



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA

**LA RIGIDEZ DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL
ECUATORIANO**

AUTOR:

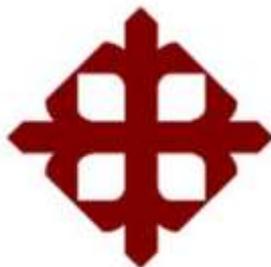
DAVID ALEJANDRO GRANDA ROMÁN

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTOR:

DR. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ, Msc.

**Guayaquil, Ecuador
2019**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Abg. David Alejandro Granda Román**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez

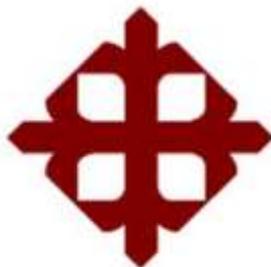
REVISOR

Dra. Corina Navarrete

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez, Phd

Guayaquil, 16 de julio del 2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, David Alejandro Granda Román

DECLARO QUE:

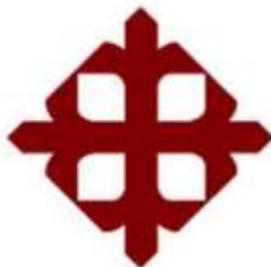
El proyecto de investigación, **“LA RIGIDEZ DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ECUATORIANO”**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Mención en Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 16 de julio del 2019

EL AUTOR

Abg. David Alejandro Granda Román



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, David Alejandro Granda Román

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución el Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal titulada “**LA RIGIDEZ DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ECUATORIANO**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 16 de julio del 2019

EL AUTOR:

Abg. David Alejandro Granda Román



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a sidebar shows document details: 'Documento: Tesis Todo.docx (D53821712)', 'Presentado: 2019-05-13 21:01 (-05:00)', 'Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obando@hotmail.com)', 'Recibido: santiago.velazquez.ucsg@analysis.urkund.com', and 'Mensaje: Fw: Tesis Final David Granda'. A yellow highlight indicates that 4% of the 57 pages are composed of text from 8 sources. On the right, a 'Lista de fuentes' (List of sources) table is visible, listing categories and file names or URLs. At the bottom, a toolbar includes icons for navigation and actions like 'Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	Ana Priscila D (tesis Julio 2016).docx
	ANTI PLAGEO.docx
	https://es.slideshare.net/merlina10/diseo-no-experimental-transversal-252
	http://estudiocsdelainvestigacioncientifica.blogspot.com/2013/12/estudio-de-alcance-ex...
	http://repositorio.uash.edu.ec/handle/10644/4778
	https://ingemachicado.blogspot.com/2015/11/edpc.html
	https://www.tuabogadoefensor.com/recurso-de-casacion-ante-el-tribunal-suoremo/

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres, a mis hermanos, a mis sobrinos y en general a mi familia, como así también a mis amigos y a todas las personas que siempre me han aportado su concejo para permitirme ser el profesional que soy ahora, así mismo agradezco a aquellas personas quienes aportaron al presente trabajo y quienes me motivaron a seguir adelante.

Abg. David Alejandro Granda Román

DEDICATORIA

El presente trabajo al igual que todo lo que hago en mi vida, está dedicado para mis padres, Carlos y Tania, quienes siempre han sido mi apoyo, mi guía y sobre todo quienes siempre han depositado toda su confianza en mí, motivándome a ser la persona y el profesional que soy.

Abg. David Alejandro Granda Román

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
PREGUNTAS	5
PREMISA	5
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	6
Objetivo General	6
Objetivos específicos	7
Capítulo I	9
MARCO TEÓRICO	9
El recurso	9
ANTECEDENTES DE LA CASACIÓN	10
Derecho Romano.	10
Derechos Germánicos	17
Derechos Romano-Germánicos	20
Quere la Nullitatis	20
Derecho Francés	23
La Etablissements de San Luis	24
Cartas de Cancillería	25
La lucha entre monarquía y parlamento	28
Conseil des parties	30
La Revolución Francesa	33
El Proceso	34

El proceso civil	37
La Seguridad Jurídica	41
Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso.....	43
Antecedentes De La Tutela Efectiva Y El Debido Proceso	44
Actualidad De La Tutela Efectiva Y El Debido Proceso	45
Antecedentes Del Debido Proceso	47
El proceso civil en el Ecuador	49
La casación como institución jurídica	50
Diferencia entre el recurso de casación y el recurso de apelación.....	54
Características del recurso de casación.....	57
Recurso extraordinario	58
Recurso Formal	59
Predominantemente Público.....	61
El recurso de casación es una acción de anulación autónoma	63
La casación como recurso limitado	64
Procura la correcta interpretación y aplicación de la ley	65
La casación vela por la defensa del Estado de Derecho.....	66
Fines del Recurso de Casación	67
El recurso de casación en el Ecuador	68
Sistema de Casación.....	76
Capítulo II.....	78
Marco Metodológico	78
2.1. Enfoque Cualitativo	78
2.2. Alcance	79
Exploratorio.....	79

Descriptivo	79
Explicativo	80
2.3 Tipo de investigación.....	81
Capítulo III	82
Resultados	83
3.1 Presentación de Resultados	83
3.2 Base de Datos	83
3.3 Verificación de la Hipótesis o pre misa del estudio.	88
Capítulo IV.....	90
Discusión	90
Capítulo V	103
Propuesta.....	103
Conclusiones	108
Recomendaciones	111
Bibliografía	113

RESUMEN

El presente trabajo de investigación jurídica, surge ante la necesidad de aportar al sistema procesal civil ecuatoriano posibles soluciones para flexibilizar un medio de impugnación esencial y que es motivo de discusión por parte de los letrados sobre la rigidez del Recurso de Casación civil, de tal manera, que se expone sobre el recurso extraordinario de casación desde sus albores hasta el derecho moderno, para comprender la naturaleza del mismo e identificar si en nuestra legislación se lo está empleando de manera correcta, atendiendo a su función privada y pública. El objetivo general fue: se busca analizar el sistema de casación civil ecuatoriano y el examen de admisibilidad del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano por parte de los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia para determinar si la rigidez de los requisitos formales generaría una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, para de esta manera derogar del Código Orgánico General de Procesos esta fase y que sean los mismos jueces de la Corte Nacional de Justicia quienes hagan el respectivo examen de forma y fondo del recurso de casación y que estos a su vez. En cuanto a la metodología se aplicó el método deductivo, de análisis, de síntesis, de modalidad cualitativa, de tipo descriptiva, explicativa, de campo y bibliográfica – documental. Entre los resultados alcanzados y relevantes, fueron, que efectivamente el recurso de casación en el sistema procesal ecuatoriano es muy rígido y por lo tanto no cumple con su función pública, de tal manera que debe ser reestructurada para evitar la posible vulneración al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: Casación, Medio de impugnación, Tutela judicial efectiva, Recurso, Proceso Civil

ABSTRACT

The present work of legal research, exposes the appeal of extraordinary cassation from its beginnings to modern law, to understand the nature of it and identify if in our legislation is being used correctly, attending to its private and public function. The general objective was to analyze the Ecuadorian civil appeal system and the admissibility review of the cassation appeal in the Ecuadorian civil procedure system by the National Court of Justice Courts to determine if the rigidity of the formal requirements would generate a possible violation of the right to effective judicial protection, in order to repeal this phase of the General Organic Code of Processes and that the same judges of the National Court of Justice make the respective examination of the form and substance of the appeal and that these in turn. Regarding the methodology, the deductive method, analysis method, synthesis method, qualitative modality, descriptive, explanatory, field and bibliographic - documental method were applied. Among the results achieved and relevant, were that effectively the cassation appeal in the Ecuadorian procedural system is very rigid and therefore does not comply with its public function, so that it must be restructured to avoid the possible violation of the constitutional right of effective judicial protection.

Keywords: Appeal, Means of challenge, Effective legal protection, Appeal, Civil Process

INTRODUCCIÓN

Desde los albores de la sociedad, han surgido conflictos entre los particulares, ya que como es evidente, cada persona que integra esta colectividad, tiene un interés particular, que generalmente se contrapone al de los demás, produciendo un ambiente discrepante. Ante esta situación de ausencia de armonía, el hombre se ha visto en la necesidad de regular la conducta humana mediante ciertos estándares que han sido aceptados por todos, con la finalidad de buscar una equidad y sobre todo de recobrar la paz social. Es entonces, que surge el derecho sustantivo como un fenómeno social que persigue tres objetivos esenciales, que son, el orden social, la seguridad y la justicia.

Tal como se podrá apreciar, el proceso en su sentido puro, surge como un medio o mecanismo organizado, inclinado a proporcionar y ejecutar el derecho sustantivo, mediante la potestad jurisdiccional del Estado, entrañando también un vínculo entre las partes y entre los órganos jurisdiccionales.

Se ha dicho que mediante el proceso, se le concede la potestad a un tercero para que resuelva las controversias entre los particulares, este tercero imparcial será el Estado, quien a través de sus órganos jurisdiccionales garantizará la aplicación de las normas jurídicas mediante el proceso correspondiente, esto surge, toda vez que los ciudadanos, cedemos parte de nuestra soberanía al poder público, para que este mediante un control social nos brinde seguridad, justicia, igualdad etc.

La finalidad principal de un proceso, es servir de medio para la realización de la justicia, pero para que sea un medio idóneo, necesita brindar garantías a las partes para que estos tengan la certeza de que mediante el proceso, se van a tutelar

sus derechos. Es así que el proceso está regulado por un sinnúmero de principios procesales, garantías y derechos esenciales que deben ser siempre observados para que este cumpla su finalidad. El derecho que más resalta, es el derecho al debido proceso que contiene un sinnúmero de garantías, su transcendía es tal, que ante la omisión de una de ellas puede acarrear la nulidad de todo lo actuado, en nuestro sistema procesal, encontramos este derecho en el artículo 76 de la Constitución de la República.

Para efectos de este trabajo, se debe resaltar que el proceso civil, es un mecanismo conformado por actos procesales que aplican principios y derechos para que este sea un medio idóneo que garantice la aplicación del derecho sustantivo y así poder resolver las divergencias en materia civil, pero es importante resaltar, que el proceso civil, además cumple con una doble función, tanto privada como pública.

Una de las características esenciales de las ciencias jurídicas, que la distingue con otras funciones del Estado, es la existencia de los recursos o medios de impugnación de las decisiones judiciales. En los procesos judiciales, los recursos como medios de impugnación, tienen gran relevancia, toda vez que surgen con la finalidad de cuestionar las decisiones judiciales, las mismas que pueden contener ciertos yerros en el procedimiento, que violan la ley, sean adjetivas o sustantivas.

Una de las características esenciales de las ciencias jurídicas, que la distingue con otras funciones del Estado, es la existencia de los recursos o medios de impugnación de las decisiones judiciales. En los procesos judiciales, los recursos como medios de impugnación, tienen gran relevancia, toda vez que surgen con la finalidad de cuestionar las decisiones judiciales, las mismas que

pueden contener ciertos yerros en el procedimiento, que violan la ley, sean adjetivas o sustantivas.

En nuestro país, el recurso de casación debe ser analizado y resuelto por el órgano jurisdiccional más alto, que en nuestro caso es la Corte Nacional de Justicia ubicada en la capital, es decir en la ciudad de Quito por los jueces de las salas especializadas, sin embargo en nuestra legislación, se puede hablar de una doble admisibilidad, ya que el recurso debe ser calificado y admitido por los Conjueces, lo que ha traído bastante disconformidad a los usuarios.

Tal como se estudiará en el presente trabajo investigativo, el recurso de casación civil es un recurso extraordinario, que contiene un sinnúmero de requisitos formales que hacen resaltar lo extraordinario de este recurso. En el Ecuador, nuestros legisladores, han introducido al ordenamiento jurídico, un sistema de casación extremadamente riguroso y restringido, con muchas formalidades, lo que hace que en la mayoría de los casos, los jueces observen si este recurso cumple con todos los requisitos formales, más que realizar un respectivo examen de fondo, sobre los posibles yerros que existan en una sentencia o auto impugnado, desnaturalizando así el verdadero objetivo que tiene el recurso de casación.

Dentro de estas formalidades, encontramos un primer filtro que es la calificación de admisibilidad del recurso, competencia que ha sido otorgada a los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, quienes tienen la función de realizar un examen de forma al recurso de casación interpuesto.

Con un sistema de casación civil más flexible, se establecerían parámetros para que sean aplicados por los magistrados de las varias Salas Especializadas de

la Corte Nacional de Justicia, para de esta manera agilizar los procedimientos y de esta manera permitir que el recurso de casación cumpla con su verdadera función.

Como se ha adoptado un sistema de casación extremadamente formalista, los magistrados de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador que resolverán este recurso, no pueden aplicar un principio procesal esencial como lo es el iura novit curia para analizar los posibles yerros que existan en las sentencias o autos impugnados, ya que estos deben de limitarse a resolver únicamente sobre la fundamentación expuesta por el recurrente, lo que podría devengar en que omisión de solemnidades y demás, que generarían la violación a los derechos del recurrente dejando vigentes sentencias ilegítimas.

PREGUNTAS

Esto lleva a preguntar, ¿la rigidez de los requisitos formales del recurso de casación generaría una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva?; y algunas otras preguntas derivadas como: ¿Se pueden reformar los requisitos formales del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano?; ¿Una casación de oficio por parte de los Jueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador vulneraría el principio de igualdad de las partes?; ¿La eliminación del examen de admisibilidad por parte de los Conjuces de la Corte Nacional de Justicia aseguraría evitar una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva?; ¿Debe prevalecer la función pública de la casación sobre la función privada?

PREMISA

Sobre la base de la fundamentación teórica doctrinal y jurisprudencial del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano, y del análisis de la

rigidez de los requisitos formales del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano, se elaboran los correctivos necesarios al sistema procesal civil ecuatoriano para mejorar la admisibilidad del recurso de casación. Tales como la eliminación de la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia, que está conformada por los Conjuces para que sean las mismas Salas Especializadas que van a resolver el recurso de casación quienes hagan el examen de admisibilidad del recurso, como así también, instaurar un sistema de casación de oficio para ciertos casos determinados con la finalidad de evitar que sentencias injustas se legitimen.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Como objetivo general, se busca analizar el sistema de casación civil ecuatoriano y el examen de admisibilidad del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano por parte de los Conjuces de la Corte Nacional de Justicia para determinar si la rigidez de los requisitos formales generaría una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, para de esta manera derogar del Código Orgánico General de Procesos esta fase y que sean los mismos jueces de la Corte Nacional de Justicia quienes hagan el respectivo examen de forma y fondo del recurso de casación y que estos a su vez.

Toda vez que el recurso de casación tiene una doble función, tanto pública como privada, se debe flexibilizar el sistema de casación civil ecuatoriana, para que los jueces de la Corte Nacional de Justicia que resuelven sobre el recurso, tengan una potestad más amplia y no tan rígida en cuanto a la revisión de la sentencia impugnada para determinar la existencia de posibles yerros y que no se

limita únicamente a la fundamentación del recurrente, pudiendo casar de oficio la sentencia en ciertos casos.

Objetivos específicos

Los objetivos específicos que rigen el presente trabajo, es el de fundamentar teórica, doctrinal y jurisprudencialmente el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano; Analizar la rigidez de los requisitos formales del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano; Elaborar los correctivos necesarios al sistema procesal civil ecuatoriano para mejorar la admisibilidad del recurso de casación; Validar la propuesta con un experto en ciencias jurídicas y sociales.

Para el desarrollo del presente trabajo será importante establecer métodos. En este sentido, los métodos teóricos como métodos histórico-jurídico; método jurídico doctrinal; método de análisis-síntesis. Los métodos empíricos que se utilizarán para desarrollar la presente investigación son, los métodos de análisis de contenido.

Este trabajo de investigación jurídica, busca aportar al sistema procesal civil ecuatoriano con la finalidad de mejorar el acceso al órgano jurisdiccional superior mediante el recurso de casación, es de vital importancia realizar un aporte a la nueva legislación procesal civil, aspirando generar una transformación, eliminando la fase de admisibilidad del recurso por parte de los Conjuces, requisito establecido en el artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos, para que de esta manera, sean los mismos Jueces de la Corte Nacional de justicia quienes hagan el examen de forma y fondo del recurso

planteado, de esta manera se evitan dilaciones y se garantiza que todas las sentencias impugnadas pasen por el respectivo control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional supremo.

Así mismo, consideramos, que las formalidades del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano, debe ser más flexible, otorgándole flexibilidad para que los magistrados de la sala de lo civil de la Corte Nacional de Justicia, tengan una potestad más amplia al momento ejercer el control de legalidad sobre las sentencias impugnadas. otorgándole a los jueces mediante la ley, la potestad de que puedan revisar de oficio la existencia de algún posible error que no haya sido fundamentado por el recurrente en casos específicos, toda vez que el propósito principal del recurso de casación tal como lo ha señalado el profesor Cesar Coronel Jones, es la “*defensa de la legalidad*” (Coronel, 1993) y a su vez, tiene una función pública y privada.

Para lograr también este avance del Recurso Extraordinario de Casación, consideramos que al capítulo de la casación civil que se encuentra estipulado en el Código Orgánico General de Procesos, se debe añadir un artículo que establezca la potestad de los Magistrados de la Corte Nacional de Justicia casar de oficio las sentencias en casos específicos, los mismos que serán desarrollados a lo largo de este trabajo.

Capítulo I

MARCO TEÓRICO

Para comprender la ciencia del derecho, es importante estudiarla desde su génesis, ya que la evolución histórica es la que nos permite comprender cual es la naturaleza de cada institución jurídica, saber cuales fueron sus bases y cual fue su uso, para de esta manera, hacer una comparación dogmática con las instituciones actuales y encontrar su correcta aplicación en el derecho, es importante, como todo en la vida, conocer la historia.

El recurso

Etimológicamente como señala Couture:

La palabra recurso proviene del latín jurídico *recursus*, -us, que significa solamente retroceso, del verbo *recorro*, -are correr hacia atrás, de vuelta, es decir, regreso al punto de partida, es un recorrer de nuevo el camino ya hecho, siendo que jurídicamente la palabra denota tanto el corrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso. (Couture, 1958, p. 46)

Se puede decir entonces, que cuando se habla de recurso, se trata de un derecho subjetivo, que puede ser ejercido por cualquiera de las partes o por quien tenga un interés directo sobre las decisiones judiciales que contentan yerros se de forma o fondo, es decir, una violación de la norma jurídica, bien sea adjetiva o sustantiva y que esta, genere un perjuicio o lesión al recurrente.

Como medios de impugnación, encontramos los recursos ordinarios como la revocatoria, la ampliación, aclaración, apelación, recurso de hecho y demás,

pero también encontramos recursos extraordinarios como sucede con el recurso de casación que tiene sus propias características y naturaleza.

Es por esto, que no se puede dejar pasar por alto, el estudio de uno de los medios de impugnación más importantes como es la casación, motivo por el cual, con la finalidad de esclarecer fue origen y conocer desde cuando se comienza a hablar de la casación como un medio de impugnación, para de esta manera, poder conocer, que la casación no tiene su fuente en la Revolución Francesa de 1789 como se ha sostenido por parte de ciertos autores, sino que su fuente se remota a épocas atrás.

ANTECEDENTES DE LA CASACIÓN

Derecho Romano.

Históricamente, tomando como punto de partida el periodo republicano, no era admitida la idea de impugnar sentencias por vías de recursos, toda vez que por ser emanadas del poder público, se las entendía como legítimas. No es entonces, sino hasta la época romana, en donde se reconoce que las sentencias pueden contener contravenciones a las normas, motivo por el cual se vieron en la necesidad de introducir la acción de nulidad por contravención a la norma procesal.

En el segundo siglo de la era cristiana, radicaba el Imperio de Roma la zona más exuberante del planeta y la parte más educada del estirpe humano. Amparados los confines de la monarquía con el reconocimiento antiguo y el carácter disciplinado, la repercusión pacífica y eficaz de leyes y hábitos había ido sucesivamente hermanando las provincias. (Gibbon, 1847)

El imperio romano, surge junto al mediterráneo (753 A.C.) desarrollándose en una gran parte de la tierra, que ocupaba podría decirse, casi toda Europa y una parte también de Asia y África. Este conocido imperio, nos dejó una gran herencia que se resaltan hasta la actualidad, como la política, arquitectura, literatura y demás. Sin embargo, como es de nuestro conocimiento, hay que resaltar lo que para nosotros es trascendental, como son las bases de las instituciones del Derecho moderno, que siguen imperando en determinados cuerpos normativos.

Para poder hablar de la casación, hay que inevitablemente remontarse al derecho romano, en donde la concepción de sentencia, no tenía la noción que actualmente es eminente a ella, es decir, cuando se estudia derecho, se enseña que la sentencia nace en un estado de pendencia, y que bajo determinadas vías, esta puede perder toda su eficacia en una instancia superior, es decir, que para llegar a un estado de irrevocabilidad, deben agotarse ciertas instancias en determinados tiempos establecidos en la ley, para los romanos, la sentencia pronunciada en primera instancia por el iudex, adquiría carácter de cosa juzgada.

En cuanto al tema tratado, en el derecho romano no había mayor complicación, a diferencia de las doctrinas modernas que nos hemos visto envueltos a estudiar, en el derecho romano no se distinguían todavía entre sí los conceptos de anulabilidad o de nulidad subsanable, de nulidad absoluta y de inexistencia del fallo, que en la actualidad constituyen criterios jurídicos diversos, sino que tenían dos únicos conceptos antagónicos: el de sentencia válida y el de sentencia inválida en el mundo jurídico. (Calamandrei , 2000)

Cuando nos referimos en el sistema procesal moderno al palabra “nula” su concepto es bien diverso del proveniente, para el sistema moderno, la nulidad en la mayoría de los casos, es una condición de una sentencia existente y sentencia

nula es aquel que, ha surgido con plena eficacia en el ámbito jurídico, está afectado por algún vicio, el mismo que lo expone a perder su eficacia jurídica. A diferencia de lo mencionada, en el derecho romano, la nulidad, era una simple negación de toda la sentencia, es decir, el no reconocimiento de la sentencia desde su iniciación, esta nulidad era aplicable únicamente a las faltas procesales (vicios in procedendo).

Para el derecho romano, la nulidad de sentencia, se la entendía en un concepto estrictamente jurídico, es decir, la sentencia nula era jurídicamente inexistente, en su estado de derecho, lo que se contraponía con la existencia material que era apreciable por todos, es decir el estado de hecho de todo el proceso. Cabe resaltar que resultaba imposible, encontrar un medio procesal dirigido a anular las sentencias. Posteriormente en este periodo, se puede determinar la existencia de tres sistemas procesales, que permitían impugnar una sentencia, si bien es cierto, no era el recurso de casación, pero sirvió de base para este, me refiero al periodo de las Legis Actiones conocido en la Ley de las XII tablas, el sistema formulario y la Extraordinaria Cognitionis.

Estos medios de impugnación del fallo que eran infundados y ejercidos con temeridad, en la etapa de la Legis Actiones y de La Formulae, eran castigados con lo que los romanos llamaban la *poena duplic*, es decir, con la pena duplicada como medio de sanción. Tal como se ha dicho, esta *actio revocatoria* contra la sentencia, es únicamente sobre cuestiones procesales, los mismos que han sido calificados de la siguiente manera:

- a) Falta de un presupuesto procesal (juez o partes)
- b) Interrupción de la relación procesal regularmente constituida;

- c) Sentencia pronunciada fuera de los límites de la relación procesal o con otro exceso de poder;
- d) Sentencia pronunciada sin las debidas formas.

En una segunda etapa del derecho romano que se presenta en el procedimiento formulario, que caracterizó a la época clásica, fueron regulándose mecanismos de fiscalización de las decisiones judiciales, como la oposición de la parte agraviada por la sentencia nula infraccionada de errores de procedimiento, incompetencia, falta de capacidad, interrupción de la relación procesal, exceso de poder, condena en cosa imposible, infracción de forma, fallo indescifrable, a través de la *infinitio iudicati* (Bello, 2017).

No obstante lo anteriormente mencionado, más adelante, el concepto de nulidad en el imperio romano, trasciende a tratar sobre los errores de juicio del fallo, esto surge por razones políticas, mismas razones que dan génesis a la institución de la *appellatio*, trayendo como corolario, el uso del concepto de impugnabilidad del fallo. Con respecto a lo tratado en este acápite, la sociedad romana, identificaba dos casos específicos en los que una sentencia era considerada como inexistente, esto es, cuando el fallo ordenara ejecutar una cosa imposible de hacer (lo que hasta la actualidad se conoce como lo física y moralmente posible), y aquella cuyo contenido dispositivo no permitía vislumbrar cuál era el dictamen del *iudex*.

El posible yerro de juicio en que el juez hubiese podido incidir figuraba así para las partes, una especie de caso fortuito irreparable, la única infracción de ley que podía tener eficiencia negativa sobre la validez de la sentencia, era la trasgresión de una ley formal relativa al proceso, no la de una ley sustancial

relativa a la relación controvertida, que dentro de este proceso se decidía. (Muñoz, 2013)

Luego de esta transformación, comienza a ser relevante hablar y diferenciar en el sistema procesal del derecho romano, lo que se conocía como *questio iuris* y de la *questio facti*. Tal como se mantiene en la actualidad, el iudex del imperio romano, debía distinguir razonadamente y de manera separada, la *questio iuris* de la *questio facti*, es decir, un razonamiento elemental de las razones de derecho que lo llevaron a tomar determinada decisión y así mismo, las razones sobre los hechos concretos alegados por las partes en su acto de proposición, debiendo establecer de manera clara la convicción de dichas premisas e identificar cual era la mayor.

La diferenciación en cuanto al análisis elaborado por el juez sobre estas dos premisas, se entendía que los poderes de este, sobre la *questio iuris* eran mucho más limitados que la *questio facti*, deduciendo así, que el error del iudex sobre cuestiones de derecho, era mucho más graves que en cuanto a las de hecho.

Los romanos, atribuyeron al error in iudicando en el análisis de la cuestión de derecho de la resolución del juez, la inexistencia del fallo, es decir, no se la reconocía en el mundo jurídico desde su origen. Es de resaltar, que no en todos los casos este tipo de errores causaba la inexistencia del fallo, sino cuando el pronunciamiento del juez, derivaba de la incapacidad del pronunciamiento mismo para generar la certeza jurídica a que mira el instituto de la *res iudicata*. (Montero, 2014)

En cuanto a los efectos de las sentencias, los romanos dejaron dos concepciones contrapuestas, la sentencia válida y la sentencia jurídicamente inexistente. Tal como se estudiará más adelante, el concepto de nulidad de

sentencia, toma un enfoque distinto en el derecho francés, ya que para el derecho romano, esta figura tenía efectos de inexistencia del fallo en el mundo jurídico, es decir, *ipso iure* inexistente, sin necesidad de recurso alguno, mientras que en el derecho francés, ya se concibe los efectos de anulabilidad en virtud de impugnación, dando génesis a un medio de recurso al rey para conseguir la anulación de dichos fallos.

El derecho imperial, nos ha dejado la herencia de lo que conocemos como apelación reformatoria, mediante una transformación radical que se ejecuta durante los primeros siglos del Imperio, que en la *cognitiones extra ordinem* deja de ser una atribución radicada en un grupo social, sino como un poder atribuido a todos los oficiales del emperador en su orden jerárquico correspondiente, cuyos poderes eran más extensos. La apelación fue un medio de impugnación dirigido directamente al emperador con el fin de que revierta las decisiones tomadas por sus inferiores, sin embargo, ante el volumen de apelaciones que eran presentadas al emperador, estas las delegaba a sus funcionarios.

La *appellatio* surge como aquella institución que pretende elaborar los correctivos necesarios de los errores cometidos por el juez en sus fallos, errores cometidos por la ignorancia e injusticia, en aquel entonces, esta institución, se concibe como un ataque al iudex por su fallo, esto es lo que el conocido jurista romano Ulpiano le llamaba, *iniquitatis sententiae querellam*.

Aquí podemos observar un efecto distinto, y es que sobre la sentencia procesalmente válida, pudo haber sido resuelta lesionando a una de las partes, por lo cual, aquel que se sentía agraviado podía recurrir de la misma, recurso que era presentado oralmente, dentro de un determinado tiempo, por medio de la *libelli*

appellatorii, con la cual, se evitaba que la sentencia se ejecutorie y de así mismo se confería la potestad al juez superior para resolver.

Ya que con la finalidad de hacer un recorrido histórico de los medios de impugnación para llegar así hasta la institución de la casación, hemos hablado de la apelación en el imperio romano, lo cual ya hacía que la sentencia nazca con la posibilidad de ser revertida por un superior, es de mencionar, que la apelación en este imperio, no es como se la concibe en la actualidad. A diferencia del derecho moderno, la sentencia válidamente emitida, era plenamente ejecutable desde su promulgación y la interposición de dicho recurso suspendía la ejecución, en el sistema moderno, vemos que la sentencia, no es ejecutable hasta que se cumpla el término en el cual las partes pueden interponer el recurso de apelación y si no se lo ha interpuesto dentro de este término, se ejecutoria para posteriormente ser ejecutado.

En el derecho Justiniano, la apelación le confería a la sentencia, efectos como si hubiese sido emitida en prima instancia, aquí se podía presentar nueva prueba, reformar la litis y por ende se permitía la posibilidad de una *reformatio in peius* lo que actualmente es inconcebible, es decir, el iudex, decidía *ex novo*. En esta etapa, ya no existe únicamente la sentencia válida y la inexistente, sino que se le suma la apelación. (Gibbon, 1847)

Es importante para efectos prácticos, sacar a relieve, la distinción que existe entre nulidad de sentencia y apelación, la primera, opera de pleno derecho cuando existen yerros cometidos en la práctica procesal y en caso de gravísimo error de juicio (error contra ius constitutionis), mientras que con la segunda, es una institución que permite corregir todos los errores de juicio, incluso que con la

producción de pruebas nuevas se podía revertir una sentencia jurídicamente válida.

El emperador desde el inicio del Imperio, tuvo una acumulación de poderes a su mando, de los cuales, para efectos del presente trabajo, se deben resaltar los de resolver sobre las cuestiones civiles y criminales, para lo cual, por su propia iniciativa o por el impulso de un tercero, conocía de cualquier causa mediante la *supplicatio*. Como toda etapa tiene su evolución histórica, más adelante, toda vez que el poder soberano se fue extendiendo, la administración de justicia por así llamarlo, que antes era atribución única del emperador, pasaría a ser atribución única del príncipe, en calidad de juez supremo, cuyo veredicto, después del de las instancias inferiores, llegaría a ser el final.

El príncipe, fue el receptor de todos los requerimientos que presentaban los privados, en contra de las anomalías causadas por los jueces en el proceso, sean estas de derecho o de hecho, tal como en los acápites precedentes se revisó, la *appellatio* que un comienzo era presentada al emperador, después pasaría a manos del príncipe. Según la mayoría de los historiadores del imperio romano, estos sostenían, que la *appellatio*, no tenía como finalidad concentrar en el emperador la jurisdicción, sino trasladar a su poder, la creación del derecho privado.

Derechos Germánicos

Continuando con la historia de los medios de impugnación que sirvieron de base para el recurso extraordinario de casación que se aborda en este trabajo académico, ya que se ha estudiado a breves rasgos los recursos en el sistema jurídico romano, debemos hacer un breve recorrido por el derecho germánico sobre los puntos que nos interesan, para de esta manera comprender la evolución e historia de la institución jurídica tratada.

El derecho germánico, tiene sus características especiales, en sus varias etapas y grupos, pero para efectos prácticos, vamos a referirnos al caso concreto, para esto, tomaremos como punto de partida el grupo franco, que fueron aquellas pequeñas poblaciones que se agruparon en la parte de occidente y formaron parte del imperio romano, en su último periodo.

En esta época, en relación a la sentencia, se hace referencia a un concepto distinto, es lo que los alemanes llamaban *Urteilsschelte* que significa desaprobación de la sentencia, es un reproche de juicio. En esta etapa, no solamente los jueces estaban presentes en juicio, sino también la asamblea popular, que estaba conformada por un pequeño grupo de ciudadanos, quienes se entendía que representaban al pueblo.

Aquí, la sentencia, no tenía efecto inmediato, el pronunciamiento emitido por el juez, no era más que una simple propuesta que no tenía efecto alguno hasta que la asamblea reunida apruebe dicho pronunciamiento y solo en ese momento alcanzaba un efecto definitivo y vinculante, proclamada así una sentencia obligatoria.

En el viejo proceso germánico, el ejercicio lógico que ejecutaban los jueces al pronunciar el fallo, no resultaba como en el proceso romano, el pronunciamiento de dos grupos de cuestiones, las de derecho y las de hecho. Los magistrados del derecho germano, actuaban, únicamente sobre cuestiones de derecho, toda vez que la decisión de las circunstancias de hecho se confiaba a las partes, quienes aportaban la prueba no antes de la sentencia, para convencer al juez, sino después de la sentencia, para alcanzar el efecto jurídico determinado por el juez. (Flors, 2014)

Los dictámenes injustos por parte de los jueces, en el sistema germánico, tenían un solo medio para reprimir sus yerros y evitar que dicha opinión tome validez de sentencia, tal como se ha dicho, este medio era la *Urteilsschelte*, pero este medio, debía ser incoado de manera inmediata, caso contrario, una vez proclamada por el presidente se convertía en una sentencia irrevertible, por más injusta que esta sea.

Las sentencias que eran proclamadas adquirían plena validez en el sistema germánico, esto es, porque tal como se ha dicho, había una asamblea popular, donde aparte del poder jurídico, radicaba también el poder legislativo, es decir, estas sentencias adquirían la calidad de ley, no solo para los privados que estaban en litigio, sino para toda la sociedad. En el sistema germánico, no se conocía como en el sistema romano la inexistencia jurídica del fallo por nulidad, ni tampoco la *appellatio* ya estudiada, en este caso, cualquier yerro era directamente subsanado por mandato del *Richter*.

La desaprobación de la sentencia, tiene una similitud de un reclamo por denegación de justicia, presentada en contra de quien emitió el pronunciamiento, pero no se reprocha el evento positivo de pronunciar una sentencia que contravenga a ley, sino la negativa no querer emitir un fallo conforme a la ley. Es decir, no era como tal una impugnación contra de la resolución, sino una resistencia que generaba una oposición al dictamen de los jueces populares. De esta fusión, tanto del sistema romano estudiado como del germánico, darían las primeras bases para que tenga génesis la *querella nullitatis*, la misma que se estudiará en posteriores páginas de este trabajo. (Flors, 2014)

En los tiempos remotos de las civilizaciones germanas, se caracterizaban, por no tener normas escritas, aquí, imperaba la costumbre, la misma que surgía de

la certeza de buen comportamiento de sus habitantes. Sin embargo, más adelante, cuando los estados germánicos, adoptan el sistema de gobierno monárquico, el rey concentraría para sí todos los poderes, siendo el soberano de los mismos, llegando a ser juez supremo, podía resolver las causas, controlar el buen funcionamiento de las instancias inferiores e imponer sanciones a los administradores de justicia que hayan generado algún perjuicio. Este predominio real, generó una verdadera transformación de la *Urteilsschelte* convirtiéndolo en un verdadero recurso de orden jerárquico.

Derechos Romano-Germánicos

Querela Nullitatis

Para hablar sobre esta institución, se debe tomar como punto de partida Italia, en aquella época del renacimiento donde surge un nuevo universo jurídico, producto de un intenso choque entre el ya estudiado derecho romano y germánico, por medio de la legislación estatutaria. En esta parte del trabajo, se pretende estudiar la querela nullitatis, la misma que es que se conoce, fue llevada a Italia por el derecho de los longobardos, originada por la unión del derecho romano y del derecho germánico.

En esta etapa, influyeron el principio del derecho romano, que exponía que no todos los posibles vicios de una sentencia tienen la misma gravedad y los mismos efectos y el principio germánico, mediante el cual, todos los posibles vicios de una sentencia, deben ser considerados sin distinción incapaces de disminuir por sí mismos la validez de la sentencia.

Con esta fusión de principios, encuentra su génesis este nuevo instituto, denominado *querela nullitatis*, influenciado sobre la validez formal de sentencia, concepto conocido en el derecho germánico y sobre la diferencia conceptual

romana de nulidad e injusticia del fallo, mismos que contiguo al instituto de la *apellatio* fue una vía ejercitada a la obtener una sentencia sin errores in procedendo. (Gibbon, 1847)

Según los historiadores del derecho, el instituto de la *querella nullitatis*, aflora en la régimen estatutario italiano del siglo XII, se extiende y toma contexto en la del siglo XIII y alcanza su mayor exposición en el siglo XIV, de tal manera, que no podría decirse que tiene raíz romana ni germana, ya que como se ha dicho, es de formación italiana.

El instituto de la *querela nullitatis*, es bastante amplio y con muchas características, sin embargo, en este trabajo, se hará brevemente alusión, a aquellas características más importantes que influyen en los medios de impugnación de las sentencias. En sistema estatutario, se ve la necesidad de crear un nuevo instituto, que sea un remedio en contra de las sentencias nulas y que a su vez sirva para las llamadas sentencias injustas. Este remedio, debe ser ejercido dentro de un término establecido (30 días) y resuelto por una instancia superior a aquel que ha emitido la sentencia *iniusta o nulla*.

Si este instituto para sanar aquellas sentencias nulas o injustas, no era ejercitado dentro del término establecido en los estatutos, que cabe resaltar era de 30 días desde que el fallo fue emitido, al transcurrir dicho término, los posibles yerros de la sentencia se subsanaban y aquella toma la calidad de sentencia ejecutoriada, lo que en el derecho actual sucede igual.

Aquí se debe diferenciar, el concepto de nulidad de los romanos, para quienes, era un sinónimo de inexistencia jurídica, en el derecho estatutario era considerada, como una cualidad de la sentencia existente, cambiando así los conceptos utilizados, de nulla sentencia a sentencia nulla. Esta noción del derecho

romano de nulidad, fue suplantado por el concepto de anulabilidad, que debe entenderse como aquella posibilidad de revertir, todos los efectos jurídicos de una sentencia válida. Se debe resaltar, de la institución expuesta en este acápite, que no fue una acción con propósito declarativo de certeza, más bien, fue una acción con un finalidad constitutiva, orientada a conseguir una conmutación jurídica de un estado de derecho procesal vigente.

Con el surgimiento de la querela nullitatis en el derecho estatutario, surge también, una nueva concepción relevante al derecho de impugnación, que tiene como finalidad, atacar y subsanar, a aquella sentencia que siendo legítima, contiene yerros en su construcción, sean in procedendo o in iudicando. Esta remedio que hemos analizado aquí, fue puesta en conocimiento frente a el *iudex appellationis*, tal como existen en el derecho moderno de impugnación, efecto devolutivo y suspensivo. (Bello, 2017)

Hablar sobre el derecho estatutario, marca un hito en cuanto a las bases sobre la formación de los medios de impugnación, ya que aquí, se recogen de manera ordenada y escrita, cuales son las causales de anulabilidad, claro, que no en todos los estatutos, pero en estatutos como el de Génova, que fue reformado en el año 1587, recoge siete causales de anulabilidad dirigidos sobre todo a vicios en el proceso, que no agotan todo el catálogo de causas, pero que sí brindan un panorama claro, marcando un camino a seguir para que los jueces adecuen sus fallos a dichos preceptos, evitando así posibles nulidades. Las causales de anulabilidad, que destacan en el derecho intermedio, son los siguientes:

Aquellas que van entorno al Juez

Falta de Jurisdicción.

Incompetencia.

Aquellas dirigidas a las partes

Falta de capacidad.

Falta de mandato válido en la persona de procurador

Las dirigidas a las solemnidades (*solemnitas*)

Modo en la que el juez dictaba su fallo

Término para dictar las sentencia

Sentencia emitida con exceso de poder (principio de congruencia)

La querrela nullitatis que era ejercitada directamente ante el juez superior y que era anulada, daba la posibilidad de que se produzcan tres efectos, cada uno dependía evidentemente de cada caso concreto. El primero, era que si se declaraba la nulidad *ex fundamento iudicii* las partes, debían continuar con el juez a quo para obtener una nueva sentencia; en caso de anulabilidad de proceso subido en grado, sobre ciertos actos que podían ser subsanados, la instancia superior lo hacía y posterior a eso resolvía el fondo del asunto; cuando se anulaba la sentencia de la instancia inferior, se podía emitir una sentencia nueva sobre los mismos hechos y derechos.

Derecho Francés

En la Francia feudal, se menciona la expresión *apel de faus jugement*, que no tiene similitud con la *apellatio* ya estudiada. En esta etapa de Francia, el tribunal estaba dividido en dos órganos, tanto los jueces que emiten el fallo y el presidente que la proclama. El rol del juez retornó a ser admitida como una figura, que empleaba el derecho al caso concreto, al igual que en el derecho estatutario italiano.

En esta etapa feudal, se conservó la máxima del principio germánico de la eficacia formal de la sentencia. En esta etapa del derecho francés, al igual que en

el sistema estatutario italiano, es producto, de la influencia de los institutos germánicos con institutos latinos, donde resaltan, los efectos ya estudiados de cada uno de ellos, la validez formar de la sentencia y la nulidad del fallo de origen romano. Según las normas ejercidas en el Parlamento de París, la parte, contra quien se dictaba una sentencia en contra, ejecutaba la vía de la apelación, podía referirse no solo a los yerros que contenía la sentencia como tal, es decir, también debía referirse a aquellos vicios en el proceso.

Se debe señalar, que en el sistema estudiado en este acápite, el ejercicio de la apelación, limitaba, a que más adelante, se reclame sobre alguna nulidad de la sentencia, de tal manera, que sí la apelación era accionada dentro del término oportuno, se consideraba subsanado el fallo de primera instancia. La apelación del sistema francés, tenía efecto constitutivo, más no declarativo como en la querela nullitatis del sistema estatutario.

La Etablissements de San Luis

En esta etapa, del derecho francés, se genera un avance trascendental, de la misma manera como sucedió en los estados italianos ya estudiados. Esto, fue producto, del imparable crecimiento de los estados, que por ende, generaba más conflictos entre particulares y entre los estados, por lo que el rey, se veía plenamente congestionado, por todas las causas que venían a su conocimiento. En tal virtud, el consejo que auxiliaba en la función jurisdiccional al soberano, tomó relevancia, de tal manera, que este conglomerado, se convirtió en un órgano independiente de autoridad, separado del monarca y contrajo para sí, la atribución de tribunal supremo para todo el reino.

Con el acontecer del tiempo, apareció un recurso, contra los fallos del *Parlament*, mismo que iba dirigido al monarca, para que se de apertura a la

posibilidad de una revisión completa del proceso ya resuelta por un tribunal supremo. Este medio extremo del que se hace referencia, es aquel que se recoge en los *Etablissements de San Luis*, estructurados aproximadamente en el año 1273.

Los Etablissements, refieren dos formas de recursos contra la sentencia, para lo cual, se debía identificar, si el fallo, era emitido por un tribunal conducido por un tribunal feudal o por un funcionario real, de tal manera, que en el primer caso, existía únicamente un camino, denominado como *faussation* y en el segundo caso se conocía el *amendement* como medio de súplica, la misma que se sustanciaba ante el mismo cuerpo colegiado que había emitido el fallo y tenía como objetivo, alcanzar una decisión nueva sobre la litis decidida. (Flors, 2014)

La solicitud de amendement, enviada al soberano, se muestra con bastante similitud a la supplicatio dirigida al emperador romano como autoridades máximas, el redactor de los Etablissements ha recopilado normas del derecho consuetudinario obtenidas de la costumbre. A partir de la época de San Luis, la suplicación, era exhibida al rey cuando quien era vencido dentro de un proceso, reclamaba sobre un error de derecho. La injerencia del poder soberano en la resolución de los conflictos civiles, se desenvuelve y fija a partir del siglo XIV, donde a inicios de este siglo, el Parlamento, surgió con todas sus facultades de tribunal supremo de apelación, que conoce todo tipo de causas.

Cartas de Cancillería

En esta etapa, se produce una división del Parlamento, orientado a la función judicial, donde floreció una institución de carácter judicial, que tenía como función, receptor las demandas de los particulares, tal órgano, fue designado como las *Requetes de l'Hostel du Roi*, que el órgano de colegiados que lo

conformaba, se los llamaba *maitres del Conseil* y recibían las solicitudes destinadas al monarca, para darle cuenta de las mismas. Ante estas suplicas, el soberano, daba contestación de manera escrita, donde disponía, las medidas que el tribunal inferior debía adoptar.

A estas órdenes escritas, se les dio el nombre de *Lettres de Justice* que también son conocidas a manera general, como *Lettres de Chancellerie* que adoptan este nombre, porque si bien se conoce, quien las emitía era el soberano, pero la Cancillería de la Corte, era quienes preparaban el documento, lo sellaban y se encargaban de enviarlo, es decir, hacían toda la logística. (Bello, 2017)

La relevancia, que tomaron estas *lettres* en el mundo jurídico de aquella época francesa, era porque mediante esta vía que generaba algunas consecuencias, se podía extinguir de la jurisdicción de alguno de los tribunales inferiores, avocar conocimiento de las controversias para el soberano, restituir a una de la partes que haya sido excluida de un proceso etc. Se hace énfasis a esta etapa del derecho francés, porque se dice, que aquí tendría origen el recurso de casación, ya que con estas *lettres de Chancellerie*, el soberano, ejercía en la administración de justicia, como juez, desempeñando todos sus poderes.

Como toda sentencia, tal como ha sido estudiado, las resoluciones emitidas por el Parlamento, podían contener tres tipos de yerros, sea errores de juicio relativos al hecho o al derecho los llamados errores in iudicando, vicios procesales conocidos también como errores in procedendo o una evidente desproporcionalidad con lo resuelto.

El proceso que se daba con la súplica, exigía que los documentos con los que se sustentaba aquella petición, sean anexados y entregados a uno de los integrantes del *Conseil* con la finalidad de que lo ponga a disposición de los

colegiados que conforman la *maitres des resquete*, estos, a su vez, ejercían un análisis de la sentencia de manera somera para resolver a breves rasgos, si existían o no los posibles yerros afirmados por el vencido y de esta manera, saber si se da paso o no a la súplica solicitada, esta respuesta, era puesta a conocimiento del rey mediante la intervención de la cancillería.

En caso de que el rey efectivamente otorgaba las letters, estas, mediante la cancillería, eran enviadas al Parlamento que había emitido la resolución, para disponerles en calidad de orden, que se ejerza una revisión de la sentencia y de los posibles yerros que esta contenga. En esta etapa, tiene su génesis una figura que se mantiene hasta la actualidad en algunas legislaciones, es la caución que debía depositar el vencido para poder ser oído, esto tenía su fundamento, de que en caso de que no prospere la súplica, se pueda indemnizar a la contra parte y pagar la multa correspondiente al soberano. (Pereznieta, 2002)

En los albores de esta institución, no existía distinción sobre las diversas causas de yerros de juicio y todos, sin distinción fueron considerados como razones legítimas para esta imposición, aquí el aforismo latino del *Iura Novit Curia* toma realce, de esta manera los jueces, conocían el derecho y aplicaban al caso concreto, pudiendo tomar incluso los correctivos necesarios de oficio.

Aparece también en el derecho francés, otro recurso sobre las sentencias, conocido como la *proposition d'erreur*, este recurso era dirigido de manera directa al rey, en posición de juez supremo, con el propósito, de este disponga tribunal que emitió el fallo, una revisión sobre los errores de hecho y que en caso de afirmar la existencia, se sirvan en revertir la misma, emitiendo otra con los correctivos necesarios.

De manera análoga a la *supplicatio* estudiada en el sistema romano imperial, en Francia, existió la *proposition d'erreur*, dirigida únicamente a reprender los vicios in iudicando. En los estatutos de 1667, aparece en Francia, las *ouvertures de requetés civiles*, que tuvo las mismas características de la *proposition d'erreur*, en este caso, la petición motivada, era presentada ante la Cancillería real, conocidas como *letters en forme de resquete civile*, con este medio, se podía generar un nuevo juicio, para lo cual no se suspendía la ejecución del fallo impugnado y debía sustanciarse, ante el mismo tribunal que conoció el primer caso.

La lucha entre monarquía y parlamento

Se dice, que la casación tiene su fuente directa en Francia, cuando se produce una constante disputa entre la monarquía y los parlamentos, los elementos de este recurso que hemos venido estudiando, que se encontraban dispersos se comienzan a fusionar, formando un núcleo.

Este conflicto entre el monarca y las Cortes Soberanas, surge principalmente, en virtud de aquel derecho de intromisión en la justicia por parte del rey, que como ya se ha dicho era el Juez preponderante de todo el Estado. De este suceso, germinó la posibilidad de que el rey, quien era jerárquicamente mayor los jueces, les daba ordenes para prohibir la ejecución de ciertos actos procesales, siendo en algunos casos, que los jueces inferiores desobedecían dicha disposición emitida por el rey.

Los primeros modelos del recurso de casación que existieron en Francia, se dan justamente por los conflictos de desobediencia por parte de las Cortes sobre las ordenes expresas emitidas por el Rey. El desacato de la orden del rey,

incurrida por los parlamentos, producía un error in procedendo, es decir, un vicio de actividad.

Ante esta situación de desacato por parte de las Cortes, se vio la necesidad de que el soberano actuara, con la finalidad de anular dicha sentencia que contiene, como se ha dicho, un error in procedendo. No importa que la sentencia haya emitida conforme a la ley, basta que haya desobedecido una orden del Rey para dejarla sin efecto. Este remedio, fue ejercido por primera vez en la Ordenanza de Blois, de mayo de 1579.

Las varias ordenanzas que se dieron a lo largo de este periodo en Francia, introdujeron esta disposición hasta a la revolución, para lo cual, se debe hacer énfasis, que no es la destrucción de un fallo emitida en desacato a una disposición del rey a un caso concreto, es la anulación de toda la sentencia emitida en quebrantamiento a una disposición de cualquier monarca. Este, se vuelve la vía, mediante la cual, el Rey, respalda su poder jerárquico y por ende, sus ordenes.

En el transcurso del último siglo del régimen monárquico, tomó consideración el hecho de que entre las causales de casación, debía también ser incluido el *error in iudicando*, por la trasgresión de una ordenanza que habría de emplear al asunto concreto. No obstante lo mencionado, la anulabilidad de sentencia por desobediencia de orden expresa del Rey y la anulabilidad por emisión de la sentencia, inobservando las normas concretas de aplicación son dos cosas distintas, en el segundo caso aparece el germen del instituto de la casación.

La casación, no nació como una institución en beneficio de los particulares, sino, surge como un medio de batalla entre el dominio real y el poder judicial que hacía caso omiso a las ordenes del Rey. Es decir, inicialmente la

casación se crea como un medio de protección de las normas emitidas por el rey, mas no como un medio para tutelar el derecho objetivo en general.

En un primer momento de esta época, la palabra *cassation* era concebida como sinónimo de “anulación”, la misma que solo podía ser ejercida por el Rey, es decir, no era ni siquiera jurisdiccional, sino netamente político. Cuando ya se le dio a la casación la función privada de anular sentencias que violen el derecho como tal, el monarca, le concedió a los particulares una acción, que fue denominada como la *demande en cassation*.

Conseil des parties

El rey, confirió la atribución de resolver las casaciones presentadas en contra de las sentencias emitidas por los parlamentos, a un grupo de colegiados de su mera confianza, es decir, al Consejo de Estado, quienes mantenían contacto directo con el monarca, sobre los temas más relevantes de Estado. A inicios del siglo XIV los reyes franceses, fraccionar aquel consejo, en tres gremios distintos, (*Conseil*, para los asuntos políticos), (*Chambre*, para las cuestiones financieras), (*Parlement*, para los asuntos concernientes a la justicia). (Pereznieto, 2002)

A finales del siglo XV se dio una nueva desmembración de los organismos que envolvían al soberano, conformándose así, el *Grand Conseil*, que obtuvo la atribución propia de una Corte independiente, siéndole otorgada, la función judicial, que hasta ese periodo, fue desempeñado por el monarca como juez supremo.

Esta casación, era ejercida por el rey, cuando los parlamentos desobedecían su mandato expreso, sin embargo, al ir creciendo el numero de incidentes procesales y de sentencias en contra de la voluntad del rey, este, se vio escaso, para poder atender todas las sentencias, motivo por el cual, en virtud de un

interés propio y general, le otorga a los particulares, la potestad de recurrir ante el *Conseil* mediante una *demande en cassation* con la finalidad de que todas las violaciones a las ordenanzas sea revisadas y revertidas, de esta manera, se evidenció, que gran porcentaje de las casaciones eran propuestas por los particulares.

Con la finalidad de poder resolver, sobre el gran número de casaciones presentadas por los particulares, se vio la necesidad de crear un organismo especial del Consejo de Estado que ayude a descongestionar a las asambleas y se creó así el *Conseil Des Parties* en el año 1578, con la finalidad de casar los fallos opuestos a las ordenanzas, que era emitidos por los varios parlamentos existentes.

El surgimiento de la *demande en cassation* en Francia, tiene origen, en virtud de la utilización del interés privado ejecutada por el rey en un interés propio. El *Règlement du Conseil* es el cuerpo reglamentario que regulaba la actividad procedimental del recurso de casación, era una disposición directa del Rey.

En este caso, la casación no tenía el mismo efecto de la impugnación que se estudió en el imperio romano, es decir, la inexistencia en el mundo jurídico de la sentencia, sino, se seguía el lineamiento germano, que establecía la anulación de una sentencia jurídicamente válida y existente, de tal manera, que la *demande en cassation*, no sería otra cosa que la evolución de la *querela nullitatis* ya estudiada.

Debe resaltarse aquí, que la anulación de la que hacemos referencia, es un acto de jurisdicción, mientras que la casación, nace como un acto político, mediante la cual, el rey, mediante su poder ejecutivo y no jurisdiccional, pretende

anular una sentencia que no ha obedecido sus ordenanzas, sus disposiciones expresas.

Se ve en la historia de la casación, que para la anulación de una sentencia, se necesitaba de un juez, mientras que para casar una sentencia, bastaba con la voluntad del soberano. La demande en cassation, no era actuada como un medio de impugnación, era un ruego destinada al rey, para que este revertiera el fallo en virtud de su interés.

Como se ha dicho, el Gran Consejo soberano, se vio en la necesidad de crear órganos independientes para administrar justicia, motivo por el cual, se crea el *Grand Conseil*, que no obstante de ser un órgano separado e independiente, su jurisdicción era ejercida por el monarca. El *Conseil des parties* imperó hasta la revolución que más adelante se hablará de ella, siendo el *Conseil du roi* que canalizaba al rey las demandas de casación presentadas por los particulares.

Haciendo referencia a las funciones atribuidas al *Conseil des parties* se debe resaltar dos de ellas, los particulares acudían al soberano, por intermedio del *Conseil des parties* como autoridad jurisdiccional suprema, quien debía velar por la buena marcha de la justicia. Así también, los particulares recurrían al soberano, como el máximo legislador, protector de sus leyes.

La *demande en cassation*, tenía que ser iniciada, mediante una *requeté* que debía contener la fundamentación de la necesidad de la casación, así también, se exigía que sea firmada por dos abogados, con la finalidad de garantizar la seriedad de la misma, debía ser firmada por el abogado patrocinador, se le debía anexar la sentencia impugnada y por supuesto, pagar la caución correspondiente. Cuando la casación era rechazada, la caución afianzada quedaba a beneficio del rey, como una especie de castigo por retardar la ejecución de la sentencia.

La Revolución Francesa

El recurso de casación, tuvo su génesis como un mecanismo político, atribuido a un órgano político, este, tenía la finalidad de precautelar las disposiciones del monarca y luego del parlamento, en la actualidad, toma otro enfoque y se presenta como un recurso judicial, concebido a un órgano jurisdiccional de carácter extraordinario que busca ejercer un control sobre aquellas decisiones definitivas que causen un perjuicio o gravamen.

Sin embargo, el verdadero hito del recurso de casación, surge como corolario de la Revolución Francesa de 1789, siendo Francia el primer país que habló del termino casación, cuando se creó un tribunal de casación con la finalidad de examinar las arbitrarias decisiones de los órganos jurisdiccionales. En América, se origina con la Revolución independentista liderada por Simón Bolívar, más adelante analizaremos a detalle, las etapas históricas de este recurso.

La constitución política que surgió de la Revolución Francesa producto de las disputas de la Asamblea Nacional, era un cúmulo de principios doctrinales, la misma que derivó en la construcción del Tribunal de Casación, que sin duda alguna, los historiadores consideran que fue una obra maestra de la revolución.

Del estudio de la Revolución Francesa, puede notarse, que los revolucionarios, para crear el Tribunal de Casación, tomaron como base el *Conseil des parties* de la época monárquica. A mediados del siglo XVII, cuando surgían las primeras reformas del ordenamiento judicial, se mantenía ya la idea de un órgano supremo creado con la finalidad de ejercer control sobre el funcionamiento de los varios tribunales y como ya se ha estudiado, dicha idea, es plasmada del *Conseil des parties*. Se puede afirmar entonces, que el Tribunal de Casación, no es más que herencia del *Conseil des parties*, el mismo que nunca

dejó de estar habilitado hasta en épocas de revolución, donde surge el tribunal referido, que recoge todos los casos y tramites que se venían sustanciando.

En esta época de revolución, la falta de certeza en la clase burguesa y plebeya sobre las varias normas surgidas a la época, generaron la necesidad urgente de ordenar y unificar la administración de justicia, para devolver esa estabilidad jurídica que tanto se anhelaba, se buscaba la igual para todos, sin importar la clase social y para esto, se necesitaba de un mismo organismo judicial para todos. El *Conseil des parties* no era tan aceptado por los ciudadanos, toda vez que la influencia directa por parte del supremo, generaba desconfianza en la misma.

El Proceso

Como es de nuestro conocimiento, el derecho, aparece históricamente con la finalidad de solucionar conflictos y encontrar la paz entre las personas de una determinada sociedad, pero la creación de normas que regulan la conducta, no necesariamente resolvería el conflicto, ya que no hay ningún mecanismo que permita aplicar estas normas. Es así, que en la historia, aparecen tres etapas evolutivas de mecanismos para resolver los conflictos intersubjetivos.

El profesor mexicano Leonel Pereznieto Castro, ha definido al derecho, como “el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia” (Pereznieto, 2002, p. 19).

La solución de conflictos, ha sufrido tres etapas importantes, pasando desde la autotutela, la autocomposición y finalmente el proceso. Debe entenderse

entonces a la autotutela, como aquel mecanismo primitivo de solución de conflictos entre particulares o colectivos, que se resolvía por mano propia, tomando acciones directas en contra de la persona que supuestamente me ha generado un daño, satisfaciendo así un interés propio de venganza, aquí no hay un tercero que resuelva, es de anotar que esta situación no resolvía el fondo del asunto, sino que más bien, era la génesis de un conflicto mayor.

En cuanto a la autocomposición, es un sistema ya más evolucionado, en donde las partes mediante un acuerdo pacífico, producto del diálogo, teniendo como base las normas del derecho sustantivo que ha implantado la sociedad, pretenden resolver un conflicto de manera pacífica, buscando una equidad entre sus pretensiones, lo que posteriormente daría paso a lo que en la actualidad conocemos como transacción. Es de resaltar, que en el presente siglo, la resolución de conflictos mediante un método autocompositivo, son altamente promovidos como un método altero, tratando así, de que sean las mismas partes las que aportan las posibles soluciones, como es en el caso de la mediación. (Bello, 2017)

No obstante, lo anteriormente dicho, no era suficiente que las partes traten de llegar a un acuerdo, ya que en la mayoría de los casos, no siempre sucedía así, por lo tanto, se vio la necesidad de que un tercero imparcial quien ajustado a determinadas normas impuestas por la sociedad, dirima sobre las controversias de los particulares para poder dar una solución, decisión que sería acata por todos, es así que surge un sistema más complejo, conocido hasta la actualidad como proceso. Pero, ¿Qué es un proceso?

Para contestar esta pregunta, me adhiero al concepto brindado por el profesor español Juan Montero Aroca quien define al proceso como:

...El conjunto de actos procesales que se suceden temporalmente, de forma tal que cada uno de ellos es causa del anterior y razón del posterior, en aras a la solución de situaciones conflictivas con relevancia jurídica en virtud de resolución judicial definitiva y firme, que exclusivamente se ha podido pronunciar en el marco del proceso... (Montero, 2000, p. 56)

Como se evidencia, el proceso en un sentido puro, surge como un medio o mecanismo organizado, inclinado a proporcionar y ejecutar el derecho sustantivo, mediante la potestad jurisdiccional del Estado, entrañando también un vínculo entre las partes y entre los órganos jurisdiccionales.

El proceso, genera múltiples actos que se vinculan armónicamente entre sí, estos actos tienen un valor conferidos por la ley, se dan al interior de los procesos y se interrelacionan para lograr su cometido, estos son los llamados actos procesales, que en su definición más acertada son conocidos como “aquellos actos de las partes y del juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o dispensas de cargas, las cambian o las niegan.” (Pérez-Cruz, 2006, p. 75)

El artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y unciones establecidos en la Constitución” Como el poder público, se ha atribuido para sí, la facultad de administrar justicia con la finalidad de resolver las discrepancias entre los ciudadanos, tiene a su vez, la obligación de crear mecanismos eficaces para que las controversias sean resueltas.

La Corte Constitucional del Ecuador, sostiene que: “...De esta manera, el debido proceso se constituye en el axioma madre, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios que el Estado se encuentra obligado a tutelar...” (Corte Constitucional del Ecuador, 2011) El debido proceso, es un

derecho constitucional, dentro del cual se incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo, libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales.

El proceso civil

Como la conducta humana es muy amplia y generan varias situaciones jurídicas, el derecho se ha visto en la necesidad de crear áreas especializadas que regulen estas conductas entre los particulares, colectivos y los poderes públicos, como así también a imponer sanciones a toda conducta atentatoria a los intereses sociales, de tal manera que existe el derecho penal, que tipifica aquellas conductas delictivas y así mismo se establecen las sanciones correspondientes, el derecho civil que regula toda actividad contractual y patrimonial de las personas o el derecho laboral que regula y garantiza el vínculo laboral entre empleados y empleadores, así sucesivamente se en contrataran varias ramas del derecho y su vez, como corolario a las diversas áreas del derecho, existen los diversos tipos de procesos, adecuados a cada uno de ello, como el derecho procesal penal, civil, laboral etc.

Para efectos de este trabajo, es de nuestro interés, hacer particular estudio sobre el derecho procesal civil, motivo por el cual, una vez delimitado el concepto de proceso, corresponde analizar la institución jurídica del derecho procesal civil, para lograr esta finalidad, es importante a breves rasgos, recordar lo que es el derecho civil. Siguiendo al maestro Valencia Zea, este, se puede entender:

Como el conjunto de normas que regulan en forma especial las instituciones de la personalidad, la propiedad, la familia, así como la responsabilidad por acciones, omisiones o por riesgo. Estas normas gobiernan las relaciones jurídicas de las personas mediante el imperio de

sus voluntades, que los protege en sí mismos y en sus intereses familiares, patrimoniales y de orden moral. (Valencia, 2008, p. 65)

Así, se puede decir entonces, que el derecho procesal civil es

El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas de los sujetos procesales y la aplicación de leyes civiles a los casos concretos de controversia de las partes. Viene a ser el conjunto de actuaciones que se suscitan en sede judicial, por el que se canalizan las pretensiones de las partes, cuyo conocimiento se atribuye a los órganos de la Jurisdicción civil, a fin de que puedan resolver un conflicto suscitado. (Monroy, 1996, p. 83)

La doctrina ha desarrollado diversas teorías que exponen sobre la naturaleza jurídica del proceso civil, las cuales nos vamos a limitar a únicamente a enunciarlas, sobre todo las principales que son:

- El proceso como contrato.
- El proceso como cuasi contrato.
- El proceso como relación jurídica.
- El proceso como situación jurídica.
- El proceso como institución.
- El proceso como jurisdicción voluntaria.
- El proceso como estado de ligamen.
- El proceso como entidad jurídica compleja.

En el proceso civil, para que se configure como tal, se debe considerar de manera interrelacionada el petitum (petitorio o pretensión) y la causa petendi (hechos que fundamentan el pedido), de tal manera, que la ausencia de uno de ellos imposibilita a que el proceso cumpla con su objeto.

En cuanto a la función privada del derecho procesal civil, este busca satisfacer un interés particular, es decir, el de las partes que intervienen en el proceso, de manera principal la pretensión que exige el demandante, quien por lo general reclama el reconocimiento de un derecho y así también la del demandado quien en su petitum pretende que se deje sin efecto la demanda o incluso también reclama un derecho particular.

La función pública que cumple el derecho procesal civil, es también la de satisfacer el interés público, es decir, el interés social toda vez que mediante el proceso, se efectiviza la realización del derecho y el fortalecimiento de la paz jurídica, mediante la certeza de la sociedad en la aplicación y cumplimiento de las normas.

Se puede observar una concepción objetiva y subjetiva en todo proceso, con respecto a la primera, hace referencia a la actuación y aplicación de la norma en el caso concreto, es decir, el medio por el cual el poder público tutela el orden jurídico y la solución al problema. En la concepción subjetiva, se materializa en la protección de los derechos individuales, de tal manera que la interrelación de ambas concepciones configuran la finalidad del proceso civil.

Alberto Hinojosa Minguéz, en su obra Manual de consulta rápida del proceso civil sostiene que el propósito cabal del proceso, es remediar un conflicto de intereses o eliminar una imprecisión, en ambos casos con

transcendencia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su objetivo abstracta es alcanzar la paz social en justicia (Hinostroza, 2011, p. 54)

La doctrina ha clasificado al proceso civil, de tal manera que es posible distinguir tres grandes grupos, que son, los procesos de conocimiento o declarativos, procesos ejecutivos y procesos cautelares. Los procesos de conocimiento o declarativos, tienen como base una incertidumbre sobre la existencia o no de un derecho, esta incertidumbre se resuelve a través de este tipo de procesos, de los cuales se pueden subdividir en procesos declarativos puros, procesos de condena y procesos constitutivos.

Estamos frente a un proceso declarativo puro, cuando el interesado solicita al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento, ni de pedir que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva. (Devis, 1984, p. 36)

En cuanto a los procesos de condena, tienen lugar cuando se ha producido una trasgresión del orden jurídico y una de las partes pretende que la otra sufra las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones. (Alzamora, 1966) En este proceso, se pueden apreciar como pretensión la condena positiva y la negativa, la primera surge cuando se pretende el cumplimiento de una obligación de hacer o de dar, mientras que en la negativa, exclusivamente se busca que no se haga algo.

En los procesos constitutivos se persigue la creación, modificación o extinción de un estado jurídico preexistente. Es el conocido como proceso de accertamento en la doctrina italiana, las normas materiales determinan tanto la constitución como la modificación de las relaciones jurídicas, estableciendo sus presupuestos. (Devis, 1984, p. 61)

Estamos frente a un proceso ejecutivo o de ejecución, cuando en la pretensión no se discute sobre la declaración o reconocimiento de un derecho, sino que la existencia del mismo, ya se encuentra reconocido en un título, el mismo que la ley le da validez y su aporte es esencial para que proceda este tipo de procesos. Cuando se habla del proceso cautelar, se hace referencia a aquellos actos procesales que tienen como finalidad la de obtener, ejecutar, conservar, modificar o cancelar las medidas cautelares, aquí se persigue que las sentencias de órganos jurisdiccionales sean cumplidas.

La Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica, encuentra su génesis de aplicación después de la Revolución Francesa de 1789, ya que anteriormente, las resoluciones era emitidas en base a los intereses del monarca y los miembros del reino, generando un estado de incertidumbre en los ciudadanos. Como corolario a esta situación, la Revolución Francesa trae consigo la seguridad jurídica, que se ve implementada en la Declaración de Derechos de 1789, en la Constitución de 1791 y en el Código Civil Francés de 1804.

...La palabra seguridad deriva del latín securitas, -atis, que expresa cualidad de seguro o certeza, así como cualidad del ordenamiento jurídico, que entraña la convicción de sus normas y, por lo tanto, la previsibilidad de su aplicación. La última de las expresiones referidas es la conveniente para calificar a la seguridad jurídica... (Lopez, 2011, p. 48)

Para que un país pueda concebirse como un Estado constitucional de derechos y justicia, tal como lo establece el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, es importante que ciertos derechos estén reconocidos, como el derecho a la seguridad jurídica, es decir, que exista el respeto a las

normas jurídicas y la certeza de que estas serán cumplidas. No solamente deben existir normas que recojan los derechos de los ciudadanos, sino también, la unificación de la jurisprudencia donde los mismos se hacen efectivos.

La mayoría de la doctrina ha adoptado el criterio, de que la seguridad jurídica es un principio del derecho mundialmente reconocido, siendo el Estado el supremo, es decir, el que va a regular el orden público y ordenador de las relaciones en la sociedad, para lo cual, debe consagrar las garantías mínimas para que las resoluciones que son expedidos por la función judicial guarden armonía con la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para el profesor español López Castillo, la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad. La seguridad jurídica es el compendio de estos principios, nivelada de tal suerte que admita promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertades. (López, 1995, p. 109)

Sobre este derecho, la Corte Constitucional en la sentencia No. 016-13-SEP-CC expuso que “Para tener convicción respecto a una aplicación normativa, afín a la Constitución, se augura que las normas que constituyen parte del ordenamiento jurídico se hallen establecidas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de este modo se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generen la confianza acerca del respeto de los derechos ofrecidos en el texto constitucional.”

Por medio de un examen de interpretación integral del texto constitucional, establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República, se establece que

el derecho a la seguridad jurídica es la base sobre el cual descansa la confianza de los ciudadanos en cuanto a las actuaciones de los diversos poderes públicos.

Es transcendental aplicar un sistema de casación más flexible, con la finalidad de que las normas legales sean correctamente aplicadas, aún de normas transgredidas no invocadas por la parte recurrente, toda vez que compone una cuestión de interés público la defensa de la seguridad jurídica o del orden jurídico por parte del Estado.

Una consecuencia innegable reside en la recuperación de la certidumbre por parte de la opinión pública para con la función judicial, de tal manera que con un sistema de casación civil más flexible se pueda purgar aquellos yerros que existen en las sentencias, preponderando la función de la justicia por sobre las formalidades.

Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso

Antes de abordar con el análisis de la Tutela Efectiva de los Derechos y el Debido Proceso, es esencial comprender que este concepto tiene su origen en la Europa Continental, posterior a la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un fenómeno de constitucionalización de los Derechos Fundamentales de los individuos que han vivido, haciendo un análisis integral de la historia contemporánea, la mayor vulneración de los Derechos Fundamentales a través de las dictaduras de la época, donde no existía el más mínimo respeto a la dignidad humana, ni un proceso justo, sino la autojusticia. Allí los conflictos se resolvían, con el hierro en la mano o con el parecer y el arbitrio de un senado compuesto por los jefes de la nación y por un rey, caudillo en la guerra, juez y sacerdote en la paz. (Iriarte, 2009, p. 89)

Antecedentes De La Tutela Efectiva Y El Debido Proceso

En la historia del Derecho, la Tutela Efectiva junto al Debido Proceso, surgen porque al hombre se le impone la idea de que es ilícito hacerse justicia por su propia mano, primero es aplicado al Derecho Penal, para después ser aplicado a todas las ramas del Derecho. Este concepto aparece por primera vez consagrado en la Constitución Española de 1978, en su artículo 24, donde se establece que todas las personas tienen el Derecho al Acceso de los Órganos Jurisdiccionales para hacer velar el eficaz cumplimiento de sus derechos, lo que lleva consigo una evolución de las Garantías Jurisdiccionales con el fin de que estos derechos tengan la calidad de justiciables, en la cual por una parte se otorgan inicialmente una amplia gama de Derechos y Garantías procesales que al transcurrir del tiempo han venido evolucionando y ampliando su manto de tutela y se han establecido en la mayoría de los cuerpos normativos de los diversos sistemas jurídicos a nivel mundial y, por otra parte “el Estado toma para sí el poder o también llamada facultad jurisdiccional, de esta manera tiene la exclusiva potestad para poder resolver las controversias de interés jurídico (Ruiz-Rico, 2013, p. 19).”

Así también, al momento que el Estado toma para sí esta potestad adquiere consigo un compromiso de carácter prestacional, lo cual implica que este debe otorgar mecanismos eficaces para precautelar los derechos de los individuos y vías adecuadas que garanticen la resolución de conflictos entre los mismos.

Como afirma el autor Juan Vergara Gotelli en su obra Constitución y Proceso, el derecho a la jurisdicción, no es más que el derecho a la acción constitucionalizado (Gotelli, 2009). Para comprender el contenido o concepto de la Tutela Efectiva se debe empezar por lo más sencillo, esto es, por el propio significado de *tutela*, que significa “obtener una respuesta”, lo cual por obvias

razones lleva intrínseco el hecho de que para obtener un resultado se debe primero tener acceso en este caso a los órganos jurisdiccionales, que como ya se ha mencionado, es el Estado quien reserva la potestad exclusiva de resolver conflictos mediante su mecanismo prestacional.

El concepto de Tutela Judicial Efectiva no fue conocida en el Ecuador, si no hasta la Constitución Política del año 1998, donde en el artículo 24 numeral 7, es por primera vez someramente nombrado en nuestro ordenamiento jurídico este precepto del derecho, revolucionando consigo las Garantías Jurisdiccionales y entablado grandes dudas entre los juristas con este nuevo concepto, que carecía de una verdadera conceptualización, ocasionando de esta manera grandes vacíos.

La Tutela Judicial Efectiva en la Constitución Política del Ecuador de 1998, estaba establecida como un Derecho, pero que no era Justiciable puesto que no contaba con los Mecanismos para su eficaz cumplimiento, adicionalmente el Asambleísta Constituyente de dicha Constitución confundía el precepto de Tutela Efectiva, puesto que el Debido Proceso, como se analizara mas adelante, es uno de sus elementos.

Actualidad De La Tutela Efectiva Y El Debido Proceso

En la actualidad, en la Asamblea Nacional Constituyente del año 2007, se estableció la Tutela Efectiva como un Derecho Justiciable, donde se le otorgan los Mecanismos adecuados para su pleno cumplimiento, mediante las Garantías Jurisdiccionales contempladas en el capítulo III de la Constitución de la República.

Es tan amplia la gama de esta Constitución denominada acertadamente como garantista, tal como lo establece el artículo 1 ibídem, que ha sido directamente influenciada por la corriente del neoconstitucionalismo, que alude a

una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo (Rendón, 2012) y que otorga a todos los jueces quienes ejercen la potestad jurisdiccional, la calidad de Jueces Garantistas de los Derechos Constitucionales, para que puedan resolver mediante un procedimiento expedito el cese de las vulneraciones de los derechos constitucionales.

La Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia No. 051-11-SEP-CC, en el Caso No. 0568-09-EP del 15 diciembre del 2011, ha mencionado que la Tutela Judicial Efectiva, imparcial y expedita es un Derecho de las personas, que contempla el Acceso a la Justicia y el Deber de los operadores judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales y constitucionales pertinentes, es decir el Debido Proceso en concordancia con el Principio de Legalidad; de esta manera, se configura el derecho de manera íntegra, en donde los jueces y juezas asumen el rol de ser garantes del respeto de los derechos que les asisten a las dentro de un proceso determinado. (Ecuador, 2011, p. 5). Tal como se puede apreciar en la sentencia antes mencionada, del concepto del derecho de Tutela Efectiva se desprenden tres elementos esenciales que deben ser debidamente analizados.

La Tutela Efectiva en un primer momento establece: 1) El acceso inmediato a los órganos jurisdiccionales, esto es a la obtención de la justicia de manera gratuita y directa, en términos más concretos es la acción; Por su parte Calamandrei, define a la acción como el “derecho común a todos de pedir justicia, concibiéndolo como un derecho constitucional de carácter abstracto (Calamandrei, 2009, p. 74).” Aquí evidentemente estamos ante el Derecho de Acceso a la Justicia, 2) Como segundo elemento tenemos el Debido Proceso, es decir cumplir y hacer cumplir todos los preceptos legales y constitucionales dentro del

ordenamiento jurídico; 3) Obtener una sentencia justa y motivada en derecho, que resuelva cada una de las pretensiones de las partes procesales; y 4) La ejecución de la sentencia, ya que este es el verdadero objetivo que se pretende al iniciar un proceso legal, es decir que si la pretensión cumple con los requisitos y el juez así lo considero debe ser ejecutada para hacer efectivo el resarcimiento y cese de un Derecho.

Antecedentes Del Debido Proceso

El Derecho al Debido Proceso, debe ser estudiado como mecanismo o vía para el fin de la tutela efectiva. Haciendo una retrospectiva del debido proceso, se encuentra que su origen germina en La Carta Magna de 1215 cuando los pobladores junto con los barones y obispos exhaustos de la tiranía y abusos por parte del rey Juan se revelaron en armas y obtuvieron que se les confiriera una Carta de libertades (Ciancia, 2006, p. 23).

De esta manera el debido proceso evoluciona como un Derecho indispensable de toda persona, es decir a no ser penado sin que se haya sometido un juicio previo, el cual debe cumplir con todas las garantías y sin violentar los derechos ya establecidos. Asimismo que el juzgador haga respetar el proceso establecido en todas sus etapas y procedimientos.

Continuando con la evolución histórica del debido proceso, es necesario hacer referencia que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 contempló también la garantía al debido proceso en su artículo 8 y 10. Así también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978), al igual que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoció el Derecho al Debido Proceso, en el numeral 1, del artículo 8

El debido proceso, presupone acceder a los órganos jurisdiccionales y tener un juicio justo y razonable, como así también tener una legítima defensa justa y razonable (Iriarte, 2009, p. 37). De esta manera, la doctrina y la jurisprudencia han calificado el estudio del Derecho al Debido Proceso en un conjunto que une dos perspectivas, esto es el desde un punto de vista formal y material o sustantiva.

La dimensión formal, está combinada por los principios y reglas que tienen justa relación con las formalidades establecidas, tales como las que predisponen el juez competente, el procedimiento apropiado para remediar cierto tipo de conflictos, el derecho de defensa con cargo y descargo de pruebas. En su expresión material o sustantiva, están concernidos los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

El debido proceso es un derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho. (Ramírez, 2005, p. 116)

En el Ecuador a parte de la jurisprudencia y los tratados internacionales, existen varios cuerpos legales que contienen las normas sustantivas que regular los diferentes tipos de procesos y que en la última década han tenido una gran evolución en nuestro país, sin embargo en la Constitución de la República en su artículo 76 encontramos las normas generales del debido proceso que deben ser respetadas y aplicadas en todos los procesos y etapas.

El legislador le ha otorgado al debido proceso, tanto el acceso a la justicia como la garantía de defensa, tal importancia que cada uno de sus presupuestos es considerado como solemnidad sustancial de todos los procesos, de tal manera que la violación de alguno de ellos es suficiente para que proceda la nulidad de un acto

procesal o de todo el proceso. Todos estos derechos y garantías son interdependiente e interrelacionados, en virtud de que cada uno tiene su naturaleza jurídica y basta que se vulnere o viole uno de ellos para que el proceso de considere ilegítimo e ilegal, es por esto que es el juez quien de oficio debe precautelar que el proceso marche con rectitud en cada una de sus etapas.

El proceso civil en el Ecuador

Haciendo una reseña histórica sobre el proceso civil en el Ecuador, se puede decir que tiene su génesis en el año 1871 cuando entró en vigencia con el nombre de Código de Enjuiciamiento en Materia Civil con gran influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y a las leyes procesales civiles argentinas y peruanas tal como lo señala el profesor Alfonso Troya Cevallos (Troya, 2002). Desde la vigencia del Código de Enjuiciamiento en Materia Civil ecuatoriano, sufrió un sinnúmero de reformas, toda vez que en la práctica, aparecían yerros que había que subsanar, es así entonces, que toma el nombre de Código de Procedimiento Civil en el año 1938, siendo que su terminología fundamental, se mantiene hasta el presente.

Es importante resaltar, que el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, ha tenido varias reformas, la primera fue en el año 1952, posteriormente en el año 1960, le siguió la de 1978, luego se expidió la codificación del año 1987 en el gobierno del presidente León Febres-Cordero y posteriormente la del año 2005 en la presidencia del Dr. Alfredo Palacios, reseña histórica realizada por la Dra. Vanessa Aguirre. (Aguirre, 2013)

No obstante, lo anteriormente mencionado, nuestra legislación procesal civil, ha sufrido una transformación, toda vez que el 23 de mayo del año 2016 entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, que regula todas las

materias a excepción de los procesos constitucionales y penales que tienen su propia codificación procesal. Se dice que este código, es una innovación, toda vez que su normativa simplifica las vías procesales, la base sobre la que se funda es la oralidad, mediante la cual se pretende agilizar los procesos.

La casación como institución jurídica

Etimológicamente, “la palabra casación viene del verbo latino *casso*, *cassas*, *cassare*, que significa destruir, anular, abrogar, derogar, que fuera utilizada y tomada del derecho francés, de *casser*, hace referencia a la anulación o invalidación de sentencias definitivas o equiparables por sus efectos.” (Morales, 2014, p. 63)

Para el profesor ecuatoriano Joaquín Escriche, la casación, no es más que aquella ...acción de anular y declarar por ningún valor ni efecto algún acto o instrumento... (Escriche, 1986). Este autor, emite un concepto muy general de la casación, quien no hace diferenciación entre sentencia o providencia que pone fin a un proceso con las providencias de sustanciación, para él, todas son susceptibles de casación.

Para Prieto Castro,

El recurso de casación es un medio de impugnación, por regla general, de resoluciones finales, esto es, de las que deciden el fondo de los asuntos, dictadas en apelación, y en algunos casos en única instancia, a fin de que el Tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento verifique un examen de la ampliación del Derecho realizada por el órgano a quo de la observancia de determinados requisitos y principios del proceso, que por su importancia se elevan a la categoría de causales de la casación. (Prieto, 1981, p. 142)

Estas definiciones tienen características similares entre sí, ya que se reconoce que la casación es un recurso, que es un examen realizado por un tribunal supremo, recae sobre una resolución definitiva, hay un análisis sobre los posibles yerros fundamentados por las partes, buscan una anulación etc.

Un concepto más próximo, es el que da el profesor Calamandrei, cuando arguye que el recurso de casación es el medio procesal para hacer valer contra una sentencia, una acción de anulación autónoma, distinta de la acción hecha valer en el juicio de mérito acerca de la cual decidió la sentencia que quiere anular (Calamandrei , 2000, p. 83). Con este concepto, se vislumbra que la acción de anulación que se interpone en el recurso de casación tiene carácter autónoma y diferente de la ejercida en el fallo de mérito.

Este recurso tiene carácter autónomo, ya que es sustanciado por una órgano independiente, como es el Tribunal de Casación, que es el máximo órgano jurisdiccional que ejerce el control de legalidad sobre las sentencias que suben en grado, así también, aquí se analizan situaciones estrictamente jurídicos, diversos a los que han sido controvertidos en el juicio inicial. Es por esto, que se puede sostener, que la casación, es un juicio nuevo, que resuelve sobre contenidos estrictamente jurídicos, de tal manera, que el planteamiento de la casación, es distinto al de la demanda ya planteada, así también su sustanciación y resolución son distintos.

Debe entenderse, que la casación, no puede definirse únicamente como un recurso, ya que su naturaleza es mucho más extensa e integral. Es una institución de compendios jurídicos intercalados entre sí, que tienen como objetivo el aseguramiento legal vigente es un país.

El recurso de casación como sistema utiliza a todos sus elementos con fines específicos y determinados: la defensa de la juridicidad y del Estado de Derecho; promueve la creación y la unificación de la jurisprudencia, el desarrollo del Derecho y su mejoramiento cualitativo tanto en su aspecto teórico como práctico (Vescovi, 1979, p. 77).

La casación, es una institución de Derecho Público, la misma que rige rigurosamente en este ámbito, ya que tiene como finalidad conservar la institucionalidad legal del país, tal como se vio en la parte histórica de este recurso, fue creado justo para eso, para mantener la adecuada aplicación de los preceptos legales, abrigada también a los ciudadanos por es estado de derecho y los lleva a ser tutelados por el derecho, el mismo que debe ser acatado por todos y que los magistrados deben garantizar.

En forma directa, la casación, como recurso, es aquella impugnación extraordinaria, que siempre es ejercida por aquella parte vencida dentro de un proceso judicial, ya sea por un auto o por una sentencia ejecutoriada, que acoge ciertos yerros legales, que pueden ser de fondo o forma, puede ser también aquella contravención a la jurisprudencia obligatoria, con la finalidad de que pueda ser anulada.

Para la Corte Constitucional ecuatoriana la casación es un recurso extraordinario cuyo propósito es anular una sentencia judicial por basarse en una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido emitida mediante un procedimiento que no cumple los protocolos legales. Es un veredicto de un Tribunal Superior de Justicia y por ello de mayor jerarquía. Su propósito es obtener la aplicación correcta de la ley por los Tribunales, como garantía de seguridad y certeza jurídica al unificar la interpretación de las leyes e instaurar

jurisprudencia. Las causales para su fundamento, son aquellas contravenciones al procedimiento, esto es errores de forma o error in procedendo e infracciones de derecho, o errores de fondo o error in iudicando. (Cueva, 2010)

Cuando se hace referencia al recurso de casación, debe considerarse, que es un recurso extraordinario y jurisdiccional, toda vez que procede contra autos o sentencias definitivas, con un alto grado de exigencia técnica, así también se ha resaltado su carácter formar, ya que las causales por las cuales procede la interposición de este recurso son taxativas y están determinadas en la ley. Es importante destacar, que este recurso no es una tercera instancia como muchos abogados en el libre ejercicio la suelen confundir, por el contrario, procede cuando ya se han agotado todos los recursos ordinarios.

El recurso de casación, es de carácter limitado, ya que el máximo tribunal se limita a realizar un análisis valorativo, sobre la causal expuesta y fundamentada por el recurrente, aquí no se aplica el principio *iura novit curia* que significa que el juez conoce de derecho, como sí se lo hace en otros recursos como la apelación por ejemplo, tampoco procede la prueba de oficio.

El profesor Piero Calamandrei, sostiene que el recurso de casación “cumple una doble función, tanto de interés público como de interés privada, en cuanto al primero, afirma que lo que se busca con el recurso de casación, es una protección a la ley mediante la unificación de los criterios de jurisprudencia, lo que se conoce como *ius constitutionis* y en cuanto al segundo, responde a un interés particular, es decir, a satisfacer la pretensión del recurrente, lo que se conoce como el *ius litigatoris*” (Calamandrei , 1996, p. 122)

El propósito de la casación, es defender la legalidad, tiene como objetivo casar la sentencia, que significa dejar sin efecto el anterior fallo, y dictar el que

corresponda; pero también anular la sentencia por vicios de procedimiento, situación que obliga a retomar la causa por el juez inferior desde donde se produjo el vicio que promovió la anulación conocida también como sistema de reenvío. (Morán, 2011).

Diferencia entre el recurso de casación y el recurso de apelación

Con la finalidad, de entender la naturaleza del recurso de casación, es importante establecer las diferencias con el recurso de apelación, de tal manera, que de el análisis realizado, se puede deducir, que en un sistema procesal, jamás puede faltar el recurso de apelación, ya que prevalece el principio de la doble instancia o doble conforme, en cambio, el recurso de casación no es indispensable. Poniendo como ejemplo, en los juicios ejecutivos en nuestro país, no procede el recurso de casación, más adelante se hará referencia a ello.

El recurso de casación atiende la debida aplicación de las normas legales y es importante resaltar, que no constituye otra instancia como mal se ha entendido por algunos letrados, en cambio cuando se habla de apelación, se va a tratar en esta instancia, sobre los mismos hechos y derechos aplicados en primera instancia, es una nueva valoración del juicio como tal, por eso es que comúnmente se dice, que la Corte Nacional, es un tribunal es un juez de derecho, mientras que las salas que resuelven sobre el recurso de apelación, son jueces de los hechos, la casación es una valoración concreta, mientras que la apelación es produce una revisión total del caso.

El acápite segundo de artículo 10 del Código Orgánico de Función Judicial ecuatoriano, enfatiza que la casación no es una instancia, cuando determina que: "...La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino

recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia...” (Judicial, 2010)

El recurso de casación es formal y cerrado, en cambio el recurso de apelación es un medio de impugnación ordinario; también se diferencian es cuanto a quienes van a interponer el recurso, en el caso de la casación, la parte agraviada será quien ejercite dicho recurso, en cambio, cuando se hace referencia a la interposición del recurso de apelación, cualquiera de las partes puede proponerla. Como se había dicho, el recurso de casación responde a un interés público y privado, de los cuales el público siempre va a prevalecer, mientras que el recurso de apelación prioriza el interés particular de las partes procesales. Se debe recordar, que mediante el recurso de casación, se pretende también un fin político, como el de unificar la jurisprudencia y la protección de las normas legales, mientras que la apelación, pretende satisfacer a una de las partes.

Procesalmente hablando, existen también significativas distinciones entre ambos recursos, en la casación el Tribunal no se puede introducir ni valorar la prueba, tal como lo señala el segundo inciso del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos que establece que “No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba” mientras que en el recurso de apelación si es admisible, tanto anunciar prueba nueva que no ha sido producida en primera instancia y que incluso podrá ser valorada ante el Tribunal Ad Quem, tal como lo establece el segundo inciso del artículo 258 ibídem, cuando expresa que “Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos.”

No obstante lo anteriormente mencionado y tal como se lo estudiará más adelante, es importante resaltar, que con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos en el Ecuador, se deroga la Ley de Casación que contenía todas las disposiciones procesales de dicho recurso, así también, una novedad procesal dentro de este recurso causó el asombro de todos, cuando La Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 07-2017 publicada en el Suplemento No. 21 del Registro Oficial de fecha 23 de junio de 2017, establece que en ciertos casos específicos, tales como los establecidos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos se podrá valor prueba, es una innovación para nuestro sistema de casación.

El recurso de casación, se lo puede interponer cuando el proceso principal ha concluido, es decir, cuando existe sentencia ejecutoriada, por lo que como es evidente, se puede decir que la casación es ajena al proceso, es un medio de impugnación externo, mientras que el recurso de apelación pertenece al proceso, es parte del mismo, debe ser interpuesto incluso antes de que se ejecutorie la sentencia que se pretende impugnar.

La Corte Constitucional del Ecuador, no se ha quedado atrás y mediante sentencia publicada en el **Registro Oficial No. 9 de fecha 21 de agosto del 2009**, ha establecido también cuales son las diferencias entre el recurso de casación y recurso de apelación:

Vista la naturaleza del recurso de casación y la excepcionalidad de ejercitar un recurso dirigido al órgano jurisdiccional de mayor relevancia jerárquica; en cambio en el recurso de apelación, se puede examinar el derecho y los hechos del juicio, por lo que es constitutiva de instancia; la Casación únicamente reseña al derecho y no instituye instancia; no obstante, en los varios

sistemas normativos en los que se considera el agotamiento de la capacidad de revisión de los Tribunales de Casación, la distinción entre los recursos estudiados, queda doblegada a las decisiones judiciales que se aspiran examinar o anular, según el caso. El recurso de apelación es una vía de impugnación ordinaria, mientras que el de Casación que es medio de impugnación extraordinario; la Casación no debe confundirse con una nueva instancia, en efecto, no se puede revisar los hechos ni mucho menos abrirse a o agregarse prueba; al inverso, la apelación si instituye instancia; la Casación suele proceder en el sólo interés de la legalidad, no así la apelación que se reduce a un interés de las partes; la Casación es, en muchas legislaciones, fuente de jurisprudencia obligatoria; en cambio los fallos de apelación no.

Características del recurso de casación

Tal como se ha estudiado en el acápite que antecede, el recurso de casación evidentemente difiere del recurso de apelación, pero así también, difiere de los demás medios de impugnación establecidos por el derecho, ya que el recurso materia de esta investigación, tiene sus características especiales, que le permiten conferir una identidad propia, las características que han sido aceptadas por la mayoría de los doctrinarios son las siguientes: Es un recurso extraordinario; es formal; de interés público; es una acción de anulabilidad independiente; limitado; procura la correcta interpretación y aplicación de la ley y la defensa del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Con la finalidad de esclarecer lo expuesto, nos referiremos referirnos a cada una de ellas.

Recurso extraordinario

Se ha dicho que la casación es un medio de impugnación extraordinario porque no es aplicado ante cualquier caso, ni para pretender la anulabilidad de cualquier providencia, sino más bien, que es ejercitado en casos especiales siempre y cuando sea concedido por la ley procesal.

Lo mencionado, lo advertimos en nuestra legislación en el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, cuando establece que:

El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Con la finalidad de ser más explícito en cuanto a la dilucidación de esta característica, es importante recordar la diferencia que se estudió en líneas anteriores en cuanto al recurso de casación y los demás medios de impugnación, y esto es, que este recurso, pretende resolver cuestiones puntuales de derecho. Así también, es extraordinario porque es resuelto por el máximo órgano jurisdiccional que ejerce el control de legalidad como es la Corte Nacional de Justicia.

Se exige también para resolver este recurso extraordinario, que el proceso haya culminado, es decir, se lo sustancia fuera del mismo. Como ya se ha dicho, el recurso de casación no es indispensable en un sistema judicial, hay

ordenamientos jurídicos que no han adoptado el recurso de casación, en nuestro país durante muchos años no existió hasta el año 1928 donde se habla por primera vez de este recurso exclusivamente para los procesos penales.

Piero Calamandrei, expone que la naturaleza de medio extraordinario, que el recurso de casación tiene en nuestro derecho, queda testificada, no sólo por la falta de efecto devolutivo y por la falta de efecto suspensivo, sino también por otros caracteres secundarios que la doctrina encuentra en aquellas disposiciones en virtud de las cuales la admisibilidad del recurso está condicionada al depósito preventivo a título de multa y a la especificación de los motivos por los cuales se pide la casación. (Calamandrei, 2000, p. 143)

La extraordinariedad de este medio de impugnación, se evidencia por cuanto, en general, en la sustanciación de los procesos venidos en grado, se ha cumplido con las varias instancias, por lo que la eventualidad de interponer un recurso nuevo, debe atender a contextos especiales, determinados por la ley.

Recurso Formal

Esta característica, tiene que ver todo en cuanto a la forma del recurso, es decir, a la forma de interponer el recurso, de tal manera que si no se cumple como esa forma, el recurso carecerá de validez formal y no será si quiera admitido, impidiendo así la sustanciación del mismo.

Se requiere la observancia de una forma estructurada, las mismas que van a estar determinadas en las normas adjetivas de cada ordenamiento jurídico, de tal manera que son ineludibles. Procesalmente hablando, hacer referencia a la forma, corresponde a una regla de procedimiento, que como se ha dicho, está establecida en la ley procesal, en el caso del Ecuador, los requisitos de forma, están

establecidos de manera taxativa en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, que establece:

El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

“1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.”

Contener una estructura, es parte de la naturaleza del recurso de casación, sin estos requisitos de forma, este medio de impugnación carecería de un objeto y de forma procesal, de tal manera que ya no se podría hablar de una formalidad, sería informal, igual que los demás medios de impugnación ordinarios, confundiéndose así como una tercera instancia. La forma que debe contener este recurso, producen su causa y razón de ser.

La forma no debe confundirse con el fondo, esta última, hace referencia a aquellos puntos de derecho que van a resolverse mediante el recurso de casación, mientras que la forma es el modo de cómo debe redactarse y presentarse el

recurso, de tal manera que tanto la forma como el fondo van siempre de la mano porque sin el uno no hay el otro.

El recurso de casación es formal por esencia, ya que demanda requisitos de admisibilidad y de procedibilidad distintos de los instaurados para la interposición de medios de impugnación ordinarios, ya que para ejercerlo, presenta causales específicas. Se ha dicho, que estos requisitos formales son necesarios para evitar el número de recursos interpuestos y que se vuelva un recurso ordinario.

Jorge Cardoso, expone que para que la casación pueda alcanzar sus fines propios, para que le sea dado a la Corte entrar a estudiar el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente una demanda a manera de alegato de conclusión, ya que se trata de un recurso eminentemente extraordinario y no de una tercera instancia del proceso, sino que es menester que esa demanda llene todos los requisitos formales exigidos por la ley para ella cuya omisión total o parcial, conduce, por mandato expreso de la misma ley, a la inadmisión de la que ha sido defectuosamente aducida. (Cardoso, 1984)

Predominantemente Público

El recurso de casación, tiene una doble función, tanto pública como privada, sin embargo, del recorrido histórico que realizó al inicio de este trabajo, se evidenció que este recurso fue creado con la finalidad de velar por el correcto cumplimiento de las normas legales, de tal manera que fue concebido en defensa y protección del interés público, siendo su función privada una característica secundaria.

En un proceso judicial, las partes procesales tienen un interés particular, aspirando a decisiones en beneficio propio, de manera rápida y oportuna, sin

embargo, por sobre estas aspiraciones, existen los intereses de la sociedad, quienes anhelan seguridad en las decisiones judiciales exigiendo un mínimo de justicia.

La seguridad jurídica es también un elemento esencial del interés popular, cuya ejecución obedece al grado de justicia con el que la colectividad puede ampararse y para que esto pueda darse, deben existir mecanismos de defensa que permitan garantizar la justicia a los ciudadanos, uno de ellos es el recurso de casación, erigido para que desempeñe este fin, es decir, la defensa del Estado de Derecho y protección del derecho.

Este interés público, es producido por un interés privado, ya que para que se de el primero, es necesario que sea interpuesto el recurso de casación por un particular, quien pretende anular una sentencia en su beneficio, de tal manera que concurren tanto el interés privado como el público. Tanto el interés privado como el público, se materializan en la misma sentencia de casación, en virtud de que en su parte dispositiva, sin duda les interesa a los particulares que han recurrido, ya que ahí se dispondrá la anulación o no de la sentencia impugnada, mientras que en la parte motiva, es de interés de orden público, ya que ahí se van a exponer las razones de derecho, que llevaron a los jueces a tomar determinada decisión.

En definitiva, la casación fue instituida con la finalidad de tutelar el interés público en la adecuada aplicación de la ley, y al realizarlo, vela por los particulares de la discrecionalidad judicial, de tal manera que el interés privado se establece bajo el interés público.

De lo mencionado en líneas anteriores, surge una interrogante ¿Se puede renunciar al recurso de casación?. Para atender esa pregunta, se debe volver a la diferenciación de los recursos ordinarios de los extraordinarios, el recurso de

apelación es renunciable, los particulares lo pueden hacer, mediante los varios instrumentos que se suscriben a diario en un país, toda vez que atiende a un interés privado, a diferencia del recurso de casación que es de interés público, por lo tanto no es renunciable, porque ha sido creado en tutela de la legalidad, toda manifestación de voluntad que renuncie de este recurso es nula, de nulidad absoluta.

No obstante lo anteriormente mencionado, existen excepciones a esta regla, como es el caso de la legislación italiana y española, donde en sus normas adjetivas, se establece de manera expresa que se puede renunciar al recurso de casación, en los códigos procesales de estas legislaciones, se establece que la renuncia del recurso de casación se lo deberá manifestar por escrito, con la firma de un letrado y de su patrocinado o en su defecto, con un poder especial.

Respecto a la renuncia del recurso de casación, el profesor Chiovenda en su obra "Las instituciones del derecho procesal civil" manifiesta que "A diferencia, de la renuncia a los actos ordinarios de procedimiento, la renuncia al recurso es una declaración de voluntad, dirigida, no tanto a la parte contraria, que es simplemente notificada (sin que sea necesaria su aceptación), como al juez. Esto responde también a la naturaleza misma del recurso, como invocación y queja, dirigida al juez superior contra el inferior. (Chiovenda, 1951, p. 98)

El recurso de casación es una acción de anulación autónoma

Para fines académicos, es ineludible reiterar que al crear el recurso de casación, se conjetura la existencia de dos instantes procesales, el primero, surge por el lapso establecido entre la presentación de la demanda y la sentencia que adquiere autoridad de cosa juzgada, es lo que ha sido denominado como juicio de

mérito y el segundo, empieza con la interposición del recurso de casación y finiquita con la resolución final.

Con este antecedente, se evidencia que el recurso de casación establece una acción jurídica autónoma, la misma que tiene su procedimiento, sus reglas procesales y características. No obstante lo anteriormente mencionado, se dice también, que es una acción autónoma porque actúa de forma independiente del juicio principal, como se ha dicho, el juicio principal no le interesa al tribunal de casación, a ellos le interesa analizar únicamente la sentencia impugnada y sus posibles yerros. Se puede decir entonces, que el recurso de casación es un nuevo juicio.

Tanto en primera como segunda instancia del juicio principal, las partes discurren sobre los hechos fácticos, mientras que en el Tribunal de casación, la discusión se enfoca en la posible aplicación falsa, incompleta o incorrecta de la norma jurídica. Es inevitable no colegir la gran dicotomía del trabajo judicial, las instancias se preocupan de los hechos, mientras que la máxima entidad jurisdiccional se encarga del derecho y de su correcta aplicación.

Por estas consideraciones, se dice que el recurso de casación es un medio de impugnación autónomo, diferente al sustanciado en primera y segunda instancia, su diferencia sustancial arraiga en la calidad de la materia en discusión. El juicio principal se sustancia en defensa de los privados que son parte procesal, mientras que en el recurso de casación, tiene un efecto más amplio, como es la mira a la tutela de la ley y al Estado de Derecho.

La casación como recurso limitado

Otra de las características del recurso de casación, es que es limitado, así también es concreto y específico. Este medio de impugnación no es abierto ni

general como los recursos ordinarios, al contrario, se encuentra limitado ser interpuesto ante ciertas resoluciones que son aptas para este recurso, por las causas determinadas de manera específica en la ley y a los puntos establecidos por el recurrente al fundamentar su recurso.

Siguiendo este criterio, el Tribunal de Casación no puede suplir las falencias de las partes, tampoco puede implantar causales que no han sido alegadas ni fundamentadas, ni tampoco incrementar los yerros que la sentencia impugnada pueda tener. Una vez presentado el recurso, nadie puede introducir otros aspectos que no han sido alegados desde un primer momento, debe ser un recurso claro, donde se determine de manera clara cuales y precisa cuales son las causales sobre las que se funda y cuales son los presuntos yerros establecidos en la sentencia.

La Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado también sobre esta característica mediante auto de fecha 21 de octubre de 2010 en el caso Aguirre vs Consejo Provincial de Loja ya ha manifestado que Esta sala no tiene facultad para suplir omisiones ni efectuar interpretación extensiva respecto a las normas, causal o causales y modos de infracción que no fueron planteados o que se plantearon deficientemente. Por tales consideraciones, no se admite el recurso de hecho y, consecuentemente, no se acepta a trámite el recurso de casación de la referencia.

Procura la correcta interpretación y aplicación de la ley

Sobre esta característica, se ha abordado a lo largo del presente trabajo, para lo cual, se considera que no es necesario entrar en detalles, más que recordar que la función del Recurso de Casación vela por el derecho, es decir por la correcta interpretación y aplicación de las normas, lo cual sirve como mecanismo para garantizar la justicia en un Estado.

En definitiva, la casación fue instituida con la finalidad de tutelar el interés público en la adecuada aplicación de la ley, y al realizarlo, vela por los particulares de la discrecionalidad judicial, de tal manera que el interés privado se establece bajo el interés público.

La casación vela por la defensa del Estado de Derecho

Tal como se estudió en la evolución histórica del Recurso de Casación, este fue instituido como un medio político judicial, con la finalidad de llegar a la máxima de la justicia, la plena sujeción de las normas jurídicas y la seguridad jurídica, como también velar por la defensa del Estado de Derecho, amparo que es alcanzable mediante la conservación del acatamiento que se debe brindar tanto al sistema normativo vigente como a las varias instituciones delegadas de hacerla cumplir.

Con la finalidad de entender mejor esta última característica del recurso de casación, es importante conceptualizar, a breves rasgos, lo que es el Estado de Derecho, para lo cual, se seguirá el concepto del profesor español Manuel García-Pelayo, para quien el Estado de Derecho es un Estado absolutamente normativizado, un Estado cuya total actividad ha de desarrollarse en el marco de preceptos jurídicos previos de naturaleza general y a través de un sistema de competencias delimitado con precisión. (García-Pelayo, 1999)

A mi criterio una acepción más concreta la da el profesor Cabanellas, para quien un Estado de Derecho es “aquella sociedad políticamente organizada, donde la ley está sobre los gobernantes y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos.” (Cabanellas, 1993, p. 47). Como es evidente, se puede decir entonces, que en toda sociedad, donde imperan las normas jurídicas que delimiten la discrecionalidad de los poderes públicos, las relaciones entre los

individuos, así como el respeto a estas normas tanto por los gobernantes como por los gobernados, es un Estado de Derecho.

Mediante el Recurso de Casación, se tutela que todos, respeten las normas jurídicas vigentes y se sometan a su estricto contenido, es así que la Corte de Casación, vela por la correcta aplicación del derecho en los fallos judiciales, es así como el recurso de casación interviene en un Estado de Derecho, es decir, es un mecanismo que garantiza este estado político.

Fines del Recurso de Casación.

El recurso de casación, como toda institución jurídica, tiene sus fines, de los cuales podemos destacar los siguientes: a) el amparo de los derechos reconocidos por la Constitución; b) la tutela de la legalidad; c) El ejercicio acertado del derecho; y d) la saneamiento y la unificación de la jurisprudencia.

Con la finalidad de salvaguardar su originalidad y uniformidad en su implementación, se constituyó el Tribunal de Casación facultada de tutelar celosamente por la supremacía de la ley al ser aplicada a los particulares. Así también, en los Estados modernos, se implementó el recurso de casación, para acrisolar, fijar y unificar la interpretación judicial de las normas jurídicas y precautelar la sujeción cabal del juez a la ley.

No obstante, los fines ya mencionados, que son de carácter primario, existen también otros fines secundarios, ya de carácter particular, como son a) denunciar el injusto realizado por el juez cuya sentencia o auto de impugna; b) conseguir la reparación del agravio causado, es decir, como ya se lo ha manifestado, el interés privado se cobija bajo el interés público.

El recurso de casación en el Ecuador

En el Ecuador, el recurso de casación acontece por medio de la promulgación de una ley especial, publicada en el Registro Oficial 192 del 18 de mayo de 1993, que era la Ley de Casación, esta ley, tuvo algunas reformas a lo largo de todos estos años y se mantuvo como un cuerpo normativo independiente, hasta el 23 de mayo de 2016 que entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos que recoge e introduce el recurso de casación, desapareciendo así esta Ley de Casación. En este nuevo código, se establece la procedencia del recurso de casación, las formalidades, el procedimiento y las causales que se deben observar para interponer este recurso.

En nuestro país, el recurso de casación debe ser analizado y resuelto por el órgano jurisdiccional más alto, que en nuestro caso es la Corte Nacional de Justicia ubicada en la capital, es decir en la ciudad de Quito por los jueces de las salas especializadas, sin embargo en nuestra legislación, se puede hablar de una doble admisibilidad, ya que el recurso debe ser calificado y admitido por los Conjueces, lo que ha traído bastante disconformidad a los usuarios.

Por su carácter formalista, la argumentación del recurso de casación, es el pilar fundamental para su admisibilidad, de tal manera que el tratadista José Santiago Núñez expone:

La fundamentación es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamiento sometidos a una lógica jurídica clara y compleja y, al mismo tiempo, los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin

fundamentación, sin razonar las infracciones denunciadas, no existe formalización. (Núñez, 1990, p. 163)

En el Ecuador, los requisitos de admisibilidad del Recurso de Casación, están establecidos en el Código Orgánico General de Procesos, para lo cual, es importante hacer referencia a cada uno de ellos:

1.- “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.”

En esta causal, resaltan dos principios que deben ser considerados, como son el principio de trascendencia y el principio de especificidad, el primero, prepondera la necesidad de que el vicio procesal, sea de tal magnitud, que imposibilite al proceso ejecutar su labor, para ser más claro, que influya en la decisión de la causa, generando una evidente indefensión en una de las partes.

Con respecto al segundo principio, este enseña que las causales de nulidad, están determinadas de manera clara por la ley, de tal manera, que la violación procesal, debe adecuarse a una de estas causales, caso contrario el recurso es improcedente. Con estos principios expuestos, se colige que no toda transgresión in procedendo es susceptible de casación, los requisitos de admisibilidad son claros, por lo cual se requiere que las faltas procesales, hubiesen generado una nulidad irrevertible o provocado indefensión.

Esta causal, persigue la nulidad de la sentencia, toda vez, que su máxima es la protección del derecho constitucional a la legítima defensa, establecida en el artículo 76 de la Constitución ecuatoriana. Los jueces de instancia, deben

precautelar los procedimientos que deben realizarse en casa proceso judicial, con la finalidad de no lesionar a ninguna de las partes, ya que esto evidentemente va a influenciar en la decisión a tomar.

2.- “Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplen el requisito de motivación.”

Esta causal, hace referencia a los desperfectos producidos en la estructura del auto impugnado, es decir, aquellos que no contuviesen los requisitos establecidos en la ley. El mismo caso existente entre la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva. Se debe tener presente, que aquellos yerros, proceden del análisis del fallo impugnado, más no de lo establecido en la demanda o en la contestación de la misma, caso contrario estaríamos hablando de otra causal.

Un fallo es incongruente cuando se contradice a sí misma, mientras que la inconsistencia resulta cuando la conclusión del razonamiento no esté apropiadamente motivada por las premisas del mismo, motivo por el cual, al compareciente, le corresponde demostrar y probar aquellas incongruencias o inconsistencias, con la finalidad de que los magistrados que resuelven sobre el recurso de casación puedan llegar a ese pleno convencimiento.

Esta causal, expone sobre dos yerros que permiten casar la sentencia, 1) que el auto impugnado carezca de los requisitos establecidos en la ley procesal, es decir, sobre aquellas negligencias que afectan la estructura formal y 2) que la parte dispositiva contenga disposiciones contradictorias o incompatibles. El juez, debe realizar un ejercicio que le permita demostrar el silogismo jurídico

respaldado de las premisas que se crea asistido sin que estas se contradigan entre sí y que a su vez estas sean compatibles con la conclusión.

Así mismo, toda sentencia debe ser bien motivada, caso contrario es una sentencia nula, tal como lo dispone el artículo 76 numeral 7) literal 1) de la Constitución de la República, establece de manera clara que “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.” “ No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.” “ Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.” “ Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

Por lo tanto, para que una sentencia sea debidamente motivada, tal como lo establece la sentencia **016-15-SEP-CC** de la Corte Constitucional del Ecuador, debe hacer referencia a todos los hechos, tanto los alegados por la parte actora como por la parte demandada, así también, es un requisito indispensable para la motivación, que el juzgador se pronuncie en cuanto a toda la prueba producida y practicada por las partes, para de esta manera comprender el razonamiento del juez en cuanto a la valoración de la misma, es decir, no basta con anunciarlas en su sentencia, si no que deben expresar el valor que este les ha dado para su decisión.

El profesor Michele Taruffo en su obra “Consideraciones sobre la prueba y motivación” expone de manera clara el principio de plenitud de la motivación, en función del cual la justificación contenida en una decisión del juzgador, tiene que cubrir todas las opciones del juez, implicando la llamada justificación interna,

relativa a la conexión lógica entre la premisa de derecho y la premisa de hecho (la llamada subsunción de hecho en la norma). (Taruffo, 2012)

3.- “Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia”

Esta causal tercera, expone lo que se conoce como el principio de congruencia, que como se conoce, es un principio que tiene como finalidad orientar al Juez a resolver sobre las pretensiones de las partes, recoge los vicios *ultra petita*, *extra petita* y *mínima petita*. Se habla de *ultra petita* cuando el Juez otorga en sentencia más de lo que se ha pedido (incongruencia positiva), cuando resuelve sobre algo que no ha sido pedido por las partes se lo conoce como *extra petita* (incongruencia mixta) y cuando no se ha resuelto una pretensión, se está frente a la *mínima petita* (incongruencia negativa).

Sobre este principio, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia **172-17-SEP-CC** ha establecido que “El principio de congruencia delimita el contenido de la sentencia en tanto y en cuanto estos deben pronunciarse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensa oportunamente alegadas a fin de que exista la identidad jurídica” De tal manera, que es evidente, que el Juez, debe limitarse a resolver sobre lo que piden las partes, atendiendo a que debe prevalecer la voluntad de los particulares.

El artículo 92 del Código Orgánico General de Procesos hace referencia sobre lo aquí expuesto y establece que “las sentencias deberán ser claras, precisas

y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos en el Ecuador, se deroga la Ley de Casación que contenía todas las disposiciones procesales de dicho recurso, así también, una novedad procesal dentro de este recurso causó el asombro de todos, cuando La Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 07-2017 publicada en el Suplemento No. 21 del Registro Oficial de fecha 23 de junio de 2017, establece que en ciertos casos específicos, tales como los establecidos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos se podrá valor prueba, es una innovación para nuestro sistema de casación.

4.- “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.”

Ya que el sistema de casación del Ecuador es un sistema de casación puro, le corresponde al casacionista definir el yerro de derecho que ha infringido el Tribunal que emitió la sentencia que se está impugnando, esto es lo que se llama la “violación indirecta”.

La casación civil ecuatoriana pertenece al llamado sistema puro y no al ecléctico. Por lo tanto, si se invoca la causal cuarta del artículo 286 del Código Orgánico General de Procesos, en la fundamentación se ha de demostrar con absoluta precisión el error de derecho en que incurrió el juez, al inaplicar, aplicar

indebidamente o interpretar erróneamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. (Salcedo, 2013)

Debe entenderse que el error que puede infringir el Juzgador al momento de valorar la prueba, surge cuando posteriormente no la reconoce materialmente en el proceso, la valora, y en este ejercicio la interpreta de manera errónea, en atención a lo que establecen las normas procesales sobre valoración de la prueba.

El ejercicio que debe realizar el recurrente es identificar cual es el medio de prueba que no ha sido valorado conforme a derecho, posteriormente, precisar, cuales son las normas establecidas en la ley que codifican la valoración de la prueba y posteriormente, mediante una fundamentación lógica y jurídica, indicar cual es la transgresión y explicar la necesidad de revertir la sentencia impugnada.

Los principales errores de valoración de la prueba que surgen en esta causal, suelen ser, cuando el juzgador considera una prueba que no reposa en el cuaderno procesal, cuando se prescinde de valorar un medio de prueba admitido al proceso, cuando se estima medios de prueba que no han sido pedidos por las partes, cuando se valora un medio de prueba sin seguir las normas de valoración de la prueba establecidas en la ley.

En los casos referidos, el error en la valoración de la prueba debe ejercer influjo en la decisión, como así también, la prueba debe haber orientado al Juez de manera directa o indirecta a una desatinada aplicación de normas sustanciales en la parte resolutive de la resolución.

5.- “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

En esta causal, encontramos lo que se llama vicios por infracción de normas sustanciales o materiales, conocido también como errores In Iudicando, aquí se hace analiza el fondo del asunto. Surge esta causal, cuando existe por una lado el desacato de una ley sustantiva y por otro lado la trasgresión de jurisprudencia obligatoria, es lo que se conoce doctrinariamente como violación directa.

Un vicio o error In Iudicando, se puede manifestar de varias maneras, como la denegación a emplear una norma, como la errónea aplicación de una norma o como la divagada interpretación de una norma sustantiva. La falta de aplicación o negativa a aplicar la norma, infiere que un contexto consumadamente lúcido no es aplicado por el juzgador, lo que conlleva una infracción directa de la norma.

La aplicación indebida o equivocada aplicación de la norma, tiene como postulado el empleo de una norma no aplicable al caso concreto, es decir, que no debió emplearse. De tal manera, como lo define el profesor Enrique Paillas, es “La errada aplicación de la ley significa que esta norma – imperativa o prohibitiva- se aplicó a una situación de hecho que ella no debía regir.” (Paillas, 2008, p. 56)

La errónea interpretación de una norma entraña que la norma ejercida es la apropiada al hecho fáctico concreto, sin embargo, el juzgador le atribuye un sentido que no tiene, es decir, un sentido distinto. En otras palabras, el juzgador incide en un error de interpretativo de la norma.

Para comprender mejor sobre el error tratado en esta causal, es decir los errores In Iudicando, es necesario recurrir a los doctrinarios, para lo cual, siguiendo al profesor Jaime Azula Camacho, este sostiene que la violación directa

de la ley, se presenta cuando el enfrentamiento ocurre entre la sentencia o la decisión del funcionario y la norma legal aplicable al caso, sin que en forma alguna obren los elementos probatorios. (Azula, 2000)

Sistema de Casación

Continuando con el estudio del recurso de casación, se debe considerar, que responde a tres tipos de sistemas, como son el sistema de reenvío, el sistema mixto y el sistema de casación por vicios In Iudicando. Para explicar con mayor claridad sobre estos sistemas, se hará referencia a la obra “La casación civil en el Ecuador” del profesor ecuatoriano, Dr. Santiago Andrade Ubidia, quien enseña que los tres sistemas de casación son los siguientes:

a) El de reenvío, como es el caso del ordenamiento francés, mediante el cual, el tribunal de casación, al conceder el recurso, anula el auto impugnado y, por norma general, devuelve (reenvía) el proceso al tribunal Ad Quem, sea para que vuelva a sustanciar tal causa en caso de existir vicio In Procedendo, sea para que dicte nueva sentencia si existe vicio In Iudicando; b) El que admite el recurso únicamente para los vicios In Iudicando, como ocurre en la Ley Española de Enjuiciamiento Civil del 2000 en que tal sólo se pueden casar los fallos fundándose como motivo único en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y en caso de admitirse el recurso, el mismo tribunal de casación dicta la resolución de fondo. Mientras que, para los vicios de procedimiento, se haya previsto el recurso extraordinario por infracción procesal; y, c) El que se podría denominar Mixto, que suprime el reenvío cuando se casa por razones de fondo, por que el Tribunal de Casación a más de casar la resolución impugnada dicta el fallo de instancia, mientras que mantiene el reenvío

cuando se casa la sentencia por vicios de procedimiento que provocan nulidad insanable. (Andrade, 2005)

En el caso del Ecuador, el sistema de casación que impera en el ordenamiento jurídico, evidentemente es el sistema mixto, toda vez que la sustanciación del recurso es corto, y alcanza las causales por yerros In Iudicando, como los vicios In Procedendo, las causales están establecidas en la ley procesal de manera taxativa.

Doctrinalmente, se hace también otra comparación, distinguiendo los sistemas de casación abiertos de los cerrados. En el primer caso, el recurso de casación no está sujeto a formalismos técnicos, ni tampoco a causales de procedibilidad preestablecidas, siendo así un medio de impugnación extenso, el tratamiento que le dará el Tribunal de Casación, es el de revisar las violaciones a la ley que han sido expuestas por el casacionista.

En cambio, el sistema de casación cerrado, es todo lo contrario, ya que las causales para interponer el recursos están expuestas de manera taxativa en la ley, de manera limitada, como es en el caso del Ecuador, que antes de que el Tribunal de Casación proceda a analizar el fondo del asunto, primero exigen que se califique y admita el recurso para determinar si este cumple con los requisitos formales establecidos en la ley . Este sistema es llamado también como sistema de *numerus clausus*.

Capítulo II

Marco Metodológico

2.1. Enfoque Cualitativo

Esta metodología resalta la importancia del contexto, la aplicación y el significado de los actos humanos. Este enfoque estima la importancia de la realidad, tal y como es vivida por el hombre, sus ideas, sentimientos y motivaciones; pretende determinar, examinar, dilucidar y comprender la naturaleza recóndita de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena de su comportamiento y exposiciones. Por tanto, lo cualitativo no se opone a lo cuantitativo, sino que lo implica e integra, especialmente donde sea importante. (Martínez , 2000, p. 54)

Es una investigación de carácter cualitativo, ya que se deriva del estudio de varios textos doctrinales y jurisprudenciales, como así también se consideran las opiniones de expertos en la materia, como es del recurso de casación y su aplicación en el sistema procesal civil ecuatoriano.

En el presente trabajo, se hace un recorrido histórico desde los albores del recurso de la casación en los varios sistemas procesales, sobre todo en los sistemas europeos que es justamente donde tiene este recurso sus raíces, y la necesidad de crear un medio de impugnación que ponga fin a la discrecionalidad de los administradores de justicia, para de esta manera coadyuvar a la consecución de alcanzar la máxima del derecho, que es la justicia.

Así mismo, se realiza un estudio exhaustivo sobre la institución jurídica del recurso de casación, sus características más relevantes, su finalidad, su

naturaleza y se analiza si su práctica actual en el sistema procesal civil ecuatoriano cumple con su finalidad, sus formalidades y su impacto en el derecho a la tutela judicial efectiva.

2.2. Alcance

Exploratorio

El propósito de este enfoque es evaluar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen numerosos vacíos o no se ha tratado antes, es decir, cuando la observación de la literatura desveló que únicamente hay guías no indagadas e ideas remotamente relacionadas con el problema de estudio. Compone en si un fin en si mismos, generalmente prescriben tendencias, identifican áreas, ambientes, contextos y situaciones de estudio, relaciones potenciales entre variables o establecen el tono de investigación posteriores mas elaboradas y rigurosas (Batanero, 1991, p. 65)

El presente trabajo, es exploratorio, toda vez que investiga desde los albores de una institución jurídica muy importante como es el recurso de casación y su aplicación práctica en el sistema procesal civil ecuatoriano, que actualmente, ante la rigurosidad de requisitos formales ha generado muchas interrogantes y es necesario realizar este estudio sobre el caso concreto, para que sirva como guía práctica a todos los abogados en libre ejercicio, estudiantes de derecho y administradores de justicia del país.

Descriptivo

El enfoque descriptivo procura medir o coleccionar información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se

refieren, esto es, su objetivo no es indicar como se relacionan estas. Son útiles para exponer con exactitud los ángulos o dimensiones de un fenómeno, suceso, comunidad, contexto o situación. Los estudios descriptivos por lo general asientan las investigaciones correlacionales, las cuales a su vez proporcionan información para llevar a cabo estudios explicativos que componen un sentido de entendimiento y son altamente estructurados. (Meyer, 2006, p. 45)

Este trabajo, es descriptivo, ya que del estudio de todos los antecedentes del recurso de casación, se exponen de manera clara todos los conceptos que configuran esta institución jurídica para determinar la finalidad de este medio extraordinario de impugnación y compren mejor su aplicación práctica en el sistema procesal civil ecuatoriano.

Explicativo

Manifiesta causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Explican el porqué sucede un fenómeno y en que circunstancias se manifiesta, o porqué se relacionan dos o mas variables. Son más estructuradas e involucran los propósitos de los demás alcances. Además, proveen un sentido de entendimiento del fenómeno al que hacen referencia. Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están destinados a contestar a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo enseña, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas. (Moreira, 2013, p. 98)

El presente trabajo es explicativo, ya que su finalidad no es solamente exponer conceptos y antecedentes del objeto de estudio, sino que busca explicar

de manera doctrinal y jurisprudencial, la necesidad de buscar una reforma en nuestro sistema procesal civil, para que las formalidades del recurso de casación no puedan afectar al derecho de la tutela judicial efectiva.

2.3 Tipo de investigación

No experimental, de corte transversal

La investigación no experimental es aquella que se consume sin manipular deliberadamente variables. Es decir, es investigación donde no se altera intencionalmente las variables independientes. Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su pasaje natural, para subsiguientemente analizarlos. Los diseños de investigación transeccional o transversal acopian datos en un solo momento, en un tiempo único. Su finalidad es describir variables, y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como tomar una fotografía de algo que sucede. (Acosta Arámburo, 2010)

2.4 Métodos

2.4.1 Teóricos

Métodos	Dimensiones	Sistema conceptual	Trayectoria y Modelo
Histórico Lógico	Antecedentes Históricos	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema Romano - Sistema Germánico - Sistema Francés 	América Latina Ecuador
Sistematización jurídico doctrinal	Seguridad Jurídica en el Estado de Derecho	<ul style="list-style-type: none"> - Normativización - Certeza en las normas vigentes - Justicia - Arbitrariedad - Tutela Judicial Efectiva 	

	Sistema Procesal	<ul style="list-style-type: none"> - Civil - Acción - Sentencia - Unificar - Jurisprudencia 	
	Recurso de casación	<ul style="list-style-type: none"> - Autónomo - Formal - Extraordinario - Limitado - Medio de Anulación 	
Jurídico Comparado			

2.4.2 Empíricos

Categorías	Dimensiones	Técnicas	Unidades de Análisis
Derecho Procesal	Recurso de Casación	Análisis documental	Análisis de la norma procesal
			Análisis de la Constitución
		Entrevista en profundidad	Expertos en derecho procesal 2
			Expertos en derecho Constitucional 1

Capítulo III

Resultados

3.1 Presentación de Resultados

El presente trabajo de investigación jurídica tuvo lugar, mediante el estudio y análisis de fuentes documentales, como la observación de doctrina y jurisprudencia en materia de casación civil, permitiéndonos hacer un recorrido histórico desde los albores de esta institución jurídica, para conocer su naturaleza, su función y aplicación actual. Con el mismo método de estudio, se realizó un análisis sobre el derecho constitucional a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y el sistema procesal civil ecuatoriano.

Dicha información doctrinal y jurisprudencial fue analizada con las normas que rigen el sistema jurídico ecuatoriano, como la Constitución de la República, Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico General de Procesos. De igual manera, se obtuvo una positiva participación de expertos, especialistas en derecho constitucional y derecho procesal, quienes a través de entrevistas, aportaron con su conocimiento para el presente trabajo.

3.2 Base de Datos

Constitución de la República	Artículos 1, 75, 76, 82, 167, 169, 424
Código Orgánico General de Procesos	Artículos 92, 168, 266, 267, 270, 273, 286
Código Orgánico de la Función Judicial	Artículos 10, 140, 178, 180, 201
Código Civil	Artículo 9

Para la elaboración del presente trabajo, se entrevistó al Ab. Andrés Cervantes Valarezo, máster en derecho por la Universidad Pompeu Fabra de España, candidato a Phd por esta misma institución académica, catedrático universitario, quien tiene basta experiencia en derecho de casación civil, quien contestó las siguientes preguntas:

- **¿Cree Usted que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano es rígido?.**

Sí, considero que es muy riguroso, nosotros los abogados en el libre ejercicio nos preocupamos más para que el recurso de casación cumpla con todas las formalidades que establece la ley más que por fundamentar el fondo del asunto.

- **¿Qué sugeriría Usted para que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano sea más flexible?**

Sugeriría que se elabore una reforma al sistema de casación civil ecuatoriana, implementando ciertas medidas que le permitan a los jueces de la Corte Nacional priorizar la justicia por sobre las formalidades que demanda la ley.

- **¿Considera Usted que la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia deba ser eliminada para que sean los mismos Jueces de las Salas Especializadas quienes examinen los requisitos de forma y de fondo del recurso de casación interpuesto?**

Es correcto, no he tenido buena experiencia con los Conjueces, en algunos casos me han inadmitido algunos recursos de casación por temas de formalidades y ni si quiera se pronuncian sobre el fondo del

asunto, creería que no deben haber Conjueces en la Corte Nacional y más bien deben existir más jueces que integren salas especializadas.

- **¿Consideraría beneficioso instaurar un sistema de casación donde el Tribunal de Casación pueda casar de oficio la sentencia impugnada en ciertos casos?**

Consideraría que sí, pero también creo que deben existir parámetros que delimiten el campo de acción a los magistrados al momento de casar de oficio, ya que se debe evitar que esta se convierta en una tercera instancia y sobre todo, que conociendo la realidad de nuestro país, si no se limita la facultad oficiosa, podría prestarse para ilegalidades.

El abogado Cervantes, en la primera pregunta, expresa el sentir de algunos abogados en el libre ejercicio y sobre todo la experiencia que se ha vivido en la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, al momento de interponer el recurso de casación, tiene claro y expresa lo que se ha tratado a lo largo de este trabajo, que es las formalidades por sobre la justicia. En consideración a la segunda pregunta, el entrevistado sugiere que se elabore una reforma al sistema de casación civil ecuatoriana, con la finalidad de flexibilizarlo, sin embargo no ha expresado cuales serían esas reformas necesarias. La tercera pregunta, es contestada en base a experiencias personales del entrevistado, expresando que en algunos casos ha tenido malas experiencias con la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia y expone un dato interesante, el sostiene que se deben implementar más jueces en vez de conjueces. En la última pregunta, responde de manera afirmativa a la interrogante, pero en base a la realidad de nuestro país, hace énfasis en que

deben existir los parámetros necesarios para que pueda existir la casación de oficio para evitar ilegalidades.

Continuando con las entrevistas para desarrollar el presente trabajo, se tuvo la oportunidad de entrevistar al Ab. Alejandro Vanegas Maingon, quien es master en derecho constitucional, candidato a Phd por la Universidad Católica Argentina UCA y catedrático de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, las preguntas que se le realizó son las siguientes:

- **¿Cree Usted que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano es rígido?.**

Evidentemente que sí

- **¿Qué sugeriría Usted para que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano sea más flexible?**

Considero, que podría hacer un cambio en cuanto a que el escrito de fundamentación del recurso de casación no requiera de tantas formalidades, pero también considero que tanto los conjuces como los jueces de Corte Nacional deben ser más instruidos por el Estado, para que tengan claro que lo más importante es que impere la justicia.

- **¿Considera Usted que la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia deba ser eliminada para que sean los mismos Jueces de las Salas Especializadas quienes examinen los requisitos de forma y de fondo del recurso de casación interpuesto?**

Creo que no debería ser eliminada, a mi criterio la sala de admisiones cumple un papel importante al ser el órgano que filtra y examina el cumplimiento de los requisitos formales de los recursos interpuestos, pero si considero que los Conjuces deben ser preparados para que en

el caso de que se evidencien verdaderas transgresiones a las normas del orden público o constitucional, puedan admitir el recurso para que la sala especializada analice el fondo del tema.

¿Consideraría beneficioso instaurar un sistema de casación donde el Tribunal de Casación pueda casar de oficio la sentencia impugnada en ciertos casos?

Por supuesto que sí, es más, en países como Chile lo han implementado, creería que así se puede evitar que un montón de sentencias que están viciadas por evidentes errores de los jueces de grado inferior se mantengan vigentes, adicionalmente, como se ha dicho en la pregunta, “en ciertos casos”, estos ciertos casos deben estar establecidos en la ley.

El abogado Vanegas, en la primera respuesta, se limita contestar de manera afirmativa, sin dar mayor detalle, sin embargo, en esta corta respuesta ya evidencia un disconforme con el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano. En la segunda pregunta, el entrevistado contesta sugiriendo que los requisitos formales son excesivos y hace hincapié, en que se necesita mayor instrucción para los jueces de la Corte Nacional de Justicia el Ecuador. En la tercera pregunta, expone que la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador no debe eliminada, expone y resalta la funcionalidad de esta sala, dejando claro que es la filtrar las causas, pero hace referencia a que en ciertos casos establecidos de manera taxativa, los Conjueces pueden hacer valer más la justicia que por sobre las formalidades de ley. Finalmente en la última pregunta, la

contesta con un ejemplo, establece su conformidad con lo planteado en la pregunta, pero enfatiza en que la ley debe ser quien regule siempre el orden normativo.

3.3 Verificación de la Hipótesis o premisa del estudio.

Los resultados alcanzados del análisis documental, estudio de normas, sentencias, doctrina, como de las entrevistas realizadas, están entrañablemente relacionadas con los problemas planteados y con la hipótesis trazada al inicio de esta investigación, la premisa planteada fue la siguiente:

“Sobre la base de la fundamentación teórica doctrinal y jurisprudencial del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano, y del análisis de la rigidez de los requisitos formales del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano, se elaboran los correctivos necesarios al sistema procesal civil ecuatoriano para mejorar la admisibilidad del recurso de casación. Tales como la eliminación de la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia, que está conformada por los Conjueces para que sean las mismas Salas Especializadas que van a resolver el recurso de casación quienes hagan el examen de admisibilidad del recurso, como así también, instaurar un sistema de casación de oficio para ciertos casos determinados con la finalidad de evitar que sentencias injustas se legitimen.”

En el presente trabajo, se estudió el derecho a la tutela judicial efectiva, como así también el recurso de casación desde sus albores y el sistema procesal civil, de tal manera, que se evidenció la necesidad de implementar un recurso de

casación civil flexible, que le permita a este medio de impugnación cumplir con su función pública, de vigilar la correcta aplicación de las normas.

Ante la necesidad expuesta, hemos planteado ciertas propuestas han sido respaldadas en virtud de lo establecido en la constitución, como de normas infraconstitucionales, del contenido expuesto en obras jurídicas e incluso con varias sentencias que han sido analizadas en su momento oportuno. Estas fundamentadas propuestas, presentan también sus límites para evitar que la potestad discrecional de los jueces se extiendan de manera incontrolable que puedan generar arbitrariedades.

Por medio de las entrevistas a expertos en materia de casación civil, hemos evidenciado de que realmente se exige un cambio al sistema de casación civil ecuatoriano, permitiendo que sea más flexible para que de esta manera ninguna sentencia que contravenga al orden público o constitucional subsista en el mundo jurídico.

El sistema de casación civil propuesto, surge como un medio de control de legalidad, que va a permitir que la tutela judicial efectiva guarde armonía con este medio de impugnación para que se mantenga vigente la certeza de los ciudadanos en el sistema de justicia garantizando así el derecho a la seguridad jurídica por intermedio de la unificación de las sentencias emitidas por los jueces de la Corte Nacional, en aras a la justicia.

Capítulo IV

Discusión

Como se ha estudiado a lo largo de este trabajo, los albores de la casación surge con el fin de vigilar la legalidad de los fallos emitidos por los administradores de justicia, quienes en el desempeño de sus labores, al igual que cualquier otra profesión, suelen cometer ciertos yerros, en el caso concreto, al momento redactar su fallo, errores que pueden ser de procedimiento como de derecho.

Como se ha podido vislumbrar, el sistema procesal civil ecuatoriano recoge un sistema de casación totalmente formalista, lo que en la mayoría de los casos, deriva que la casación no pueda cumplir con su función pública. Este medio de impugnación que está regulado por la norma procesal, limita las facultades del Tribunal de Casación, ya que al momento de deliberar un recurso interpuesto, deben resolver únicamente sobre lo alegado por la parte recurrente, es decir, sobre la causal enunciada, no pudiendo analizar otros errores en la sentencia, así sean evidentes.

El recurso de casación en la legislación civil Ecuatoriana, en virtud de sus requisitos formales, no suele cumplir con su verdadero propósito, de tal manera, que suelen legitimarse sentencias que contienen verdaderos yerros constitucionales y legales, permitiendo que estas sentencias sean utilizadas como referencia en la práctica diaria. Creemos que es necesario, flexibilizar el sistema de casación civil en el Ecuador, con la finalidad de que esta pueda cumplir con su función pública, es decir, velar por la correcta aplicación de las normas legales,

buscar la certeza jurídica, la equidad y sobre todo, emparejar la interpretación de la ley para garantizar el derecho de las partes procesales y de los ciudadanos.

Es trascendental, flexibilizar el recurso de casación, para que infracciones no invocadas por el recurrente, pueden ser revisadas de oficio en casación en virtud del interés público mencionado, es indiscutible, que ante cualquier omisión de orden constitucional puedan ser revisadas también, tomando en consideración que la Constitución en la Carta Magna de todo Estado, mayormente en el caso del Ecuador, que su constitución del 2008 es influenciada por la corriente del Neo-Constitucionalismo que trae consigo la supremacía de la Constitución.

Ahora bien, con la finalidad de evitar la discrecionalidad en los administradores de justicia al otorgarles un campo oficioso, es necesario mencionar que este sistema de casación que se plantea, tiene sus límites, siendo el caso, que únicamente puedan casar de oficio aquellos errores que violentan el orden público y las normas de carácter constitucional. No se plantea que esta casación de oficio pueda revisar las pruebas ni los hechos, porque se estaría desnaturalizando al recurso de casación, pero si mediante un análisis integral de la sentencia, poder casar aquellos yerros mencionados en líneas anteriores.

Ya que se ha mencionado al orden público y al orden constitucional, es importante hacer brevemente referencia sobre cada una de ellas, para de esta manera comprender mejor los límites que tienen los jueces de casación o mejor dicho, cual es el campo de acción que tendrán en un sistema de casación de oficio.

Para ciertos doctrinarios, conciben al orden público como el derecho justo, el Diccionario Jurídico Mexicano, puntualiza que el orden público son aquellos principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos ni por alteración del derecho extranjero. (Tamayo, 1995)

Para los profesores chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, el orden público es el conjunto de normas y principios jurídicos que tienden a resguardar primordialmente los intereses generales de una sociedad determinada en un momento histórico de su existencia. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de dicha sociedad y el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran. (Alessandri & Somarriva , 1957, p. 176)

Entonces, el orden público delimita la actuación de las personas, así también, por medio de esta, se evita que determinados actos jurídicos surtan efectos. Es al Estado, como órgano máximo de una sociedad, establecer una armonía mediante la promulgación de normas jurídicas, que deben ser plenamente acatadas por la sociedad, condenando aquellas actuaciones que violen dichas normas. Una premisa de lo mencionado, lo encontramos en el artículo 9 del Código Civil que establece:

“Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto se designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”

En conclusión, el orden público, surge por sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en virtud del interés colectivo, del respeto a los derechos humanos, para de esta manera buscar el fin del derecho que es la justicia. Es así, que la infracción de dichas normas, conduce a la nulidad absoluta del acto, motivo por el cual, al tener un sistema de casación tan rígido, que limite el campo de acción de los jueces ante evidentes violaciones a las normas del orden público es inconcebible.

En cuanto al orden constitucional es importante hacer referencia a lo establecido en el artículo 424 de la Constitución de la República, establece que:

La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Tal como se advierte, toda vez que nuestro país se concibe como un Estado constitucional de derechos y justicia social, los magistrados de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, como máximo órgano jurisdiccional que ejerce el control de legalidad sobre las resoluciones de los jueces y tribunales que suben en grado, deben velar porque estos fallos, estén plenamente en armonía con la Constitución, salvaguardando el acato de los principios estipulados en la carta magna.

Las sentencias emitidas por los varios jueces, generan la certeza que van a tener los ciudadanos sobre el sistema de justicia del Estado, es decir, contribuye a la seguridad jurídica, motivo por lo cual, tal como se ha dicho, las resoluciones deben estar en plena armonía tanto con la constitución como con las normas infra constitucionales.

El profesor ecuatoriano Ernesto Salcedo Ortega, en su tesis denominada la Casación Platónica, sostiene la facultad oficiosa de los jueces para resolver el recurso de casación, deben hacerlo mediante el criterio de las medidas para mejor resolver, que “aparecen como una fórmula o receta para sustituir de

alguna manera la negligente actuación del recurrente, cuando su recurso de casación no está orientado a procurar una resolución justa. Instauro un buen método, para que la conciencia del juzgador se vea libre de remordimientos, ante posibles injusticias, producidas como corolario del excesivo rigor formalista que envuelve al derecho de casación civil.” (Salcedo, 2013, p. 101)

La Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador, su competencia es sobre todo el territorio nacional, su asiento principal está en la capital de la República. En la constitución del año 1830, adquiere la denominación de Alta Corte, en la constitución de 1835 su nombre se transforma a Corte Suprema, con la constitución del año 2008, adquiere el nombre de Corte Nacional de Justicia.

En cuanto a su estructura, se debe destacar, que está conformada por 21 jueces, nombrados para que cumplan un periodo de 9 años, el presidente es elegido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia para un periodo de 3 años. El artículo 178 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece cual es la estructura:

“La Corte Nacional de Justicia funcionará a través de la siguiente estructura:

1. El Pleno;
2. Las salas especializadas;
3. La Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional;
4. La Presidenta o el Presidente de Sala; y,
5. Las conjuetas y los conjuetes.”

En cuanto a las atribuciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sus atribuciones están establecidas en el artículo 180 del Código Orgánico de la

Función Judicial:

- “1. Juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal de acción pública, de conformidad con lo que dispone el artículo 431 inciso segundo de la Constitución;
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración;
3. Dirimir los conflictos de competencia entre salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia;
4. Discutir y aprobar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia; y presentarlos por medio de su Presidenta o Presidente a la Asamblea Nacional;
5. Conceder licencia entre nueve y sesenta días a los jueces que la integran, y declararles en comisión de servicio cuando fuere del caso;
6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial;
7. Designar, en los casos previstos por la ley, los representantes de la Función Judicial ante las entidades y organismos del sector público, y ante organismos internacionales; y,
8. Ejercer las demás atribuciones que establecen la Constitución, la ley y los reglamentos.”

La autoridad de poder casar de oficio, no debe quedar a la simple discrecionalidad de los Magistrados, debe ser de carácter obligatorio, cuando se determinan infracciones al orden público o de orden constitucional, para de esta manera reafirmar la certeza de los ciudadanos en el sistema de justicia. La

deliberación del juez, debe ser de manera inteligente, con un campo más amplio para dirimir es decir, una libertad razonada, que pueda ser controlada.

En el actual sistema de casación civil ecuatoriano, la resolución de los jueces de casación debe guardar armonía con la fundamentación del recurso interpuesto, es decir, sin violentar el principio de congruencia, su motivación debe ir en armonía a la causal invocada por el casacionista. La casación propuesta debe ser más flexible en cuanto al principio de congruencia, cuando existan normas que violen el orden público o el orden constitucional, es decir, el sistema de casación civil ecuatoriano debería recibir influencia del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece:

La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La labor de los magistrados de la Corte Nacional de Justicia, es ardua, toda vez que los ciudadanos depositamos en ellos, como máximo órgano jurisdiccional de la justicia ordinaria nuestra confianza en el sistema de justicia, por lo cual es transcendental que la ley sea más flexible para que de esta manera, puedan cumplir con su verdadero rol de vigilar y fiscalizar la observancia de las leyes, de tal manera, que no debería ser una facultad, sino una deber.

Tal como se ha dicho, los ciudadanos depositan su confianza en el tribunal de casación y si estos no son capaces de asegurar el fiel cumplimiento de las normas jurídicas porque el interés particular pesa más que el interés público entonces se necesita una innovación donde se introduzca la figura de la casación de oficio para los casos ya expuestos.

El profesor peruano Romero Montes, enseña que la casación no sólo pretende afirmar el cabal acatamiento de la ley, sino también que su cumplimiento sea igual, lo que se forjará en la aplicación de criterios judiciales igualitarios. Se trata entonces de la instauración de los precedentes judiciales que en su conjunto constituyen la jurisprudencia nacional. (Romero, 1997)

Como se conoce, el sistema procesal civil ecuatoriano prima el principio dispositivo, mediante el cual “cuyo dinamismo se confía a la actividad de las partes procesales tanto la persuasión de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez.” (Machiado, 2015, p. 88)

Sin embargo, en la legislación ecuatoriana, este principio dispositivo no es absoluto, en algunos casos, el juez de actúa de oficio, como en el caso de “la prueba para mejor resolver” establecida en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, donde el juzgador puede pedir la práctica de nuevos medios de prueba. Tampoco se puede adoptar un sistema inquisitivo donde el juez no tenga límites en su actuación, de tal manera que debe mantenerse un sistema mixto o también llamado modelo dispositivo moderado (neo inquisitivo).

Mediante el principio dispositivo, se interponen los recursos, siendo así que los tribunales de casación llegan a tener conocimiento de los mismos, no obstante esto, los magistrados de la Corte Nacional de Justicia, deben de oficio

poder examinar las resoluciones impugnadas, con la finalidad de prevalecer el respeto a la ley, esto no significa que los derechos de las partes procesales se ven afectados, ni tampoco sus libertades ni la voluntad de los mismos, al contrario, una casación de oficio contribuye a reafirmar la certeza en la norma.

Con respecto a esto, el juriconsulto Murcia Ballén sostiene que

El recurso de casación se ha instaurado primordialmente en el interés público, toda vez que mediante él, no se admite examinar la situación de hecho del proceso, sino únicamente la cuestión de derecho, que es lo que interesa a la sociedad. Son la defensa del derecho objetivo y la unificación de su interpretación, dicese, los objetivos que constituyen el fin esencial de la casación y se agrega que, en este medio de impugnación, el interés privado del particular agraviado con la sentencia constituye un fin secundario. (Murcia, 2005, p. 222)

Se debe resaltar, como se ha hecho a lo largo de este trabajo, que no todo vicio debe ser casado de oficio, sino aquellos que vulneran las normas del orden público y que sean trascendentales, “el principio de trascendencia, enseña que no es permisible nulidad alguna sin que concurra desviación importante que afecte la defensa en juicio y que exista interés jurídico en la declaración derivada del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular.” (Falcon, 1996, p. 73)

El sistema de casación civil ecuatoriano es extremadamente riguroso, caracterizado por excesivas formalidades, que constituyen indicativos claros de lo extraordinario de este recurso. (Salcedo, 2013, p. 116)

Esta propuesta, es validada también por el profesor Luis Loreto, quien en una de sus obras jurídicas más destacadas, establece que “Dejas en vigor una

sentencia cuya parte dispositiva es el resultado de infracciones cometidas contra normas de orden público eminente, es dar al instituto de la casación una aplicación absurda, que ofende las entrañas más íntimas de la justicia.” (Loreto , 1967, p. 175)

En el ejercicio diario de la casación, se evidencia, que el gran número de requisitos formales establecidos en la ley representa un obstáculo para el recurrente, ya que en la mayoría de los casos, la sala de admisión de la Corte Nacional de Justicia realiza un examen de forma, rechazando el recurso y evitando que se realice un verdadero examen de fondo, dejando así vigente sentencias que contienen yerros In Procedendo e In Iudicando.

Para lo cual, se considera la eliminación de la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia para que sean los mismos magistrados de las salas especializadas quienes puedan realizar el análisis de forma y fondo del recurso de casación, esto es atención a lo establecido en el artículo 169 de la Constitución de la República, que en su parte pertinente establece que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.” En el caso de la legislación peruana, venezolana y chilena no existe Sala de Admisión, es la misma Sala quien examina si el recurso cumple con los requisitos de forma y fondo.

Este criterio es respaldado por lo establecido en la Resolución No. 367-2001 del 8 de noviembre del 2001 emitida por la antigua Corte Suprema de Justicia, que establece en su parte pertinente que “la máxima de la justicia debe estar por sobre las ritualidades formalistas que establece la ley, para lo cual no se debe sacrificar la justicia por la mera omisión de formalidades.”

En el sistema de casación civil ecuatoriana, la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia, está conformada por las Conjuezas y Conjueces,

quienes sus atribuciones están establecidas en el artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial:

- “1. Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia;
2. Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho;
3. Organizar los fallos de la sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la sala para que los eleve hasta el Pleno de la Corte; y,
4. Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley.”

Este trabajo plantea que al eliminarse la Sala de Admisión de la Corte Nacional de Justicia, sean los propios miembros de las varias Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia quienes deban realizar el examen de forma y fondo del recurso interpuesto. Sin embargo es importante dilucidar la manera en que deben operar las facultades oficiosas por cuestiones de fondo.

En la práctica, los magistrados deben en primer momento examinar si el escrito de interposición del recurso plasma los requisitos formales establecidos en la ley. En este caso, el Tribunal de Casación, previo a rechazar el recurso de casación por cuestiones de forma, deben examinar si la violación de ley denunciada en el escrito de casación ha intervenido substancialmente o no en la parte resolutive de la sentencia.

Si dicha contravención de ley es grave, de tal manera que como se ha dicho, violente las normas del orden público u orden constitucional de tal manera que influyan en la resolución final, los magistrados deberán actuar de oficio, subsanando los errores de forma del escrito de interposición del recurso de casación, emitiendo una sentencia que resuelva fielmente el aspecto de fondo.

Si bien es cierto la Sala de Casación, no puede hacer caso omiso a los requisitos formales establecidos en la ley, es por esto, que únicamente podrá resolver de oficio si aquellas trasgresiones examinadas en la sentencia impugnada son significativas, graves o manifiestas, que influyan en el dictamen. Le corresponde a los magistrados en este caso, determinar en el fallo las razones por las cuales a pesar de que el escrito de interposición del recurso de casación no cumple con los requisitos formales se decidió casar de oficio la sentencia.

Con la finalidad de no dejar a discrecionalidad de los jueces la facultad de subsanar los requisitos formales que debe contener el escrito de casación cuando se evidencia una transgresión en la sentencia, deben realizar un ejercicio para determinar si efectivamente estas transgresiones, de no existir, la sentencia sería distinta. Así también, realizar un análisis, de si dichas infracciones contenidas en la sentencia, que quedarían impunes en virtud de los defectos de forma del escrito de interposición del recurso, puedan alterar el orden público y jurídico. Como diría el profesor Pedro Troncoso “Podría asegurarse a modo de hipótesis, que en la práctica concurre una prohibición subjetiva, en tanto que para resultar de oficio la Corte exhorta que el error de derecho sea espeso y manifiesto.” (Troncoso, 1992, p. 69)

Nuestro actual sistema de casación, actúa como un órgano de calificación de los requisitos formales del recurso interpuesto, es por esto, que nos vemos en la

necesidad de proponer un nuevo sistema que permita cumplir la verdadera finalidad del recurso de casación. Esta casación de oficio no debe ser arbitraria ni discrecional, debe cumplir con ciertos parámetros que pongan límites a la potestad discrecional de los jueces. Con la finalidad de que se mantenga vigente el principio dispositivo, en la casación de oficio, el recurrente debe incoar si existe un error In Procedendo o In Iudicando para que delimite el campo de acción de la Corte de Casación,

Capítulo V

Propuesta

En virtud del estudio y análisis realizados en el presente trabajo de investigación jurídica, es evidente, que el recurso de casación en el sistema civil ecuatoriano debe ser mejorado, otorgándole flexibilidad para que los magistrados de la sala de lo civil de la Corte Nacional de Justicia, tengan una potestad más amplia al momento ejercer el control de legalidad sobre las sentencias impugnadas.

Consideramos que la rigidez del recurso de casación, limita a que este pueda cumplir con su verdadera función pública y es un impedimento para la eficacia en cuanto al control de legalidad, de tal manera que esta situación debe ser reforzada para que la sociedad retome la confianza en el sistema judicial.

Con la finalidad de que se puedan cumplir con los objetivos propuestos en el presente trabajo investigativo, en virtud del basto estudio realizado, se busca que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano sea más flexible para que este pueda cumplir con su verdadera función y sobre todo para evitar una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva y que se mantenga vigente la seguridad jurídica, ya que como expresa el artículo 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un estado de derechos y justicia social.

Para lograr este objetivo, proponemos que se debe reforme el artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos, donde actualmente se establece que previo sorteo se designará a una o a un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia,

quien en el término de quince días examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos en la ley y si lo admite o no.

La propuesta es que este primer inciso del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos, excuse a los Conjuceces, para que sean los mismos Magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia quienes realicen el examen de admisibilidad del recurso, quedando de la siguiente manera “Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, previo sorteo, se designará a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia quienes en el término de quince días examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos en este Código y si lo admiten o no.”

Consideramos, que en este artículo 270 se debe añadir un inciso, donde se establezca, que “en caso de que el recurso de casación no cumpla con los requisitos formales, se lo inadmitirá de plano, excepto cuando del examen de la sentencia se evidencien transgresiones a las normas del orden público u orden constitucional, para lo cual los magistrados deberán fundamentar la necesidad de admitir el recurso de casación a trámite.”

Adicionalmente consideramos que al capítulo de la casación civil en el Código Orgánico General de Procesos, se debe añadir un artículo que establezca que “es potestad de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia para casar de oficio las sentencias sometidas a su consideración en ejercicio del recurso de casación, cuando observe que ellas contienen infracciones de orden público o constitucional, siempre que no hayan sido denunciadas en el escrito de formalización.”

Mediante los varios órganos de la función judicial, se debe instruir a los Magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, para implementar mediante las capacitaciones un sistema donde prime el principio dispositivo moderado, de tal manera que les permita poder casar la sentencia impugnada de oficio, cuando se evidencien transgresiones a las normas de orden público u orden constitucional, así no hayan sido alegadas por la parte recurrente, para de esta manera evitar que sentencias injustas queden vigentes, para así garantizar el derecho a la seguridad jurídica.

La casación propuesta debe ser más flexible en cuanto al principio de congruencia, cuando existan normas que violen el orden público o el orden constitucional, es decir, el sistema de casación civil ecuatoriano debería recibir influencia del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece:

“La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.”

Esta propuesta, se sustenta también en lo establecido en el artículo 169 de la Constitución de la República que establece:

“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Este sistema de casación de casación civil propuesto, guarda relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que ha sido estudiada en líneas anteriores y que se encuentra estipulada en el artículo 75 de la Constitución de la República, ya que este derecho no se agota con el mero acceso a la justicia, sino que exige también que las acciones sean resueltas mediante una sentencia justa, motivada en derecho.

El artículo 424 de la Carta Magna, tiene un rol importante dentro de este estudio, toda vez, que subsume el principio de prevalencia o supremacía de la constitución, mediante el cual, todas las normas deben guardar armonía con las normas constitucionales, el mismo sostiene que:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Los criterios aquí expuestos, fueron también expuestos en una sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en el fallo No. 137-2008, cuando en su parte pertinente establece que “en conclusión, el recurso extraordinario de casación, debe de ser aplicado de tal manera que sirva a las finalidades públicas y privadas.”

Esta propuesta, es validada también por el profesor Luis Loreto, quien en una de sus obras jurídicas más destacadas, establece que “Dejar en vigor una sentencia cuya parte dispositiva es el resultado de infracciones cometidas contra normas de orden público eminente, es dar al instituto de la casación una aplicación absurda, que ofende las entrañas más íntimas de la justicia.” (Loreto , 1967)

El jurisconsulto chileno Hernán Corral, sostiene este criterio, en este orden de ideas, se debe precisar que es deber de la Sala cuando detecte alguna anomalía procesal en la decisión sometida a su consideración tendiente a violentar algún derecho o garantía constitucional regular tal situación, lo que conlleva a su anulación de manera oficiosa, para restablecer de esa forma el derecho o garantías constitucionales infringidas. (Corral, 2014)

Conclusiones

1. Para que un país pueda concebirse como un Estado constitucional de derechos y justicia, tal como lo establece el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, es importante que ciertos derechos estén reconocidos, como el derecho a la seguridad jurídica, es decir, que exista el respeto a las normas jurídicas y la certeza de que estas serán cumplidas. No solamente deben existir normas que recojan los derechos de los ciudadanos, sino también, la unificación de la jurisprudencia donde los mismos se hacen efectivos.

2. Al realizar un estudio histórico sobre el recurso de casación, nos damos cuenta que este recurso desde sus albores fue creado con la finalidad de cumplir una doble función, la privada que vela a favor de las pretensiones de los particulares que se encuentran en un proceso judicial y la función pública que hace referencia al interés que tiene la sociedad sobre las resoluciones judiciales.

3. Tal como se estudió, el derecho a la tutela judicial efectiva, no solamente consiste en el acceso inmediato a los órganos jurisdiccionales, esto es a la obtención de la justicia de manera gratuita y directa, sino que también se requiere la obtención de una sentencia justa y motivada que resuelva cada una de las pretensiones planteadas por las partes procesales.

4. En el Ecuador, al tener un sistema de casación civil rígido, no permite que este medio de impugnación pueda cumplir con su verdadera función, ya que prevalecen las formalidades por sobre la función pública, siendo el caso, que las sala de admisión de la Corte Nacional de Justicia, realizan un control exhaustivo de las formalidades que debe cumplir el escrito de interposición del recurso,

dejando en algunos casos, que sentencias que contienen verdaderos yerros de derecho se ejecutorien.

5. Es trascendental, que las sentencias gocen de uniformidad en cuanto a la correcta aplicación e interpretación del derecho, de esta manera se crea la jurisprudencia, que permitirá vislumbra a los jueces de instancia para que tomen como referencia en sus fallos dichos precedentes, de esta manera se genera el vínculo de confianza que van a tener los ciudadanos en el sistema de justicia.

6. En el Ecuador, para que el derecho a la tutela judicial efectiva guarde armonía con el sistema procesal civil, se debe instaurar un sistema de casación flexible, que permita obviar las excesivas formalidades, ampliando las facultades del Tribunal de Casación para que estos puedan emitir sentencias justas que satisfagan el interés público.

7. Tal como se estudió en la parte pertinente del presente trabajo, la Corte Nacional de Justicia es el órgano de justicia ordinaria suprema, a quienes les corresponde tutelar el ordenamiento legal, ejerciendo el respectivo control de legalidad sobre las sentencias que han sido impugnadas mediante el recurso de casación.

8. En el sistema procesal civil ecuatoriano, el principio dispositivo no es absoluto, en algunos casos, el juez de actúa de oficio, como en el caso de “la prueba para mejor resolver” establecida en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, donde el juzgador puede pedir la práctica de nuevos medios de prueba. Tampoco se puede adoptar un sistema inquisitivo donde el juez no tenga límites en su actuación, de tal manera que debe mantenerse un sistema mixto o también llamado modelo dispositivo moderado

9. La distinción entre el recurso de casación y el recurso de apelación, radica justamente en la extraordinariedad del primero, así también es un recurso formal y cerrado, mientras que el recurso de apelación es un medio de impugnación ordinario.

10. Para que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano pueda cumplir con su función pública y guardar armonía con el derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario, que los jueces tengan la facultad de poder subsanar la falta de formalidades en el escrito de interposición del recurso de casación cuando del examen de la sentencia impugnada, aparezcan evidentes transgresiones a las normas del orden público y orden constitucional.

11. Para que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano pueda cumplir con su función pública y guardar armonía con el derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario, que los jueces tengan la facultad de poder casar de oficio las sentencias impugnadas, cuando del examen de las mismas aparezcan yerros In Procedendo o In Iudicando que transgredan las normas del orden público y orden constitucional.

Recomendaciones

En virtud de lo estudiado en el presente trabajo, se ha evidenciado que el recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano, es muy formalista, es decir, es muy rígido, impidiéndole a este medio de impugnación cumplir con su verdadera función pública, es decir, velar por la justicia mediante la unificación de las sentencias emanadas por el sistema de justicia, motivo por el cual, nos permitimos realizar las siguientes recomendaciones.

1. Que el examen de admisibilidad del recurso de casación, sea realizado por los mismos magistrados de la Corte Nacional de Justicia que van a resolver el fondo del asunto, para que sean ellos quienes determinen si el recurso cumple los requisitos formales previstos en el Código Orgánico General de Procesos y si lo admite o no.

2. Que las salas de lo civil y mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, puedan subsanar la falta de cumplimiento de requisitos formales en la interposición del recurso de casación, cuando determinen que efectivamente existen yerros en la sentencia impugnada que contravengan al orden público y al orden constitucional.

3. Que las salas de lo civil y mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, cuando determinen falta de cumplimiento de requisitos formales en la interposición del recurso de casación, pero que del examen de la sentencia impugnada determinen que existen errores sean In Porcedendo o In Iudicando, estos fundamenten cuales son las normas de orden público que están siendo transgredidas y la necesidad de subsanarlos.

4.- Que las salas de lo civil y mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, cuando estén realizando el examen de fondo de la sentencia impugnada y determinen que existen otros errores sean In Procedendo o In Iudicando que no han sido fundamentados por el recurrente en su escrito de interposición, estos puedan casarla de oficio, siempre y cuando estas transgresiones violenten al orden público o al orden constitucional.

5.- Que es Estado, por intermedio de los órganos que conforman la Función Judicial, instruyan a los jueces de la sala de lo civil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, con la finalidad de delimitar el concepto de orden público y orden constitucional, estableciendo parámetros para evitar que la potestad discrecional de los Magistrados se exceda.

Bibliografía

- Acosta Arámburo, P. (09 de agosto de 2010). El diseño no experimental transversal. Recuperado el 08 de diciembre de 2018, de Slide Share:
<https://es.slideshare.net/merlina10/diseo-no-experimental-transversal-252>
- Aguirre, V. (27 de mayo de 2013). Derecho Ecuador. Recuperado el 15 de julio de 2018, de Reforma a la legislación procesal secundaria:
<https://www.derechoecuador.com/reforma-a-la-legislacion-procesal-secundaria>
- Alessandri, A., & Somarriva, M. (1957). Tratado de derecho civil. Santiago: Editorial Nascimento.
- Alzamora, M. (1966). Derecho procesal civil, teoría general del proceso. Lima, Perú: Eddilo.
- Andrade, S. (2005). La casación civil en el Ecuador. Quito: Andrade & Asociados.
- Asamblea Nacional Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional Legislativa (2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506 del 22 de mayo de 2015
- Azula, J. (2000). Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial TEMIS.
- Batanero, C. (1991). Análisis exploratorio de datos: Sus posibilidades en la enseñanza secundaria. Granada: Suma.
- Bello, H. (2017). La casación civil. Bogotá: Ibañez.
- Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Madrid: Heliasta.
- Calamandrei, P. (1996). Instituciones de Derecho procesal civil. Buenos Aires, Argentina: Librería del foto.
- Calamandrei, P. (2000). La casación civil. Mexico DF: Oxford University Press.
- Calamandrei, P. (2009). Fe en el Derecho. Florencia: MARCIAL PONS.
- Cardoso, J. (1984). Manual Práctico de Casación Civil. Bogotá: Editorial Temis.
- Chiovenda, G. (1951). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Madrid : Revista de derecho privado.
- Ciancia, O. E. (17 de Agosto de 2006). El debido proceso. Recuperado el 2016, de Academia Derecho:
http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/DPC__El_DP__El_DP__Olga_Edda_Ciancia.pdf

- Congreso Nacional (2005). Código Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 046 del 24 de junio de 2005.
- Coronel, C. (10 de noviembre de 1993). Revista jurídica online. Obtenido de La ley de casación: estudio introductorio: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1993/09/08_La_Casacion.pdf
- Corral, H. (2014). El proceso en contra de Tomas Moro. Santiago: Rialp.
Corte Constitucional del Ecuador, 011-09-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 11 de Septiembre de 2011).
- Couture, E. (1958). Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma.
- Cueva, L. (2010). Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Quito: Editorial Emprendante.
- Devis, H. (1984). Teoría General del Proceso (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Universidad S.R.L.
- Ecuador, C. C. (15 de Diciembre de 2011). Sentencia No. 0568-09-EP. Jurisprudencia . Quito, Ecuador: Corte Constitucional.
- Escriche, J. (1986). Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia . Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Falcon, E. (1996). El sistema y las nulidades . Valencia: Tirant lo Blanch.
- Flors, J. (2014). Tratado de recursos en el proceso civil. Valencia: Tirant to blanch.
- García-Pelayo, M. (1999). Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Alianza.
- Gibbon, E. (1847). Historia de la decadencia y caída del imperio romano. Barcelona : Juan Oliveres Impresor
- Gotelli, J. V. (2009). Constitución y Proceso. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Hinostroza, A. (2011). Manual de consulta rápida del proceso civil. Lima, Perú: Grijley.
- Iriarte, G. C. (18 de Agosto de 2009). Revistas Javerina. Recuperado el 2016, de El debido proceso:
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14694>
- Judicial, C. O. (2010). Código Orgánico de la Función Judicial . Quito: Registro Oficial.
- Lavilla Ruvira, J. (2016). El recurso de casación contencioso administrativa. Madrid, España.
- López, A. (1995). Derechos fundamentales y principios constitucionales. Madrid: Ariel derecho.

- Lopez, J. (2011). LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA COMO CONSECUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA DE 1789. Bogotá: Revista Prolegómeno.
- Loreto , L. (1967). El Hecho y el derecho en la casación civil venezolana. Caracas.
- Machiado, J. (24 de 11 de 2015). Jorge Machiado blogspot. Recuperado el 13 de 01 de 2019, de Apuntes jurídicos:
<https://jorgemachicado.blogspot.com/2015/11/pdpc.html>
- Martinez, M. (2000). La investigación cualitativa etnográfica en la educación . México: Trillas.
- Meyer, W. J. (2006). Manual de técnica de la investigación educacional. Barcelona: Constellation.
- Monroy, J. (1996). Introducción al proceso civil. Santa Fe, Colombia: Temis.
- Montero, J. (2000). El nuevo proceso civil. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Montero, J. (2014). Tratado de recursos en el proceso civil. Valencia: Tirant lo blanch.
- Morales, H. (2014). Técnicas de casación civil. Bogotá: Ediciones academia colombiana de jurisprudencia.
- Morán, R. (2011). Derecho procesal civil práctico. Guayaquil, Ecuador: Edilex S.A.
- Moreira, A. (18 de diciembre de 2013). Metodología de la investigación. Recuperado el 08 de diciembre de 2018, de Estudios de la investigación científica:
<http://estudiosdelainvestigacioncientifica.blogspot.com/2013/12/estudio-de-alcance-explicativo.html>
- Muñoz, S. (2013). Historia y naturaleza del recurso extraordinario de casación. Santiago: Imprenta Gaceta Judicial.
- Murcia, H. (2005). Recurso de casación civil. Bogotá: G. Ibañez.
- Núñez, J. (1990). Aspectos en la técnica de la formalización del recurso de casación. Caracas, Venezuela: Academia de ciencias políticas y sociales.
- Paillas, E. (2008). El recurso de casación en materia civil. Santiago: Editorial Jurídica Chile.
- Pérez-Cruz, A. (2006). Constitución y poder judicial. Barcelona, España: Atelier.
- Pereznieto, L. (2002). Introducción al estudio del Derecho. México D.F.: Oxford University Press.
- Prieto, L. (1981). Derecho Procesal Civil (4ta ed.). Madrid: Editorial Tecnos.

- Ramírez, M. A. (18 de Agosto de 2005). Opinión Jurídica. Recuperado el 2016, de El debido proceso:
<http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1283>
- Rendón, R. G. (18 de Agosto de 2012). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 2016, de EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>
- Romero, F. (1997). Derecho Procesal de Trabajo, Doctrina, Análisis y Comentarios de la Ley Procesal. Lima: Edial.
- Ruiz-Rico, G. (2013). El Derecho A La Tutela Judicial Efectiva. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Salcedo, E. (2013). La casación platónica. Guayaquil, Ecuador.
- Tamayo, R. (1995). Diccionario Jurídico Mexicano. Mexico DF: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
- Taruffo, M. (2012). Consideraciones sobre la prueba y motivación. Madrid: Metropolitana.
- Troncoso, P. (1992). Casación en el Fondo Civil y Casación Oficial. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- Troya, A. (2002). Elementos de derecho procesal civil. Quito, Ecuador: Pudeleco.
- Valencia, A. (2008). Derecho civil parte general. Bogotá: Temis.
- Vescovi, E. (1979). La casación civil. Montevideo: ediciones Idea.



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Granda Román David Alejandro, con C.C: # 0704978725, autor del trabajo de titulación *La rigidez del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano*, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Procesal Mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 16 de julio del 2019

f. _____
Nombre: Granda Román David Alejandro
C.C: 0704978725

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La rigidez del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Granda Román David Alejandro		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dra. Corina Navarrete (Revisor); Dr. Juan Carlos Vivar (Tutor)		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magister en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	16 de julio del 2019	No. DE PÁGINAS:	116
ÁREAS TEMÁTICAS:	La Tutela Efectiva de los Derechos y el Proceso		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Casación, Medio de impugnación, Tutela judicial efectiva, Recurso, Proceso Civil		

RESUMEN/ABSTRACT:

El presente trabajo de investigación jurídica, expone sobre el recurso de extraordinario de casación desde sus albores hasta el derecho moderno, para comprender la naturaleza del mismo e identificar si en nuestra legislación se lo está empleando de manera correcta, atendiendo a su función privada y pública. El objetivo general fue: se busca analizar el sistema de casación civil ecuatoriano y el examen de admisibilidad del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano por parte de los Conjuces de la Corte Nacional de Justicia para determinar si la rigidez de los requisitos formales generaría una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, para de esta manera derogar del Código Orgánico General de Procesos esta fase y que sean los mismos jueces de la Corte Nacional de Justicia quienes hagan el respectivo examen de forma y fondo del recurso de casación y que estos a su vez. En cuanto a la metodología se aplicó el método deductivo, de análisis, de síntesis, de modalidad cualitativa, de tipo descriptiva, explicativa, de campo y bibliográfica – documental. Entre los resultados alcanzados y relevantes, fueron, que efectivamente el recurso de casación en el sistema procesal ecuatoriano es muy rígido y por lo tanto no cumple con su función pública, de tal manera que debe ser reestructurada para evitar la posible vulneración al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0987583184	E-mail: davidgranda93@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando	
	Teléfono: 0982466656	
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	