación, más no como citación. Y entonces quién no tenga el ánimo de concurrir, simplemente dejará pasar el tiempo para efectos de que se haga llegar al juzgado las actas de imposibilidad de mediación, con lo que el Juez tendrá que recién ahí, -nótese transcurrido algún tiempo que quizá supere un mes o más- ordenar la citación para luego poder continuar con el trámite de la causa.

Los Jueces de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca, desde hace más de dos años y dada la imposibilidad de cumplir con lo que manda la ley en cuanto al tiempo para convocar a las audiencias de conciliación y contestación por la carga procesal, hemos venido derivando las causas de oficio, pero se lo hace al momento de la convocatoria a la audiencia, cuando el demandado ya fue citado. ¿Qué se gana con esto?. Que a la par de derivar, se fija día y hora para la audiencia, de tal manera que si no es posible la mediación, la audiencia ya está convocada en el juzgado y las partes no deben esperar otro tiempo para ello. No se presta conforme queda anotado para que el demandado pudiera creer que aquello dilatará más la causa. Como dice el modismo, dos pájaros mueren de un solo tiro y se contribuye de manera efectiva a la concreción de la mediación como un modo alternativo para la solución de conflictos.

2.3 Celeridad.- Da la impresión con respecto a este principio, que el legislador ecuatoriano cree que logra su concretización, poniendo términos y sanciones para su incumplimiento, y no se pregunta si ellos responden a la carga procesal,

medios humanos y tecnológicos con los que cuenta una judicatura, y demás circunstancias que rodean al trabajo judicial.

Todos estamos plenamente conscientes de que el trámite judicial no puede prolongarse en el tiempo en forma indefinida, y para garantizar el derecho de los justiciables y evitar la mora judicial que podría responder a otras circunstancias, se hace necesario fijar términos para efectos de que quién requiere del servicio judicial, sepa que su pretensión tendrá una resolución en un plazo razonable y previamente determinado. Pero, si como se dejó anotado esto es imposible cumplir por la carga procesal, nace la justificación que posibilita que la ley quede en letra muerta, porque no responde a las realidades del tiempo y lugar donde debe regir, conforme aconseja Couture y que anotamos en la pág. 20, por lo que el remedio no cura la enfermedad y más bien permite justificar todo. Si pensamos por ejemplo en una autopista en la que empieza a suceder una serie de accidentes, y la autoridad de tránsito considera que la solución es limitar la velocidad máxima a 30KM / hora, podríamos creer que esto solucionaría el problema y que además el limitante de velocidad va a ser respetado por todos quienes transiten por dicha autopista?. Creo que la respuesta es no, esta tiene que ser técnica, lógica, que posibilite exigir su cumplimiento.

La justicia requiere un tiempo, así también el litigante, muchas veces estos se contraponen, circunstancia más notoria y preocupante tratándose de derechos a tutelar de grupos vulnerables, lo que impacta negativamente en su efectividad y que obliga a ver al proceso en su real dimensión para posibilitar que lo que se legisle se cumpla. Y si conforme hemos anotado, en las principales ciudades el crecimiento de la demanda va convirtiendo la situación de los juzgados en algo

por demás preocupante, y la carga de trabajo supera límites tolerables, esto pasa a ser la primera dificultad, que si no tiene una solución conforme se requiere, el usuario seguirá perdiendo la credibilidad en la institucionalidad, precisándose formar alianzas que permitan no ver el árbol, sino observar el bosque.

El procedimiento contencioso general regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, se aplica para la sustanciación de los asuntos relacionados con las materias que tratan los libros segundo y tercero, cuya resolución es privativa del Juez de la Niñez y Adolescencia. De acuerdo al Art. 282 ibídem, el procedimiento no podrá durar más de cincuenta días de término, contados desde la citación con la demanda en primera instancia, ni más de veinte y cinco días desde la recepción del proceso, tanto en segunda instancia como en casación. La multa por el incumplimiento es de veinte dólares por cada día hábil o fracción de día de retraso.

Ratificándonos en lo anotado respecto a la imposibilidad de cumplir los términos por la carga procesal, lo que convierte a la norma antes aludida en inconsulta, sin una evaluación para que se pueda exigir su cumplimiento, debemos añadir un hecho que conspiró para que se profundice el problema. El Código pretendió se desjudicialicen algunos trámites como por ejemplo, permite la autorización de salida del país consensuada mediante reconocimiento de firmas ante Notario –Art. 110-, y habiendo establecido el Sistema Nacional Descentralizado de Protección de la Niñez y Adolescencia, que lo conforman entre otros organismos, los de protección, defensa y exigibilidad de derechos, en lo que tiene que ver con las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, transcurridos más de cuatro años desde la vigencia del Código, a diciembre del 2007 están

constituidas 18 Juntas Cantonales en todo el país, de un total de 219 cantones.⁴¹ Y si este organismo puede disponer medidas administrativas de protección, al igual que los jueces de la Niñez dependiendo quién haya prevenido en el conocimiento, es obvio que ante su falta todas aquellas acciones se las propone en los Juzgados, por lo que la intención que tuvo la ley no se ha hecho efectiva hasta la fecha en la mayoría de Cantones de nuestro país, sin que rindan cuentas los funcionarios públicos responsables, léase Alcaldes y Consejos Cantonales, de su incumplimiento notorio.

El proceso observado en materia Laboral, denota como ya anotamos algunos cambios positivos para bien. Si bien se establecen también términos para la convocatoria de las dos audiencias -veinte días-⁴² le da la posibilidad al juez de prorrogarlos, en caso de que se presentaren más de diez demandas en el mismo juzgado contra el mismo empleador, y si fueren más de veinte pedirá a la Corte Suprema la designación de jueces auxiliares, que debemos concebirlos como una ayuda que se prestarían entre los jueces, pero únicamente para aquellas causas contra el mismo empleador y siempre y cuando sean presentadas en el espacio de tiempo que manda la ley, una semana. Véase la diferenciación que hace el legislador, para los jueces ocasionales debe dirigirse al Consejo Nacional de la Judicatura y para los jueces auxiliares a la Corte Suprema de Justicia; y, vale a este respecto, lo anotado sobre lo que pensamos de los jueces ocasionales (p. 40) e insistimos, la solución óptima ante la carga de trabajo es la creación de más judicaturas, con jueces titulares que dediquen todo su tiempo y esfuerzo, a la solución de las causas puestas en su conocimiento.

⁴¹ Dato proporcionado por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

⁴² Lo que también fue reformado por la ley del 23 de agosto del 2004, en la del 13 de agosto del 2003 el término era de quince días.

Conscientes de que dada la demanda en todas las juzcaturas de un distrito, provoca un cuello de botella en la oficina de citaciones por la falta de personal, se pretende solucionar estas falencias concediendo cinco días de término a los empleados de esta oficina para cumplir con la citación, bajo sanción de multa de 20 dólares por cada día -nótese lo desproporcionado, la igualan con la establecida por falta de resolución por parte de jueces y magistrados en el Código de la Niñez-.

Pero si queremos establecer una ponderación de derechos, es fácil colegir que ante una demanda civil y una de trabajo pendientes de citación, en base a las normas, principios y valores constitucionales, los derechos del trabajador deberían tener prevalencia y por lo tanto es lógico darle un tratamiento más ágil en esta oficina, pero qué pasa si en lugar de la demanda civil existe una de alimentos, la respuesta sería que en base al principio del interés superior, y siendo un grupo vulnerable el que requiere la atención, cuyos derechos tienen prevalencia sobre los de los demás, correspondería cumplir en primer lugar con la citación del juicio que proviene del Juzgado de la Niñez. Y la multa, inaplicable para el caso en que se justifica la carga de trabajo y se hace una motivación como la anotada. Otra vez la amenaza de ella, no soluciona los problemas.

La celeridad debe ser vista también, desde la posibilidad que tienen los jueces de evitar incidentes durante la tramitación, funcionario público que debe asumir una posición más activa, conducir las audiencias con destreza dado lo vertiginoso del proceso, demostrar firmeza en sus decisiones, evitar los excesos de las partes actuando con tacto y equilibrio. La oralidad permite un procedimiento mucho más ágil, no tan dilatado en términos, los incidentes que se

pueden provocar en un procedimiento escrito tienden a disminuir en forma considerable, ya que las actuaciones fundamentales se las concentra en las audiencias. El Código de la Niñez ha previsto que la resolución provisional, puede ser apelada con efecto devolutivo, al igual que el auto resolutorio que se dicta concluido el procedimiento.

Nos hemos referido, a si han cambiado o no las actitudes de los principales protagonistas respecto a como debe enfrentarse un proceso de reformas. La practica procesal, debe continuar siendo observada para efectos de vislumbrar si el nuevo procedimiento, ha traído a la par, cambios que permitan en forma efectiva que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia. El Juez III de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca, terminada la audiencia de prueba dentro del proceso N ° 470-05, inmediatamente dictó su resolución oralmente, ordenándose que se la transcriba y se notifique con su contenido a las partes. Interpuesto el recurso de apelación, la Sala Especializada de la Corte Superior resolvió declarar la nulidad, argumentando que se ha incumplido el Art. 277 que manda a que el juez dicte la resolución dentro de los cinco días siguientes y que por lo tanto, estaba impedido de dictar la resolución inmediatamente de terminada la audiencia.

Debemos suponer que para los Ministros existió violación de trámite, pero no existe ningún argumento que precise, cómo aquello influyó en la decisión de la causa. Por lo que vale preguntarse, ¿qué garantía básica del debido proceso, violentó la actuación del juez? ¿acaso la oralidad no permite precisamente por sus características de inmediación, celeridad, eficiencia, y al tener los suficientes elementos de juicio dictar en forma inmediata su resolución?. Legislaciones como

la Uruguay permiten que el juez en la misma audiencia pueda dictar su decisión, pero es el mismo Código de la Niñez el que manda, que en las audiencias preliminares para el juzgamiento del adolescente infractor, el juez tiene que anunciar su decisión al término de la audiencia, sin que esto impida que en ese mismo momento, lo haga determinando en forma precisa sus argumentos respecto a los hechos, así como al derecho. Casos como el anotado, nos permite observar que se continúa desatendiendo el espíritu y análisis conjunto de la ley, a pretexto de una interpretación literal de la norma invocada, y que se hace necesario, dado el marcado interés de algunos jueces y abogados de creer que la interpretación exegética es la única permitida, que existan disposiciones que nos hagan caer en cuenta, que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.⁴³

El Código de Trabajo, en cuanto a los recursos manda en el Art. 584 inciso final: “se concederá recurso de apelación *únicamente* de la providencia que niegue el trámite oral o de la sentencia”, lo cual no es tan cierto, puesto que también se concede el recurso de apelación, si el momento de dictar sentencia el juez declara la nulidad del proceso, Art. 607, así como es apelable la providencia que aprueba una liquidación que exceda de quince salarios mínimos vitales, Art. 611. Han existido inquietudes como la del Dr. Henry Masabanda, de que si el juez le toca resolver sobre la incompetencia o ilegitimidad de personería propuestas por el demandado, lo que debe ser resuelto por auto, si cabría algún recurso

⁴³ Art. 14 del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: “Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”.

horizontal o vertical.⁴⁴ Esto responde a que la ley del 13 de agosto del 2003, ordenaba que si el demandado al contestar la demanda formula excepciones dilatorias como las de incompetencia del juez o ilegitimidad de personería, el juez decidirá en primer lugar sobre ellas, lo cual cambió con la ley reformativa al Código de Trabajo publicada en el Registro Oficial de 23 de agosto del 2004, en la que ya no contempla aquella posibilidad de que la audiencia cumpla también la función de sanear el proceso, Art. 583: "...el juez dictará sentencia en el que resolverá todas las excepciones dilatorias y perentorias en el término de diez días...". Pero esto afecta al principio de celeridad, el juez debe resolver de su incompetencia o la ilegitimidad de personería en sentencia, cuando la solución pudo haber sido lo propuesto en la primera ley reformativa, tal como está tratado el tema en el Código Procesal Civil Modelo (véase el respecto nota 2).

El ejercicio de la judicatura, va demostrando que el proceso oral es el que más se acomoda a las exigencias de la vida moderna, porque siendo público, contradictorio y continuo, permite al juez formar un recto y maduro convencimiento, es el más apto para excluir el arbitrio judicial, y permitiendo el control público de los actos judiciales, es el que mejor responde a las exigencias constitucionales, como sostienen Alfredo Velez Mariconde y Chiovenda. (F. De la Rúa, 1991: 99)

La dificultad producida por la carga procesal en materia de la niñez y adolescencia y, por lo tanto, la imposibilidad quizá de la celeridad tal como esta concebida en el Código, de ninguna manera desprestigia la oralidad, las causas son otras que las hemos dejado puntualizadas. Y las bondades del sistema se las

⁴⁴ Citado por Pablo Vintimilla, "*La oralidad en los juicios individuales de trabajo*", en Revista Proceso N ° 09, Cuenca, Colegio de Abogados del Azuay, junio del 2004, p. 38.

puede apreciar mejor en el campo laboral, ya que el número de causas es mucho menor y la ley, ha previsto una serie de situaciones acordes con lo que debe ser el acatamiento de los principios constitucionales, por eso los jueces laborales de las tres principales ciudades, coinciden que antes el proceso entre las tres instancias demoraba de dos a tres años, ahora afirman no llega a un año, dato que no puede considerárselo como absoluto, existen excepciones sin duda, pero el promedio va consolidándose en la mayoría de casos.

Merece analizarse en cuanto a este punto, la posibilidad contemplada en la ley de diferir las audiencias. En el Código de la Niñez de acuerdo al Art. 276, sin que deba justificarse absolutamente nada, basta la petición de cualquiera de las partes, la audiencia de prueba se la puede diferir hasta por cinco días. No dice nada en cuanto a la primera audiencia de conciliación y contestación. En cambio en el Código de Trabajo, existe esta posibilidad para la primera audiencia, la preliminar, pero a petición conjunta de las partes, así mismo por un término máximo de cinco días. Es razonable sin duda la posibilidad de que la solicitud sea conjunta, lo que recoge lo que proveyó el legislador para el juicio verbal sumario, Art. 831 del C. de P. Civil, y que guarda relación con los principios de buena fe y lealtad procesal.

En la práctica sucede que, cualquiera de las partes, y por cuanto no existe término hasta cuando puede pedirse el diferimiento de la audiencia de prueba, lo solicitan a última hora, ello en algunas ocasiones con la intención de alterar la defensa planificada, puesto que hecho el diferimiento en muchos casos será difícil sobre todo en cuanto a prueba testimonial poder contar con todos los testigos anunciados. Debería ponerse un término en cuanto a la anticipación para poder

solicitar, -como por ejemplo de conformidad con el Art. 14 inciso segundo de la Ley de Casación, la audiencia de estrados puede ser diferida a petición de parte o de oficio, siempre que se lo haga con dos días hábiles de anticipación- para que no sea a última hora, lo que incide en forma notable en el trabajo planificado del juzgado. Además, la ley debería prever en garantía del derecho a la defensa, que se pueda diferir ante un acontecimiento extraordinario de las partes que impida su presencia, pero esto debería ser calificado por el juez, y estarían en la obligación de demostrar sus aseveraciones, con ello contribuimos a resaltar los principios de buena fe y lealtad procesal y avanzamos en la construcción de la seguridad jurídica, propia de un estado constitucional de derecho.

Las materias que tratamos, requieren protección urgente de los derechos invocados, y ciertamente que la falta de celeridad y el incumplimiento de los términos, provoca que la justicia tardía, no sea justicia. Por ello, bien hizo el legislador en posibilitar que en las dos materias, el Juez resuelva en forma provisional lo que es materia de la pretensión,⁴⁵ con ello se consigue que las normas adjetivas den eficacia al ordenamiento jurídico y posibilite se concrete el derecho material en el menor tiempo posible, lo que ayuda en forma eficiente a posesionar el principio constitucional de celeridad, aunque esto depende sobre todo en materia laboral, de la conducta procesal de la parte demandada.

La causa principal en el retardo es la falta de juzgados dada la carga procesal, lo que exige un análisis permanente de las estadísticas para la creación en forma inmediata de las judicaturas conforme así lo demande el requerimiento ciudadano, para ello, las Instituciones Públicas debe respetar toda aquella

⁴⁵ Art. 137 y 274 del Código de la Niñez y Adolescencia; y, 579 del Código de Trabajo.

normativa constitucional anotada en el primer capítulo, así como cumplir lo que manda el Art. 12 y 18 del Código de la Niñez y Adolescencia, en la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a la que se asegurará el acceso preferente a los servicios públicos; y, los derechos y garantías que las leyes reconocen a su favor, son potestades cuya observancia y protección, son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, respectivamente.

2.4 Dispositivo.- Este principio es el que asigna a las partes y no al juez la iniciativa del proceso, su ejercicio y la facultad de renunciar a los actos. Lo contrario, es decir el principio inquisitivo, otorga al órgano jurisdiccional aquellos poderes para actuar e investigar. Devis Echandia afirma: “En realidad ninguno de estos dos sistemas o procedimientos se aplica con carácter exclusivo, de suerte que cuando se dice, por ejemplo, que un procedimiento es dispositivo, con ello no quiere significar que es este principio el único que debe gobernar el proceso”. (H. Devis Echandia, 1985: 42-43).

Véscovi, destaca como subprincipios que integran el principio dispositivo, que el proceso debe comenzar por iniciativa de las partes, el objeto ellas lo fijan, “y es dentro de esos límites que el juez debe decidir, hasta las pruebas son aquellas que las partes soliciten. Si el tribunal dispone alguna para mejor proveer, lo será respecto de los hechos que las partes han invocado. En consecuencia, el tribunal deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes”, coincide con lo manifestado por Devis Echandia respecto que no gobierna en términos absolutos; y, sostiene que las principales modificaciones en

códigos modernos, es en cuanto se amplían las facultades del juez, tanto en materia probatoria como en el impulso procesal, para que sea un verdadero director, figura intermedia entre el espectador y el dictador, (E. Véscovi, 1999: 45-46).

Devis Echandia subraya que el aspecto principal es el probatorio, y afirma que: "será inquisitivo el proceso civil que le otorgue facultades oficiosas sobre las pruebas al juez, aún cuando se mantenga la necesidad de la demanda para iniciarlo (*nemo iudex sine actore*)" (H. Devis Echandia, 1985: 45), posición contradicha por el Maestro Uruguayo, cuando sostiene que eso no es incompatible con el proceso dispositivo, el juzgador deberá sujetarse a los hechos alegados, pero su neutralidad no puede conducirlo a no investigar por sí mismo la verdad de esos hechos. (E. Véscovi, 1999: 47).

Como vemos no existe un criterio uniforme en la doctrina, pero la posibilidad de ampliar las facultades de los jueces sin duda logra un posicionamiento en los códigos modernos y en todas las materias, precisamente siguiendo lo expresado por Devis Echandia, "...ejecutar justicia y obtener una sentencia que se acomode a la verdad y al derecho es cuestión de interés social...", quién además insiste que la falta de iniciativa de las partes y sus maniobras, no alcancen a burlar la justicia, haciendo posible la vigencia de los principios de lealtad procesal, buena fe, la igualdad real, la economía y la celeridad del proceso, para así evitar que la sentencia niegue el derecho a la

parte cuyo defensor descuida la defensa, es menos capaz o actúa de mala fe. (H. Devis Echandia, 1985: 43.).⁴⁶

Aunque recurra a una comparación obvia del ámbito deportivo, alguna ocasión escuche que el juez debe ser como un árbitro de un juego de fútbol, en el que mientras los jugadores respeten las leyes del juego, él tiene que únicamente observarles, su actuación será cuando su conducta se aparte de las reglas, solo ahí sacará la tarjeta amarilla o roja que corresponda.

Esto sin duda en una realidad en nuestro país, que tiene sus orígenes en la formación recibida en las aulas universitarias, en las que los profesores insistían, que de acuerdo con las normas del C. de P. Civil, Arts. 113 y 114 por ejemplo, es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado al reo; el demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; debe probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o calidad de la cosa litigada; cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a ley; y, cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por el adversario. A lo que debe agregarse el Art. 18 del Código Civil, inciso primero, “los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tal caso, juzgarán atendiendo las reglas siguientes...”, por lo que no procede la fórmula antigua non liquen= no lo veo claro.

⁴⁶ Interés social y público destacado de lo que debe ser el proceso, que ya lo encontramos en el siglo XIX, cuando Franz Klein impulsó un reglamento que entró en vigencia en Austria en 1898 y sigue vigente con algunas modificaciones y que se caracterizó por “consagró la oralidad, forzó una sola audiencia para resolver la mayoría de la causas; y, individualizó el aspecto sociológico-económico del proceso”, “fue realmente, el primero de los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente, sobre la premisa de que el proceso es un fenómeno social de masas y debe ser reglamentado como instituto de bienestar (atendiendo al fin público de la jurisdicción y a la tutela del interés general, no sólo el de las partes)”. (Augusto Morillo, 2001: 290 a 291).

Por lo que, son las partes las que tienen que aportar lo que existirá en el proceso, exhortándose a dar cumplimiento a aquella frase: "lo que no existe en los autos, no existe en el mundo". Los jueces en su mayoría a pesar de que el Art. 118 ibidem da la posibilidad de ordenar pruebas de oficio para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa hasta antes de sentencia, exceptuándose la prueba de testigos, no se lo utiliza, dada la formación recibida en la que se instaba que actuar en forma contraria le apartaría de la independencia que debe mantener y observar, y se le hacía acompañar por un fantasma siempre rondante en los pasillos judiciales para no cambiar, el del prevaricato.

Es hora de dejar aquellas corrientes y ponernos a tono con las tendencias actuales del proceso, que no son de este siglo sino de años atrás, y que es la de otorgar plenas facultades para decretar pruebas oficiosamente. Lo expuesto por el Maestro Vescovi es lo suficientemente argumentativo y lógico, mira la luz que al final de todo proceso marca las huellas por las que debemos transitar y a mi modo de ver es lo que debería hacerse, las partes fijan los hechos, pero el juez no debe estar encadenado e imposibilitado de conseguir la verdad respecto a esos hechos, la justicia no debe estar en manos únicamente de los litigantes, esta debe vérsela como de responsabilidad e interés público, la inacción debe tener un impulso, la tutela efectiva debe marcar el camino a seguir, y esto de ningún modo, le resta imparcialidad, la motivación a realizarse en la sentencia, clarificará sin duda el actuar del juez.

El Dr. Andrade Ubidia a este respecto, sostiene que la posibilidad de ordenar pruebas de oficio se reconoce cuando el juez civil se halla imposibilitado

de fallar por falta de ella y del proceso aparecen datos o indicios, de medios probatorios que harían coincidir la verdad material con la procesal, caso en el que puede ordenar determinadas pruebas, excepto la declaración de testigos. (S. Andrade, 2004: 258-259). Por lo tanto se refiere a las diligencias de mejor proveer que conforme se anotó, los jueces no la utilizan en su gran mayoría, más bien optan por resolver motivando quién tuvo el deber de probar y no lo hizo.

La ampliación de facultades conforme a los códigos modernos, es también para la fase inicial, proposición de la demanda, para que pueda rechazarlas por defectos formales y por inadmisibilidad, cuando la demanda nace muerta, ya que esta en contra de expresas disposiciones del derecho sustancial. Si el objeto de las normas de procedimiento es darle vida al derecho sustancial, que objeto tiene dar trámite a una demanda que repito nace muerta. Por ejemplo, si de acuerdo con el Art. 118 del Código de la Niñez, la tenencia de los hijos se la dará únicamente a los progenitores, que objeto tiene admitir a trámite una demanda propuesta por una persona que no tiene dicha calidad y que por lo tanto, su pretensión no esta amparada en el derecho sustancial. Naturalmente el auto que niega a trámite por la "improponibilidad objetiva" o "inadmisibilidad" como se refiere Véscovi, tiene que ser debidamente fundamentado y puede ser materia de apelación, para efectos de garantizar el derecho de acceso a los Tribunales de Justicia.

Esta es la tendencia, por ello el Maestro Uruguayo nos enseña que en los procesos sociales actuales, el juez aparece con los mismos poderes del juez penal, y junto con las posibilidades de rechazar in limine la demanda, debe dar al

proceso el trámite que corresponda cuando el señalado por la parte es equivocado (E. Vécovi, 1999: 189).

El Art. 33 del Código Modelo, establece entre las facultades del Tribunal la de rechazar in limine la demanda cuando fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley, para ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, todo lo cual se refuerza con lo que establece el Art. 182 de dicho cuerpo legal, que manda que el Tribunal en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, puede disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer, sin recurso alguno, y si el tribunal de apelación considera que la prueba ordenada ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes, podrá disponer las medidas complementarias para asegurar dicha igualdad y derecho a la defensa, lo cual nos permite advertir la importancia del trato igualitario a los litigantes, resultante del principio constitucional de igualdad ante la ley, y para que el proceso se desarrolle mediante el sistema dialéctico de la contradicción.

“Desde que dejó de concebirse el proceso como un duelo privado en el cual el juez era el árbitro y las partes podían utilizar todas las artimañas, argucias y armas contra el adversario para confundirlo, y se proclamó la finalidad pública del propio proceso civil, comienza a reclamarse de los litigantes una conducta adecuada a ese fin y a atribuir al juzgador mayores facultades para imponer el fair play” (E. Vécovi, 1999: 55).

El Código de la Niñez y Adolescencia, en materia de violación de derechos fundamentales de los niños y adolescentes, concede amplias facultades para efectos de que pueda el juez contar con elementos que permitan una resolución apegada a la justicia. Por ejemplo el Art. 30 establece como obligación de los establecimientos de salud públicos y privados: 11.- Informar inmediatamente a las autoridades y organismos competentes los casos de niños o niñas y adolescentes con indicios de maltrato o abuso sexual; y, aquellos en los que se desconozca la identidad o el domicilio de los progenitores; 12.- recoger y conservar los elementos de prueba de maltrato y abuso sexual. Y si toda persona tiene el deber jurídico de denunciar cuando conozca de la violación de un derecho, al juez le bastará requerir dicha información, y podrá así mismo ordenar se realice cualquier diligencia que permita determinar en forma cabal los hechos, garantizando obviamente conforme hemos anotado la contradicción, derecho a la defensa y todas aquellas garantías que consagra el debido proceso.

Reforzando lo anotado, al tratar el procedimiento administrativo de protección de derechos, el inciso final del Art. 238 manda que el organismo sustanciador tendrá la facultad de disponer las pruebas e investigaciones que considere necesarias. En lo que tiene que ver con el procedimiento contencioso general, únicamente encontramos la facultad de disponer pruebas de oficio en el juicio de alimentos, para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado, Art. 293.

Una prueba más de que el proceso en el Código Laboral, revela que esta más acorde con la corriente que la hemos analizado en líneas anteriores, y que por lo tanto sigue de mejor forma lo que debe ser un procedimiento en el que

gobierna la oralidad, constituye el Art. 577 del Código de Trabajo, que posibilita al juez poder ordenar de oficio la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio, y tiene plenas facultades para cooperar con los litigantes para que éstos puedan conseguir y actuar las pruebas que soliciten, pruebas de oficio que las pueden ordenar también los tribunales de última instancia, conforme reza el Art. 603 ibidem.

La mayoría de jueces de la Niñez y Adolescencia de las tres ciudades del país, Quito, Guayaquil y Cuenca, reconocen que no ordenan pruebas de oficio, coinciden en que esta posibilidad debería darse dentro del entorno de los medios anunciados y de las pruebas practicadas, en materia laboral, se repite este modo de actuación. En la práctica se demuestra, que de nada sirven las modificaciones que se producen con un sistema oral, si los jueces no utilizamos los poderes que se nos va ampliando.

La situación debe ser analizada, no sólo en cuanto a la materia sino también dependiendo de la ciudad. La unificación de criterios frente a vacíos de ley no se ha generalizado en todo el país. En la niñez y adolescencia los medios probatorios a actuarse deben haber sido oportunamente anunciados, ¿cómo entender aquello, hasta cuándo es esa oportunidad que permita hacer efectivas las garantías básicas del debido proceso, como la contradicción?. En las ciudades de Quito y Guayaquil por ejemplo, casi todos los jueces ordenan que estos serán anunciados dentro de los seis días siguientes a la audiencia de conciliación y contestación, y si la audiencia de prueba es con mucho tiempo posterior a que fenece ese término, el juez puede tener un panorama de los medios probatorios anunciados y podría ordenar talvez con mayor claridad, pruebas de oficio.

En la ciudad de Cuenca, los medios probatorios deben ser anunciados hasta veinte y cuatro horas antes de la audiencia; y, es en esta diligencia que se actúan. Que pasa si se anunciaron pero no se las realiza por cualquier circunstancia, es en este momento y terminada la diligencia, que el juez podría contar con un panorama claro y, en consecuencia, podrá ordenar medios de prueba, pero si tiene que resolver dentro de cinco días y si aquel incumplimiento la provocaría sanciones por parte de la Sala Especializada de la Corte Superior, para el caso que se interpusiera recurso de apelación de la resolución. He ahí otro temor, comprensible pero no justificable, haciendo una ponderación de derechos y frente a la responsabilidad pública frente al proceso y a lograr la verdad histórica de los hechos, creo que vale la pena el riesgo, pero también vale una reforma de la ley en este sentido, en el que los términos concedidos para la resolución –que repito creo que son importantes para garantizar que el proceso no se pierda en los tiempos- no correrán de existir una motivación para que se actúen pruebas de oficio, debiendo transcurrir a partir de su evacuación.

En materia laboral conforme analizamos, son dos momentos de actuación de pruebas, en el transcurso hasta la audiencia definitiva desde la preliminar, y en la definitiva para las declaraciones, juramento deferido, confesión judicial; y, su anuncio debe hacerse en un único momento procesal, la audiencia preliminar. Sin duda el juez está en mejor opción de evaluar la actuación de las partes y los hechos que son materia de la demanda, para efectos de poder determinar la necesidad o no de ordenar pruebas de oficio, valiendo así mismo para esta materia, la interrogante en cuanto a que si bien pudieron anunciarse medios probatorios, qué pasa si estos no se realizan, tocaría al juez ordenarlos ya en la

audiencia definitiva. Agregamos otro interrogante, válida para las dos materias ¿será oportuno si es en esta audiencia en que se debe practicar?. La solución quizá sería declarar un receso y volver a constituirse para efectos de practicar las pruebas que se ha ordenado de oficio, posibilidad de receso contemplada en el Código de la Niñez para el caso que la extensión de la prueba lo justifica, Art. 276.

No existe uniformidad en cuanto al anuncio de pruebas en el Código de la Niñez. En el libro cuarto que trata del adolescente infractor y, por lo tanto, quizá entendible con otros principios que lo rigen, en la audiencia preliminar deben anunciarse las pruebas a actuarse en la audiencia de juzgamiento, es decir recoge la forma consignada en el Código Laboral, la prueba se anuncia en la audiencia, más no en los términos que debe transcurrir entre ellas, forma que a mi modo de ver se presenta como la más acertada, para garantizar los principios constitucionales de contradicción y concentración.

La Asamblea Nacional Constituyente, reformará el marco institucional de nuestro país y dictará una nueva Constitución de la República. Sería conveniente quizá considerar la posibilidad que entre los principios que han merecido rango constitucional y que miran a como debe desarrollarse el proceso, se omita el dispositivo, porque conforme se analiza no es compatible con lo que debe ser un procedimiento oral moderno.⁴⁷ Si no existe un procedimiento puro sea dispositivo o inquisitivo al que se afilien las legislaciones positivas, así como tampoco existe

⁴⁷ El Dr. Andrade Ubidia, propone que debería incluirse el de interés público o general en el proceso, imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales, el de igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso (aunque ya esta reconocida en el Art. 32 num 3), el de la verdad procesal, de la cosa juzgada, valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, el de preclusión, interés para intervenir en el proceso; y, el de congruencia. (S. Andrade U, y otros, 2004: 257)

un sistema oral puro sino mixtos, ya que existen fases como la de proposición y contestación a la demanda que son escritos, por lo que se refieren más bien como procesos por audiencias, su presencia como principio constitucional hace que muchos operadores de justicia, así como abogados lo invoquen para efectos de sostener que impide que el juez pueda ordenar la práctica de pruebas de oficio. Un sector de la doctrina, propone un principio dispositivo atenuado. (A. Morillo, 2001: 296).

La solución también está en seguir la doctrina constitucional moderna. Conforme al análisis anotado (p. 41) respecto a que debe entenderse por principios constitucionales, cuyo significado es autoevidente y deben ser entendidos en su ethos, se les presta adhesión generando a este respecto actitudes favorables o contrarias y solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto y solo en ellos se entiende su alcance. En esta ocasión agregamos que, conforme anota el tratadista, el derecho no es un dato sino un incesante hacerse, donde concluyen exigencias múltiples planteadas por numerosos principios, a veces contradictorios, por lo que debemos tener una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios a su favor, buscando la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas, y si estamos frente a una pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos, no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación, principios que tienen la capacidad de relativizarse para conciliarse recíprocamente, sin que pueda concebírseles en términos absolutos,

porque poseen la dimensión del peso y su importancia. (G. Zagrebelsky, 1997:123 a 125).

Las materias que estamos tratando, niñez y adolescencia, y laboral, forman parte de lo que se denomina derecho social, entendido como aquel “en el cual el derecho y la justicia tratan de proteger a una de las partes en la relación (sustancial y procesal) que aparece como la más débil por diversas razones, entre otras, la económica” reclamándose “un proceso especial con principios de oralidad, abreviación, simplificación de las formas, aumento de poderes del juez, etc. invocando el carácter social y trascendente de esos derechos...” (E. Véscovi, 1999: 9).

Invocando el carácter social y trascendente de los derechos a ser tutelados en un proceso cuyas pretensiones sean los derechos de niños y adolescentes, así como de los trabajadores, podríamos concluir que se relativiza el peso y la importancia que puede tener en otras materias el principio dispositivo, frente a realidad social que les ha puesto en desventaja por diferentes razones, edad, ejercicio progresivo de derechos, situación económica, situaciones de poder, etc., que motivan que busque la justicia y haga del sistema procesal, un medio idóneo para su realización. Ordenar pruebas para esclarecer los hechos debe dejársela de ver como una facultad discrecional, sino como parte esencial de la función de juzgar, poderes-deberes que el juez está constreñido a realizar, independientemente de la solicitud de las partes.

Se hace necesario realizar aquella ponderación aconsejada, y sobre todo en estas materias, guiados así mismo por disposiciones constitucionales que los han considerado como grupos vulnerables (niños y adolescentes), siendo obligación

promover con máxima prioridad su desarrollo integral y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, que prevalecen sobre los de los demás; y, sabiendo que el trabajo es un derecho y un deber social, goza de la protección del Estado, su legislación se sujeta a los principios del derecho social, se garantiza la intangibilidad de sus derechos que son irrenunciables, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, se aplicará en el sentido más favorable al trabajador, etc.⁴⁸, lo cual nos permite sostener que el principio dispositivo no puede aplicárselo a raja tabla, la intención del legislador va demostrando lo contrario y repito, esto va acorde con un sistema oral moderno, o de no, ¿cómo lograr la justicia si seguimos creyendo que el proceso debe ser interés solo de las partes?.

Los jueces estamos llamados a dejar de ser espectadores, y la motivación de nuestros actos descarta la arbitrariedad y permite una determinación real de los hechos que posibilitará dictar una sentencia justa, lo que le dará la calidad de autoridad. Hay que renunciar a verse como un funcionario rutinario, sin arriesgarse a nada, mucho más tratándose del derecho social, donde se pierde lo individual, para dar paso a lo colectivo que permita la paz social.

2.5 Concentración.- Este principio esta ligado al de la celeridad, su objetivo es resumir la actividad procesal en la menor cantidad de actos, para evitar precisamente la dispersión en el tiempo. Tanto en materia de niñez y adolescencia, como en lo laboral, el proceso cobra vida una vez que se ha presentado la demanda y esta ha sido admitida a trámite, por medio de las dos audiencias, que vendrían a ser como los momentos estelares del procedimiento. La primera

⁴⁸ Arts. 47 y 35 de la Constitución Política del Ecuador.

conforme hemos anotado en materia de la niñez como laboral, tiene el propósito de buscar la conciliación. Si no existe dicha posibilidad, de acuerdo con el Código de la Niñez se contesta la demanda y el juez convoca a prueba, debiendo anunciarse los medios probatorios hasta antes de la diligencia (en la ciudad de Cuenca hasta antes de 24 horas del día y hora señalado, en Quito y Guayaquil, dentro de los seis siguientes días hábiles de la convocatoria); en cambio en materia laboral, en la audiencia preliminar a más de contestar la demanda se anuncia la prueba, y esta contestación puede contener una contrademanda, reconvencción conexas.

Estimo que sería conveniente, para efectos de darle vida a este principio con mayor rigurosidad, que podría existir una mayor concentración si a la demanda se obliga se acompañe o por lo menos precise la prueba que se hará valer, y en la contestación seguir el procedimiento del Código de Trabajo, en esta audiencia anunciar la prueba a actuar. Así está concebido el Código Modelo Uruguayo, en el que los actos de proposición de la pretensión o defensa, constituyen además actos de proposición de los medios probatorios a ser utilizados, so pena de no ser admitidos si se lo hace con posterioridad. Pero claro, existe la salvedad que garantiza a mi modo de ver muy bien el derecho a la defensa, de que las pruebas supervinientes o referidas a hechos nuevos si se las puede admitir, lo cual fortalece la vigencia además del principio de concentración, el de lealtad, buena fe, estos dos últimos concretados en el inciso final del Art. 207 de nuestra Constitución: "la persona que litigue temerariamente pagará a quién haya ganado el juicio las tasas que este haya satisfecho, sin que en este caso se admita exención alguna".

Devis Echandía, afirma que se debe evitar que las cuestiones incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental, lo cual se consigue limitando los recursos de apelación, ya analizados al tratar el principio de celeridad; que lo planteado se lo debe resolver en la sentencia para concentrar así el debate procesal, concluyendo el tratadista que solo en los procedimientos orales tiene aplicación adecuada este principio. (H. Devis Echandia, 1985: 48.)

2.6 Eficiencia.- Sería el resultado, los efectos, que producen la vigencia de los principios que sientan las bases del Derecho Procesal y los que se refieren a como debe organizarse el proceso. Su relación es directa con el poder-deber del juez de comunicarse directamente con las personas con quienes se ha establecido la relación jurídico procesal, con los hechos que son materia de la pretensión y las pruebas que se actúan, sea a petición de parte u ordenados de oficio para que puedan ser esclarecidos esos hechos y permitan conocer su verdad histórica; que se establezcan términos que puedan ser cumplidos, debiendo considerarse el todo de lo que implica el trabajo judicial, para que respondan a una realidad y en proporción con la responsabilidad asignada a los jueces; y, en tanto y en cuanto las leyes procesales procuren y logren la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad en los trámites, para que precisamente el retardo imputable al juez o magistrado, sea sancionado por la ley, tal como manda el Art. 193 de nuestra Constitución.

La administración de justicia demanda del juez y de las partes, evitar incidentes que lo único que persiguen es el retardo en la tramitación, aquello implica observar un comportamiento técnico profesional, que procure la solución del conflicto, la contienda que liberan las partes en un juicio ocasiona elevados

costos económicos, psicológicos e intelectuales, justicia que tarda, no es justicia dice el refrán popular.

La posibilidad en estas dos materias, de que en la audiencia de conciliación se pueda resolver en forma provisional lo que es materia de la demanda, analizado al tratar el tema de la celeridad, (ver nota 45) y, al no tener que esperar en todos los casos necesariamente la resolución para efectos de que el derecho material sea atendido, contribuye a la eficiencia del sistema procesal.

Y este principio debe ir de la mano con la calidad de las resoluciones, si el juez se ve atosigado de causas, dispone de menos tiempo del que necesita para realizar un trabajo más planificado, estudiado y que permita soluciones efectivas a los problemas que son materia de su resolución. No debería verse sacrificada la eficiencia y por lo tanto la calidad, frente al apresuramiento de resolver y despachar las peticiones que en el día a día se presentan.

Los Jueces de la Niñez y Adolescencia son coincidentes en exponer que la vigencia de los principios está supeditada a que exista una mayor cantidad de juzgados, que permita responder a la exigencia de los ciudadanos que acuden con sus requerimientos. Mientras ello no ocurra no se posesionarán en forma total, principalmente en las ciudades donde la cantidad de demandas que ingresan conforme a las cifras que se han anotado, demuestra que cada año aumentan, y es imposible cumplir los términos que manda el Código.

Los Jueces de esta materia en la ciudad de Cuenca, en la que obviamente el trabajo es menor que el de Quito y Guayaquil, pero que supera las mil causas al año, comprenden e impulsan que no se puede sacrificar los principios que gobiernan el procedimiento, para efectos de tramitar más rápido y un mayor

número los procesos. Son ellos, quienes pasan las audiencias dando vida al principio de inmediación, y si bien los términos que ordena el Código no se los puede cumplir en cuanto a la convocatoria de las audiencias, se lo hace en un ciento por ciento en cuanto al término que se tiene para resolver, es decir dentro de los cinco días.

En esta ciudad los 3 juzgados funcionan bajo la modalidad de Juzgado Corporativo, lo que ha permitido un mejor aprovechamiento del recurso humano, criterio que es compartido por los jueces laborales. Esto se ha tratado de replicarlo en otros distritos judiciales, ya que fue en esta ciudad donde se lo implementó con el carácter de piloto en el área civil, funcionando bajo esta modalidad en la actualidad en todas las áreas. Lastimosamente, la réplica anotada no ha dado los resultados que se esperaban en otros distritos, debido fundamentalmente a que las áreas físicas no son aptas para albergar a dos o más juzgados y, con notable incidencia, la falta de voluntad de funcionarios judiciales apegados a rutinas y modos de trabajar que imposibilitan innovaciones.

Con la oralidad, son el juez y secretario quienes tienen la mayor cantidad de trabajo, dado que el proceso se concentra en las audiencias que él las dirige. Y es en este aspecto que se nota un gran cambio frente al procedimiento que es fundamentalmente escriturario, el trabajo del personal auxiliar baja en forma considerable, por lo que frente a las objeciones respecto de que la oralidad implica mayores gastos, si bien las judicaturas tienen que aumentarse y por lo tanto los jueces y secretarios, ya no se requeriría el personal auxiliar en la forma como se necesitaba para el juzgado que trabaja en la forma tradicional. En Uruguay a muchos de los secretarios los convirtieron en jueces porque las funciones del

proceso las ejercen estos últimos, (E. Véscovi, 1999: 53), por ello en Art. 28 del Código Modelo, manda: "El Estado aumentará el número de jueces y disminuirá el de los funcionarios auxiliares al mínimo indispensable para la asistencia material de los primeros...". En nuestro país los secretarios para poder optar por dichos cargos, deben participar en los concursos que se convoquen para el efecto, pero vale resaltar que ya son más de dos años, en los que no se provee ni siquiera los cargos vacantes que, por ejemplo, en el distrito del Azuay serían unos 70 aproximadamente, lo cual incide en forma notable en el trabajo y como consecuencia en la calidad del servicio, que está llamado a ser pronto y eficaz.

A lo anotado y en cuanto al personal auxiliar, debe considerarse la gran transformación que significó la implementación del programa de seguimientos de causas. Cambio cualitativo importantísimo, donde el trabajo se centra fundamentalmente al inicio, es decir como si nos refiriéramos a la carátula del juicio, debemos ingresar nombres, materia, abogados, cuantía, etc,etc. Cumplido y siempre que accionemos ese número nos saldrán esos datos y por lo tanto, las providencias, autos, sentencias que son enviadas por el juez mediante el correo electrónico, el personal auxiliar las copia (Ctrl +C) y el programa se encarga de sacar las boletas que se necesiten perfectamente realizadas, por lo que una providencia puede estar debidamente notificada en menos de un minuto. Véase la gran cantidad de trabajo ahorrado y el aprovechamiento eficiente de la informática, que a más de ello posibilita hoy, la consulta de todos los procesos en la página WEB.

Si de una resolución o sentencia no se interpone el recurso de apelación, se presume en la mayoría de los casos, que las partes demuestran su

conformidad con lo expuesto por el Juez, asumen que aquello refleja la justicia del caso concreto y termina el litigio. En los tres Juzgados de Trabajo de la ciudad de Cuenca, en el año 2007 ingresaron un total de 684 demandas, lo que significa una carga procesal de 228 juicios por año en cada judicatura, habiendo resuelto el 70.32 %; y, han sido apeladas el 15 % de ellas aproximadamente. En los Juzgados de la Niñez, así mismo año 2007, han ingresado 3461 demandas (sin contar diligencias como curadurías y autorizaciones de salida del país), lo que nos da un promedio de 1153 juicios por juzgado (3), se han resuelto el equivalente al 95.26 % de las ingresadas en el año; y, han sido apeladas el 8.6% de ellas.

En los Juzgados de Quito, en materia laboral en el año 2006 ingresaron 4443 demandas, lo que da un promedio de 888 en cada juzgado (5); y, se han resuelto un total de 3959 causas en ese año, el 89.10%; en niñez y adolescencia ingresaron un total de 16.479 demandas, que dividido para los cinco juzgados, nos da un promedio de 3295 para cada uno; y, se resolvieron 6635 que representa 40.26%.

Las estadísticas anotadas, muestran que lo fundamental para que los principios que sientan las bases del proceso tengan efectiva realización, es que las judicaturas atiendan el número de demandas que pueden hacerlo en forma oportuna y eficaz; y además nos ilustran el trabajo y esfuerzo realizado para tratar de responder a los requerimientos de los usuarios. No aumentar el número de judicaturas dado la creciente demanda, que guarda relación y encuentra explicación con la situación económica de nuestro país, mercado laboral, oportunidades de trabajo, la migración y, en consecuencia el no cumplimiento de

las responsabilidades de los progenitores frente a sus hijos, etc., es desprestigiar el sistema sin solucionar la principal dificultad que ha imposibilitado, un posicionamiento en forma efectiva de todos los principios procesales que manda la Carta Política.

2.7 Las formalidades y el derecho a la verdad y la justicia.-

“Las reglas del debido proceso ofrecen un punto de referencia bastante claro para que los órganos administrativos puedan darle contenido concreto a este útil precepto. En efecto, la antigua discusión respecto a si determinadas formalidades son o no prescindibles, queda superada si uno se remite a las reglas del debido proceso: solamente estas son indispensables. Cualquiera otra es una formalidad prescindible”.⁴⁹

La respuesta es positiva de los jueces laborales y de la niñez y adolescencia de las tres ciudades respecto a, si comparten el criterio emitido por el Dr. Wray, cualquier exigencia adicional sostienen, no sería causa de nulidad.

Los actos procesales deben ser cumplidos en determinado tiempo y lugar, siguiendo un orden establecido, como es demanda, contestación, prueba, alegatos, sentencia, impugnación, ejecución, etc. La oralidad por la concentración de las actuaciones, permite evitar ese traslado de peticiones que se presenta en el sistema escriturario a cualquier momento, lo que provoca que en algunas ocasiones existan errores en cuanto a la forma de proveer los mismos, en su notificación, que se convierten en argumento de alguna de las partes, para pedir nulidades. Esto también ha servido para que existan jueces de nulidades, aquellos

⁴⁹ Alberto Wray, “*El debido proceso en la Constitución*”, en Revista *Yuris Dictio* (1998) p. 43.

funcionarios que son “especialistas” en detectar cualquier omisión que le sirven de sustento para declararlas y así evita pronunciarse en forma rápida sobre el fondo del asunto. En los Tribunales en muchas ocasiones se ve una actitud de formalismo por el formalismo, lo cual resulta incompatible y atenta a lo que debemos entender como un juicio justo, La Corte Suprema de Justicia en algunos casos así lo ha detectado, más la conducta de los jueces no ha sido debidamente observada para efectos de ir desterrando estas prácticas y evitar su repetición:

“Las causas de nulidad están expresamente determinadas por la ley, y estas solemnidades sustanciales señaladas en el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que, además deben producir circunstancias especiales que señala el Art. 1135, lo que precisamente no se observa en el presente caso; tanto más que la Constitución de la República en su Art. 92 expresa: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. No se sacrificará esta por la sola omisión de formalidades”.⁵⁰

Pondremos un ejemplo, el Art. 275 del Código de la Niñez manda que la audiencia de prueba iniciará con el examen de los testigos y luego los informes de los técnicos. Que pasa si se actúa al contrario, es decir, el juez por omisión inicia incluso con la prueba documental y luego recibe la prueba testimonial. No pasa nada, no afectaría ninguno de los derechos consagrados respecto a lo que debe ser un proceso debido, sin embargo por ahí no faltarán voces que solicitan, que esto por romper un orden establecido por el legislador, debe provocar la declaratoria de la nulidad de la audiencia.

⁵⁰ Gaceta Judicial, Año LXXXV, Serie XIV, N° 7, p. 1645.

Se va superando situaciones como poner hora precisa para que se posesionen peritos, puesto que esto dificulta y aumenta trabajo, ya que si no se posee a la hora indicada es motivo suficiente para causar incidentes por parte de quién tiene el ánimo de retardar el proceso, y que cree que la ley debe continuar facilitando aquella posibilidad. Basta con señalar el día y que se posea a cualquier hora laborable, con esto se consigue el propósito que quiere la ley, que el perito se posea y sea juramentado sobre sus responsabilidades.

Otra situación que se presenta con alguna frecuencia, es que a las audiencias las partes o los testigos, voluntaria o involuntariamente, concurren sin su documento de identidad. Parecería ser que lo obvio es no tomarles la declaración, pero que pasa si se lo hace, preguntando por ejemplo a la otra parte, el ciudadano que esta en esta audiencia es el señor tal, y si contesta afirmativamente porque es obvio que le conoce tratándose de la contraparte, se da paso a la diligencia, pues no se vulnera ningún derecho de las partes y la oralidad permite transparentar estas actuaciones, dirigidas a no sacrificar la posibilidad de descubrir la verdad a pretexto del olvido de un documento que dada la presencia de las partes, no se hace necesario porque lo conocen perfectamente. Situación diferente si estamos frente a un testigo de quién por ejemplo la parte contraria sostiene no conocerlo, ahí no procedería tomarle la declaración, porque el juez y la administración de justicia podrían ser inducidos a error.

Como se puede apreciar, la sola infracción de las formas a las que estamos acostumbrados, no produce ningún perjuicio real a las partes, y debemos buscar la finalidad que se persigue, antes que aquella exterioridad formal. "Hoy en día, la tendencia es a considerar más la finalidad y el contenido de los actos que su

exterioridad formal, no importa la infracción formal si mediante una forma distinta se logra igualmente el objeto". (E. Véscovi, 1999: 226). El proceso no es una misa ni un rito, en el que cualquier cosa que le aparte de lo que hemos estado acostumbrados, nos debe llevar a creer que irremediablemente estamos frente a una nulidad. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, a este respecto se pronunció:

"... Cuando se trata de los requisitos de forma establecidos por el ordenamiento legal de los actos y los negocios jurídicos, no puede prescindirse de la razón de ser de los mismos, de la teleología del rito, que es la de ser un medio para la realización de la justicia; si se pretendiera exigir que se observen las formalidades externas, los ritos per se, como si fueran un fin en si mismas y no un medio, sería, en definitiva, como instaurar un culto idolátrico en que la esencia de la divinidad se hallaría en el objeto materia de la adoración. La Constitución Política de la República no reprueba el formalismo procesal, lo que condena es que se convierta en meras complicaciones de las formas que imponga la realización de prácticas vacías de contenido, que se constituya en un fin, de tal manera que el proceso se convierta en un instrumento a su servicio, al punto que la justicia pase a un segundo plano.⁵¹

Recordemos las palabras del tratadista Uruguayo anotadas en la página anterior, no importa la infracción formal si mediante una forma distinta se logra igualmente el objeto. Ejemplo contrario, lo resuelto por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, que el 26 de enero del 2007 en el juicio seguido por el señor Campuzano M. en contra de la Sra. Serrano C. y otros, ante lo ordenado por el Juez de que comparezca al juzgado a rendir

⁵¹ Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, N° 6, p. 1553 (Quito, 19 de junio del 2001).

juramento respecto de la imposibilidad de determinar la actual residencia de los demandados, afirman que en ninguna norma adjetiva civil se encuentra la disposición para que concurra al despacho el demandante, por lo que “está apartándose de las propias normas procesales y constitucionales, al sacrificar la justicia por la pretendida omisión de una formalidad no prevista en la ley, violándose el trámite, causando también la nulidad procesal...”.

Podríamos coincidir efectivamente que dicha obligación de concurrir al Juzgado no esta en la ley, pero si dicha exigencia esta encaminada como una fórmula a garantizar el derecho a la defensa del demandado, rodeándole de una solemnidad de rendir juramento ante el juez, antes que el escrito que debe contener la firma de quién protesta con juramento, como se ve no se omite ninguna formalidad, más bien se obliga a concurrir ante el Juez para dar paso al requerimiento del peticionario. ¿En qué causa esto nulidad, si mediante esta forma distinta se logra el objeto que quiere la ley?. Creo que de ninguna manera y al declararse la nulidad, se produce el efecto que precisamente dicen lo quieren evitar.

Formados en una cultura de apego estricto a lo que dice la norma, tenemos mucho vértigo al tratar de innovar y procurar encontrar soluciones a los problemas que se van presentando, para que tengan una solución efectiva. La complejidad de los litigios hoy en día requiere de un juez y profesionales del derecho con mayor preparación académica, interdisciplinarios, la calidad de la justicia dependerá obviamente de la calidad de los jueces, y las sentencias serán justas en tanto en cuanto tengan correspondencia con la realidad, no la formal, sino aquella que corresponda a la verdad-verdadera, y si hay valores y bienes superiores que

demandan en situaciones excepcionales soluciones, estas deben tener la calidad de dichos problemas, excepcionales.

Y si compartimos que: “El derecho no se agota en la ley y le son necesarias las ventanas de una jurisprudencia menos legalista y con acento en la protección y defensa de los derechos primordiales; que signifique conexión entre el derecho y la vida, y le prodigue una eterna juventud frente al envejecimiento de la ley”,⁵² hay que reconocer y resaltar, que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y fundamentalmente la Primera Sala de lo Civil y Mercantil que fuera nombrada en 1997, dio grandes pasos para avanzar en este camino difícil de un apego exagerado a las formas que en muchas ocasiones ha sacrificado la justicia, destacándose su preocupación por tutelar derechos de los sectores vulnerables - niños y adolescentes- fundamentalmente en cuanto a posibilitar la declaratoria de paternidad, con motivación constitucional que da vida al inciso segundo del Art. 18 de la Carta Política.

Resuelven por ejemplo, que los exámenes de ADN practicados en la Cruz Roja Ecuatoriana, no cabe exigir los requisitos de posesión y juramento por gozar dichos informes de credibilidad institucional y que someter sin exclusión alguna a las normas que regulan el peritaje de los particulares, sería buscar que se sacrifique la justicia por la mera omisión de formalidades. Y parte fundamental de dicha motivación en la que se busca la finalidad antes que la exterioridad formal, es que el demandado no reclamo la supuesta omisión, por lo que precluyó esa facultad procesal que no la ejerció, pensamiento coherente respecto a las cargas y responsabilidades que las partes deben asumir en un proceso, y si dicha prueba

⁵² Yasid Ramirez Bastidas, *El Juicio oral en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, p.269.

consiguió su fin, es decir demuestra la paternidad, que sentido tiene querer borrar su resultado científico argumentando formas que, de ninguna manera, demuestra lo contrario. Ejemplo a seguir sin duda, para que la norma constitucional que manda que el derecho sea un medio para la realización de la justicia, se concrete en forma efectiva en la resolución de las causas, y no signifique una mera anotación que no cambia el fondo de las cosas.

Conviene destacar también, que el Código de la Niñez en el Art. 256 al establecer los principios rectores de la Administración de Justicia Especializada en esta materia, impera a que su gestión se inspire en los de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia. Y hace bien el legislador, porque aquello permite subrayar que tienen que ser observados al momento de la tramitación y consecuente resolución, esta en nosotros si los prestamos adhesión y les damos vida en los procesos.

2.8 Los poderes del juez.- Al analizar los principios procesales que deben gobernar el procedimiento conforme a los mandatos constitucionales, hemos dado algunas puntadas sobre este tema. Ampliaremos un poco más, con la ayuda de los aportes doctrinarios que nos permiten ver cual es la tendencia repito no de este siglo, sino de ya algunos años atrás.

Al analizar el principio dispositivo, dejamos sentado que no existiendo un criterio uniforme en la doctrina, la posibilidad de ampliar las facultades de los jueces va logrando un posicionamiento en los códigos modernos y en todas las materias. Que siguiendo lo expresado por el Maestro Uruguayo Véscovi, las partes deben fijar los hechos, pero el juez no puede estar imposibilitado de conseguir la

verdad respecto a esos hechos, la justicia no debe estar en manos únicamente de los litigantes, esta debe vérsela como de responsabilidad e interés público, la inacción debe tener un impulso y esto de ningún modo le resta imparcialidad, porque ella no es sinónimo de indiferencia de quién debe buscar que su sentencia sea justa, y por lo tanto, el sistema procesal le debe suministrar los medios que le permitan decidir bien.

El Art. 118 del C. de P. Civil, utiliza los verbos *pueden ordenar* y hace la excepción única de la prueba testimonial. Sobre esta posibilidad contemplada también en otras legislaciones con aquella excepción, Jaime Guasp sostiene que esto es una muestra de que el legislador percibió la distinción entre lo que es de disposición de las partes y lo que es de resorte del juez, ya que él no conoce a los testigos, no puede ir en busca de ellos y aún aceptar que un tercero (otro testigo) los señale, las otras pruebas son ya conocidas y están en el proceso como fuentes.⁵³

El Código de la Niñez, en materia de alimentos en el Art. 293 utiliza así mismo los verbos *podrá ordenar*, sin hacer excepción de ningún medio probatorio, aunque lo limita en cuanto al propósito, y el Código de Trabajo en el Art. 577, sin ninguna excepción. Dejamos indicado que los jueces en estas materias aceptan que casi nunca han utilizado este poder que les concede la ley, no está concebido en consecuencia como un poder-deber.

Santiago Sentis Melendo, concluye que procesal y sustancialmente no ocurre nada si la sentencia ha pasado en cosa juzgada, ni siquiera se podría saber que hubiese ocurrido, la sentencia es firme, proponiendo como solución, se lleve

⁵³ Citado por Sentis Melendo, Santiago en: *“La Prueba”*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 203.

estadísticas de los procesos en que se hace uso de estas facultades y de inspeccionar conductas. Y como bien reflexiona, estas medidas no se pueden calificar pensando en el uso abusivo, sino en el uso correcto que de ellos hagan los buenos jueces. Y si esta escrito en la ley es con alguna finalidad, y tratándose de un poder algunos lo conciben como una sugerencia, pero también una invitación, un camino que ha de seguirse cuando ello pueda redundar en beneficio de la justicia. (S. Sentis Melendo, 1979: 207-215).

La solución a mi modo de ver, estaría también que se siga lo que establece el Art. 182 del Código Modelo, cuando manda que el Tribunal en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, puede disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer, sin recurso alguno, y si el tribunal de apelación considera que la prueba ordenada ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes, podrá disponer las medidas complementarias para asegurar dicha igualdad y derecho a la defensa.

Cappelletti recuerda esta significativa frase de una jurista norteamericano: "Después de todo, los frutos de la victoria deben ser, no para las partes que tengan el mejor abogado o el investigador más inteligente, sino para la parte que tenga la mejor causa"⁵⁴. Y es el ex Presidente Argentino, Fernando de la Rúa, quién anota que ya en el Congreso de Derecho Procesal en México, año 1972, junto con la defensa del pobre y otros paliativos, la fórmula para hacer la justicia más realista, justa, era aumentar los poderes del juez, para que pudieran suplir las

⁵⁴ Citado por Fernando De la Rúa, "*Teoría General del proceso*", Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 104 a 105.

dificultades de la parte más débil, objetivo que solo podría hallar su plena realización en un sistema oral. (F. De la Rúa, 1991: 105).

Se habla hoy del proceso publicista, como un intento para atenuar las aberraciones de un proceso dispositivo exagerado, concebido como una ampliación de los poderes del Estado, a través del juez con un sentido tutelar y proteccionista de los intereses de las clases débiles, que busque hacer prevalecer la verdad material sobre la formal. Y constituyen sus puntales la prueba para mejor proveer y la suplencia de la queja. Respecto a la primera ya nos hemos referido y como está consagrado en nuestra legislación. Sobre la segunda, posibilita al juez traer al proceso los razonamientos o las argumentaciones no aducidas por una parte débil en la relación jurídico procesal, contrariando de este modo, lo que en nuestra legislación está en el Art. 273 del C. de P. Civil: “la sentencia deberá decidir únicamente sobre los puntos que se trabo la litis y los incidentes...”.⁵⁵ Y si bien por ejemplo en México esta limitada al juicio de amparo y al juicio ante el Tribunal Contencioso Administrativo, tiende a extenderse a otros procesos donde se ventilan cuestiones relativas al estado civil de las personas, el derecho familiar, los alimentos.⁵⁶

Todas estas tendencias reflejan el ánimo e interés de apegar los hechos que son materia de una controversia, a la justicia del caso, y como el derecho procesal

⁵⁵ En las materias de este estudio, sobre este punto, vale considerar que: los numerales 2 y 3 del Art. 131 del Código de la Niñez y Adolescencia, mandan que ordenado el examen de ADN a petición de parte, si el resultado es positivo el juez en la misma resolución declarará la paternidad o maternidad del o la demandada, al igual que para el caso que se niegue injustificadamente a someterse al examen señalado, debiendo procederse como si el resultado fuese positivo. Por lo tanto dicha declaratoria no esta supeditada a que se lo haya solicitado en forma expresa en la demanda, resuelve y garantiza un derecho humano fundamental como el de la identidad, por lo que, por expresa disposición de la ley, no se aplicaría la causal 4ta. del Art. 3 de la Ley de Casación. En materia laboral, igual procede esta excepción a la disposición, de conformidad con el Art. 614 respecto al pago del interés legal, cuando la sentencia condena al pago del salario mínimo vital y demás rubros que enumera el artículo anotado, con la salvedad si el demandado consigna los valores correspondientes hasta la audiencia de conciliación.

⁵⁶ Véase al respecto: Cipriano Gomez Lara, *Teoría General del Proceso*, Procesos inquisitorial, dispositivo y publicista. Oralidad y escritura en el proceso, México, Oxford University Press, 2004, p. 60-62.

debe posibilitarlo y ser una herramienta efectiva para su plena realización, y como merece especial atención las materias que se las enfoca desde el derecho social y que son precisamente el objeto de este trabajo, citamos a continuación el pensamiento de Oswaldo Alfredo Gozaine:

“... el debido proceso constitucional se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligado a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc. En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se puede aplicar conceptos de procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos”.⁵⁷

Otro punto que se viene insistiendo en códigos modernos, y que ha provocado por ejemplo en nuestro país iniciativas dirigidas a que frente a la Asamblea Nacional Constituyente, se proponga la necesidad de contar con una disposición constitucional que obligue para fortalecer la cultura de la paz y el diálogo, a que previo iniciar cualquier demanda se agote en primera instancia la mediación, posibilidad contemplada por ejemplo en el Art. 263 del Código Procesal Civil Modelo, que manda que en el acta se dejará constancia de las soluciones propuestas por las partes. Tal como estás las cosas en nuestro país y en materia

⁵⁷ Oswaldo Gozáine, “El llamado bloque de Constitucionalidad” en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre Colombia, 2005, p. 676.

laboral y niñez y adolescencia, el tema esta vinculado con los poderes-deberes del juez y las habilidades y destrezas que tenga, para efectos de darle vida en forma efectiva y agotar esta posibilidad en las causas que conoce, como así mandan los códigos.

Y porque está vinculada con los poderes del juez, debemos clarificar que todo acuerdo el juez lo primero que tiene que observar es que esto sea apegado a derecho, que no implique renuncia de derechos prohibido por la ley, y por ejemplo en materia de la niñez y adolescencia, dicho acuerdo garantice los derechos de los niños y adolescentes, cuyo interés superior los pone por encima de los demás. El Art. 326 del Código de Procedimiento Civil del Perú, manda que el juez luego de escuchar a las partes debe proponer una fórmula de conciliación que su prudente arbitrio lo aconseje, si es aceptada se la aprueba y tiene la calidad de sentencia, si no lo es se extiende el acta, describiéndose la fórmula planteada, dejando constancia de la parte que no esta conforme con la misma. Si la sentencia otorga igual o menor derecho a lo que propuso y fue rechazado, se le impone una multa al que lo rechazó, salvo caso de alimentos en el que el juez reducirá la multa dentro de los límites que se plantea (no menor de 2 ni mayor de 10 remuneraciones mínimas vitales) teniendo en cuenta el monto demandado y lo que ordena pagar.

La conciliación debe buscar una solución concertada a los intereses de las partes, es un medio efectivo para reducir los obstáculos de comunicación entre los participantes, explorar alternativas, y atender las necesidades de todos los que intervienen para restablecer la paz. La disposición arriba anotada, en cuanto a las multas, me parece que tendría como fin que la fase de conciliación sea asumida

con responsabilidad por las partes y se agote en forma efectiva las posibilidades de acuerdo. Sin embargo, no comparto que se establezca multas, de las fórmulas conciliatorias debe dejarse constancia y quizá el hecho de no haber sido aceptadas y de llegarse a la misma conclusión que la propuesta, podría ser considerado para calificar la conducta procesal.

La desconfianza en el Poder Judicial no es ni de esta época, ni propiedad exclusiva de ningún país y es un reflejo de la falta de fe en la justicia, asunto que responde a concepciones culturales que demanda conductas, prácticas y hábitos que se deben ir cambiando, en procura de lograr el respecto a la ley y la constitución. Misión que la deben enarbolar los jueces y abogados, para recuperar la fe en la justicia, sumar esfuerzo y responsabilidad, para que los tribunales protejan los derechos y en consecuencia, el presente y futuro. A uno y otros, Ulpiano llamó sacerdotes “porque velamos por la justicia y difundimos el conocimiento de lo bueno y lo justo”, serlo de verdad no es cosa fácil, jueces y abogados coinciden en su origen y confluyen en su destino, la vida les asignó roles diversos para idénticos fines superiores. (F. De la Rúa, 1991: 27).

Nuestro país ha incumplido e incumple de manera notoria, el debido proceso. La Constitución en el Art. 24 manda que el Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos. El legislador ecuatoriano recién en noviembre del 2006 -a más de ocho años de la vigencia de la Constitución- aprobó el proyecto de ley de Defensoría y Patrocinio Público, la misma que recibió el veto total del Presidente de la República, motivado

por la falta en la asignación de recursos económicos para su funcionamiento. Si bien el argumento es constitucional, resalta a primera vista que no se hizo una ponderación de derechos -el derecho a la defensa también es constitucional- y peor aún, no se toma la iniciativa para posibilitar su vigencia. En Gran Bretaña por ejemplo, cita Enrique Véscovi que existe la posibilidad de que sea el cliente quién elija el abogado a quién luego el estado le paga una compensación, “parece pergañarse una idea de seguro social con relación a la ayuda legal, que dentro del concepto general de la seguridad social comienza este servicio considerándolo, entonces, tan indispensable como el que cuida la salud, el bienestar, etc.” (E. Véscovi, 1999: 281).

Un ejemplo sobre esta situación es lo ocurrido en el mes de octubre del 2007, ante la premura legislativa -a última hora como casi siempre ocurre- de tratar de dar una *solución*, a los casos de los presos que pese al tiempo transcurrido no tienen sentencia, frente a la declaratoria de la inconstitucionalidad de la detención en firme. Ni siquiera se trató el tema de la defensa pública; y como iniciativa del poder ejecutivo, se realiza contrataciones de abogados particulares para la defensa de las múltiples causas, con lo que se ve el ánimo de solucionar lo urgente, pero no lo importante, y con argumentos tan inhumanos, sin el menor interés por dotar de una defensa técnica que garantice el derecho a la defensa en toda la extensión de lo que aquello significa, de que aquello resulta mucho más barato que continuar manteniéndolos detenidos, por los costos que aquello representa para el Estado.

El ejercicio de la judicatura no cabe duda que enseña, pero a la par produce conformidad, inactividad, rutina, falta de innovación, nos copiamos y repetimos,

desatendiendo muchas veces las particularidades de cada caso y no repensamos los problemas jurídicos. Selva Anabella Klett Fernández citando a Cappelletti M., anota:

“Ya estamos, verdaderamente, todos de acuerdo sobre el hecho que la función del juez no puede reducirse a un puro silogizar, lo que significaría –según las palabras de Calamandrei- ‘empobrecerla, agotarla, desecarla’. La justicia, en efecto es algo mucho más complejo, es creación que surge de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana, Es justamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesaria estimar y desarrollar”. (XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre: 2005: 1060.)

Queda mucho por hacer, pero también las transformaciones que se han venido realizando muestran cambios notables para posibilitar que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia en forma efectiva, y que no quede como una declaración importante, pero sin vida en la práctica, superando su mera referencia.

La vida en general tienen una transformación vertiginosa, hoy tenemos nuevos derechos, problemas muchos más complejos que exigen de la justicia vaya a la par con los cambios y que las soluciones frente al requerimiento de los usuarios, sean efectivas. Nos cuesta sin duda sacudir nuestros hábitos y rutina, pero los tiempos modernos han obligado a una mayor profesionalización, y hoy vemos a un número importantes de funcionarios judiciales y abogados en libre ejercicio profesional cursando estudios de cuarto nivel, que implica sacrificios en los personal y familiar, pero revela una nueva actitud, de reconocimiento que el

estudio del derecho no termina con el título otorgado en la Universidad, "Estudia, el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día menos abogado; Piensa, el derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando"⁵⁸ y que se hace necesario el intercambio de experiencias, que nos permitan cambiar visiones equivocadas, caducas, que sin duda frenan el accionar de la justicia para una tutela efectiva.

Ojalá no este lejos el día, en que las Instituciones vinculadas a la administración de Justicia, establezcan alianzas que permitan trabajar mancomunadamente para posibilitar cambios consensuados, ojalá el legislador medite en todo lo que debe analizar para efectos de que las reformas legales no tengan mayores tropiezos, como lo ocurrido al implementar la oralidad. Las respuestas que vayamos imaginando en lo procesal, deben demostrar ese ánimo para hacer efectivos los derechos sustanciales y, sea el medio idóneo para alcanzar la justicia. Ojalá jueces y abogados vayamos consiguiendo un mayor activismo y produzcamos mensajes orientadores en estos tiempos de continuo cambio, quizá nos convirtamos en actores permanentes en el escenario nacional, que nos permita concluir que no estamos como jueces o abogados, sino que somos jueces y abogados, y no renunciamos a un rol activo que nos vincule con la sociedad, y que nuestro trabajo sea un acto de rendición de cuentas permanente.

⁵⁸ Decálogo del Abogado, de Eduardo J. Couture.

CONCLUSIONES:

- El sistema procesal tiene su punto de partida en la Constitución que exige concretar su significado en las normas de inferior rango. La omisión de los poderes legislativo y ejecutivo al no cumplir lo que está predeterminado por el Constituyente, que no es discrecional sino imperativo, existiendo incluso un plazo -4 años-, trae como consecuencia que en nuestro país en el derecho procesal, subsistan dos sistemas, el antiguo cuyo predominio es la escritura, y el otro que lo gobierna la oralidad, vigente en materia penal, niñez y adolescencia; y, laboral.
- Darle a los principios que gobiernan el sistema procesal, rango y protección constitucional, responde a las corrientes modernas del derecho, que buscan que el proceso cumpla su finalidad como medio para la realización de la justicia y resguarde las principales garantías ciudadanas.
- El deber ser de toda norma de procedimiento está en el Art. 192 de la Constitución Política, complementada con lo que manda los Arts. 193 y 194 y debe dar efectividad a los principios allí contenidos.
- Es necesario buscar los caminos que permitan que la justicia funcione en los términos exigidos por la colectividad, tarea que debe involucrar a todos quienes forman parte en la formulación y aplicación de la ley. Las alianzas son necesarias y los pasos dados por Instituciones como la Corte Suprema de Justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, Universidades, Colegio de Abogados, requieren de una mejor planificación, que aborde la problemática en su conjunto y establezcan mecanismos que permitan solucionar lo importante, y no únicamente lo conveniente y urgente.

- La forma de legislar en materia procesal debe mejorar, para efectos de que las leyes que van a regir, respondan a las circunstancias de tiempo y lugar. El análisis previo de los recursos materiales y humanos con los que cuenta la Administración de Justicia, así como las estadísticas en cuanto a la carga procesal, debería tener como resultado el incremento en el presupuesto de la Función Judicial, así contribuimos a no desprestigiar la Institucionalidad, provocamos la exigencia real y con conocimiento de causa de una atención pronta y efectiva, sentando las bases firmes para la seguridad jurídica, de todos quienes intervienen en un proceso.
- La implementación de la oralidad en el procedimiento, lo concebimos como un proceso que ha ido mejorando, teniendo como resultado que las últimas reformas en materia laboral, demuestran cambios cualitativos importantes, acorde con lo que se concibió y reguló a este respecto en otras legislaciones, posicionando en una forma más eficiente, los principios constitucionales.
- Un obstáculo en materia de niñez y adolescencia para lograr aquel posicionamiento fundamentalmente en cuanto a los principios de inmediación y celeridad, lo constituye la gran carga procesal que soportan los Juzgados en esta materia en las principales ciudades del país. Las soluciones que se han dado no revierten la problemática, requiere una política institucional que demuestre el interés por tutelar derechos de grupos vulnerables, cuya atención en el ámbito público y privado debe ser preferente.

- Sería oportuno reformar el Código de la Niñez, en aspectos como, por ejemplo, de que en el trámite contencioso general la prueba se anuncie en la primera audiencia; establecer un término hasta antes de la diligencia para que se pueda solicitar el diferimiento de la audiencia de prueba; así como posibilitar en las dos materias, Laboral y Niñez, que los términos para resolver, no correrán cuando el juez ordena pruebas de oficio, sino a partir de su cumplimiento.
- Al implementarse la oralidad en otras materias, creo que es bueno que su aplicación se lo haga en forma progresiva, y sería útil iniciar en distritos judiciales que no tengan una carga mayor de trabajo, para ir puliendo el sistema y caer en cuenta de sus fortalezas y debilidades.
- La Universidad Ecuatoriana debe continuar impulsando cambios en las mallas curriculares, y fortalecer el estudio de materias como informática jurídica, medios alternativos de solución de conflictos, talleres para una mejor escritura y expresión oral entre otras, que van acorde con el nuevo perfil de abogado que exige la sociedad y las nuevas corrientes que promueven los cambios en las legislaciones; y, complementar lo enunciado con los estudios de cuarto nivel en distintas materias de especialización. Con ello impulsaremos que la oralidad tenga más adeptos, mejor preparados para afrontarla y, para defenderla.
- En la Administración de Justicia, los cambios constatados tanto en lo material como en lo humano, permiten un mejor servicio, visto este como responsabilidad pública. Se destaca la implementación de nuevas modalidades de trabajo, la utilización de herramientas modernas para

realizarlo, una infraestructura física acorde con los requerimientos actuales, todo lo cual permite que se cuente con instrumentos idóneos para efectos de que el proceso para implementar la oralidad en las otras materias continúe, aprovechando la experiencia acumulada hasta este momento, que permitirá evitar errores y afianzar aciertos.

- La implementación de la oralidad, exige mayores responsabilidades que requieren capacitación permanente, planificada y enriquecida con las experiencias, para que responda a las exigencias de los cambios. Y esto debe cumplírsele antes de las reformas y después, para que sea un proceso sostenido que permita, un mejor cumplimiento en el trabajo de todos quienes intervienen en los procesos.
- Los jueces deben asumir un rol más activo en la tramitación de los procesos, sus derechos-deberes aplicarlos como tales, empoderarse, y dejar de seguir concibiendo al proceso como de interés únicamente de las partes.
- El desarrollo del derecho es un proceso inacabado, que requiere de conductas y actitudes proclives a los cambios que demanda el usuario y exige la sociedad en general. Para que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia, hay mucho camino que recorrer, esto debe cobrar vida por medio del trabajo legislativo, del abogado en libre ejercicio, del juez y todos los funcionarios, con responsabilidad pública, que den cuentas a la sociedad de su accionar.

Bibliografía

- Andrade, Santiago, *"La Constitución Política y la Administración de Justicia"*, en *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, vol. 24, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Bustamante, Reinaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, Lima, ARA Editores, 2001.
- Calamandrei, Piero, *Instituciones del Derecho Procesal según el nuevo Código*, vol. I, Buenos Aires, EJE, 1962.
- Cardona, Pedro, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Bogotá, Editora Leyer, 2003.
- Carrasco Manuel, y Edgar León, *Docencia-Investigación, estudio realizado en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Cuenca*, Cuenca, IDIS-Universidad de Cuenca, 1995.
- Código de la Niñez y Adolescencia, Quito, Programa nuestros niños, 2003.
- Constitución Política de la República del Ecuador, Quito, Galbar, 2000.
- Colmenares, Carlos, *"Bloque de constitucionalidad en materia Procesal Civil"*, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal'*, Bogotá, Universidad Libre, 2005.
- Coutere, Eduardo, *Proyecto del Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, Impresora Uruguay, 1945.
- De la Rúa, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, De Palma, 1991.
- De Trazegnies, Fernando, *"El rol político del abogado litigante"*, en *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, Quito, ILSA, 1986.

- Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, vol. 1, Bogota, ABC, 1985, 10^a. ed.
- Falconí Puig, Juan, *Código de Procedimiento Civil*, Guayaquil, Edino, Segunda Edición, 1991.
- Gacetas Judiciales, Año LXXXII, Serie XIII, N ° 13; Año LXXXV, Serie XIV, N ° 7; y, Año CII, Serie XVII, N ° 6.
- Gomez, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, México D.F., Oxford University Press, 2004.
- Gozaine, Osvaldo, *"El llamado bloque de constitucionalidad a los fines de orientar a los jueces en la toma de decisiones"*, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005.
- Estrella, Pablo, Edit., *La Educación Legal en el Ecuador*, Quito, Serie Estudios Jurídicos, vol. 17, Editora Nacional, 2001.
- González, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Madrid, Civitas, 2001.
- Jijón, Rodrigo, *Apuntes sobre la oralidad en el Proceso Civil Ecuatoriano*, Quito, CLD, 1995.
- Klett, Selva, *"Algunas reflexiones sobre el proceso de valoración de la prueba"*, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005.
- Montero, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- Morillo, Augusto, *El proceso civil moderno*, La Plata, Librerita Editora Platense, 2001.
- Nueva Codificación del Código de Procedimiento Civil, Quito, Edi Gab, 2006.

Nueva Codificación del Código de Trabajo, Quito, Edi Gab, 2006.

Pérez, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos S.A., 1999, 6a. ed.

Pérez, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 8a. ed.

Ramirez, Yasid, *El juicio oral en Colombia*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2001.

Registros Oficiales, 13/09/1999, 13/01/2000, 05/11/2003, 31/07/2001, 11/07/2002; y, 14/10/2003

Sentis Melendo, Santiago, *La prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

Velasco, Emilio, *Sistema de Practica Procesal Civil*, Quito, Pudeleco, 1996, Tomo 4.

Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogota, Temis, 1999, 2a. ed.

Villamil, Edgardo, *"Bloque de constitucionalidad una mirada alternativa"*, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005.

Zagrabelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997.

INDICE GENERAL

“La oralidad en los procesos laborales y de la niñez y adolescencia”.

	Pág.
Abstract	4
Dedicatoria.....	5
Introducción.....	6
1.- El Art. 192 de la Constitución de la República del Ecuador: su significado y aplicación en nuestro sistema jurídico.....	9
2.- Los principios de inmediación, celeridad, eficiencia, dispositivo y de concentración en el sistema procesal oral por audiencias.....	19
2.1 Antes y después de las reformas	19
2.2 La inmediación.....	30
2.3 Celeridad.....	48
2.4 Dispositivo.....	58
2.5 Concentración.....	70
2.6 Eficiencia.....	72
2.7 Las formalidades y el derecho a la verdad y la justicia.....	77
2.8 Los poderes del juez.....	83
Conclusiones.....	93
Bibliografía.....	97