

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

El rol de la casación en el Estado constitucional de derechos y justicia

Luis Roberto Freire Álvarez

Tutora: Vanesa Aguirre Guzmán

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Luis Roberto Freire Álvarez, autor de la tesis intitulada “El rol de la casación en el Estado constitucional de derechos y justicia,” mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción. Que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a ellos y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General dos ejemplares.

27 de noviembre de 2017

.....
Luis Roberto Freire Álvarez

Resumen

El recurso de casación es un medio procesal de control de legalidad en las sentencias dictadas por los jueces inferiores; así como, de unificación de la jurisprudencia, por medio de los fallos de triple reiteración.

Con la Constitución de 2008, los propósitos señalados no desaparecen, pero el recurso tiene que adecuarse a los cambios que propugna el nuevo modelo de Estado; los principios constitucionales deben estar presentes en las resoluciones judiciales, las que deben impregnarse de un alto contenido de constitucionalidad, resolviendo en beneficio de los derechos constitucionales, con observancia de la Carta Magna, la ley, la jurisprudencia y los tratados internacionales de derechos humanos.

Será de nuestro interés, presentar al lector la realidad jurídica actual del recurso de casación en el Ecuador, a partir de su análisis constitucional, legal y jurisprudencial; buscaremos, además, determinar la operatividad del control judicial de constitucional y legalidad que realiza el tribunal de la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, bajo el influjo del constitucionalismo contemporáneo; para al final acercarnos al estudio de la aplicabilidad del principio *iura novit curia* a nivel casacional.

Esta tesis está dividida en tres capítulos. En el primero, estudiamos el posible origen del recurso de casación, su evolución histórica, empezando en Roma hasta la legislación ecuatoriana. Además, su funcionalidad con el Código Orgánico General de Procesos. En el segundo, analizamos la jerarquía normativa como principio fundamental que, en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, impone la subordinación de las normas de grado inferior a la Constitución. También, abordamos la aplicación directa e inmediata de los principios constitucionales y los escenarios posibles en los que el tribunal de casación realiza control judicial de constitucionalidad. En el tercero, nos centramos en el estudio del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y su importancia en el desarrollo constitucional.

Palabras clave: Principios constitucionales, derechos constitucionales, casación.

Agradecimiento

Con el respeto, cariño y consideración de siempre a mis queridos padres: Luis y Ligia, a mi amada esposa Ariana y a mis adorables hijos: Doménica y Santiago.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por su aporte preeminente en mi formación profesional.

Mi singular aprecio y especial estimación a los distinguidos docentes del alma mater, por los conocimientos impartidos y prepararme intelectual, moral y profesionalmente.

Para finalizar, hago presente mi reconocimiento imperecedero a la doctora Vanesa Aguirre Guzmán, por su invaluable ayuda en el desarrollo y conclusión de este trabajo académico; expongo mi admiración por su dedicación y compromiso con una educación universitaria de calidad.

Tabla de contenido

Capítulo primero	El recurso de casación	8
1.	Origen y evolución histórica	8
1.1.	Derecho romano	9
1.2.	Derecho francés.....	11
1.3.	Derecho español	13
1.4.	La casación en Sud América	14
1.5.	La casación en la historia del constitucionalismo ecuatoriano	17
2.	Definiciones y caracteres	19
2.1.	Definición etimológica.....	19
2.2.	Recurso extraordinario	20
3.	Funciones y competencia	22
3.1.	La función de unificación de la jurisprudencia (precedentes jurisprudenciales)	23
3.2.	El cambio de funciones a partir del COGEP	25
4.	Las causales de casación en el COGEP	31
5.	La resolución 017-2017 de la Corte Nacional de Justicia.....	34
Capítulo segundo	Rol de los juzgadores de casación en el marco de la defensa de los derechos constitucionales	37
1.	El principio de supremacía constitucional y su vinculación con el recurso de casación	38
2.	Los tratados internacionales de derechos humanos como fuentes del derecho en el recurso de casación	43
3.	La aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales en fase casacional	46

4.	La justificación de la protección de los derechos constitucionales en el recurso de casación (casos específicos)	51
4.1.	La sentencia de casación ante la acción extraordinaria de protección	52
4.2.	La consulta de constitucionalidad	54
4.3.	El recurso de casación y su necesaria adecuación a la jurisprudencia constitucional	56
4.4.	La casación de oficio ante la vulneración de derechos constitucionales	62
5.	La reconceptualización del recurso de casación a partir de la Constitución de 2008	63
	Capítulo tercero.....	65
	La aplicación del principio <i>iura novit curia</i> en fase casacional civil, desde la visión del constitucionalismo contemporáneo.....	65
1.	Los hechos en el derecho	65
2.	Contexto doctrinario del <i>iura novit curia</i>	68
3.	Amparo normativo y jurisprudencial del <i>iura novit curia</i> en fase casacional	70
4.	El <i>iura novit curia</i> en sede casacional.....	75
4.1.	La formalidad del recurso de casación frente a la tutela judicial efectiva	76
4.2.	Momentos procesales en fase casacional en los que se podría aplicar el <i>iura novit curia</i>	81
4.3.	Posibles escenarios en casación, en los que la admisión y aceptación del recurso superaría el ritualismo de sus formalidades.....	82
4.3.1.	Imprecisión en la determinación de la causal del COGEP que se estima infringida por el recurrente.....	83

4.3.2. Imprecisión de las normas de derecho afectadas en la sentencia recurrida	84
4.3.3 La actuación de oficio del tribunal de casación ante la vulneración de derechos constitucionales	85
3. Una visión de este instituto desde la jurisprudencia comparada.....	87
4. Los límites entre los principios de congruencia y el <i>iura novit curia</i>	89
5. El principio de congruencia y el <i>iura novit curia</i> desde la perspectiva jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	93
Conclusiones.....	96
Bibliografía	102

Capítulo primero

El recurso de casación

La presente investigación responde a una fase exploratoria y de revisión bibliográfica sobre esta institución procesal. Nuestro estudio empieza con una corta enunciación de los posibles orígenes del recurso, su evolución histórica e inclusión en la legislación de varios países europeos y de América Latina. Después, apoyándonos en valiosos criterios jurídicos de autores nacionales y extranjeros, señalaremos su definición. Luego, analizaremos sus funciones de acuerdo con la legislación ecuatoriana procesal actual y su aplicación en el marco del constitucionalismo contemporáneo. Por último, reflexionaremos sobre la resolución 017-2017 de la Corte Nacional de Justicia y su incidencia en las funciones del recurso.

Es necesario aclarar que esta exposición no se agota con la revisión, incorporación y opinión de diferentes autores, sino que busca aportar a la discusión y argumentación moderna, de las nuevas tendencias sobre el tema, en especial, bajo el influjo del actual enfoque constitucional.

Precisamos aclarar que el presente estudio se remite en forma exclusiva al análisis del recurso de casación en el ámbito civil y su tratamiento de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos¹ (en adelante COGEP); aclaración necesaria, pues en materia penal, este recurso tiene su propia tratativa desde el Código Orgánico Integral Penal, así como los precedentes jurisprudenciales desarrollados por la Corte Nacional de Justicia, por medio de los fallos de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

1. Origen y evolución histórica

En las siguientes líneas se aborda los principales referentes históricos de la casación, partiendo desde sus primeros antecedentes en el período romano, luego el impulso que tuvo con la Revolución Francesa y la separación de poderes, después el

¹ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, en ROS, No. 506 (22 de mayo de 2015). En adelante se cita a este Código como COGEP.

desarrollo normativo en España, su posterior llegada a América Latina y, finalmente, su instalación en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. Derecho romano

Esta institución procesal se desarrolló en el derecho romano en tres etapas fundamentales:

a) La idea de origen romano que consideraba a la sentencia producto de un error de derecho, como injusta y de suma gravedad.

b) La concesión a las partes de un remedio distinto a los otorgados para los casos de simple injusticia.

c) La incorporación como motivo del recurso de los errores *in procedendo*.²

El recurso de casación surge en el derecho romano con la idea de reafirmar la vigencia de la ley y de la autoridad encargada de dictarla. Su primer referente lo localizamos en el procedimiento *legis actiones formulario*;³ en él se destaca la bipartición del proceso y la distinción de dos categorías de personas que intervienen (magistrados y jueces).

En la primera parte del proceso, a la que se denominó *in iure*, el magistrado organizaba el juicio sin consideración a la veracidad o falsedad de los hechos invocados por las partes; mientras que en la segunda emitía sentencia (*apud iudicem*).

Con relación a la sentencia, esta podía ser nula por incurrir en errores respecto de las normas de derecho objetivo⁴ o por infracción del derecho subjetivo;⁵ criterio que primó durante muchos años y constituyó la base del actual recurso de casación; de ahí,

² Carlos Ramírez Romero, "Presentación", en Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *El recurso de casación en el Estado Constitucional de derechos y justicia: Memorias del I seminario internacional celebrado en Quito el 21 y 22 de marzo de 2013*, (Ecuador: Imprenta de la Gaceta Judicial, 2013), 13.

³ Antonio Silva Sánchez, "En torno al ordo iudiciorum privatorium", *Derecho Romano*: 482, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119352>> consulta 27 de enero de 2017.

⁴ Francisco Puy, *Derecho objetivo y derecho subjetivo*, España <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/468/13.pdf>> consulta 24 de febrero de 2017. El derecho objetivo es un conjunto de normas, entendidas como el conjunto de elementos que forman un cauce, en el que se compensan las fuerzas desiguales de los miembros del grupo, creando lo que se llama una igualdad de oportunidades, según un comezón que bulle en la noción misma del derecho, desde los orígenes.

⁵ Aníbal Torres Vásquez, *Diccionario de jurisprudencia civil*, (Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2008), 248. El derecho subjetivo se halla constituido por un poder de actuar atribuido a la voluntad del sujeto y garantizado por el ordenamiento jurídico para satisfacer sus intereses jurídicamente protegidos.

su influencia en diversas legislaciones, incluida las de América Latina y, en particular la nuestra.

En la época del emperador bizantino Justiniano, las sentencias podían ser sujetas a la interposición de los recursos de:

a) Apelación, palabra derivada del latín *appellatio*, que significa llamamiento o citación, su raíz es el concepto de *apello* o *apellare*.

b) *Supplicatio*, que fue el recurso extraordinario que podía interponerse contra las resoluciones que no eran susceptibles de apelación, siendo resueltas por el órgano o persona que culminaba la organización jurisdiccional del Estado.⁶

c) *In integrum restitutio*, era la decisión del magistrado que reducía a la nada un acto jurídico cualquiera, ya sea material o procesal.⁷

Los recursos citados, reafirmaron la idea del origen romano de la casación; pues recaían en una sentencia que sin ser nula de pleno derecho, era recurrible por la vía de una verdadera anulación. Vemos que desde aquel tiempo, la casación fue considerada como un recurso de carácter extraordinario, concedido por el pretor para rescindir los efectos de un acto y restablecer una situación existente modificada por ese acto.

Ya en esa época, el magistrado fundaba su fallo de acuerdo con decisiones dictadas en casos análogos, en los motivos que se dieron para resolver conflictos similares, y si había razones nuevas o mejores para confirmar o rechazar las opiniones anteriores, incluso ponderaba con la suya, a partir de ello, sacaba sus propias conclusiones. Discutía también si el caso se ajustaba al anterior de manera exacta o si tenía elementos propios de identidad que aconsejaban variar o precisar el criterio.

Es importante señalar que en el derecho romano clásico, toda sentencia por el solo hecho de su pronunciamiento, adquiría el valor de cosa juzgada formal, a diferencia del concepto de cosa juzgada sustancial, determinado por la posibilidad de discutir si un

⁶ Valeria Susana Guerra, *Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad*, Revista de Derecho Privado, No. 21 (Julio/diciembre de 2011): s.p., <www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123>, consulta 24 de febrero de 2017.

⁷ Vincenzo Arangio-Ruiz, *Instituciones de Derecho Romano*, (Buenos Aires: Depalma, 1952), 127, citado por Valeria Susana Guerra, *Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad*, Revista de Derecho Privado, No. 21 (julio/diciembre de 2011): s.p., <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2982/3421>>, consulta 27 de enero de 2017.

fallo no sometido a los medios de impugnación, tenía la fuerza para obligar sobre el punto decidido.⁸

Las sentencias que se dictaban en fase de casación, empezaron a generar jurisprudencia, definida como “un arte de lo bueno y equitativo, que buscaba soluciones prácticas a problemas de la vida social; jurisprudencia que junto con otros textos clásicos del derecho romano, sus conceptos y tradiciones [...] fueron recogidos en el *corpus iuris civilis*.”⁹

Esta primera parte de nuestro estudio, nos invita a comprender que el derecho romano es el responsable del génesis de muchas instituciones jurídicas establecidas en la legislación de los pueblos de la edad moderna, entre ellas la casación, la que se fue incorporando y adaptando a los diferentes cuerpos legales, inicialmente europeos y, después, de América Latina.

1.2. Derecho francés

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, que disolvió los nexos políticos que unían al pueblo norteamericano con Gran Bretaña y dieron origen a una nueva nación, libre e independiente, inspiró en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; en ella, se destacan principios filosófico-políticos de enorme importancia en el siglo XVIII y esenciales en esta nueva visión del ser humano: igualdad,¹⁰ libertad,¹¹ libre comunicación de pensamiento y opinión,¹² entre otros.

⁸ Piero Calamandrei, *La casación civil*, tomo I (Buenos Aires: Ed. Bibliográfica, s.f.), 42.

⁹ José Antonio Álvarez Capérochipi, *Introducción al derecho* (Pamplona 2010: Ed. Serie Jurídica Mc Graw Hill, 1995): s.p., <- academia.edu>, consulta 27 de febrero de 2017.

¹⁰ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789), art. 1, “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”, <www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>, consulta 07 de marzo de 2017.

¹¹ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789), art. 4, “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan solo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley”, <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/.../es_ddhc.pdf>, consulta: 07 de marzo de 2017.

¹² Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789), art. 11, “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por

Las características del nuevo régimen, entre otras, fueron básicamente: el surgimiento del Estado de Derecho, la división de poderes, la vigencia de los derechos fundamentales, cuya efectividad demandaba que se instituyan entre los hombres verdaderos gobiernos democráticos en los que prime el respeto a las normas jurídicas.

En este contexto histórico y si bien el derecho romano es importante referente de la casación, esta institución va perfeccionándose con la ilustración francesa; apareciendo primero como una necesidad política del soberano (la justicia era controlada por el rey, quien era su fuente) y después, dentro del esquema de separación de poderes.¹³

En la monarquía francesa, el Rey era considerado el representante de Dios en el reino, incluso actuaba como juez y podía corregir los errores de derecho de los sentenciadores de instancia y los cometidos en el establecimiento de cuestiones de hecho; lo que reflejaba la existencia de una institución de corte político que enfrentaba las decisiones de los Parlamentos, en especial, cuando contrariaban las ordenanzas, edictos y declaraciones reales. Los Parlamentos eran órganos político-judiciales con una línea de lucha en contra del absolutismo monárquico, una especie de justicia constitucional de control sobre los actos generales del rey, en nombre de la tradición.¹⁴

El Consejo de las Partes (*Concejl des Parties*) fue el órgano que conoció los recursos sobre cuestiones privadas que iniciaban los particulares en materia judicial; fue reemplazado por el *tribunal de cassation*, creado por la Asamblea Constituyente Francesa mediante ley de 27 de noviembre de 1790. Sus funciones iniciales fueron: la defensa del derecho objetivo, lograr la uniformidad de la jurisprudencia (incluso se podía invocar como motivo de casación la infracción de la jurisprudencia), velar por el respeto de la separación de poderes, el cumplimiento de la ley y la anulación de los procedimientos por vulneración de sus formas.

consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”, <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/.../es_ddhc.pdf>, consulta 07 de marzo de 2017.

¹³ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789), art. 16, “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”, <www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm> consulta 07 de marzo de 2017.

¹⁴ Gustavo Zagrebelsky, “La ley, el derecho y la constitución”, *Revista española de derecho constitucional*, No. 72 (septiembre-diciembre 2004): 17, <dialnet.unirioja.es>, consulta 27 de febrero de 2017.

En el siglo XIX, con el surgimiento de la llamada “doctrina de la decisión vinculada” emanada del liberalismo y adoptada luego por el positivismo jurídico, el juez fue considerado como mero aplicador de la ley al caso concreto, sin permitírsele ninguna creación jurídica. En oposición a este juez rígido, surge la idea de un juzgador creador del derecho, que más que aplicar la norma abstracta, la interpretaba y moldeaba al caso concreto, dejando atrás una interpretación inalterable de la ley, para buscar solo su aplicación uniforme en respeto a la igualdad de los justiciables.

Cerramos este apartado, precisando que la casación surgió como un instrumento del Estado que “[...] se estableció con la finalidad de controlar y reprimir eventuales violaciones de la letra de la ley por los jueces, para mantener la uniformidad de la ley y luchar contra la formación de jurisprudencia divergente.”¹⁵ En su origen no fue jurisdiccional, sino básicamente se orientaba a impedir que los tribunales se inmiscuyeran en labores legislativas, así como realicen interpretaciones o aplicaciones contrarias al sentido del ordenamiento jurídico.

1.3. Derecho español

El recurso de casación civil aparece en España a principios del siglo XIX como una institución procesal de control de la decisión de fondo (incluyéndose la calificación de las pruebas y la apreciación de los hechos); en una vía de impugnación distinta de los llamados recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria.¹⁶

Un primer antecedente de la casación en la legislación de este país, lo encontramos en el art. 260.9 de la Constitución aprobada el 19 de marzo de 1812, que le otorgó al Supremo Tribunal de Justicia, la facultad de conocer los recursos de nulidad que se interponían contra las sentencias dadas en última instancia, para efecto de reponer la causa por actuaciones procesales viciadas y determinar la responsabilidad ministerial de los juzgadores.

También procedía respecto de fallos dictados por las audiencias y el tribunal supremo de guerra y marina, salvo que se tratara de cuestiones posesorias o ejecutivas,

¹⁵ Vicente C. Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996), 27.

¹⁶ Joaquín Silguero Estagnan, *El Control de los Hechos por el Tribunal Supremo. Su aplicación en el recurso de casación civil*. (Madrid; Edit. Dykinson, 1997).

en cuyo caso, no se admitía el recurso por entenderse que las partes tenían aún abierta la posibilidad del juicio ordinario declarativo o constitutivo de derechos.

Sobre este tema, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 estableció que eran recurribles por vía de casación:

En primer lugar, las sentencias de los tribunales superiores que pongan término al juicio y hagan imposible su continuación; en segundo lugar, las declaradas con lugar y sustanciadas en rebeldía de un litigante, y en tercer lugar, las dictadas contra ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales (lo que determinó que el tribunal supremo no juzgaba sobre la certeza de los hechos ni sobre el valor de las pruebas).¹⁷

Se eliminó el reenvío a la audiencia de origen para que enmendara el fallo impugnado con arreglo a derecho, ya que aquella labor la realizaba el propio tribunal supremo.

De lo anotado podemos sintetizar que la ley procesal española de aquella época delimitó de manera específica y excluyente las resoluciones recurribles por vía de casación, es decir, ya se advirtió la excepcionalidad del recurso y, por lo mismo, no todas las sentencias podían ser revisadas por medio de él. Su conocimiento correspondía a la más alta corte de justicia, el supremo tribunal, cuya función principal fue el control judicial del derecho en las sentencias de los tribunales inferiores, con la posibilidad de reexaminar los hechos y valorar las pruebas; criterios que junto con otros principios trascendieron hacia las legislaciones de América Latina, como a continuación lo revisamos.

1.4. La casación en Sud América

Conforme lo anotamos, encontramos varios referentes de la casación en el derecho romano; sin embargo, como institución jurídica formal su antecedente más cercano es la casación francesa, la que con varias modificaciones fue introducida en la mayor parte de Europa, con especial connotación en el derecho español y después en

¹⁷ España. *Ley de enjuiciamiento civil*, edición oficial (1855) (Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1855), 204, <fama2.us.es/fde/ocr/2006/leyDeEnjuiciamientoCivil1855.pdf> consulta 28 de febrero de 2017.

América Latina. Por ello, para entender su evolución, haremos un corto recuento histórico de su incorporación e implementación en varias Cartas Políticas de las naciones de esta parte del subcontinente americano.

En el contexto de las independencias en América, los pueblos del continente, bajo la proclama de lograr su libertad e independencia de la corona española, empezaron a dictar sus propios Códigos Políticos, incluyendo en ellos, aunque de manera incipiente y marginal este recurso, como lo ampliamos enseguida.

El 21 de diciembre de 1811 se expidió la Constitución Federal para los Estados de Venezuela; en ella, se reconoce la división del Poder Supremo en tres funciones: Legislativa, Ejecutiva y Judicial. El poder jurisdiccional estaba depositado en: la Corte Suprema de Justicia (residente en la ciudad federal), en los demás tribunales subalternos y juzgados inferiores; entre las funciones de la primera, destacamos el conocimiento por apelación de todos los asuntos contenciosos, civiles o criminales que se deriven del contenido de aquella Norma Suprema [...].¹⁸ Nótese que, a partir de este Código Político, el órgano superior de justicia tenía competencia para conocer los casos sometidos a su conocimiento por vía de apelación y, además, la potestad para resolver en última instancia.

En Chile en cambio, desde el inicio del proceso de independencia a comienzos del siglo XIX, se implementaron diferentes formas de organización del Estado, lo cual se expresó en la elaboración de constituciones políticas; así, en 1811 durante la administración de la Junta de Gobierno se promulgó el Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, sin ninguna referencia sobre el Poder Judicial; mientras que en el Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile que se expidió en 1812 en el gobierno militar de José Miguel Carrera, se estableció que la facultad judicial correspondía a los tribunales y jueces ordinarios.¹⁹

¹⁸ “*Constitución Federal Para los Estados de Venezuela*” (1811), cap. cuarto (sic), “Del Poder Judicial”, sección primera, “Naturaleza, elección, y duración de este poder”, art. 110-116, en *Textos Constitucionales (1811-1999)*, (Caracas: Servicio Autónomo de Información Legislativa, 2003), 23, <www.clbec.gob.ve/pdf/constituciones-1811-1999.pdf>, consulta 15 de marzo de 2017.

¹⁹ “*Constitución Provisoria para el Estado de Chile*” (1812), art. XVII, en *Constituciones Políticas*, (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile), <<https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones>>, consulta 10 de enero de 2018.

En tanto que en el proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818, se dispuso que la autoridad judicial reside en el Supremo Tribunal judicial,²⁰ como la máxima autoridad en esta materia, a la que le correspondía el conocimiento de los recursos de segunda suplicación y otros extraordinarios que se interponían legalmente contra las sentencias de la Cámara de Apelaciones y Tribunales de Hacienda, Alzadas de Minería y Consulado.²¹ Debemos aclarar, que ninguno de los textos constitucionales citados aportó elementos importantes de desarrollo de esta institución.

Al igual que en el país Austral, en las primeras Constituciones del Nuevo Reino de Granada, no encontramos ninguna referencia concreta de la función judicial y, menos aún, respecto a la casación. Recién en la Constitución Política de la República de Colombia de 1830 se instituye, por primera vez un título destinado al Poder Judicial, en él se señaló que la Alta Corte de Justicia, las Cortes de apelación y los tribunales y juzgados creados por ley eran los órganos encargados de impartir justicia; a la primera le correspondía el conocimiento de los recursos que se interponían contra las sentencias de las Cortes de apelación y los recursos de queja; mientras que las atribuciones de las segundas fueron determinadas en la ley y no se precisaron en el texto constitucional. Sí se aclaró que funcionarían en cada distrito judicial, creados precisamente para facilitar a los pueblos una pronta administración de justicia.

Es de entender que, bajo la proclama independentista, las Constituciones citadas no desarrollaron mayormente este instituto, ni siquiera al poder judicial como tal; lo que sí resultó evidente, fue la estructuración del poder judicial en instancias y el encargo constitucional a la Alta Corte de justicia de la revisión de los fallos de instancia inferior. Nuestra legislación no estuvo alejada de esta realidad, como lo abordamos en las líneas siguientes.

²⁰ “*Constitución Provisoria para el Estado de Chile*” (1818), título V, “De la Autoridad Judicial”, capítulo I, “De la esencia, y atribuciones de esta Autoridad”, art. 1, en *Constituciones Políticas*, (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile), < <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones>>, consulta 10 de enero de 2018.

²¹ *Ibíd.*, art. IX.

1.5. La casación en la historia del constitucionalismo ecuatoriano

Conforme lo expusimos durante la revisión de este instituto en el derecho romano, la bipartición del proceso, constituyó un primer antecedente del recurso de casación, aunque bastante referencial. Bajo esta consideración y, en especial, por la influencia de la Revolución Francesa, las constituciones de América Latina lo incorporaron reconociendo la división del proceso en instancias y la existencia de la apelación como recurso procesal.

En la legislación ecuatoriana un referente inicial, en cuanto al menos a esta división, lo encontramos en la Constitución expedida en la Asamblea de Riobamba en 1830, durante el gobierno de Juan José Flores; en esta y repitiendo lo señalado en la Constitución venezolana de 1811, la potestad judicial correspondía a una Alta Corte de Justicia, a las Cortes de apelación y los demás tribunales establecidos en la ley.²² Se estableció de manera expresa que en ningún juicio habrá más de tres instancias,²³ siguiendo con ello la línea de la Constitución chilena.

En la Constituciones subsiguientes, esto es la de 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1938, 1945, 1946, 1967 y 1979, se ratifica la existencia de la triple instancia en los procesos judiciales;²⁴ así como, a la Corte Suprema junto con los demás tribunales y juzgados establecidos en la ley, como los órganos encargados de la administración de justicia; además, se añade la obligación de motivar las sentencias y la facultad de la Corte Suprema de Justicia respecto al conocimiento íntegro del juicio en tercera y última instancia, con la posibilidad de reexaminar los hechos y valorar las pruebas; también podía controlar la constitucionalidad de las leyes, atribución que la tuvo hasta 1945 cuando se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Es preciso resaltar que en la décima sexta Carta Constitucional de 1967, se prohibía la revisión de procesos o juicios de cualquier índole que, en última instancia,

²² Constitución Política de la República del Ecuador (1830), tít. V, “Del Poder Judicial”, sección I, “De las Cortes de Justicia”, art. 45, <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>, consulta 10 de enero de 2018.

²³ *Ibíd.* Art. 45.

²⁴ *Constitución Política de la República del Ecuador* (1835), tít. VIII, “Del Poder Judicial”, sección II, “De las Cortes de Justicia”, art. 80, <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>, consulta 13 de marzo de 2017.

hubieren sido resueltos por autoridad legítima, salvo las excepciones establecidas en leyes especiales.²⁵

Mediante la reforma constitucional de 1992 y la expedición de la Ley de Casación en 1993,²⁶ se suprimió la tercera instancia y se dio paso a otra forma de examen, que es el que trajo consigo el recurso de casación, cuyo conocimiento, sustanciación y resolución correspondería a la Corte Suprema de Justicia que debía actuar “tribunal de casación” en todas las materias.²⁷ Además, con esta reforma constitucional se crea el Consejo Nacional de la Judicatura, como órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial.²⁸

Resulta oportuno aclarar que, si bien, la Constitución señaló que la Corte Suprema de Justicia debía actuar como tribunal de casación, la ley de la materia en cambio dispuso que: “El recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como Corte de Casación (...).”²⁹ Es decir, existían dos denominaciones respecto a la actuación de la Corte a nivel casacional; sin embargo, la jurisprudencia no tardó en reconocer e identificarla como tribunal de casación.

Después, los Congresos de 1996 y 1997 introdujeron puntuales reformas constitucionales; destacando en materia judicial, la exclusividad dada a los: magistrados, jueces y tribunales determinados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales para administrar justicia, bajo el principio de la unidad jurisdiccional;³⁰ así como, la facultad adicional otorgada al Consejo Nacional de la Judicatura como órgano de control disciplinario.³¹

En 1998, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó la Constitución Política de la República del Ecuador; en ella se establece como órganos de la Función Judicial: el Consejo Nacional de la Judicatura, como ente de gobierno, administración y control

²⁵ Constitución Política de la República del Ecuador (1967), tít. IX, “De la función jurisdiccional”, capítulo I, “De lo judicial”, art. 201, <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>, consulta 10 de enero de 2018.

²⁶ Ecuador, *Ley de Casación*, en *Registro Oficial* (en adelante citado como *RO*), No. 192 (18 de mayo de 1993), art. 3.

²⁷ Ecuador. *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador* (1993), *RO*, No. 183 (05 de mayo de 1993), art. 102.

²⁸ *Ibíd.*, art. 100.

²⁹ Ecuador, *Ley de Casación*, en *RO*, No. 192 (18 de mayo de 1993), art. 1.

³⁰ Ecuador. *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador* (1996), *RO*, No. 863 (16 de enero de 1996), art. innumerado agregado después del art. 93.

³¹ Ecuador. *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador* (1997), *RO*, No. 120 (31 de julio de 1997), art. 125.

disciplinario); mientras que con facultades jurisprudenciales: las cortes, tribunales y juzgados, encargados de impartir justicia y la Corte Suprema de Justicia, que actuaba como corte de casación, por medio de sus salas especializadas (art. 198). Además, correspondía al pleno de esta última, expedir normas dirimentes con carácter obligatorio, respecto de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho dictados por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales o las Cortes Superiores.

Debemos precisar que, si bien en la Constitución de 1998 se determinaron las funciones de la Corte Suprema de Justicia, estas se encontraban dispersas y sin una adecuada concatenación. Es más, el texto constitucional en lugar de desarrollarlas de manera expresa, terminó remitiéndolas a la normativa secundaria, evidenciando lo que en palabras de Ramiro Ávila vivíamos en aquel momento, “el sometimiento del Estado a la ley”, la que fue considerada como la única fuente vinculante del derecho, el resto (incluida la jurisprudencia) tenían criterio auxiliar y solo servían para desentrañar el contenido de la norma jurídica; es más, operaban solo en silencio de esta.³²

Finalmente, con la aprobación de la Constitución de 2008, la Corte Suprema de Justicia desaparece y en su reemplazo se crea la Corte Nacional de Justicia, que a diferencia de la primera, tiene funciones expresas determinadas en el texto constitucional, pero mantiene su primigenio papel de tribunal de casación, como lo analizaremos más adelante.

2. Definiciones y caracteres

2.1. Definición etimológica

El vocablo casación deviene de la palabra francesas *cassation* derivado de *casser* que significa romper, quebrar, anular; mientras que la acepción “casar” de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española (DRAE) es: anular, abrogar, derogar una sentencia, invalidarla, dejar sin efecto.³³

³² Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador, el estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Ed. Abya-Yala, 2011), 121.

³³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed. (Madrid: Espasa, 2014), versión digital.

2.2. Recurso extraordinario

Conforme las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia del Ecuador, la casación no es un recurso ordinario, una instancia adicional o un tercer examen judicial de la relación del juicio, es *un recurso extraordinario* que procede contra las sentencias que contravienen la ley, la doctrina instituida por la jurisprudencia o cuando se falta a los trámites esenciales del juicio. Procura la unificación de la jurisprudencia y la tutela del derecho objetivo con la correcta aplicación de la norma jurídica en los fallos judiciales; por ello, no está abierto a cualquier resolución judicial, sino solo a las sentencias y autos que pongan fin a procesos de conocimiento.³⁴

En el plano doctrinario, Hugo Alsina destaca que “es un recurso extraordinario [...] que tiende al restablecimiento del imperio de la ley, y llena por consiguiente, una función pública con prescindencia de los intereses de las partes.”³⁵ Su ámbito se reduce a verificar, dilucidar y ordenar la reparación de los errores jurídicos inherentes a la sentencia definitiva que ha agraviado indebidamente al recurrente. Por tanto, como lo cita De La Rúa, es exclusivo de las cuestiones de derecho y jamás busca una nueva valoración de los hechos conocidos por el juez *a quo*.³⁶

En idéntica dirección, Vicente Guzmán Fluja, circunscribe a la casación como un medio para denunciar las infracciones jurídicas, señala que se lo interpone por los motivos tasados en la ley y contra resoluciones judiciales expresamente previstas en ella; su conocimiento compete al órgano jurisdiccional que está en la cúspide de la administración de justicia (Tribunal Supremo en España), que es juez del derecho aplicado y no puede extender su conocimiento los hechos.

³⁴ La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en fallos que se ha publicado con el carácter de triple reiteración en la G. J. S. XVI N° 13, pp. 3442 a 3445, ha sostenido que las únicas sentencias y autos susceptible de casación son aquellas que resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad procesal de volverlos a discutir.

³⁵ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, juicio ordinario* (Buenos Aires: Ediar Edic., 1961), 318.

³⁶ Fernando De la Rúa, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Edic. Depalma, 1991), 86.

El mismo autor añade que no puede concebirse como una acción de impugnación, sino como una fase más del proceso, con la que se busca atacar una sentencia definitiva. Menciona que la casación tiene una función *negativa*, al anular el fallo y disponer el reenvío al juez de instancia, es decir, no resuelve el caso concreto; y, una *positiva*, pues no reexamina los hechos; la nueva solución es la jurídica relativa al derecho, sin que por ello el recurso se convierta en tercera instancia.

Nuestra Corte Constitucional lo considera como un recurso extraordinario dentro del sistema judicial, el mismo que en su papel de recurso excepcional procede en los casos que la normativa ha establecido, siendo la Corte Nacional de Justicia la encargada de su resolución y la guardiana de la preservación de su carácter extraordinario;³⁷ es decir, es un medio de impugnación que anula una sentencia por errores de juzgamiento, por incorrecta interpretación o aplicación de la ley (*in iudicando*), o cuando el procedimiento se ha sustanciado sin las solemnidades legales establecidas para el trámite del proceso, (*in procedendo*); es decir, como lo señala Alfredo Gozaíni: “[...] quebrando el marco de seguridad jurídica sobre el que debe funcionar y lesionando, consecuentemente, el derecho del contradictorio, es decir, este error comprende las formas de los actos, su estructura externa.”³⁸

Los criterios expuestos son coincidentes con lo que señalaba la derogada Ley de Casación, que concebía a este recurso, como una vía extraordinaria del control de legalidad. La competencia del tribunal se limitaba a revisar la sentencia y determinar si esta afectó o no a principios del derecho, por lo que le estaba vedado valorar el conjunto del litigio y, en especial, los hechos. Además, tenía características especiales en cuanto a su interposición, determinada por el cumplimiento de requisitos de carácter formal, esenciales para su procedencia y cuya inobservancia daba lugar a su inadmisión.

De acuerdo con lo anotado, concluimos que la casación es una etapa más dentro del proceso judicial, que por sus características particulares goza de autonomía e independencia con relación a las instancias inferiores, aunque se halla ligada a ellas por la vigencia del derecho al debido proceso. Su objetivo fundamental es la revisión de la sentencia ejecutoriada en juicios de conocimiento a requerimiento del litigante que invoca error en la aplicación de la ley. Su singularidad se presenta por el cumplimiento

³⁷ Ecuador. Corte Constitucional (Sentencia No. 0205-14-SEP-CC dentro del caso No. 1618-11-EP), en <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>>, consulta 28 de enero de 2018.

³⁸ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Elementos de derecho procesal civil* (Buenos Aires: Ediar Edic., 2005), 418.

de requisitos legales de carácter formal que permiten su admisibilidad; aunque, como lo abordaremos a lo largo de esta tesis, el excesivo formalismo, podría ser superado por una actuación judicial coherente con los principios constitucionales.

3. Funciones y competencia

Es necesario analizar las funciones y competencia de este recurso desde la perspectiva del Estado constitucional de derechos y justicia, que partiendo del respeto a la Supremacía Constitucional, impone a los operadores judiciales la ineludible obligación de aplicar las normas jurídicas (principios y reglas) en pro de alcanzar la defensa de los derechos constitucionales.³⁹.

En sus orígenes, el recurso de casación en el Ecuador tenía como propósitos: la anulación de las sentencias proferidas con violación a las reglas del derecho objetivo y la garantía de la obediencia a la ley (función nomofiláctica); así como la unificación de la jurisprudencia (función uniformadora). Objetivos que con el devenir del tiempo y por la transformación del Estado de derecho a constitucional de derechos y justicia, variaron de manera progresiva, incorporando nuevas realidades jurídicas, las que deben ser analizados a la luz del constitucionalismo contemporáneo.

Las reformas constitucionales de 1992 y la expedición de la Ley de Casación en 1993, cambiaron la concepción tradicional de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de tercera y de última instancia, para transformarse en *tribunal de casación*, por medio de sus salas especializadas. Sin embargo, las funciones principales del recurso no variaron sustancialmente, seguían siendo: la defensa del derecho objetivo

³⁹La terminología respecto de los derechos fundamentales ha sido variada, Scheuner utiliza las siguientes expresiones con connotaciones teórico-estructurales para definirlos: Garantías de libertad, principios de conformación social, elementos de ordenación social, principios constitucionales, barrera (de la libertad de conformación del legislador) objetivo, misión, directriz obligatoria, principios y determinaciones en su contenido institucional-funcional, máximas, determinaciones objetivas, marco, libertades de los derechos fundamentales, objetivos de los derechos fundamentales, participación, derechos sociales, determinación de los fines del Estado, concepciones de fines, vinculación a fines, mandatos legislativos y directrices. Ver U. Scheuner, *Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit*, en *DOV* 1971, 505 ss, citado por Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993), 41.

(nomofilaquia) y la regulación de la interpretación judicial del derecho objetivo por medio de la unificación de la jurisprudencia.⁴⁰

Las atribuciones citadas caracterizaron al recurso de casación durante mucho tiempo; al igual que la imposibilidad de reexaminar en esta fase la totalidad del proceso, en especial, los hechos y las pruebas; circunscribiéndose su análisis a lo que fue motivo y fundamento del recurso, diferenciándose con ello de las funciones que tenían los órganos de instancia, que podían conocer todo el juicio y fallar de acuerdo con las pruebas y su valoración.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia en resolución con fuerza de ley, consideró:

Con el nuevo sistema constitucional vigente, también de la función de defensa de la legalidad, con el principio de la supremacía constitucional impone al juzgador a través del recurso de casación garantizar y tutelar la eficacia real de los derechos constitucionales del recurrente y particularmente su derecho material al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.⁴¹

Con la Constitución actual, compete a la Corte Nacional de Justicia, entre otras, las siguientes funciones:⁴²

- a) El conocimiento de los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley.
- b) La unificación de la jurisprudencia, con el desarrollo del sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración.

Por su importancia para nuestro tema de estudio, a continuación analizamos esta última función.

3.1. La función de unificación de la jurisprudencia (precedentes jurisprudenciales)⁴³

⁴⁰ Andrade, *La casación civil en el Ecuador*, 18.

⁴¹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia (Resolución número 07-2017) 22 de febrero de 2017, en <www.cortenacional.gob.ec>, consulta 20 de mayo de 2017.

⁴² Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. IV “Participación y Organización del Poder”, cap. cuarto, “Función Judicial y justicia indígena”, art. 184, en *RO*, No. 449 (20 de octubre de 2008).

⁴³ Colombia. Corte Constitucional (Sentencia SU074/14, expediente T-3.365.491) en <<https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-527249682>> consulta 28 de enero de 2018. “...es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto

Conforme lo veremos en el capítulo segundo, cuando tratemos del recurso de casación y su adecuación a la jurisprudencia constitucional, competente actualmente a la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de la justicia ordinaria, la potestad constitucional para conocer, sustanciar y resolver el recurso de casación; así como, la función de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales en base a las sentencias emitidas por las salas especializadas, que reiteran por tres ocasiones la opinión sobre un mismo punto de derecho, debiendo remitir los fallos al pleno de la Corte a fin que delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.⁴⁴

En este contexto, resulta oportuno contrastar las opiniones a favor y en contra de la uniformidad de la jurisprudencia como uno de los fines de la casación.

Para Guzmán Fluja, el recurso de casación en materia civil entraña la función de fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de las leyes, creando una línea jurisprudencial unitaria y constante, que permita asegurar el sometimiento del juez a la normativa legal, como garantía de su independencia y para salvaguardar los principios de igualdad y certidumbre jurídica.⁴⁵

Añade el autor y respaldado por el criterio de Piero Calamandrei, que la falta de una línea jurisprudencial puede generar dos tipos de daños, uno *real* al principio de igualdad, al aplicar de manera simultánea una misma norma a dos casos, pero de manera contradictoria; y, uno *potencial*, pues la falta de certeza afecta a casos futuros. Cita que las líneas jurisprudenciales contradictorias y cambios en la línea jurisprudencial sobre una misma cuestión, pueden ser utilizadas por una u otra parte en menoscabo de la propia autoridad del Tribunal Supremo, lo que afecta a la seguridad jurídica y el principio de igualdad; problema al que subyace otro de menor importancia, la priorización del tribunal de buscar la justicia en el caso concreto y no la función uniformadora.

determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla... que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido.”

⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en ROS, No. 544 (9 de marzo de 2009), art. 182. En adelante se cita este Código como COFJ.

⁴⁵ Guzmán, El recurso de casación civil, 99.

En contraposición al criterio señalado, Guasp y De La Rúa, citados por el mismo autor, enuncian su desacuerdo con este planteamiento y niegan a la tarea uniformadora jurisprudencial como función primordial de la casación, por ser un fin extraprocesal; promueven la prevalencia del derecho de los litigantes (*ius litigatoris*), entendido como el derecho al último recurso jurisdiccional y que según la teoría clásica, la satisfacción de las pretensiones del recurrente sirve al interés privado como instrumento para proteger el interés público, eso sí subordinado a la función primordial que es la protección de la norma jurídica.

La función uniformadora favorece extraer cierta previsibilidad del resultado de un fenómeno, lo que constituye un beneficio al interés general de potenciales litigantes, es decir, al crearse una línea jurisprudencial sobre una norma jurídica, los justiciables saben a qué atenerse, pues es previsible el resultado del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso ecuatoriano, los precedentes jurisprudenciales son de cumplimiento obligatorio por todos los órganos de la administración de justicia, incluida la propia Corte Nacional de Justicia. La inmutabilidad de los precedentes en el tiempo debe ser motivo de análisis, pues como lo expone Guzmán Fluja, la línea jurisprudencial no puede variar, sino cuando de manera razonada y adecuada motivación existiera otra línea igualmente unitaria y constante.⁴⁶

3.2.El cambio de funciones a partir del COGEP

La expedición del COGEP introduce importantes cambios en el derecho procesal ecuatoriano, en particular en cuanto a la estructura y funcionamiento de cada proceso, con los que se aspira superar los inconvenientes que durante décadas generó un sistema escrito retrógrado, caracterizado por marcar un camino tortuoso a los litigantes; así como, por vulnerar el principio procesal de celeridad e impedir la realización de la justicia en un tiempo razonable.

Pese a este loable interés, aún existe normativa que conserva rezagos del sistema escrito, así el art. 4 *ibíd.* dispone: “La sustanciación de los procesos en todas las

⁴⁶ Guzmán, *El recurso de casación civil*, 99.

instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito (...),⁴⁷ sin que la misma ley determine en forma expresa cuáles son dichos actos.

Los objetivos que plantea el nuevo esquema procesal son:

1. Desarrollar en la práctica los principios constitucionales, en especial, los de inmediación y celeridad. Sobre el primero, Antonio Alvarez del Cuvillo, señala que en todas las actuaciones procesales significativas, y especialmente, en la práctica de la prueba, es imprescindible la presencia del juez.⁴⁸ Mientras que con relación al segundo, el mismo autor, reconoce que el ejercicio de la acción implica una respuesta judicial rápida y oportuna, porque de lo contrario se pone en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva y la eficacia misma del derecho.⁴⁹
2. Promover la aplicación del principio de oralidad, que adquiere mayor relevancia y es el componente principal de la actividad procesal. “La oralidad como principio legitima la administración de justicia, porque el proceso por audiencias realiza a plenitud los principios procesales de un sistema judicial eficiente, fortalece la democracia y da seguridad jurídica (...).”⁵⁰
3. La sistematización en cinco clases de procesos de los diferentes juicios.⁵¹
4. La incorporación de la tecnología en las diligencias procesales, como la realización de audiencias por videoconferencia u otros medios de comunicación similares.⁵²

A nivel casacional, una de las principales innovaciones que la ley le asigna a la Corte Nacional de Justicia, por medio de sus salas especializadas, es la facultad exclusiva y excluyente para conocer, sustanciar y resolver el recurso de casación; marcándose con ello una diferencia fundamental en relación a lo que establecía la derogada Ley de Casación, que en cambio otorgaba a los jueces provinciales la competencia sobre el análisis de la admisibilidad del recurso y con ello, la posibilidad

⁴⁷ COGEP, art. 4.

⁴⁸ Antonio Alvarez del Cuvillo, *Apuntes de derecho procesal laboral, tema 4, Proceso y procedimiento*, en <rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/6871/Procesal4.pdf?...>

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Pablo Castañeda, *El juicio oral en el COGEP*, en <<https://www.derechoecuador.com/el-juicio-oral-en-el-cogep#PjF0q8EyhTUwgTVr.99>>, consulta 30 de enero de 2018.

⁵¹ COGEP, Libro IV, Procesos.

⁵² COGEP, arts. 4, 41, 86, 116, 174, 192, 293.

de que valoren su propio fallo, (pese a que en la sentencia ya consignaron su opinión sobre el tema de fondo), con la remota posibilidad de que el auto de admisibilidad sea revisado por medio del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia.⁵³ Procedimiento anómalo que a todas luces terminó afectando al derecho constitucional del recurrente de ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente.⁵⁴

Hoy, la sala respectiva de la corte provincial o del tribunal distrital se limita a recibir el escrito de interposición del recurso y verificar que se lo haya presentado dentro del término de diez días, luego de la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración; debiendo remitirlo de inmediato a la Corte Nacional de Justicia.⁵⁵ Sin que los jueces provinciales puedan pronunciarse sobre la validez de la fundamentación del recurrente.

Ya en la Corte Nacional de Justicia, previo sorteo, un conjuer de la sala especializada, por medio del análisis del cumplimiento de los requisitos legales de carácter formal señalados en el art. 267 del COGEP, debe pronunciarse sobre la admisión o inadmisión del recurso a trámite, lo que desde el punto de vista práctico, constituye un avance, en atención a que es el máximo órgano de administración de justicia ordinaria el que resuelve dicha admisibilidad, otorgándoles a las partes procesales mayor garantía en cuanto a un adecuado análisis constitucional y legal.

Al respecto y aunque la norma procesal citada no lo señala, el pronunciamiento judicial en fase de admisibilidad, por mandato constitucional⁵⁶ y legal⁵⁷ debe ser

⁵³ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (Resolución N° 450-98, juicio N° 160-98) en *RO*, No. 84 de miércoles 9 de diciembre de 1998, 17.

⁵⁴ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. II “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de protección”, art. 76.7 literal k, en *RO*, No. 449 (20 de octubre de 2008).

⁵⁵ COGEP, art. 269.

⁵⁶ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. II “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de protección”, art. 76.7 literal l, en *RO*, No. 449 (20 de octubre de 2008).

⁵⁷ Al respecto, véase COGEP, art. 89. Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación. COFJ, art.130. FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

debidamente motivado; es decir, se requiere la debida explicación del criterio jurídico adoptado, exponiendo las razones o fundamentos en derecho en los que se basa la decisión.

Sobre ello, nuestra Corte Constitucional señaló: “[...] la motivación como garantía del debido proceso busca asegurar que las decisiones judiciales y en general todas las resoluciones de los poderes públicos a más de enunciar los hechos, las normas y confrontarlos entre sí, sea el resultado de la aplicación de la lógica y de la argumentación jurídica.”⁵⁸ Sin embargo, esta cita resulta incompleta por los siguientes razonamientos:

En primer lugar y como la misma Corte lo ha resuelto, la motivación no se agota en la referencia a disposiciones jurídicas y antecedentes del caso, su:

Objetivo sustancial es determinar las razones por las cuales se acepta o se niega las pretensiones de las partes procesales, para de este manera garantizar a los justiciables una sentencia o resolución que no sea producto de la arbitrariedad, sino que en ella conste una interpretación y aplicación de normas del ordenamiento jurídico con sujeción a los preceptos y principios constitucionales.⁵⁹

Entonces, una coherente motivación constitucional parte de una adecuada interpretación y aplicación de la norma infraconstitucional en correlación con el texto constitucional, es decir debe existir armonía y vinculación entre la ley y la Constitución.

En segundo lugar, además de la lógica, son la razonabilidad y la comprensibilidad,⁶⁰ elementos sustanciales que componen esta garantía; más aún, cuando el incumplimiento del requisito de motivación es causal para la interposición del recurso de casación (sobre ello lo ampliaremos más adelante al analizar las causales de casación en el COGEP). Por lo que, necesariamente deben concurrir estos tres elementos para considerar que existe una motivación pertinente.

De lo expuesto, concluimos que tanto la jurisprudencia constitucional citada, como la nueva regulación procesal legal, imponen al conjuez una labor judicial más objetiva y coherente, que debe fundamentarse en la expedición de un auto debidamente

⁵⁸ Ecuador. Corte Constitucional (Sentencia No. 038-16-SEP-CC dentro del caso No. 1156-14-EP), en <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>>, consulta 6 de septiembre de 2017.

⁵⁹ Ecuador. Corte Constitucional (Sentencia No.009-14-SEP-CC dentro del caso No. 0526-H-EP), en <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>>, consulta 20 de enero de 2018.

⁶⁰ Al respecto, véase sentencia No. 007-17-SEP-CC, caso N.º 1630-13-EP dictada por la Corte Constitucional para el periodo de transición, en <https://www.corteconstitucional.gob.ec>, consulta 20 de enero de 2017.

motivado, en el que prime el respeto a los preceptos constitucionales, discerniendo la existencia de un interés casacional objetivo,⁶¹ frente al carácter puramente formalista del recurso; de ahí, que su examen constituye uno de los puntos más trascendentales del actual modelo procesal en lo que atañe a la fase de admisibilidad del recurso de casación, ya que de su pronunciamiento depende que este prosiga y pase a fase de resolución.

En el caso de que el congreso inadmita a trámite el recurso, el COGEP establece la posibilidad de interponer exclusivamente los recursos de aclaración o ampliación;⁶² los que, sin embargo, no habilitan una modificación de lo sustancial y, por tanto, no existiría sentencia de mérito, con lo que el fallo recurrido quedaría en firme y estaríamos ante una posible afectación al derecho al debido proceso y dentro de él a la garantía prevista en el art. 76.7 literal m de la Constitución relativa al principio del doble conforme; así como, al derecho a la seguridad jurídica que prevé que las normas que forman parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas con claridad y además ser públicas.

Ante esta circunstancia, consideramos que bien podría interponerse la acción extraordinaria de protección, por tratarse de una actuación judicial definitiva, es decir, pone fin al proceso y además por existir vulneraciones al derecho constitucional al debido proceso y a la seguridad jurídica que se ven afectados por el actuar judicial.

De admitirse a trámite, el expediente pasa a la sala especializada que convocará a audiencia única, en la que el tribunal de la sala oír a los sujetos procesales.⁶³ Sobre este punto es importante aclarar que el COGEP no ha previsto lo que, en cambio sí contemplaba la derogada Ley de Casación en su art. 13 respecto a que admitido a trámite el recurso, se corría traslado a los otros sujetos procesales para que lo contesten de manera fundamentada dentro del término de cinco días. Omisión legal que afecta lo dispuesto en el art. 76.7 literales a, b y c de la Constitución, que establecen como garantía del derecho a la defensa, la de no ser privado de ella en ninguna etapa o grado del procedimiento, así como a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

⁶¹ Sobre el tema véase, Javier Latorre Beltrán, *Preguntas y Respuestas sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, <www.sepin.es/cronus4plus/documento>, consulta 13 de marzo de 2017.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ COGEP, art. 272.

En nuestra opinión, ante esta anomia, el tribunal debería aplicar lo dispuesto en el art. 29 inciso tercero del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone:

Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que:
Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.
Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas [sic], con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.⁶⁴

En garantía del derecho a la defensa y a la igualdad, el tribunal de casación, amparado en la norma legal transcrita, debería permitir que en la misma audiencia se dé contestación a la fundamentación del recurso en la forma determinada en el art. 168 de la Constitución.

Por último, en la misma audiencia y dependiendo de los vicios que se encuentren en la sentencia inferior,⁶⁵ el tribunal debe dictar el fallo que corresponda;⁶⁶ podría declarar la nulidad de lo actuado y devolver el proceso al juez inferior para que lo sustancie desde el momento en que se provocó la nulidad o bien podría la Corte dictarla directamente.

Con la finalidad de complementar lo expuesto, a continuación citamos los requisitos formales que debe contener el escrito de fundamentación del recurso que constan en el art. 267 del COGEP, mientras que los sustanciales se hallan desarrollados en el art. 268 del mismo texto normativo, como lo veremos más adelante.

Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y contendrá 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.⁶⁷

⁶⁴ COFJ, art. 29.

⁶⁵ COGEP, art.273.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ COGEP, art. 267.

4. Las causales de casación en el COGEP

Como lo explicamos antes, el recurso de casación tiene particularidades que la ley le asigna intencionalmente para evitar que todos los juicios escalen hasta la Corte Nacional en un camino que, a lo mejor, podría resultar demorado y con costos significativos para las partes (como históricamente sucedió). Selectividad que se ha verificado en el hecho que este recurso debe plantearse de manera técnica y por las causales específicas establecidas en la norma adjetiva; con las salvedades que analizaremos más adelante.

Con relación a las causales, debemos señalar que con ciertas modificaciones textuales, estas fueron reordenadas en el COGEP a cómo se encontraban en la Ley de Casación;⁶⁸ conforme así lo detallamos en el siguiente cuadro:

Ley de Casación	Código Orgánico General de Procesos
Art. 3 “causales”:	Art. 268: casos:
1	5
2	1
3	4
4	3
5	2

Los cambios señalados, si bien, nos ayudan a distinguir mejor los efectos jurídicos de cada una de las causales; sin embargo, en la parte sustancial no encontramos mayores diferencias, más bien, en términos generales existe una ratificación de su contenido, constan en el art. 268 del COGEP, así:

Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

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.

⁶⁸ Ecuador, *Ley de Casación*, en *RO*, No. 192 (18 de mayo de 1993), art. 3.

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 cumplan el requisito de motivación.
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.
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.
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.⁶⁹

El COGEP ratifica como causal de casación, a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo. Antes, aquella se situaba como causal primera en el art. 3 de la Ley de Casación. Involucraba la transgresión directa de las normas de derecho material; así como, los precedentes jurisprudenciales obligatorios que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

Sobre esto último, es importante puntualizar que las líneas jurisprudenciales que se crean a partir de los fallos de triple reiteración (que tienen el carácter de obligatorio y vinculante), deben ser debidamente resguardadas; de ahí que las resoluciones del juez *aquo* atentatorias a los precedentes, pueden ser recurridas en casación, lo que constituye un mecanismo idóneo para garantizar que la uniformidad de las sentencias sean respetadas y subsecuentemente no se afecte la función uniformadora en la interpretación de la ley. Concluiremos que, por medio de esta causal, se procura lograr que los fallos generen certeza, seguridad jurídica y permitan la vigencia del principio constitucional de igualdad.

Refiriéndonos a la actual causal cuarta (tercera en la Ley de Casación) conocida en el ámbito doctrinario como de violación indirecta de la norma sustantiva; esta deviene de la inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de las normas relativas a la valoración de la prueba que conducen a una equivocada aplicación o inaplicación de las normas de derecho “sustantivo” en el fallo impugnado. Al respecto, el casacionista en la fundamentación del recurso debe determinar con claridad el error

⁶⁹ COGEP, art. 268.

de derecho, pues nuestro sistema no admite el error de hecho en la valoración de la prueba como causal de casación.⁷⁰ Aunque, como lo veremos más adelante, este criterio jurisprudencial se ve afectado por la resolución 017-2017 de la Corte Nacional de Justicia que posibilita el reexamen de los hechos.

Sobre ello, la jurisprudencia del máximo órgano de justicia ordinaria estima que el recurrente debe lograr una adecuada motivación, por medio de una proposición jurídica completa sobre la violación indirecta, señalando tanto la norma relativa a la valoración de la prueba inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; así como, la norma de derecho sustantivo que a causa del vicio en la aplicación de las normas de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada.⁷¹

La obligación legal del casacionista, al fundamentar el recurso por la causal de violación indirecta, presupone el cumplimiento del análisis jurídico de la afectación a las normas valorativas de la prueba y su vinculación necesaria con la vulneración a la ley sustantiva. De ahí, que la fundamentación parcial o limitada a uno de los elementos citados, resulta incompleta y determinará la inadmisión del recurso por la omisión de requisitos de carácter formal; así como, impediría obtener del tribunal una resolución de mérito.

Con relación al tema, los magistrados de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia, explicitaron los casos en los que puede operar esta causal. La sala estimó que el juez *aquo yerra*:

1. Cuando valora las pruebas que han sido introducidas al proceso sin los requisitos legales necesarios para ello, por ejemplo, luego de concluido el término de prueba. En este caso, simplemente, no hay prueba legalmente producida y, en consecuencia, es procesalmente inexistente (art. 121 del Código de Procedimiento Civil).
2. A la inversa, cuando el juez considera ilegalmente actuada una prueba y la desecha; no obstante, haber sido introducida al proceso en forma legal (art. 121 ibídem).
3. Cuando el juez valora una prueba que la ley prohíbe en forma expresa, por ejemplo, si valora la prueba testimonial de un extranjero que ignora el idioma castellano traducida por un intérprete que es menor de edad (art. 270 del Código de Procedimiento Civil).
4. Cuando la ley requiere de un medio probatorio específico para la demostración de un hecho y el juez acepta otro que no está previsto, como es el caso de la

⁷⁰ Andrade, *La casación civil*, 150.

⁷¹ Ecuador. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 276-09 dentro del juicio No. 231-2006), en Gaceta Judicial, No. 7, 18 de junio de 2009.

prueba del estado civil de casado, divorciado, viudo, padre adoptante o adoptado que se debe probar con las respectivas copias tomadas del Registro Civil.⁷²

Por medio de una adecuada labor argumentativa y hermenéutica, incluso citando ejemplos, los Magistrados de la antedicha sala, desarrollaron criterios judiciales bastante claros, objetivos y acertados, con los que, no solo se enriqueció a la cultura jurídica, sino principalmente se le brindó al juez inferior de elementos específicos para su aplicación en la actividad judicial diaria.

5. La resolución 017-2017 de la Corte Nacional de Justicia

Hemos considerado oportuno analizar esta resolución, principalmente por dos motivos, el primero relacionado con los efectos jurídicos que se generan a partir de la sentencia del tribunal casacional respecto a la causal primera y su diferenciación con el resto de causales; y, la segunda vinculada con la posibilidad que tendría el tribunal casacional para reexaminar de manera íntegra el proceso, entonces ¿existe un retorno a la tercera instancia?

En el anhelado propósito de garantizar y tutelar la eficacia real de los derechos constitucionales en sede casacional, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, encuentra la razón principal, para expedir esta resolución; sin embargo y adelantándonos a las conclusiones de este apartado, habrá que esperar a ver si en la práctica se consigue el objetivo deseado o a lo mejor se generan confusiones innecesarias con resultados que afecten derechos ciudadanos, en especial la seguridad jurídica y el debido proceso; mucho dependerá del análisis constitucional que realicen los jueces en este nivel, tanto en el auto de admisión del recurso, como al dictar sentencia de mérito.

La mentada resolución abre la posibilidad para que, a partir del accionar y resolución que adopte el órgano casacional, se produzcan efectos disímiles en relación a las distintas causales establecidas en el art. 268 del COGEP, así:

⁷² Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 83-99 dentro del juicio No. 170-97), en <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/>>, consulta 26 de junio de 2017.

Según la resolución que analizamos, casada la sentencia por la causal primera del art. 268 del COGEP, esto es la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales con la consecuencia de viciar el proceso de forma insubsanable, el proceso se devuelve al juzgado o tribunal de origen para que tramite la causa desde el momento en que se generó dicha nulidad.

Si la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia casa la sentencia por la causal prevista en el numeral 2, le corresponde al órgano judicial dictar una sentencia sustitutiva “en mérito de los autos” (expresión jurídica que según la misma resolución es sinónimo de lo alegado y probado); pudiendo en este caso, corregir los vicios que afecten la constitucionalidad y legalidad; pero además, podrá analizar el proceso en su conjunto; es decir, la demanda, la contestación, las excepciones y principalmente una nueva valoración de las pruebas y los hechos, sin ninguna limitación.

Casada la sentencia, en aplicación del numeral 3 del art. 273 del COGEP, los jueces y juezas del tribunal de la sala especializada de casación correspondiente, verificada la ocurrencia del vicio, dictarán una nueva sentencia “en mérito de los autos” subsanando el error de derecho y reemplazando los fundamentos jurídicos errados por los adecuados, según corresponda.

Si la sentencia fuere casada por falta de motivación, el tribunal de la sala especializada de casación dictará sentencia con la debida motivación en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 76 numeral 7 literal I de la Constitución.

Ahora bien, esta facultad otorgada al tribunal casacional para reexaminar el proceso en su conjunto, contradice el criterio vinculante mantenido por la Corte Constitucional, respecto a que las autoridades jurisdiccionales competentes para el conocimiento y resolución del recurso de casación, no pueden valorar por segunda vez las pruebas ni analizar el contenido de informes periciales;⁷³ ya que aquello es competencia privativa, exclusiva y excluyente de las autoridades judiciales de instancia.

En nuestro criterio, la resolución intenta explicar los alcances del art. 273 del COGEP, pero en su intención, desarrolla un criterio jurídico errado, otorgándole una significación desmedida a la frase “en mérito de los autos”, con la que el tribunal, casada la sentencia, podría reexaminar todo el proceso judicial, desnaturalizando de esta

⁷³ Ecuador. Corte Constitucional (Sentencia No. 038-16-SEP-CC dentro del caso No. 1156-14-EP), en <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>>, consulta 6 de septiembre de 2017.

manera no solo el carácter formal del recurso, sino fundamentalmente sus objetivos que lo han caracterizado como un recurso extraordinario que procura el control del derecho objetivo en los fallos recurridos y la unificación de la jurisprudencia.

Este primer capítulo de nuestra tesis nos ha permitido abordar, aunque en forma bastante general, aspectos relevantes del recurso de casación, como sus orígenes y evolución histórica, su definición etimológica y su carácter extraordinario, además hemos revisado las innovaciones que incorpora el COGEP sobre el recurso, tanto en la parte procedimental, como en el reordenamiento y los efectos jurídicos de las causales de casación; para concluir con un análisis sucinto de la resolución 017-2017 y las complicaciones que podría generar.

Este abordaje breve, pero necesario, nos permitirá en el capítulo siguiente contar con elementos básicos para comprender en forma objetiva la evolución de este instituto jurídico en el marco del Estado constitucional de derechos; así como, la influencia preponderante que representa la defensa de los derechos constitucionales en el órgano judicial.

Capítulo segundo

Rol de los juzgadores de casación en el marco de la defensa de los derechos constitucionales

Conforme lo analizamos en el capítulo anterior, al recurso de casación históricamente se le asignó el control del derecho objetivo, por medio de la revisión de los errores *in iudicando* e *in procedendo*; así como, la unificación de la jurisprudencia con el desarrollo de precedentes jurisprudenciales, fundamentados en fallos de triple reiteración. Sin embargo, con la redefinición del Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia, se plantean cambios conceptuales y nuevas realidades jurídicas, principalmente, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.⁷⁴

El recurso de casación no es ajeno a estas transformaciones y aunque conserva sus objetivos, estos deben reorientarse en función de la defensa de los derechos. De ahí, la necesidad de que el tribunal realice preeminentemente un control de constitucionalidad del fallo recurrido y solo a partir de ello, emprender en la defensa del derecho objetivo o nomofilaquia; más aún, cuando el fin del proceso judicial es la efectividad de los derechos sustanciales y la principal función de los jueces garantizar esa finalidad.

Sobre la base de lo anotado, nuestra investigación en este capítulo se centrará en analizar los casos específicos en fase casacional en los que es posible el control judicial de constitucionalidad; estudio que lo realizaremos a la luz del marco normativo constitucional y legal; así como, apoyándonos en criterios doctrinarios y el aporte de fallos jurisprudenciales atinentes al tema.

Con el fin de alcanzar una comprensión objetiva de lo señalado, previamente revisaremos los principios de supremacía constitucional y de aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y la necesidad de su consideración e incorporación en el recurso de casación.

⁷⁴ Al respecto, véase Vicente Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 53-55.

1. El principio de supremacía constitucional y su vinculación con el recurso de casación

En nuestro país, este principio aparece en el artículo 73 de la Constitución de 1830, pero sin la claridad ni la precisión requerida. En él se señala: “Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución.”⁷⁵ Este texto se mantuvo sin mayores modificaciones en las Constituciones subsiguientes,⁷⁶ salvo aquella prevista en el art. 111 de la Constitución Política de 1843, que amplió lo dispuesto en la Carta Magna de 1830, incluyendo a los decretos [...] que haya expedido, o expida la presente Convención.⁷⁷

En la Constitución de 1897 se establece, por primera vez, y en forma categórica “El Principio de la Supremacía Constitucional”, determinando que: “La Constitución es la Suprema Ley de la República y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción, o se apartaren de su texto no surtirán efecto alguno.”⁷⁸ Principio que fue ratificado en la Constitución Política de 1906, así como en la de 1929, aunque en esta última se introduce como parte del mismo, “La obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, es ajustar sus actos a la Constitución, cumpliendo y haciendo cumplir sus disposiciones, en lo que le corresponda; pero no podrá negarse a cumplir o aplicar las leyes, invocando que son inconstitucionales.”⁷⁹

A partir de las disposiciones constitucionales citadas, podemos establecer que desde la primera Constitución expedida en el Ecuador, se ha reconocido la existencia de

⁷⁵ *Constitución Política de la República del Ecuador* (1830), tít. IX, “De la Observancia y reforma de la Constitución”, art. 73, <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>, consulta 1 de septiembre de 2017.

⁷⁶ Al respecto, véase la *Constitución Política de la República del Ecuador* de 1845, 1851, 1852 y 1861.

⁷⁷ *Constitución Política de la República del Ecuador* (1843), tít. XVIII, “De la Observancia y reforma de la Constitución”, art. 111, <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>, consulta 2 de septiembre de 2017.

⁷⁸ *Constitución Política de la República del Ecuador* (1897), tít. XI, “De la Supremacía de la Constitución”, art. 132, <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>, consulta 1 de septiembre de 2017.

⁷⁹ *Constitución Política de la República del Ecuador* (1929), tít. XIV, “De la Supremacía de la Constitución y de su reforma”, art. 162, <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>, consulta 2 de septiembre de 2017.

este principio, así como la sujeción del poder público a la Constitución. Sin embargo, en su gran mayoría esta normativa sirvió solo para ser invocada líricamente, es decir, sin concretarse en la realidad una aplicación del texto Constitucional por parte de los operadores judiciales, así como su distinción y prevalencia sobre el resto de fuentes del derecho, en particular la ley.

En palabras de Ramiro Ávila, aquello obedece al modelo de Estado legislativo que nos rigió durante el siglo XIX, caracterizado por la sujeción a la ley en sentido estricto. Sistema en el que los derechos se constitucionalizan, pero solo de manera teórica, ya que no se desarrollan normas jurídicas constitucionales que vinculen al juez, ni garantías para su efectivización, incluso la vulneración a derechos constitucionales en sentencias y autos quedan impunes por la ausencia de la acción extraordinaria de protección, que recién se la introduce en el texto constitucional de 2008.⁸⁰

Con la Constitución de Montecristi se marca la evolución del Estado legal al Estado Constitucional de derechos y justicia;⁸¹ se plantea un diseño constitucional concebido para salvaguardar los derechos constitucionales (personales o colectivos), con mecanismos institucionales y técnicas normativas para asegurar su reconocimiento, promoción, vigencia y garantía. Además, se procura un cambio social, una transformación política para reinstitucionalizar al Estado, con sujeción del poder estatal a elementos constitutivos, derechos, garantías; siempre conservando la seguridad jurídica y la supremacía constitucional.

El principio de superioridad de los preceptos constitucionales se halla consagrado en el art. 424 de la Constitución en los siguientes términos:

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.⁸²

⁸⁰ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador, el estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011)121.

⁸¹ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. I, “Elementos Constitutivos del Estado”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 1 ([Quito]: RO, No. 449, 2008):8.

⁸² *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. IX “Supremacía de la Constitución”, cap. primero, “Principios”, art. 424, en RO, No. 449 (20 de octubre de 2008).

A partir de la norma citada, podemos entender que el éxito del concepto de control judicial de constitucionalidad, radica en el reconocimiento de la existencia de una estructura jerárquica normativa que tiene en su vértice a la Constitución, la que ha dejado ser una mera norma programática y un catálogo de principios, para convertirse en la matriz en la que se basa toda la unidad del orden jurídico y que “pese a las múltiples transformaciones que ha sufrido [...] ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento.”⁸³

El nuevo modelo de Estado, presupone la presencia de un principio de superioridad dentro del ordenamiento jurídico, la Constitución, cuya razón fundada es la defensa de los derechos; por lo que para garantizar su efectiva vigencia, se requiere de la implementación de una legislación secundaria que los desarrolle de manera progresiva; tarea que en nuestro país empezó con la incorporación de este principio en varios textos legislativos, como lo ampliamos en líneas siguientes.

En el COGEP de reciente data, bajo el precepto de armonizar el sistema procesal a las normas constitucionales y legales, se establece la aplicación en todas las actividades procesales de los principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en este cuerpo normativo, bajo el principio de la oralidad y la unificación de todas las materias (excepto la constitucional, electoral y penal).⁸⁴

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su considerando tercero, resalta la necesidad de ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, con el fin de garantizar la vigencia de los derechos humanos, de la naturaleza y la supremacía constitucional.⁸⁵

Es importante que la legislación secundaria vaya desarrollando este principio constitucional (aunque sea de manera paulatina); pero el verdadero desafío es que se lo cumpla en el terreno de la práctica de ahí, la necesidad de su incorporación en la parte

⁸³ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3764308.pdf>> consulta 30 de mayo 2017

⁸⁴ COGEP, art.2.

⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en *RO, Segundo Suplemento*, No. 52 (22 de octubre de 2009), considerando tercero. En adelante se cita a esta ley como LOGJCC.

motiva de los fallos, por medio de una adecuada argumentación de los operadores judiciales, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones cuyo estudio lo ampliaremos después.

Ahora bien, este principio en fase casacional tenemos que analizarlo sobre la base de las siguientes consideraciones:

En primer lugar el reconocimiento de la preeminencia de la Constitución sobre el resto de fuentes del derecho, en especial, la ley, la que no ha perdido validez, pero,

[...] ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Esta dimensión sustantiva exige a los jueces en la identificación y aplicación del derecho, emprender una actividad evaluativa y crítica de las leyes que consiste en acomodar su significado a la Constitución o, en caso de que esta acomodación ya no sea posible, denunciar su inconstitucionalidad.⁸⁶

Entonces, es parte de la tarea del tribunal de casación el examen de constitucionalidad de las normas aplicables al caso concreto, lo que hace parte del principio de fuerza normativa y de supremacía constitucional, de ahí que “Si la autoridad jurisdiccional establece contradicción entre la norma secundaria con algún precepto constitucional no puede declarar esa inconformidad y según el art. 428 de la Constitución, debe remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional.”⁸⁷

En segundo lugar, la influencia directa que tiene este principio en la actuación del tribunal de casación, el mismo que se ve abocado a realizar, en primer lugar, un examen objetivo de los cargos alegados por el recurrente respecto a la vulneración de disposiciones constitucionales y, de manera ulterior, las afectaciones a la normativa infraconstitucional; claro está que esta tarea demanda un mayor esfuerzo del tribunal de casación, en cuanto a privilegiar un análisis constitucional y legal del fallo recurrido, verificando que las normas legales aplicadas en la sentencia por el tribunal de instancia guarden coherencia con los principios constitucionales y, en especial, no afecten derechos fundamentales.

Pese a lo anotado, en algunos fallos de casación como el que a continuación citamos, no se cumplen los condicionamientos señalados y persiste en jueces ponentes

⁸⁶ María Iglesias Vila, *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrusola*, edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Madrid: Editorial Trotta, 2005, 2009), 78.

⁸⁷ Rafael Oyarte Martínez, *Derecho Constitucional*, 2ª. ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones), 1023.

la inobservancia e inaplicación de este principio, lo que demuestra que aún existe una concepción anacrónica del texto constitucional, que conlleva una clara afectación al derecho a la tutela judicial efectiva. En este caso, la sala expuso:

En cuanto a la vulneración del artículo 76 numerales 1 y 7 literal D) del texto constitucional, esta disposición ha sido acusada en forma independiente al recurso, esto es, sin sustentarla en alguna de las causales que contempla el artículo 3 de la Ley de la materia, lo cual es improcedente, pues nuestro sistema de casación no contempla la posibilidad de endilgar infracciones de normas constitucionales, si tal acusación, a su vez, no se sustenta o encasilla dentro de la causal o causales que correspondan al caso, privando a este Tribunal de los elementos necesarios para realizar el estudio del cargo acusado, por lo que se lo desecha.⁸⁸

Manifestamos nuestro desacuerdo con este planteamiento, por ser atentatorio a una de las razones de ser de la casación en el Estado actual, *la protección de los derechos constitucionales*, en cuya defensa, es posible deducir este recurso; el que, además, constituye un filtro ante la potencial presentación de la acción extraordinaria de protección.

Concluimos este apartado, aclarando que la Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores; por ello, para asegurar la efectividad de sus disposiciones en sede casacional, corresponde al tribunal de casación interpretar la normativa secundaria a la luz de la Carta Magna; así como, alcanzar en sus fallos una adecuada motivación sobre la base de la aplicación del principio de “supremacía constitucional” y el derecho internacional de los derechos humanos, “(...) cuya fuerza normativa puede llegar a ser igual o superior a la de la propia Constitución, siempre que sus normas sean más favorables para la protección de las personas.”⁸⁹

Mientras aquello no ocurra, corremos el riesgo de que los postulados constitucionales no alcancen su verdadero objetivo: “la protección de los derechos del ciudadano”, cuya defensa comporta no solo la aplicación del derecho de acuerdo con el principio de la jerarquía normativa, sino también su extensión a otras fuentes, como lo explicamos a continuación.

⁸⁸ Ecuador. Sala especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, (Resolución No. 213-2012 dentro del juicio No. 121-2012), en *ROS*, No 15 (26 de abril de 2016).

⁸⁹ Daniela Salazar Marín, “La acción por incumplimiento como mecanismo de exhibición de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador,” *Iuris Dictio: Revista de Derecho del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, año 13, No. 2, vol. 15 (enero- junio 2013): 112.

2. Los tratados internacionales de derechos humanos como fuentes del derecho en el recurso de casación

Antes de abordar el tema planteado y para que no existan lecturas contradictorias, precisamos advertir que la jerarquía normativa como principio constitucional se halla reconocida en el art. 424 inciso primero de la Constitución; sin embargo, la misma norma en su inciso segundo equipara a la Ley Suprema con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, asignándoles a ambos textos igual nivel y prevalencia sobre el resto de normas jurídicas o actos del poder público.⁹⁰

Ya entrando en materia, el Ecuador en 1969 suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención o Pacto de San José), convirtiéndose en parte de este tratado internacional y comprometiéndose a aplicarlo en su ordenamiento interno. Además, al igual que el resto de Estados partes, asumió la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y sin discriminación alguna.”⁹¹

Sobre el tema, Claudia Storini realiza un análisis bastante esclarecedor. Ella sostiene:

[...] la operatividad y eficacia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, más en general, de todos los instrumentos internacionales cuyo objetivo es la garantía de estos derechos, es condicionada a la adopción por parte de los Estados de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos protegidos. En el desarrollo de esta labor los tribunales nacionales tienen un rol protagónico ya que, en primer lugar, en virtud de la misma subsidiariedad el acceso a los órganos internacionales de protección está sujeto al previo agotamiento de los recursos internos y, en segundo lugar, porque son estos órganos, en última instancia, los llamados a poner en práctica las decisiones vinculantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁹²

⁹⁰ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. IX “Supremacía de la Constitución”, cap. primero, “Principios”, art. 424, en *RO*, No. 449 (20 de octubre de 2008).

⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 1.1.

⁹² Claudia Storini, “Efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”, *Foro: Revista de derecho*, No. 11 (II semestre de 2009): 57.

Entendemos que las “medidas necesarias” a las que se refiere la autora, pasan por:

1. La obligación estatal de introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento y la efectividad de las obligaciones asumidas, implementando reformas legislativas que adecuen su normativa de acuerdo con los derechos y garantías establecidos en la Convención y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH); y,
2. El papel prevalente que adquieren los órganos de justicia nacional y de manera especial el tribunal de casación, como garantes de la aplicación de los derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la CIDH en los fallos y decisiones que adopten en su respectiva jurisdicción; entonces y como lo señala Manuel E. Ventura Robles:

[...] es en el campo de la administración de justicia donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real en el los ámbitos internos e internacionales de protección.⁹³

La efectividad y vigencia de los derechos constitucionales en el ámbito judicial, parte de la consideración y aplicación de la jurisprudencia de la CIDH por parte de los tribunales de justicia local; acción que se halla determinada por dos motivos:

1. La tutela de los derechos humanos, no puede quedar al arbitrio exclusivo de los jueces nacionales, pues reconocemos a la comunidad internacional en su legítimo rol de complementariedad; y,
2. Por el valor hermenéutico que los tribunales nacionales y en particular el de casación deben otorgarle en sus sentencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁹⁴

En el caso ecuatoriano, esta consideración no es del todo evidente; los fallos de nuestros jueces (en especial los de primer nivel) reflejan de manera incipiente la inclusión de la normativa convencional y jurisprudencial de derechos humanos. De ahí

⁹³Manuel E. Ventura Robles, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad” (ponencia, “Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho”, San José, 10 de agosto de 2005).

⁹⁴Ibíd., 11.

la urgencia de que la Corte Nacional de Justicia como cabeza de la justicia ordinaria asuma el papel protagónico y un compromiso serio frente a la apremiante necesidad de la efectivización del derecho supranacional, el que debería influenciar cada vez más en las resoluciones de los administradores de justicia.

Ahora bien, entre aquellos derechos protegidos por la Convención y relevantes para el tema en análisis, tenemos el relativo a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25), entre los primeros el numeral 2h, establece:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.⁹⁵

Con relación a esta cita convencional, consideramos que si bien la norma señalada establece el derecho de recurrir el fallo, como parte de las garantías mínimas en un proceso de carácter penal, el art. 25 en cambio aclara el alcance del mismo, cuando determina que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.⁹⁶

Entonces, el derecho de recurrir constituye una garantía reconocida tanto en la normativa internacional de derechos humanos, como también en nuestra Constitución; por ello, la obligación positiva del Estado es conceder a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos constitucionales; por lo tanto, es por entero aplicable en todos los procedimientos y no solo en el ámbito penal.

Sobre aquello, la CIDH en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, resolvió:

El Tribunal ya se refirió a las obligaciones que impone a los Estados el artículo 2 de la Convención Americana (supra párrs. 290 a 303). Asimismo, en esta Sentencia la Corte estableció que los recursos de casación interpuestos a favor de Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández, César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, con base en los artículos 474 del Código Procesal

⁹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art.8.2h.

⁹⁶ *Ibíd.*, art. 25.

Penal de la Provincia de Mendoza y 456 del Código Procesal Penal de la Nación, respectivamente, fueron denegados porque lo que se procuraba era una revisión de cuestiones fácticas y probatorias, entre ellas, la imposición de la prisión y reclusión perpetuas, que de conformidad con las disposiciones señaladas no eran procedentes. El Tribunal también resolvió que de la literalidad de las normas pertinentes, a través del recurso de casación no es posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias (supra párr. 253) por un tribunal superior. *Por lo tanto, la Corte estimó que el Estado violó el derecho reconocido en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana*, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las víctimas ya mencionadas.⁹⁷ (Énfasis añadido).

Para concluir, debemos aclarar que el Ecuador al ser parte de la Convención, tiene la obligación de respetar los derechos reconocidos en ella, así como la jurisprudencia de la CIDH; correspondería entonces al Estado modificar su normativa interna y adecuarla a las disposiciones de la Convención; así como, deberían los órganos judiciales nacionales de manera recurrente incluir en la parte motiva de sus fallos las consideraciones y resoluciones de la CIDH.

3. La aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales en fase casacional

La reforma constitucional de diciembre de 1992 que transformó a la Corte Suprema de Justicia del Ecuador de corte de tercera instancia a tribunal de casación y como tal, en el órgano judicial de mayor jerarquía en todas las materias, constituyó un importante avance en el derecho ecuatoriano, en razón de que modificó la estructura jurídica del país y, además, porque pretendía un cambio en los hábitos y responsabilidades de los jueces y magistrados, de por sí apegados a la tradición y al formalismo legal durante muchos años.

La institucionalización del recurso de casación y la supresión de la tercera instancia,⁹⁸ “[...] fue la fórmula escogida por el legislador ecuatoriano, junto con otras

⁹⁷ *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, caso Mendoza y otros vs. Argentina

⁹⁸ En el año 1993 se suprimió la tercera instancia y se dio paso a otra forma de examen, que es el que trajo consigo el recurso de casación, en la Ley de esta materia que fue publicada en *RO*, No. 192 del 18 de mayo de dicho año y luego codificada para ser publicada en *ROS*, No. 299 del 24 de marzo del 2004.

medidas legislativas, con el objeto de lograr que la Ley se aplique de manera general y uniforme, en todos los distritos, y en todos los casos, de manera recta y verdadera.”⁹⁹

Esta transformación trajo consigo la determinación precisa de los objetivos del recurso de casación, así:

1. La defensa del derecho objetivo, *ius constitutionis* o función nomofiláctica velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación.

2. La protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (*ius litigatoris*), cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento; y,

3. El desarrollo del sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración. Las sentencias dictadas en idéntico sentido y relativas a un mismo punto de derecho que se reiteraban por tres ocasiones, cobraban fuerza vinculante en lo atinente a la interpretación y aplicación de las leyes por parte de todos los órganos judiciales, con excepción de la propia Corte Suprema que podía apartarse del precedente (aquello fue modificado por la Constitución de Montecristi, como lo abordaremos más adelante).

A los objetivos señalados, la Constitución de 1998 añade un elemento más, la aplicación directa de la norma suprema en todas las instancias y, por ende, en fase casacional; con lo que, si bien, se da un primer paso con la incorporación de este principio dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, lamentablemente, en la práctica este no fue del todo evidente y no se obtuvo mayores resultados, en especial, por la influencia en la administración de justicia del Estado legalista que nos regía en aquella época, caracterizado por la jerarquización de la ley sobre el resto de fuentes del derecho.

Con la Constitución de 2008 se busca superar las limitaciones ya señaladas, principalmente con la ratificación del principio de la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías constitucionales (aun sin desarrollo legislativo); así como, con la inclusión de las garantías jurisdiccionales como mecanismo para asegurar la debida protección y la defensa de los derechos constitucionales; y, el establecimiento de las condiciones para que la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y los fallos de la

⁹⁹ César Coronel Jones, “La Casación estudio introductorio”, Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, (21 de septiembre de 1993), versión digital.

Corte Constitucional tengan carácter vinculante. Sin embargo, en la praxis no se obtuvo un resultado del todo concreto; en especial, porque no existe un criterio judicial coherente, objetivo y una concepción real de este principio, que se evidencia en la actitud aun legalista en sentido estricto de algunos jueces, así como por la escasa difusión del tema en el seno de la cultura jurídica ecuatoriana.

Es importante señalar que la aplicación directa de los derechos y conforme lo ha señalado María Catalina Botero, es posible por la consideración de la Constitución como norma jurídica. Para ella, esta:

[...] es una de las transformaciones más importante del derecho constitucional en la segunda mitad del Siglo XX en América Latina y Europa continental. Cambio que además conlleva la incorporación en los distintos modelos constitucionales de mecanismos eficaces para asegurar el sometimiento de todos los poderes públicos y privados a la Constitución y el respeto a los derechos fundamentales.¹⁰⁰

Resulta conveniente aclarar que el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, compete tanto a los administradores de justicia como a todos los que están en situación de poder frente al ciudadano (servidores públicos y administrativos). Además, su aplicación no se limita solo al ámbito constitucional, sino se extiende a todos los órdenes del derecho.

Sobre el tema, Ricardo Guastini si bien reconoce la aplicabilidad directa de la Constitución, precisa cuándo se lo puede hacer. Él señaló:

[...] en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales —sobre todo los principios generales y las normas programáticas— pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución pero tal solución parece injusta.¹⁰¹

Toda vez que la Constitución tiene el carácter de auténtica norma jurídica, cabe preguntarse si dispone de fuerza normativa o eficacia directa o si, por el contrario, ¿su

¹⁰⁰ María Catalina Botero, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano* (Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2006), 8, <unicesar.ambientalex.info/infoCT/Acctutordconco.pdf> consulta 1 de mayo de 2017.

¹⁰¹ Ricardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional*, (México, UNAM, 2001), 161

fuerza normativa es indirecta y solo tiene eficacia en la medida en que el legislador complementa sus encargos o mandatos?

Para absolver esta inquietud, nos acogemos al criterio expuesto por el autor italiano, consideramos entonces que la aplicación directa de la Constitución en sede casacional es posible solo cuando no exista norma legal de desarrollo del precepto constitucional al caso concreto o cuando la solución que brinda la ley resulta injusta.

En la misma línea de pensamiento, Rafael Oyarte Martínez, expone que no se requiere que los preceptos y normas constitucionales se refieran a derechos fundamentales o no, deban ser desarrollados por normas secundarias para ser efectivos, es decir, no se necesita de ley que desarrolle un derecho para que este sea aplicable al caso concreto, por eso se habla de aplicación directa. Dicho de otro modo, el principio de aplicación directa de la Constitución se emplea solo cuando exista omisión legislativa,¹⁰² o cuando la norma legal a aplicar por el juez contravenga el texto constitucional.

Si bien, el art. 426 de la Constitución, dispone la aplicación directa de los preceptos constitucionales en ausencia de normas infraconstitucionales para su desarrollo; ha sido la legislación secundaria la que ha desarrollado este principio, tanto en el art. 142, inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como en el Código Orgánico de la Función Judicial, en cuyo art. 4 inciso primero, señala:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía.

En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional [...]¹⁰³

Resulta oportuno añadir dos puntualizaciones que sobre este principio realiza Rafael Oyarte:

¹⁰² Rafael Oyarte Martínez, Derecho Constitucional, 2ª. ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones), 1023.

¹⁰³ COFJ, art.4.

1. La primera, respecto a que la aplicación directa de la Constitución no significa que el órgano judicial (ante la ausencia de norma secundaria), pueda asumir facultades normativas que corresponden al legislativo y expedir o crear normas para solucionar el problema jurídico sometido a su conocimiento; y,
2. La segunda, en el sentido de que en determinadas materias, como la penal, se requiere que se dicte norma secundaria. Así, las disposiciones constitucionales que ordenan tipificar un hecho como infracción o que disponen se sancionen una conducta.¹⁰⁴

Es importante acotar que dentro del marco del constitucionalismo actual, el tribunal de casación tiene la obligación de aplicar de manera directa e inmediata los derechos y garantías constitucionales, siempre y cuando advierta que no existe norma legal aplicable al caso concreto o cuando de aplicarse una determinada disposición jurídica se vulnerarían derechos constitucionales.

En el ámbito jurisprudencial, el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia, en especial, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia ha sido coincidente con el tema expuesto. Se ratifica que la aplicación directa de las disposiciones constitucionales procede cuando no exista norma secundaria que establezca las reglas de ejercicio de tal derecho o cuando la aplicación de la norma provoque una sentencia injusta. Sostiene que la ley es un concepto que sigue del todo vigente, más aun cuando se presume su constitucionalidad; de ahí que no sería correcto que so pretexto de proteger derechos, los jueces apliquen las normas constitucionales directamente de manera indiscriminada y sin observar el ordenamiento jurídico secundario.¹⁰⁵

Con igual criterio, el Tribunal Constitucional español señaló: “[...] los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo.”¹⁰⁶ Añadiendo que cualquier vía judicial sirve para hacer efectivo el ejercicio de los derechos

¹⁰⁴ Rafael Oyarte Martínez, Derecho Constitucional, 1026.

¹⁰⁵ Ecuador, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (Resolución N°33-2011, juicio N° 999-2009-SR), en <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/>>, consulta 27 de junio de 2017.

¹⁰⁶ España, Sala Primera del Tribunal Constitucional español (Sentencia No.39/1983, recurso de amparo número 208/1983 de 16 de mayo de 1983), <<http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/167>> consulta 17 de mayo de 2017.

fundamentales, siempre que esta cumpla con los requisitos constitucionales establecidos para la administración de justicia.

De lo anotado, concluimos que en el marco del constitucionalismo ecuatoriano, la vigencia de este principio, está determinado por el análisis crítico, objetivo y coherente de la aplicabilidad de las normas legales al caso concreto por parte de los operadores judiciales; de ahí que, *solo cuando estos adviertan de manera motivada que no existe norma secundaria que establezca las reglas de ejercicio de tal derecho*, se aplicarían las disposiciones constitucionales. Y, en caso de existir norma secundaria que se considere contraria a la Constitución, se seguirá el procedimiento de consulta ante la Corte Constitucional.

Conforme lo hemos analizado, la Constitución impone a los jueces en general y al tribunal de casación en particular, la obligación de la aplicación directa de los principios y normas constitucionales ante omisiones legislativas, ¿pero cómo operaría dicha aplicación, si es el recurrente quien en la fundamentación del recurso fija el ámbito de competencia del tribunal?

A partir de esta interrogante, en las siguientes líneas analizaremos casos específicos en los que se requiere la participación activa del tribunal de casación para garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales en búsqueda de la justicia como fin primordial del Estado.

4. La justificación de la protección de los derechos constitucionales en el recurso de casación (casos específicos)

Dentro del marco del constitucionalismo que vivimos, el tribunal de casación tiene el deber de garantizar y tutelar jurisdiccionalmente la defensa de los derechos constitucionales, propósito que implica el cumplimiento de varias condiciones, así:

1. La consideración de los preceptos constitucionales relativos a derechos constitucionales con un auténtico carácter normativo y de aplicación directa e inmediata (con la salvedad antes analizada).

2. La interpretación judicial del ordenamiento jurídico secundario a la luz del texto constitucional, otorgándole su máxima virtualidad y eficacia.¹⁰⁷ La Constitución determina que los servidores judiciales en materia de derechos y garantías constitucionales deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.¹⁰⁸

Sobre ello y si bien la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, no es la única, ya que en la sustanciación y resolución del recurso de casación la Corte Nacional de Justicia también puede interpretar la ley y analizarla de acuerdo con los preceptos constitucionales, incluso de considerar que una norma jurídica es contraria a la Constitución, puede suspender la tramitación de la causas y remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional.

3. La aplicación de la ley de acuerdo con la normativa constitucional, es decir, bajo la influencia de los principios constitucionales aplicados a los procedimientos legales; y,
4. La incorporación en los fallos de casación tanto de la jurisprudencia de la CIDH, como de las convenciones de derechos humanos de los órganos de protección internacional; fuentes a las que nuestro ordenamiento jurídico se halla vinculado y cuyos valores y principios se entienden anexadas al texto constitucional con igual fuerza normativa.

A continuación revisamos los escenarios en los que es posible la defensa de los derechos constitucionales en el recurso de casación.

4.1. La sentencia de casación ante la acción extraordinaria de protección

La idea del constituyente de Montecristi al establecer esta garantía jurisdiccional, fue crear un mecanismo excepcional para asegurar la primacía de la Constitución; así como, la defensa y respeto a los derechos constitucionales y a las normas del debido proceso, frente a acciones u omisiones en las actuaciones judiciales; su fin último es la

¹⁰⁷ Joan Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: Bosch Edit., 2012), 38.

¹⁰⁸ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. II “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de los derechos”, art. 11.5, en *RO*, No. 449 (20 de octubre de 2008).

consecución de un sistema de justicia en donde prime el respeto y sujeción a la Ley Suprema.

Por ello, al situarse nuestra Constitución en la perspectiva garantista de los derechos, tal garantismo debe reflejarse en las sentencias que dictan los jueces ordinarios; de ahí, que al tribunal de casación dentro del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico que vivimos, le corresponde adecuar su actuación bajo parámetros de constitucionalidad, con el fin de blindar su fallo ante la posible presentación de la acción extraordinaria de protección; pero ¿cómo podría hacerlo?

- a) En primer lugar y conforme ya lo anotamos, el tribunal de casación puede aplicar de manera directa e inmediata las normas constitucionales, pero solo cuando se advierta que no existe disposición legislativa aplicable al caso concreto o que la norma legal aplicada por el juez *a quem* resulta atentatoria a los derechos constitucionales.
- b) En segundo lugar y en conexión con lo anterior, corresponde al tribunal motivar de manera adecuada su resolución, conectando sus interpretaciones sobre el alcance de las normas infraconstitucionales con exégesis razonables y probables de derechos constitucionales aplicables al caso.
- c) En tercer lugar, el tribunal de casación debe realizar un prolijo análisis del principio *iura novit curia*, reconocido en el inciso tercero del art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial,¹⁰⁹ determinando de manera razonada su aplicabilidad con el fin de garantizar la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre este tema, trataremos con mayor amplitud en el capítulo tercero de esta tesis.

De lo expuesto, podemos concluir que el aseguramiento y efectividad de los derechos constitucionales y garantías fundamentales es el objeto de la acción extraordinaria de protección,¹¹⁰ con la que, además, se procura evitar perjuicios irremediables ocasionados al dictarse fallos que afecten a dichos derechos. De ahí que,

¹⁰⁹ COFJ, art. 140. 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.

¹¹⁰ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), tít. III “Garantías jurisdiccionales”, sección séptima, “Acción extraordinaria de protección”, art. 94, en *RO*, No. 449 (20 de octubre de 2008).

la actuación del tribunal de casación reviste trascendental importancia, pues su inacción en este tema, daría la pauta para que se presente la acción extraordinaria de protección, en cuyo caso la Corte Constitucional podría efectivizar la protección a los derechos constitucionales, develando la omisión en casación.

4.2. La consulta de constitucionalidad

El reconocimiento del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, lleva implícito el valor de la fuerza normativa de la Constitución; de ahí que los jueces constitucionales ordinarios y el tribunal de casación, como actores activos y comprometidos con la protección de los derechos constitucionales, tienen la obligación constitucional prevista en el art. 428 de suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional para que resuelva la constitucionalidad de la norma que debe ser aplicada en el proceso ordinario que sustancia, cuando a su criterio un enunciado o proposición normativa no guarda coherencia con la Norma Fundamental.

La consulta procede cuando en el caso concreto se presenta una contradicción irresoluble entre la norma jurídica secundaria y el texto constitucional o los instrumentos internacionales de derechos humanos y que pueda ser advertida por el juzgador de oficio o cuando ha sido invocado con la debida pertinencia y fundamentación por los sujetos procesales.

La suspensión del trámite y subsiguiente remisión a la Corte Constitucional, implica la existencia de una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma; en cuyo caso el tribunal puede consultar pero por medio de una adecuada motivación y argumentación, que comprende:

1. La “individualización de la norma” cuya constitucionalidad se consulta y la identificación de los principios y reglas que se estiman infringidos, con exposición motivada de las circunstancias y razones por las cuales dichos enunciados normativos son determinantes en el proceso.

2. La fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto, indicando las razones por las cuales el precepto normativo es necesario para resolver la cuestión de fondo

Sobre el tema, la tratadista María del Carmen Blasco Soto evidencia una doble naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad, objetiva en tanto asegura la supremacía constitucional por medio de la depuración del ordenamiento jurídico, al eliminar normas contrarias a la Constitución y de naturaleza subjetiva, entendida por tal, como un medio de defensa de los derechos.¹¹¹

Mientras que la Corte Constitucional ha advertido que el control de constitucionalidad no es un mecanismo de dilación de la justicia, debe proceder solo a partir de un criterio judicial debidamente razonado que advierta a la Magistratura la existencia de contradicción entre la norma secundaria y la Constitución.

A este control se le denomina concentrado o concreto y lo ejerce la Corte Constitucional, como máximo órgano de control e interpretación constitucional (no el único) y de administración de justicia en esta materia; dado que su función va más allá de ser un legislador negativo (eliminando normas inconstitucionales), para convertirse en un órgano activo, que colabora con el legislativo y el ejecutivo, determinando si existe o no una antinomia con la norma suprallegal.

La Corte Constitucional, podría aceptar la demanda y declarar la inconstitucionalidad total o parcial de los preceptos impugnados o en su defecto negar la consulta de constitucionalidad planteada, así:

1. En el primer caso, la norma es expulsada del ordenamiento jurídico, pierde su vigencia y no puede ser aplicada en el futuro, aclarando que los efectos generados por la norma consultada mientras estuvo vigente, son válidos, a menos que la misma Corte decida que el fallo tenga efecto retroactivo.¹¹²
2. En el segundo caso, en cambio la Corte, devuelve el proceso al juez que hizo la consulta para que prosiga con la sustanciación de la causa.

Para finalizar, aclaramos que el análisis de constitucionalidad de una norma, exige un control integral de la misma; de ahí que, la Corte Constitucional en aplicación

¹¹¹ María del Carmen Blasco Soto en *Guía de Jurisprudencia Constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010*, citado por Angélica Porras Velasco y Johanna Romero Larco, Tomo I (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 188.

¹¹² Rafael Oyarte Martínez, *Derecho Constitucional*, 91.

del principio *iura novit curia* y de conformidad con lo dispuesto en el art. 436 numeral 3 de la Constitución, podría aceptar o rechazar la consulta basándose en disposiciones constitucionales no invocadas por los sujetos procesales. Sobre ello lo ampliaremos en el capítulo tercero.

4.3 El recurso de casación y su necesaria adecuación a la jurisprudencia constitucional

Una tercera posibilidad está dada cuando el tribunal de casación actúa en virtud del reenvío del proceso por la Corte Constitucional; esto es, cuando se acepta la acción extraordinaria de protección y como consecuencia de ello, se dispone que otros jueces nacionales, resuelvan el recurso de casación, pero en esta ocasión, observando o sujetándose directa o indirectamente a los parámetros interpretativos de derechos o subreglas determinadas en la *ratio decidendi* y en la *decisum*.¹¹³

Sobre ello, precisamos que ante la vulneración de derechos constitucionales en la sentencia de casación, corresponde a la Corte Constitucional en defensa de los mismos, admitir la acción extraordinaria de protección, reconocer y declarar la vulneración, así como, dejar sin efecto el fallo y disponer que el proceso se retrotraiga hasta el momento en que se verifica tal violación; devolviendo el expediente, a fin de que otros jueces de la misma sala, previo sorteo, conozcan, sustancien y con la adecuada argumentación resuelvan el recurso de casación.¹¹⁴

Cabe acotar que si las autoridades jurisdiccionales de la Sala respectiva al emitir el nuevo fallo, inobservaren el contenido de la sentencia constitucional o lo hicieren en contraposición a lo advertido por la Corte o a sus precedentes, se podría presentar una nueva acción extraordinaria de protección, que de admitirse daría lugar a la nulidad del fallo de casación.¹¹⁵

¹¹³ Al respecto, véase sentencia No. 0221-12-SEP-CC, caso N.º 1515-10-EP dictada por la Corte Constitucional para el periodo de transición, en <<https://www.corteconstitucional.gob.ec>>, consulta 27 de junio de 2017.

¹¹⁴ Al respecto, véase sentencia No. 325-2013, dictada por la Sala Especializada de los Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador de 9 de mayo de 2013, en <<https://www.cortenacional.gob.ec/>>, consulta 28 de enero de 2018.

¹¹⁵ Al respecto, véase sentencia No. 038-16-SEP-CC, caso N.º 1156-14-EP dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, en <<https://www.corteconstitucional.gob.ec>>, consulta 27 de junio de 2017.

Sobre esto último, ¿se podría interponer acción de incumplimiento en lugar de la acción extraordinaria de protección?

Esta pregunta, amerita varias reflexiones:

En primer lugar, es necesario distinguir la acción por incumplimiento, que, como “garantía jurisdiccional” se halla prevista en los arts. 93 y 436 numeral 5 de la Constitución, en concordancia con los arts. 52 al 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, la atribución que tiene la Corte Constitucional para: “Conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales” que encuentra su fundamento en el numeral 9 del artículo 436 de la Constitución de la República y en los arts. 162 a 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como en los arts. 3 numeral 11 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

En segundo lugar, se diferencian también por la naturaleza de cada una de ellas; así, mientras la acción por incumplimiento procede respecto de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos; la acción de incumplimiento en cambio, tiene por objeto conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, competencia que por mandato de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se constituyó en una garantía jurisdiccional.¹¹⁶

En tercer lugar y a manera de conclusión de este apartado, señalamos que ante el incumplimiento, inobservancia o contradicción en la sentencia del tribunal de casación de la Corte Nacional de Justicia, respecto a la *ratio decidendi* del fallo constitucional, procede la acción extraordinaria de protección, por constituir la garantía jurisdiccional específica que prevé la Constitución; además, porque se dan los condicionamientos establecidos en el art. 94 *ibíd.*, para su procedencia, estos son: la presencia de una sentencia o auto con el carácter definitivo, la existencia de violación a derechos constitucionales y el agotamiento de los recursos ordinario y extraordinarios. Mientras que la acción de incumplimiento (436.9) procede exclusivamente en los procesos sobre garantías jurisdiccionales.

¹¹⁶ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición (Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP), en *ROS*, No. 351 de 29 de septiembre de 2010.

Ahora bien y retomando el tema en estudio, también es importante analizar que en la posibilidad antes planteada, el tribunal está condicionado no solo por los argumentos centrales de la decisión constitucional, sino también porque su accionar debe centrarse en la defensa de los derechos constitucionales, que comporta el respeto a los precedentes jurisprudenciales. Sobre ello, a continuación analizamos los precedentes tanto constitucionales como legales.

En el tema, Francisco Díaz Garaycoa, establece que en la administración de justicia existan sentencias divergentes e incluso contradictorias sobre un mismo punto de derecho, lo que no significa que un fallo sea inválido o injusto, pero sí se resta confianza de la sociedad en las decisiones judiciales.¹¹⁷ Ante esta realidad y como lo señala el mismo autor, surge la necesidad de poner fin a los litigios con decisiones definitivas, creando precedentes jurisprudenciales; cuyo objetivo según lo ha señalado la Corte Nacional de Justicia, es:

(...) fortalecer y afirmar, entre otros, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica; derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en instrumentos de origen internacional, y en sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.¹¹⁸

El precedente jurisprudencial a nivel constitucional, fue reconocido en varias disposiciones; así, el art. 11.8, determina que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (...)¹¹⁹ Mientras que el numeral 2 del art. 184 ibíd. establece como funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley; 2. “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.”¹²⁰

Con relación a esto último, la Constitución dispone:

¹¹⁷ Francisco Díaz Garaycoa, “Casación laboral: fallos contradictorios y triple reiteración”, *Iuris Dictio: Revista de Derecho del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, año I, No. 2 (julio 2000): 138, en www.usfq.edu.ec/publicaciones/...de.../casacion_laboral_fallos_contradictorios.pdf, consulta 28 de enero de 2018.

¹¹⁸ Ecuador. Corte Nacional de Justicia (Resolución de Triple Reiteración No 5-2017), en *RO*, No. 983 de 12 de Abril del 2017.

¹¹⁹ Constitución de la República del Ecuador (2008), tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de los derechos”, art. 11.8 ([Quito]: *RO*, No. 449, 2008):8.

¹²⁰ Constitución de la República del Ecuador (2008), tít. IV “Participación y Organización del poder”, cap. cuarto, “Función Judicial y justicia indígena”, art. 184, en *RO*, No. 449 (20 de octubre de 2008).

Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta [sic] delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.¹²¹

Nótese que la norma supra legal citada, no indica de manera expresa que la reiteración sea sobre un mismo “punto” de hecho o de derecho; sin embargo, al expedirse el Código Orgánico de la Función Judicial el 9 de marzo de 2009, es decir, con posterioridad a la Constitución, el assembleísta en los incisos primero y segundo del art.182, estableció que la reiteración debe ser “sobre un mismo punto de derecho”, con lo que se restringió su aplicación exclusivamente a la reiteración de normas legales.

Mientras que el art. 436, numeral 1 ibíd. dispone:

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.¹²²

Sobre el tema, Mario Felipe Daza Pérez, considera que “el precedente es la parte motiva, donde se encuentra la *ratio decidendi*, en donde se concreta que algo se prohíbe, permite, ordena o habilita, por lo que el precedente hace parte de la jurisprudencia (...).”¹²³ En nuestro criterio, el precedente es la decisión adoptada, acogiendo las razones previas dadas en un asunto análogo; es decir la *ratio decidendi*.¹²⁴ Cuando dichos motivos o fundamentos reiteran por tres o más ocasiones, alcanzan la condición de obligatoriedad y por lo tanto, deben ser utilizadas como criterios rectores en la toma de decisiones en casos futuros

Sin embargo, debemos aclarar que no es lo mismo el precedente y la jurisprudencia. En palabras de Vladimir Germán Bazante, su principal diferencia radica

¹²¹ Constitución de la República del Ecuador (2008), tít. IV “Participación y Organización del poder”, cap. cuarto, “Función Judicial y justicia indígena”, art. 185, en RO, No. 449 (20 de octubre de 2008).

¹²² Ibíd., art. 436.1.

¹²³ Mario Felipe Daza Pérez, El precedente constitucional según Bernal Pulido, en <<https://derechopublicomd.blogspot.com/2010/.../el-precedente-constitucional-segun.ht>> consulta 28 de enero de 2018

¹²⁴ Mario Felipe Daza Pérez, La Teoría del precedente: ¿Seguridad jurídica o autonomía judicial? en, <<https://derechopublicomd.blogspot.com/2016/05/las-diferencias-entre-precedente.html>> consulta 28 de enero de 2018. La *ratio decidendi*. es “la formulación general del principio, regla o razón general que constituye la base necesaria de la decisión jurídica específica que tiene fuerza vinculante, es la determinación de cláusulas constitucionales en los distintos casos.”

en que en el primero, se da la utilización de las razones específicas (*obiter dictum*) que sirvieron para fallar en un determinado caso y que se las puede hallar al indagar una sentencia en concreto; mientras que, en el segundo existe una o varias sentencias, en las que se encuentran tanto razones de paso (*obiter dictum*) como las que sirven para decidir el caso (*ratio decidendi*).¹²⁵

Además de la diferencia citada, también podrían presentarse problemas jurídicos, cuando exista contradicción entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y un precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia, ¿cuál prevalece?

Esta interrogante la resolvemos a partir del criterio de Rafael Oyarte,¹²⁶ quien sostiene que, si en los fallos de triple reiteración, la Corte Nacional de Justicia se pronuncia sobre el sentido y alcance de un precepto constitucional, este precedente debe ceder frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puesto que esta Magistratura es el intérprete auténtico de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; análisis que lo realiza por medio de sus sentencias y dictámenes, los que tienen carácter vinculante.

El mismo autor acota que, en este escenario prevalece la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues la interpretación que esta hace de la Constitución irradia al resto de fuentes del derecho, de ahí que toda norma infraconstitucional debe ser conforme a ella para que tenga validez.

Mientras que, si dichos fallos se refieren a la aplicación e interpretación de normas legales, el órgano competente para pronunciarse es la Corte Nacional de Justicia, debiendo ceder solo ante una ley interpretativa de la ley expedida por la Asamblea Nacional, conforme la atribución conferida en el art. 120.6 de la Constitución.¹²⁷

Entonces, el tribunal casacional tiene la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico secundario a partir del texto constitucional y aplicar la ley interpretándola de conformidad con la Constitución. Además, debe garantizar la protección de los derechos constitucionales. En los casos que considere que la norma es

¹²⁵ Vladimir Germán Bazante, “El precedente constitucional” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; 2012).

¹²⁶ Al respecto, véase Rafael Oyarte Martínez, *Derecho Constitucional*, 97.

¹²⁷ Rafael Oyarte Martínez, *Derecho Constitucional*, 97.

atentatoria al texto Constitucional debe consultar su constitucionalidad ante la Corte Constitucional, conforme ya lo expusimos.

En apreciación análoga, Juan Montaña Pinto ratifica que tratándose de derechos constitucionales, el juez está obligado a seguir el precedente marcado por la Corte Constitucional; añade:

[...] es indudable que poco a poco la jurisprudencia –y cabalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional- comienza ser aceptada como precedente obligatorio, es decir, a tener capacidad vinculante respecto de la argumentación y decisión de los demás jueces y operadores jurídicos, lo cual significa que lenta pero inexorablemente se le ha roto el lomo a la identidad Ley-Derecho, en consecuencia, la cultura jurídica comienza a cambiar.¹²⁸

De lo expuesto en este apartado, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1. El Tribunal de casación, al igual que cualquier otro órgano de la administración de justicia, tiene la obligación de construir un vínculo entre las razones que le motivan a tomar su decisión para resolver un problema jurídico actual, con los fundamentos que tuvo para resolver casos análogos anteriores; sin que le sea permitido cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones, a no ser que lo haga bajo una argumentación razonada que le permita apartarse del precedente, siempre y cuando aquello responda a una interpretación constitucional de la norma aplicable.
2. Tanto los fallos de triple reiteración, como la sentencia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tienen un carácter vinculante y de obligatoria observancia y cumplimiento por los demás operadores judiciales (incluido el Tribunal de casación) dentro del patrón fáctico determinado en el caso concreto y que es la base para la resolución de los casos posteriores.

¹²⁸ Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 130.

4.4. La casación de oficio ante la vulneración de derechos constitucionales

En virtud del principio dispositivo contemplado en el art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República y desarrollado en el art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, es el recurrente quien en la fundamentación del recurso de casación delimita las causales, cargos y vicios; así como, determina el objeto controversial sujeto a juzgamiento, es decir, restringe el ámbito de análisis y decisión del tribunal de casación.¹²⁹

Sin embargo, el inciso segundo de la misma norma legal, de manera excepcional, permite al tribunal rebasar dichos límites, cuando advierta la vulneración de derechos constitucionales, en cuya salvaguarda debe actuar, aun de oficio. Con ello, queda evidenciada la necesidad de que el tribunal de casación, amparado en la ley, vaya concretando en la praxis la protección de los derechos ciudadanos.

Lo expuesto nos permite aclarar que los criterios mantenidos por la antigua Corte Suprema de Justicia y la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, respecto a la inexistencia de la casación de oficio en materias no penales,¹³⁰ y que le impedían,

[A]l juzgador de casación, [...] entrar a conocer de oficio un vicio de la resolución impugnada, ni rebasar el ámbito señalado en las causales citadas por el recurrente, aunque advierta en la providencia casada que existan otras infracciones a las normas de derecho positivo, se mueve por el impulso de la voluntad del recurrente y es él, quien en los motivos que en el recurso cristaliza, condiciona la actividad del Tribunal y señala los límites que no pueden ser rebasados.¹³¹

Han sido completamente superados por la vigencia del constitucionalismo contemporáneo, que le otorga al órgano jurisdiccional en este nivel, los instrumentos adecuados para la defensa constitucional de los derechos constitucionales. Aquello, presupone una nueva visión del recurso como lo explicamos a continuación.

¹²⁹ Ecuador. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 276-09 dentro del juicio No. 231-2006), en *Gaceta Judicial*, serie XVIII, No. 7, 2398.

¹³⁰ Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (Resolución N° 137-2003, juicio N° 146-2001), en *Gaceta Judicial*, serie XVIII, No. 1, 28.

¹³¹ Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (Resolución N° 51-2006, juicio N° 72-2004), en *Gaceta Judicial*, serie XVIII, No. 2, 426.

5. La reconceptualización del recurso de casación a partir de la Constitución de 2008

En el marco del proceso constitucional que vivimos, el tribunal de casación tiene un compromiso frente a la consolidación de los derechos fundamentales, tanto por la defensa de la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, como con la expedición de sentencias con un amplio sentido de constitucionalidad, cuyo fin último es garantizar de manera efectiva la defensa de la dignidad humana.

Es de absoluta relevancia considerar que la justicia actual no puede derivar solo del uso de la ley, sino por excelencia de los principios constitucionales, cuya vinculación con los órganos judiciales deviene en impostergable e ineludible y compromete a todos los sujetos inmersos en los trances del derecho.

Nuestra Corte Constitucional acorde con los cambios suscitados a partir de la Constitución de 2008, ha reconocido la necesidad de que el tribunal de casación realice no solo un examen de legalidad en sentido estricto sino, en especial, considere la constitucionalidad de los fallos recurridos, es decir, si el juez *ad quem* incorporó en la sentencia de manera fundada, principios, derechos y reglas constitucionales y si lo hizo con la debida pertinencia.

Sobre ello, la Corte Constitucional en la sentencia No. 066-10-CEP-CC, caso No. 0944-09 EP, dispuso:

El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación. [...]¹³²

En virtud de lo expuesto, ratificamos que el Estado Constitucional de derechos que nos rige, si bien, no ha modificado los postulados tradicionales del recurso de casación, impone su reconceptualización y adaptación al nuevo modelo de Estado, privilegiando la sujeción a la Constitución y la aplicación directa de sus principios. Por

¹³² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, en *ROS*, No. 364 (17 de enero de 2011), 53.

tanto, la administración de justicia en el marco del constitucionalismo actual debe tener presente que el objetivo del proceso judicial es la defensa de los derechos constitucionales.

Añadimos que la conceptualización tradicional del recurso de casación resulta limitada frente a los avances del pensamiento jurídico contemporáneo, lo que pone en evidencia la necesidad y exigencia de realizar una reconceptualización del recurso de casación que responda al desarrollo y transformación democrática del Estado y que comprometa a todos quienes están inmersos en el ámbito de la administración de justicia.

Aspiramos que las reflexiones anotadas en este capítulo, así como las opiniones críticas de los diferentes autores citados, coadyuven en una comprensión objetiva de los temas tratados, los que serán complementados a partir del análisis de la aplicación del principio *iura novit curia* y su relación con el principio de congruencia, con la finalidad de provocar la cavilación del lector en tópicos de actual importancia en materia casacional.

Capítulo tercero

La aplicación del principio *iura novit curia* en fase casacional civil, desde la visión del constitucionalismo contemporáneo

En los capítulos anteriores, por medio de criterios doctrinarios, la ayuda de la jurisprudencia y de acuerdo con el derecho legislado nacional, conceptualizamos al recurso de casación como un “medio de impugnación extraordinario”, cuyos objetivos, funciones, causales y más características actualmente se halla determinados en el COGEP; sin embargo, la nueva visión constitucional establece otros retos a los administradores de justicia, quienes en su accionar se ven obligados a ampliar sus horizontes y adecuar sus fallos a la luz de los principios constitucionales, en procura de lograr la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Entre los desafíos que impone el constitucionalismo de estos días a los órganos de la función judicial en general y al tribunal de casación en particular, está la adecuada comprensión de los principios procesales y su coherente aplicación en la decisión judicial.

Por ello, en el presente capítulo, nuestro objetivo se centrará en determinar el alcance que en fase casacional tiene el *iura novit curia* en materia civil, así como su relación con el principio de congruencia. Propósitos que aspiramos conseguirlos sobre la base de un enfoque de los hechos; luego, emprenderemos un estudio doctrinario de este instituto, citando algunos criterios que en el ámbito de la dogmática se han vertido. Después, estudiaremos el marco constitucional y legal en el que se desarrolla dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Finalmente, con la ayuda de la jurisprudencia nacional e internacional se establecerá conclusiones sobre su uso y ejercicio en fase casacional.

1. Los hechos en el derecho

En esta parte inicial nos enfocamos a entender que son los hechos, visto que en el ámbito de la investigación en curso, de manera recurrente nos referimos a ellos. Su

importancia en el plano jurídico está dada por su necesaria consideración y aplicación por parte de los jueces nacionales en el ámbito casacional, tanto en la parte motiva como en la resolutive de los fallos.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, hechos viene del latín *factus*, participio irregular de la palabra hacer y significa: “acción u obra, cosa que sucede, asunto o materia de que se trata.”¹³³ Término común en el lenguaje de jueces y abogados que equivale a las circunstancias fácticas, los antecedentes.

Sobre la base de esta definición y vinculándola al área legal, podemos definir a los hechos como acciones humanas que generan situaciones y consecuencias jurídicas. En sí mismos, constituyen la causa principal que da origen a los procesos judiciales. Así por ejemplo, la posesión de un bien inmueble bajo las circunstancias determinadas en la ley, motiva el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, que eventualmente podría terminar con un reconocimiento judicial del dominio a favor del demandante.

La trascendencia de los hechos es tal, que en la normativa procesal ecuatoriana consta como uno de los requisitos que debe contener la demanda, así lo establece el art. 142 del COGEP que dispone: “Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...] 5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.”¹³⁴ Es más, la inobservancia e incumplimiento de esta exigencia de orden legal, trae consigo el archivo de la causa.

Fijados los hechos por el actor en su demanda, también debe circunscribirlos dentro de la normativa legal que estima pertinente y en la que se fundamentará su pretensión; pues, junto con las excepciones del demandado, constituyen las piezas elementales sobre las que se traba la litis y que deberán ser analizadas y consideradas por el juez al dictar la respectiva sentencia.

En este contexto inicial, podemos entender que todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho; por ello, la primera función del juez en el proceso es la investigación de lo fáctico, para luego, en sentencia deducir el derecho que corresponda a aquel.

¹³³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed. (Madrid: Espasa, 2014), versión digital.

¹³⁴ COGEP, art. 142.5.

Sobre el tema, Alsina señala:

Se presume que el juez conoce el derecho, por lo tanto debe confrontar los hechos (que constituyen la premisa menor) con los supuestos de hecho de la norma abstracta (premis mayor). No importa que las partes omitan mencionarlo o incurran en errores con respecto a la ley aplicable, porque a él le corresponde establecer su verdadera calificación jurídica en virtud del principio *iura novit curia*; pero no ocurre lo mismo con los hechos, que sólo [sic] puede conocerlos a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellas produzcan para acreditarlos.¹³⁵

Sin embargo, la cita de Alsina, requiere una precisión, la aplicación del principio *iura novit curia* no determina que los jueces puedan convertir, ni por vía de interpretación, una acción en otra distinta.

Ahora bien, es preciso distinguir que la consideración de los hechos varía de acuerdo con los distintos niveles de justicia; así, el juez de primera instancia tiene “cierta libertad” para analizar los hechos planteados y valorarlos de conformidad con las pruebas que sobre ellos han aportado los sujetos procesales. No obstante, sus funciones se hallan condicionadas por la obligación legal que tiene de verificar que los medios probatorios presentados y practicados se los haya realizado dentro del respeto al debido proceso y con sujeción a la Constitución y la ley.

En fase casacional en cambio, los hechos llegan a conocimiento del tribunal a base de la fundamentación del recurso que realiza el recurrente y la concreción en el mismo de las causales específicas establecidas en el COGEP; siendo los límites dentro de los que el tribunal debe resolver. En esta instancia le está vedado al tribunal reexaminar los hechos y, de manera especial, considerarlos en la parte resolutive del fallo, con la excepción de los casos de fuero; esto es, cuando el tribunal actúa como juez de instancia o cuando casa la sentencia y debe dictar la resolución que corresponda, pudiendo en estos escenarios conocer los hechos y valorar las pruebas.

Como lo ampliaremos más adelante, el tribunal de casación puede suplir la fundamentación de derecho inadecuada o equívoca, si la “fáctica” es clara, es decir, si el recurrente de manera coherente, lógica y razonada determina en la parte argumentativa del escrito de interposición del recurso, los motivos por los que recurre, con lo que se superaría la exagerada ritualidad que riñe con los principios constitucionales del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

¹³⁵ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derechos procesal civil y comercial*, segunda edición, II, organización judicial jurisdicción y competencia (Buenos Aires: Ediar Edit., 1957), 247.

2. Contexto doctrinario del *iura novit curia*

Entre los diversos criterios que se han emitido acerca de este principio, debemos resaltar el de Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Para él: “[...] el *iura novit curia* tiene como función servir de exención de prueba del derecho, ya que se entiende como presunción del juez sobre el conocimiento del derecho, por lo que este tiene la obligación constitucional de aplicarlo al momento de decidir sobre el caso.”¹³⁶

Por su parte, Fernando de la Rúa señala que el juez tiene la libertad de apreciar jurídicamente los hechos que constituyen la litis o la impugnación, y que se puede aplicar el *iura novit curia* con la condición de que, si se realiza una diferente calificación jurídica, no cambie la acción que se ejerce.¹³⁷

Respecto de los fundamentos de este principio, Victoria Eugenia Bohórquez Hernández, destaca tres esenciales:

1. *El sometimiento del juez al imperio de la ley*, es decir, la prerrogativa del conocimiento y aplicación de las normas jurídicas en el proceso judicial le corresponde de manera exclusiva al juzgador.
2. *La supremacía de los derechos constitucionales*, que son de aplicación directa, plena, inmediata y tienen mecanismos preferentes como las acciones constitucionales; de ahí que exista conexión entre el *iura novit curia* y la efectividad de dichos derechos, en cuya defensa incluso se puede fallar extrapetita; y,
3. *El derecho del acceso a la administración de justicia*, que condiciona al juez a dictar sentencias de fondo y evitar fallos inhibitorios o de nulidad procesal.¹³⁸

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional de Colombia, la autora citada, añade que el juez tiene la obligación de

¹³⁶ Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, “Prólogo”, en *El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia*, Victoria Eugenia Bohórquez Hernández (Medellín: Universidad de Antioquia, 2013), 9.

¹³⁷ Fernando de la Rúa, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1991), 141.

¹³⁸ Bohórquez, *El iura novit curia*, 80.

interpretar el libelo con el que se promueve el litigio, buscando el sentido de la *causa petendi*, sin atenerse a lo literal.

Sobre este principio, la Sala de Casación Civil y Agraria del tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria del vecino país, señaló que:

El Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta [sic] limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad, dado que en virtud del principio *iura novit curia* las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario.

De ahí, los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al invocar un tipo de responsabilidad –extracontractual o contractual- deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias, sino a los hechos fundamento de las peticiones.

En tal sentido, la Corte indicó que, «en razón del postulado “*da mihi factum et dabo tibi ius*” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial». (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01).

De tal manera que cuando una pretensión se soporta en una causa petendi (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, calificación jurídica del instituto que lo regula. Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia.¹³⁹

Con relación al tema, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, también encontramos jurisprudencia generada a partir de los fallos expedidos por la CIDH. En ellos se destaca que el *iura novit curia* más que una presunción del conocimiento del derecho, opera como una “obligación” de su conocimiento y de todas las normas pertinentes. Añade la Corte que, no se deben admitir nuevos *hechos*, pero sí es posible aclarar, explicar y desestimar los referidos en la demanda, así como plantear al tribunal hechos supervinientes en cualquier etapa y antes de dictarse sentencia. Respecto a los derechos, estima que además de los señalados en la demanda, se pueden incorporar otros, pero relativos a los mismo hechos ya contenidos en la demanda.

¹³⁹ Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, [Sentencia N.º T 1100122030002017-00682-01, 11 de mayo de 2017], en <<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>> consulta 1 de agosto de 2017.

Los criterios expuestos nos ayudan a entender que la aplicación del *iura novit curia* en todo proceso judicial, no implica de ninguna manera, una alteración de los hechos invocados por el accionante en la demanda, ni tampoco un cambio de su pretensión. Lo fáctico tiene características de inmutabilidad, al punto que su modificación puede generar la vulneración de derechos constitucionales, en especial, el de defensa y el de contradicción, como lo ampliaremos al analizar el principio de congruencia.

3. Amparo normativo y jurisprudencial del *iura novit curia* en fase casacional

Esta institución jurídica parte de la presunción del conocimiento del derecho por parte de los jueces, quienes deben resolver de acuerdo con el *petitum* y la *causa petendi*, las que sirven para delimitar el objeto del proceso. Por su importancia para nuestro estudio, a continuación ampliamos el análisis de estas instituciones jurídicas.

De acuerdo con el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua, el *petitum*, en el derecho procesal, es el pedimento de la demanda; es decir, cada una de las solicitudes o pretensiones que se formulan en un pedimento.¹⁴⁰ Mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España (en adelante TSE), nos ayuda a entender que la *causa petendi*, o la causa de pedir:

(...) comprende el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión. Se trata de acontecimientos (hechos históricos) de la vida social, concretos, de interés para el proceso y que, además, desarrollen una función individualizadora de la pretensión. No se comprenden las normas o principios jurídicos, los argumentos, los medios de prueba, ni los hechos que aun siendo constitutivos (porque alegados, y en su caso probados, son presupuesto de la estimación de la pretensión) no tienen la función previa de delimitar e individualizar el objeto del proceso, en la perspectiva de la congruencia, litispendencia, cosa juzgada y acumulación.¹⁴¹

¹⁴⁰ Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española, 23a. ed. (Madrid: Espasa, 2014), versión digital.

¹⁴¹ Al respecto véase, España. Tribunal Supremo (TS 606/2000 de 19 junio de 2000 -EDJ 2000/13141-), en <www.elderecho.com/tribuna/.../demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002.ht...>, consulta 30 de enero de 2018.

En el plano local en cambio, la antigua Corte Suprema de Justicia, por medio de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil la definió como: “aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir la tutela jurídica solicitada.”¹⁴²

Si bien, las definiciones anotadas nos ayudan a entender la naturaleza de estas instituciones, su estudio amerita un análisis más profundo, en especial respecto a los elementos que lo integran, a fin de determinar sus diferencias. En el tema, María Ángela Pérez Cebadera,¹⁴³ respaldada en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (en adelante LEC), señala que la *causa petendi* o causa de pedir, se integra por dos elementos:

1. Las alegaciones sobre los hechos (art. 399.3 LEC); y,
2. Los fundamentos de derecho (art. 399.4 LEC).

La autora, al advertir la necesidad de precisar cuál de los dos elementos citados, resulta sustancial y permiten individualizar la pretensión, termina, con la ayuda de la jurisprudencia del TSE, por decantarse a favor de “los hechos” que integran el supuesto al que la norma vincula la consecuencia jurídica.¹⁴⁴

Sobre ello, también destacamos en la jurisprudencia del TSE que, la *causa petendi* se halla conformada por “los hechos decisivos y concretos -también cabe reputarlos relevantes- o los títulos que conforman el derecho reclamado y avalan la tutela judicial que se postula, integrando la razón de pedir (...).”¹⁴⁵ Además, las resoluciones del TSE aclaran que, la causa de pedir no se identifica con la acción que ejercita el actor en defensa de sus derechos, a la que incluso la considera como una “mera modalidad procesal”¹⁴⁶ trascendiendo incluso a la institución de la cosa juzgada.

¹⁴² Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (Resolución dictada dentro del juicio verbal sumario por establecimiento de servidumbre de tránsito propuesto por Blanca Laura Maza Paredes y otros, contra Luis Ernesto Quintuña Muñoz y otros), en *Gaceta Judicial*, No. 13, 2 de mayo de 2003, 4099.

¹⁴³ María Ángela Pérez Cebadera, *La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad*, en < www.elderecho.com/tribuna/civil/demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002...>, consulta 30 de enero de 2018.

¹⁴⁴ España. Tribunal Supremo (TS 367/2009 de 20 de mayo de 2009 -EDJ 2009/92341-), en < www.elderecho.com/tribuna/.../demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002.ht...>, consulta 30 de enero de 2018.

¹⁴⁵ España. Tribunal Supremo (STS 31 de marzo 1992 -EDJ 1992/3124-), en < www.elderecho.com/tribuna/.../demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002.ht...>, consulta 30 de enero de 2018.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

De lo expuesto, podemos concluir que son los “hechos esenciales”, los que conforman la *causa petendi* de la acción y a los que se halla vinculado el Tribunal en su resolución, los que ameritan recibir la tutela judicial efectiva.

Ya entrando en el análisis de la legislación procesal ecuatoriana respecto al principio en estudio, en la historia reciente, lo reconocía el art. 284 del derogado Código de Procedimiento Civil, que establecía la obligatoriedad de los jueces de suplir las omisiones en que incurrieran las partes sobre puntos de derecho. Lo que significaba que más allá de las normas citadas por el actor en su demanda, eran los hechos señalados en la misma, los que determinaban su pretensión y posibilitan el enjuiciamiento (pese a la ineficiente o errada fundamentación en estricto derecho).

Hoy, nuestra legislación secundaria consagra la vigencia de este principio en varios cuerpos normativos, aunque con ciertas contradicciones (como lo advertiremos más adelante). Por ello, resulta prudente realizar un examen ecuaníme de su contenido a fin de entender en forma objetiva su alcance y aplicación, veamos.

El COGEP en su art. 91 dispone: “La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes.”¹⁴⁷

Nótese que, esta disposición en relación a lo que consagraba el derogado Código Adjetivo Civil es similar, pero se diferencia por establecer límites al juez en cuanto a la posibilidad de fallar sobre hechos no señalados por el actor ni alegados por el demandado o de reconocer derechos no alegados.

En el art. 140, incisos primero y segundo Código Orgánico de la Función Judicial, se ratifica lo señalado en el COGEP, cuando se dispone: “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.”¹⁴⁸ Mientras que en el inciso tercero, al señalarse que: “Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la

¹⁴⁷ COGEP, art. 91.

¹⁴⁸ COFJ, art. 140

Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos;”¹⁴⁹ se da la potestad al juez para que resuelva extrapetita e incluso analice hechos no alegados por los sujetos procesales en defensa de derechos constitucionales. De ahí que, la inactividad judicial en este tema, permitiría la vulneración de derechos reconocidos tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁵⁰

No obstante, lo expuesto y si bien la última norma citada posibilita la aplicación de este principio en cualquier proceso y ante la afectación de derechos constitucionales, el art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en cambio, lo restringe y pretende que se lo aplique exclusivamente en las acciones constitucionales, cuando señala:

Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso [...]. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera invocados por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.¹⁵¹

En igual sentido, el art. 4.13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ratifica lo expuesto, al disponer que: “La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.”¹⁵²

Mientras que nuestra Corte Constitucional en la sentencia de jurisprudencia vinculante 001-10-PJO-CC, determina que:

Las juezas y jueces constitucionales para asegurar el ejercicio de las garantías jurisdiccionales reconocidas en el artículo 86 de la Constitución de la República y del principio *iura novit curia* no podrán justificar^ la improcedencia de una garantía jurisdiccional, como tampoco de los recursos y etapas procesales, en la falta de enunciación de la norma, motivación u oscuridad de las pretensiones; es su deber subsanar dichas deficiencias y continuar con la sustanciación de la causa.

En atención a las dos últimas disposiciones legales y la regla jurisprudencial citada, se entendería que la intención del legislador fue orientar la aplicación de este principio de manera exclusiva en los procesos sobre garantías jurisdiccionales y en las

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ COFJ, art. 140.

¹⁵¹ COFJ, art. 19.

¹⁵² LOGJCC, art. 4.13.

acciones constitucionales previstas en el art. 436, seguramente porque en estas causas el juez se enfrenta a posibles vulneraciones a derechos constitucionales y requiere resolver libre de atavíos, es decir, sin que su actuación esté constreñida a exagerados formalismos, que son precisamente los que buscan atenuarse con la aplicación del *iura novit curia*.

Sin embargo, en nuestro criterio, en defensa de los derechos constitucionales, este principio debe ser aplicado en todos los procesos judiciales y en los distintos niveles de la administración de justicia, pues existe la necesidad actual de que se amplíe esta garantía de protección y se la aplique en todos los ámbitos judiciales, a fin de que el órgano jurisdiccional, superando el predominio del exagerado ritualismo, concrete el ideal de justicia, sin afectar al principio de congruencia, como lo analizaremos más adelante.

A nivel jurisprudencial, precisamos destacar el examen motivado que dentro del juicio verbal sumario No. 17711-2014-0017, realiza la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia sobre este instituto, cuando cita:

De la lectura del escrito de interposición del recurso, este Tribunal observa que si bien en él no se señala la norma de la Ley de Casación en la que se sustenta, sí se explicitan la razones legales que sirven de fundamento a las acusaciones contra la sentencia, las que se enmarcan en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de la materia, que configura los vicios de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.¹⁵³

En el mismo sentido, la segunda Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 121-2003, ratifica la facultad del juez de suplir las omisiones de derecho en que incurran las partes. Mientras que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español resulta muy ilustrativa y, particularmente, esclarecedora para complementar lo expuesto, cuando reconoce:

Ningún requisito formal puede convertirse en un obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo, así como que, desde la perspectiva de la constitucionalidad, no son admisibles aquellos obstáculos que sean producto de un formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las

¹⁵³ Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia [Sentencia dictada dentro del juicio No. 17711-2014-0017 en contra de Maira Yanina Mancheno Torres, Gerente General y representante legal de la Compañía SWISS & NORTH GROUP], en <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/sentencias-sala-civil>>, consulta 1 de agosto de 2017.

finalidades para que se establecen que deben, en todo caso, ser adecuadas a la Constitución.¹⁵⁴

Entonces, este principio comporta dos facultades relevantes para el órgano judicial, así:

1. Facilita a los jueces resolver en defensa de los derechos constitucionales, aun sin requerimiento de parte.
2. Posibilita el ejercicio de la libertad de los juzgadores para aplicar las normas legales que estimen pertinentes al caso concreto, sin que necesariamente deban ser coincidentes con las señaladas por los sujetos procesales. Aunque, como lo veremos más adelante, esta última aplicación genera resistencia en algunos críticos respecto a la subjetividad que podría existir al momento de juzgar.

Conforme lo hemos expuesto, el *iura novit curia* está presente tanto en la legislación como en la jurisprudencia; sin embargo, debemos advertir que aún no se consolida su adecuada aplicación por parte del congreso encargado del análisis del cumplimiento de los requisitos formales para su admisibilidad.

Abrigamos la esperanza de que con la vigencia del COGEP, este principio y otros que son parte de nuestro sistema procesal tengan un adecuado empleo por parte de los órganos jurisdiccionales. Con el fin de ahondar el estudio del tema y lograr su adecuada comprensión, a continuación revisamos su aplicación en fase casacional.

4. El *iura novit curia* en sede casacional

En este apartado nos proponemos analizar si el predominio de las formalidades del recurso de casación afectan al principio de la tutela judicial efectiva; así como, indagaremos los momentos procesales en fase casacional en los que se podría aplicar este aforismo; revisaremos también los posibles escenarios en los que la admisión y aceptación del recurso supera al ritualismo de sus formalidades y concluiremos con una visión de este instituto desde la jurisprudencia comparada.

¹⁵⁴ España. Tribunal Constitucional (Sentencia 108/2002, de 6 de mayo), citado por Joan Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: Bosch Edit., 2012) ,66.

4.1. La formalidad del recurso de casación frente a la tutela judicial efectiva

Como lo señala Vicente Guzmán Fluja, el control del derecho objetivo es el espacio tradicional del recurso de casación; sin embargo, aclara: “[...] no puede descartarse un ensanchamiento de ese campo y duda de que puedan excluirse de ese control, principios como el *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y la prohibición del conocimiento de cuestiones nuevas;”¹⁵⁵ planteamiento con el que sigue la línea que en este sentido han adoptado las legislaciones de Francia y Alemania.

Con base en esta consideración doctrinal, iniciamos nuestro estudio aclarando que las formalidades para la admisibilidad del recurso de Casación, que antes se hallaban previstas en la ley de la materia y actualmente en el COGEP, no han variado sustancialmente. Hoy la labor del tribunal debe reorientarse hacia un análisis objetivo de dichas formas, con respeto a la supremacía constitucional y, en especial, garantizando la plena vigencia de los derechos constitucionales, en particular, la tutela judicial efectiva.

En sede casacional, la aplicación de los principios constitucionales debe ser el medio idóneo para alcanzar del más alto órgano jurisdiccional de la función judicial, una decisión ajustada a derecho y sobre todo, con un alto contenido de razonabilidad, igualdad, equidad, proporcionalidad.

Pero ¿qué sucede ante los yerros en el escrito de interposición del recurso de casación? ¿Es posible la aplicación del principio *iura novit curia*, sin afectar la formalidad del recurso?

Estas interrogantes las absolvemos a partir de un breve análisis de la sentencia número 180-12-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, dentro del caso No. 0981-11-EP, expedido el 03 de mayo del 2012, cuya parte pertinente señala:

Es verdad que para la procedencia del recurso de casación es necesario el señalamiento de la causal en que el peticionario funda el pedido del recurso; de lo contrario, no se sabría los aspectos sobre los que deberá pronunciarse la Sala de la Corte Nacional de Justicia que deba resolver el caso, pero también es verdad que el juez conoce el derecho y debe aplicarlo, en aras de la realización de la justicia, así lo ordena el artículo 426 de la Constitución recogiendo el principio *iura novis [sic] curia*, por lo

¹⁵⁵ Vicente Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 53.

que si en el escrito de interposición del recurso se hace clara la referencia al contenido de las causales, sin que se haya identificado con el número, mal hace el juez en negar el recurso pues bien se entiende cuál es la causal en que se sustenta el recurso, como en el caso de análisis que conduce a duda o incertidumbre sobre las causales en las que basa el recurso.¹⁵⁶

Ante este fallo, la exjueza nacional Maritza Tatiana Pérez, manifiesta su “preocupación”, indicando que no se ha considerado el carácter formal del recurso y el cumplimiento de los requisitos de legalidad que atañen a su presentación; que, la Corte Constitucional invocó como argumento la aplicación del principio *iura novit curia*, proclamado en el art. 426 de la Constitución, con lo que se afecta la formalidad del recurso de casación.¹⁵⁷ Pero, ¿en realidad existe tal afectación?

Consideramos que no, que el criterio señalado es demasiado exagerado, y si bien existen requisitos legales de carácter formal, cuyo cumplimiento es obligatorio y por lo mismo deben constar en el escrito de fundamentación del recurso (art. 267 del COGEP); aquello, no significa de ninguna manera, que el tribunal de casación deba inadmitirlo por errores u omisiones no sustanciales y peor establecer este criterio como un principio en la administración de justicia en este nivel; cuanto más que, el art. 91 del COGEP posibilita al juzgador corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso [...].¹⁵⁸

Ahora bien, es necesario que profundicemos nuestro análisis sobre este tema, con el fin de entender en qué casos la justicia no puede ser sacrificada por la omisión de formalidades; para cumplir este propósito, citamos algunos fallos en los que predominó un exagerado ritualismo y otros en los que se superó el mismo.

La jurisprudencia nuestra,¹⁵⁹ ha estimado que este recurso tiene definidos condicionamientos de carácter formal que resultan sustanciales para su presentación, tramitación y resolución. Es más, concluye que es esencial el respeto a dichas formas, pues constituyen una garantía constitucional y forman parte del debido proceso, de ahí

¹⁵⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición (Sentencia No. 180-12-SEP-CC), en *ROS*, No. 756, 30 de julio de 2012.

¹⁵⁷ Tatiana Maritza Pérez Valencia, “El reconocimiento de la casación en el Estado constitucional de derechos y justicia”, en Corte Nacional de Justicia, *El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia* (Quito: Comité Académico de la Corte Nacional de Justicia, 2013), 305.

¹⁵⁸ COGEP, art. 91.

¹⁵⁹ Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 242-97 dentro del juicio ejecutivo No.4-95 por dinero propuesto por Martha Mena contra Luis Brito y Libia Rojas), en *Gaceta Judicial*, No. 15, 27 de mayo de 1997, 4843. Resolución No. 265-2002 dentro del juicio No. 299-2001), en *Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 11, 3414.

que, no puede prescindirse su cumplimiento, más aun, cuando lo que se procura es alcanzar la justicia por medio de un proceso idóneo, rápido y efectivo.

Sin embargo, la consideración citada resulta bastante general, ya que de ser así, se entendería que ante todo error formal que aparezca en el escrito de fundamentación del recurso, el conjuer debería inadmitirlo, lo que consideramos sumamente grave y atentatorio al derecho constitucional del acceso a la justicia y la seguridad jurídica.¹⁶⁰ Sobre ello, nuestra Corte Constitucional precisó cuándo resulta imprescindible el respeto a dichas formas, al respecto señaló:

[...] la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada.¹⁶¹

Entonces, si bien es cierto que se requiere el respeto a las formalidades del recurso, también es verdad que no es aceptable constitucionalmente que se lo inadmita o desestime por un excesivo formalismo, es decir, que el juzgador impida concretar el “ideal de justicia” basado en el incumplimiento de “requisitos de forma”. De ahí que, el tribunal debe ser preciso en cuanto al análisis del cumplimiento de los requisitos formales.

Para entender y superar la dualidad señalada, debemos distinguir entre “meras formalidades” y “solemnidades sustanciales”; sobre todo, por los efectos jurídicos que en fase casacional conlleva la consideración de unas y otras.

Respecto a las primeras, la Constitución Política de la República de 1998 señalaba en la parte final del art. 192, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Mientras que el constitucionalismo actual determina que el tribunal de casación debe privilegiar el acceso a la justicia como un valor superior del ordenamiento jurídico, por medio de un adecuado análisis de constitucionalidad y legalidad; de ahí que, el incumplimiento del casacionista de ciertos requisitos legales de

¹⁶⁰ Al respecto, véase sentencia dictada dentro del juicio No. 546-04-3 por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil el 11 de abril de 2017.

¹⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 020-09-SEP-CC, dentro del caso No. 0038-09-EP, de 13 de agosto de 2009, en *ROS*, No. 35, 28 de septiembre de 2009.

menor importancia y que no se refieren a cuestiones sustanciales, no pueden ser causa suficiente para que se afecte el derecho del recurrente de alcanzar la tutela judicial efectiva.

En este orden de ideas, la primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia, en la sentencia número 229-2001, realiza un análisis bastante adecuado sobre las formalidades a las que califica de “prescindibles” y las solemnidades de “necesaria observancia”; así, respecto a las primeras, a las que denomina “ritos”, señala que no son más que complicaciones de las formas, que se establecen en un determinado momento por razones puntuales de conveniencia, pero que, con el paso del tiempo, pierden su razón de ser; mientras que, las segundas son “requisitos formales” que establece el legislador atendiendo a razones permanentes y sustanciales, que permanecen en el tiempo inalterados.¹⁶² Añaden los jueces que:

La Constitución Política de la República (1998) no reprueba el formalismo procesal, lo que condena es el que se conviertan en meras complicaciones de las formas, que impongan la realización de prácticas vacías de contenido, que se constituyan en un fin de tal manera el que proceso se convierta en un instrumento a su servicio al punto que la justicia pase a segundo plano.¹⁶³

En otro fallo, el máximo tribunal de justicia ordinaria del país, ratifica a las solemnidades sustanciales, como: “[...] aquellas constitutivas de los actos o negocios jurídicos, de tal manera que si llegan a faltar no existen siquiera tales actos o negocios.”

¹⁶⁴ Es decir, el cumplimiento de las solemnidades que atañen a requisitos, condiciones, términos y expresiones que señalan y ordenan las leyes, son las que permiten que un acto sea válido y tenga existencia jurídica.

De lo expuesto, se infiere que la aplicación del principio *iura novit curia* no se contrapone al formalismo del recurso de casación, ni tampoco afecta a solemnidades sustanciales. Procede, ante la *enunciación* errónea de normas de derecho sustantivo o adjetivo que se estiman infringidas en el fallo recurrido o por las citas equivocadas de normas, números, fechas, entre otras, o por la confusión del casacionista en la

¹⁶² Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 229-2001 dentro del juicio verbal sumario No.168-2000 por indemnización de daños y perjuicios sigue el abogado Eduardo Enrique Benavides Joza, procurador judicial de Carlos Julio Ceballos Delgado y otra en contra de Galo Palacio Barbarán y otros), en *RO*, No. 379, 30 de julio de 2001.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 177-2002 dentro del juicio No. 319-2001), en *Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 10, 3046.

identificación precisa de las causales previstas en el COGEP (como lo ampliaremos más adelante), en cuyo caso y con el fin de no sacrificar la justicia, el conjuer previo un examen motivado, debe admitirlo mediante auto, cuanto más, si en la fundamentación del mismo, aparecen determinadas en forma clara las razones por las que se recurre.

La aplicación de este aforismo tampoco afecta al principio de congruencia y si bien, el tribunal tiene la obligación de identificar el derecho infringido en el fallo sujeto a casación, aquello no debe considerarse como una variación del objeto del recurso. El tribunal debe resolver con base en los cargos alegados por el recurrente, sin que le sea permitido modificar los fundamentos de hecho, pues de proceder así, incurriría en incongruencia, como lo examinaremos después.

Ahora bien, es importante recalcar y conforme lo ha señalado nuestra Corte Constitucional que, el derecho a la tutela judicial efectiva también se afecta cuando, una vez superada la etapa de admisibilidad del recurso, que implica el examen del cumplimiento de los requisitos formales, el órgano casacional en la fase de fondo, realiza una nueva calificación de la idoneidad del recurso y lo más grave, termina inadmitiéndolo por afectación a sus formas.

Al respecto, en la sentencia constitucional No. 163-17-SEP-CC, se estableció que al ser la casación un recurso extraordinario, con marcados condicionamientos y requisitos para su tramitación; además, por contar con una normativa especializada, previa y pública, que determina con claridad las etapas del procedimiento, no puede el tribunal de casación realizar una doble valoración del cumplimiento de los requisitos formales; por ello, en aplicación del *principio de preclusión*, en la fase resolutive, el tribunal debe analizar la verificación de la transgresión jurídica en la decisión judicial contra la cual se presenta el recurso. Es más, el irrespeto a este principio, constituye una vulneración al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, recurrible por medio de la acción extraordinaria de protección.¹⁶⁵

Para terminar esta parte de nuestro estudio, añadimos que ni los derechos ni la justicia a los que se refiere el art. 1 de la Constitución, son compatibles con un recurso demasiado formalista. Por ello, es imprescindible una adecuada labor judicial en fase casacional que vaya más allá del simple análisis de las formalidades y aterrice en un

¹⁶⁵ Ecuador. Corte Constitucional (Sentencia No. 163-17-SEP-CC, dentro del caso No. 1354-14-EP), de 31 de mayo de 2017, en <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>>, consulta 29 de enero de 2017.

estudio objetivo de las argumentaciones y razonamientos dados por el casacionista. Aquello, permitirá alcanzar del máximo tribunal de justicia ordinaria de nuestro país el respeto a los derechos constitucionales. Además, su accionar tendrá incidencia directa en el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, bien jurídico reconocido y protegido no solo en nuestra Constitución, sino también en instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁶⁶ Enseguida reflexionaremos sobre los instantes en que podría aplicarse este principio.

4.2. Momentos procesales en fase casacional en los que se podría aplicar el *iura novit curia*

Consideramos que la aplicación del principio *iura novit curia* en fase casacional, podría presentarse en dos momentos procesales, así:

1. En la admisión a trámite, instante que encierra el análisis formal del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 267 del COGEP y cuya valoración corresponde al conjuer de la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, quien determina la aquiescencia para que el recurso avance hacia la fase de resolución.

En este nivel inicial de análisis formal el conjuer, al advertir la existencia de errores respecto a las normas legales en que se fundamenta el recurso, debería en aplicación del principio *iura novit curia* admitirlo a trámite, siempre y cuando dichos yerros atañen a cuestiones “no sustanciales”, es decir, no modifiquen el sentido que el recurrente quiso darle a las normas que considera infringidas o comprometan cambios en su pretensión y, en especial, no se intente introducir nuevos hechos.

2. Cuando el tribunal casa el fallo recurrido y asumiendo momentáneamente las funciones de juez de instancia expide la sentencia de mérito o de fondo que resuelve el litigio controvertido; es decir, cuando el tribunal ha analizado previamente las argumentaciones jurídicas del recurrente y acogiénolas o no, o haciendo su propio análisis constitucional y legal sobre las pretensiones

¹⁶⁶ Al respecto, véase la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), art. 25.1.

del casacionista, invoca este principio con la debida pertinencia y adecuada argumentación en la parte motiva del fallo.

Al respecto, es importante destacar el criterio que sobre el tema expusieron los jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia, quienes realizando un prolijo análisis de los cargos señalados por el recurrente dentro del juicio No. 287-2001, advirtieron de afectaciones al derecho constitucional a la contradicción, producto de una valoración probatoria impropia e inadecuada del juez de primera instancia, por lo que casaron la sentencia y en su lugar con la debida motivación aceptaron la demanda.¹⁶⁷

El principio en estudio reviste trascendental importancia en fase casacional, sobre todo porque su adecuado conocimiento y, en especial, su prolija aplicación, permitirían la efectiva vigencia del principio constitucional a la tutela judicial efectiva del recurrente, que se concreta en la garantía de acceder ante el órgano de mayor importancia de la justicia ordinaria en el país y obtener la expedición de un fallo en el que prime la defensa de los derechos constitucionales.

A continuación planteamos varios escenarios probables en los que un juez prudente y, en aplicación del principio en estudio, debería admitir el recurso.

4.3. Posibles escenarios en casación, en los que la admisión y aceptación del recurso superaría el ritualismo de sus formalidades

En el ámbito del desarrollo jurisprudencial constitucional, han sido recurrentes las resoluciones de la Corte Constitucional ecuatoriana en las acciones extraordinarias de protección sobre la aplicación de este principio procesal; de cuya revisión y análisis, sintetizamos los posibles escenarios en los cuales se podría presentar, así:

¹⁶⁷ Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 190-2002 dentro del juicio No. 287-2001), en *Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 10, 3058.

4.3.1. Imprecisión en la determinación de la causal del COGEP que se estima infringida por el recurrente

Sobre el tema a tratarse, destacamos el análisis eminentemente crítico de Pedro José Izquierdo Franco, quien advierte de una práctica injustificada cada vez más frecuente, de las salas de casación de la Corte Nacional de Justicia “[...] para inadmitir o rechazar el recurso por la mera consideración de que los cargos contenidos en él no han sido correctamente alegados bajo la causal de casación que la sala considera adecuada en cada caso.”¹⁶⁸

El autor añade que en algunas resoluciones de la Corte Nacional de Justicia no se analiza de manera suficiente la validez o mérito de los argumentos hechos por el casacionista para sustentar el cargo, es decir, no se está alcanzando una adecuada motivación o justificación razonada jurídicamente. Práctica que termina por ser una maniobra evasiva que emplean algunas salas para no entrar a considerar los argumentos del casacionista.¹⁶⁹

En contraposición al criterio citado, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia, en la resolución No. 393-2009, establece la posibilidad de admitir a trámite el recurso, pese a la existencia de errores en cuanto a la identificación exacta de la causal por la que se recurre. La sala dispuso:

En definitiva, en la resolución que es materia del recurso se detectan varios errores de derecho que han sido acusados por la recurrente de una manera explícita, aunque no con la más adecuada precisión en cuanto a la causal en que se fundan, por lo que cabe aplicar en este caso el precepto constitucional que consta en la parte final del artículo 192 de la Constitución Política de la República del Ecuador al decir que "No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades."¹⁷⁰

Desde nuestra perspectiva, consideramos que si el casacionista no precisa la causal del COGEP que estima infringida, pero aparece de manifiesto en su fundamentación, las normas de derecho sustantivo o adjetivo que estima han sido vulneradas en el fallo inferior, el conjuerz debería admitir a trámite el recurso y el

¹⁶⁸ Pedro José Izquierdo Franco, “El recurso de casación ante el neoconstitucionalismo garantista: crítica filosófica y constitucional de una casación ‘de minimis’”, *Foro: Revista de derecho*, No. 23 (II semestre de 2015): 95.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 393-2009 dentro del juicio No. 393-2006), en *RO*, No. 596 (22 de mayo de 2009).

tribunal resolver el tema de fondo; con lo que, no solo, se estaría superando aquel exagerado formalismo propio del Estado legal, sino sobre todo se concretaría la evolución al Estado constitucional de derechos y justicia, que plantea un diseño constitucional concebido para salvaguardar los derechos constitucionales, entre ellos el de la tutela judicial efectiva.

4.3.2. Imprecisión de las normas de derecho afectadas en la sentencia recurrida

El tema planteado tiene estrecha vinculación con lo explicado en el numeral anterior, por lo que ante la enunciación inexacta de las normas de derecho que se estima infringidas, tanto en lo sustancial como en lo procesal; es decir, cuando el casacionista cita normas jurídicas distintas a las que el juez considera aplicables al caso concreto, el tribunal de casación, podría enmendar dichos errores, siempre y cuando de las razones dadas para la interposición del recurso, se evidencie en forma clara los motivos por los que se recurre.

Sobre ello, la Corte Constitucional estima que el tribunal de casación no está obligado a limitar su análisis a las normas alegadas por el accionante, debe ir más allá de ellas, actuando de manera autónoma e independiente, realizando un análisis objetivo de las argumentaciones deducidas por el casacionista, buscando en su resolución concretar la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Entonces, el órgano casacional no tiene límites en el campo del puro derecho, puede elegir y aplicar correctamente el precepto legal pertinente, con independencia del nombre jurídico que las partes le hayan dado.

Añade la Corte que, la aplicación de este principio se evidencia en un análisis judicial objetivo de la demanda, cuyo fin primordial es precisar el asunto que va a ser objeto de la decisión; si de este examen se identifican errores de derecho, debe subsanarlos e invocar la norma pertinente para su resolución. Le es obligatorio al juez aplicar el derecho, haciendo la calificación jurídica adecuada de los hechos. Sobre el tema, Ángela Ledesma, explica: “si un juez está en principio ligado a la ley y no a los

errores de planteo o invocación de los litigantes, se comprende que su deber profesional es conocer las normas que debe aplicar, fuera de los casos excepcionales [...].”¹⁷¹

Además de la facultad de aplicar normas distintas a las invocadas por el recurrente, el tribunal también podría, cuando el casacionista no cita de manera exacta las normas de derecho que estima han sido vulneradas; *aplicar de oficio las disposiciones jurídicas pertinentes*, es decir, el derecho al caso concreto, el que su vez, le servirá para tomar la decisión correspondiente en el mismo; en particular, cuando de por medio se encuentre un derecho subjetivo amparable [...].¹⁷²

4.3.3 La actuación de oficio del tribunal de casación ante la vulneración de derechos constitucionales

Conforme lo hemos señalado en varios apartados de este trabajo académico y en base a la jurisprudencia nacional citada, el recurso de casación se ha caracterizado por su carácter “formal”; así como, por su vinculación directa con el “principio dispositivo;” elementos que en el Estado constitucional de derechos, deben ser analizados y aplicarse en función de la defensa de los derechos constitucionales; de ahí que, el tribunal de casación tiene la obligación de subsanar los defectos procesales de forma, superando el excesivo ritualismo, en pro de alcanzar la justicia.

Con relación al primer elemento y si bien, el ordenamiento procesal, tiene una serie de reglas formales previamente establecidas en la ley, cuyo cumplimiento es obligatorio, en aras de alcanzar la seguridad jurídica; también es pertinente resaltar que la administración de justicia en este nivel, no puede sobrevalorar los requisitos de forma, otorgándoles máxima virtualidad, al punto de impedir alcanzar una resolución de fondo; de ahí que, mientras no exista una sentencia de mérito, entenderíamos que estamos sacrificado la justicia por cuestiones de forma; por ello, nos ratificamos en que ninguna mera formalidad, entendida como: errores subsanables, citas equivocadas de normas, el *lapsus calami*, entre otros, pueden ser causa suficiente para que se inadmita

¹⁷¹ Ángela Esther Ledesma, *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?* (Buenos Aires: Edit. del Puerto, 2005), 357.

¹⁷² Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia No. 164-15-SEP-CC, caso No. 0947-11-EP), <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>>, consulta 14 de mayo de 2017.

el recurso de casación y peor que se dicten sentencias basándose en cuestiones de forma.

Sobre el segundo elemento, esto es el principio dispositivo, por el cual es el recurrente quien en la fundamentación del recurso fija los límites dentro de los cuales el tribunal de casación debe analizar y resolver, también debe reconsiderarse en función de la defensa de los derechos constitucionales. En esta perspectiva, destacamos la sentencia No. 051-15-SEP-CC dictada por nuestra Corte Constitucional que acepta la acción extraordinaria de protección y deja sin efecto la sentencia de casación, por vulnerarse el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al advertir que el tribunal de casación se integró con un juez que previamente conoció la causa como juez provincial, argumento que si bien, no fue alegado en la fundamentación del recurso por el casacionista, la Corte en aplicación del principio *iura novit curia*, lo consideró de oficio y aceptó la acción, fundamentándose para ello, en su obligación de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales; con lo que además se estableció un valioso precedente respecto a la posibilidad que tiene el tribunal casacional para resolver de oficio ante la afectación a los derechos constitucionales.

Si bien, en el caso ut supra, el argumento central de nuestra Corte Constitucional fue la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva; la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en un caso análogo, estima que también se afecta el derecho a ser juzgado por un juez ordinario predeterminado por la ley, el mismo que debió ser recusado por concurrir las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la entidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y neutralidad¹⁷³

Lo anotado, nos lleva a entender que el Estado constitucional de derechos, marca importantes cambios en la concepción del recurso de casación, en especial, en cuanto a la protección de los derechos constitucionales; en cuya defensa, el tribunal de casación debe asumir una posición objetiva y acorde con los principios constitucionales, que se traduzca en acciones concretas, encaminadas a superar los excesivos formalismos; así como, a resolver de oficio ante afectaciones a derechos constitucionales, todo ello en pro de alcanzar la justicia; no hacerlo, equivaldría a negar el derecho ciudadano de acceder al más alto tribunal de justicia ordinaria del país y obtener de él una sentencia

¹⁷³ España, Tribunal Supremo de España (Sentencia No. 3/12/1990), en Juan Montero Aroca y José Flores Maties, *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*, segunda edición, (Valencia: tirant lo blanch, 2012), 231.

constitucional de fondo, con lo que además, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que conforme lo ha expuesto nuestra Corte Constitucional, se orienta a “[...] garantizar que los derechos de las personas encuentren un cause [sic] adecuado para su realización, y siendo los procesos judiciales las vías idóneas para su restablecimiento”¹⁷⁴

3. Una visión de este instituto desde la jurisprudencia comparada

En relación a este tema, la jurisprudencia comparada, en especial, la española y colombiana, son coincidentes en la concepción de este principio. Aquellas aportan valiosos conceptos que consideramos oportuno citarlos, a fin de que el lector tenga una visión más amplia de este tópico.

El Tribunal Supremo español ha señalado que este principio impone al juez la obligación de aplicar las normas jurídicas que considere procedentes, con independencia de las invocadas por las partes. Añade que, el principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los tribunales basen sus fallos en normas jurídicas distintas de las invocadas por los sujetos procesales. El órgano jurisdiccional puede separarse de los razonamientos jurídicos aducidos por las partes, siempre que no se altere la pretensión, el objeto de discusión y el tema de decisión.¹⁷⁵

En el mismo sentido, la justicia constitucional colombiana considera que el deber del juez es garantizar la primacía del derecho sustancial o material, con apego a lo solicitado por la parte, pero sin desconocer la vigencia del principio *iura novit curia*, que le permite la aplicación del derecho, con prescindencia del invocado por las partes. Entonces, la labor judicial pasa por la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y su relación con las normas jurídicas que lo rigen.

Acota la Corte que este principio es antagónico al exceso procedimental que sacrifica el derecho sustancial; sin embargo, aquello no significa que el *iura novit curia*

¹⁷⁴ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición (sentencia No. 180-12-SEP-CC), en *ROS*, No. 756, (30 de julio de 2012).

¹⁷⁵ España, Sala de lo Contencioso, Tribunal Supremo de España (No 1530/2016, de 27/06/2016, Rec 704/2015, fecha: 27 de junio de 2016) en <<https://www.iberley.es/print/sentencias/47547716>>, consulta 19 de julio de 2017.

propicie la vulneración de la congruencia de las decisiones o, en otras palabras que, el juez dicte una sentencia cuyo contenido sea ajeno a lo pretendido en la demanda, porque resuelve un asunto distinto, extraño a las pretensiones de la demanda.¹⁷⁶

La importancia de la labor del tribunal casacional, también ha sido estudiada por la Corte Suprema de Justicia del vecino país que sobre el tema precisó:

[P]ara ‘no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal’ (CCXXXIV, 234), está obligado [el juez] a interpretarla [la demanda] en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos. A este respecto, la Sala de tiempo atrás, acentúa la labor del juez en la interpretación de la demanda ‘para que los derechos de las partes que se discuten en el proceso alcancen en la práctica la certeza que legalmente les corresponde. Más si ello es así, tampoco hay lugar a perder de vista que dicho poder encuéntrase de todos modos, supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiere valido para exponer tanto la pretensión como la causa petendi de la misma. Por mejor decirlo, el juez, en la búsqueda del real sentido de la demanda, tiene que averiguar es por lo que su autor quería expresar por medio de ella y no por lo que él, el juez, desee ver en ese escrito [...]’.¹⁷⁷

De lo expuesto, podemos concluir que un adecuado análisis jurídico en fase casacional parte de determinar en forma objetiva, precisa y de manera autónoma, las normas legales pertinentes al caso concreto y aplicarlas al momento de decidir, independientemente de aquellas invocadas por el recurrente, pero siempre dentro de los límites señalados en la pretensión.

Además, las normas legales que se deben aplicar en virtud del principio *iura novit curia*, son aquellas que se circunscriben dentro de las causales del recurso invocado por el casacionista. Solo en defensa de los derechos constitucionales el tribunal casacional puede fallar extrapetita, sin que aquello signifique incongruencia de la sentencia como lo ampliamos en el siguiente apartado.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ Colombia. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Expediente No 17001-3103-005-2003-00318-01, M.P. William Namén Vargas), <<https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-410740802>> consulta 20 de mayo de 2017.

4. Los límites entre los principios de congruencia y el *iura novit curia*

Empezamos el estudio de este tema, destacando que la esencia del Estado constitucional de derechos, está determinado, no solo por el reconocimiento y el respeto a los derechos constitucionales, sino por la generación de condiciones óptimas que permitan su desarrollo y posibiliten alcanzar su efectividad y pleno ejercicio.

Entre aquellos derechos garantizados por la Carta Suprema y que se vinculan directamente con nuestro tema de análisis, están los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa; los que por su importancia deben ser entendidos en su verdadero alcance, misión que la emprendemos respaldándonos en varias resoluciones de la Corte Constitucional ecuatoriana.

El derecho a la tutela judicial efectiva consta en el art. 75 de la Constitución,¹⁷⁸ ha sido conceptualizado como la facultad de “[...] acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada -que se dirige a través de una *demanda*- sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.”¹⁷⁹

Garantiza por tanto el derecho de las personas, no solo de acceder a los órganos judiciales para hacer valer y respetar sus derechos en igualdad de oportunidades, por medio de peticiones o deduciendo recursos; sino, de manera esencial obteniendo de ellos sentencias motivadas, basadas en derecho y libres de arbitrariedad, que materialicen una adecuada administración de justicia, tendiente a obtener el amparo eficaz de los derechos particulares, activando para ello las garantías procesales establecidas en la Constitución y las leyes.

Es importante recalcar que nuestra Corte Constitucional por medio de sus fallos,¹⁸⁰ ha desarrollado una explicación adecuada y oportuna respecto a la tutela

¹⁷⁸ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* (2008), art. 75. Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

¹⁷⁹ Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, *Foro: Revista de derecho*, No. 14 (II semestre de 2010): 8.

¹⁸⁰ Ecuador. Corte Constitucional (Sentencias No. 163-17-SEP-CC, dentro del caso No. 1354-14-EP, de 31 de mayo de 2017; 379-17-SEP-CC, dentro del caso No. 2283-16-EP, de 22 de noviembre de 2017; 211-17-SEP-CC, dentro del caso No. 0878-12-EP, de 5 de julio de 2017), en <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>>, consulta 20 de enero de 2017.

judicial efectiva, señalando que tiene íntima relación con el derecho al debido proceso en la garantía de la defensa; de ahí que su vulneración implica situar a los justiciables en una situación de indefensión.

La corte añade que este derecho está garantizado por medio de tres momentos:

a) El acceso a los órganos judiciales, sin condicionamientos no previstos en la normativa jurídica;

b) El desarrollo del proceso en tiempo razonable, con estricto cumplimiento de la Constitución y la ley; es decir, la sujeción de la autoridad judicial a las garantías del debido proceso; y,

c) La ejecución o cumplimiento de la sentencia.¹⁸¹

La misma Corte ha destacado la importancia que tiene este derecho, no solo por el objetivo central de alcanzar una justicia verdadera, sino además porque brinda una protección general, que va más allá de quienes participan de un proceso judicial, ya como demandante, ya como demandado; su ámbito se amplía a otras personas (naturales o jurídicas) que debiendo ser parte de la litis, no lo son por diversas causas, como cuando no se notifica con la demanda al demandado o cuando se sigue un proceso en que se definen derechos de terceras personas sin su conocimiento, casos en los que se vulnera este derecho y el debido proceso.¹⁸²

Si bien, el ejercicio del derecho a la acción, denota suma importancia, no es menor la facultad constitucional que le otorga al ciudadano el derecho a la defensa que se evidencia como garantía del derecho fundamental al debido proceso; cuya importancia está dada por “[...] asegurar a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar un efectiva controversia argumental entre los litigantes, que por unas u otras razones, puede no producirse.”¹⁸³

Sin embargo, cuando en un proceso judicial se contraponen los derechos citados; la intervención de los órganos jurisdiccionales adquiere singular connotación; sobre todo, porque la atribución más trascendental asignada al juez y que constituye la esencia

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición (sentencia No. 016-10-SEP-CC, dentro de los casos 0092-09-EP y 0619-09-EP), en *ROS*, No. 202, (28 de mayo de 2010).

¹⁸³ J. Picó, *Las garantías constitucionales*, 102-103

misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver con imparcialidad, a partir de un análisis objetivo de los hechos y asuntos que rodearon el debate procesal.

De ahí que, en la sentencia debe existir una adecuada relación de concordancia entre lo que se pide (pretensión) y la oposición a esta (contestación). Se requiere una explicación judicial debidamente sustentada de las razones que condujeron al juzgador a desechar o aprobar los cargos que fundamenten el caso concreto. El fallo tiene que “(...) adecuarse a las pretensiones de las partes, sin que pueda el tribunal otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandante ni fundar la sentencia en causas de pedir distintas a las que se han erigido en el objeto del proceso”.¹⁸⁴

La concordancia señalada recibe el nombre de congruencia, definida por Lorena Cueva como: “[...] el principio por el cual los jueces encuentran un límite en su actuación, se ven obligados a resolver todo lo controvertido y solamente eso.”¹⁸⁵ Criterio que compartimos, pero con la necesaria puntualización que, en defensa de los derechos constitucionales se podría rebasar esos límites y juzgar extrapetita.

En el mismo sentido, Devis Echandía sostiene que: “los derechos de acción y de contradicción imponen al Estado el deber de proveer mediante un proceso y por una sentencia, cuyo alcance y contenido están delimitados por las pretensiones y las excepciones que complementan el ejercicio de aquellos derechos.”¹⁸⁶

Si bien se requiere sentencias congruentes, también resulta importante contar con un sistema procesal altamente eficiente, que garantice la realización de la justicia, fin primigenio del Estado constitucional de derechos. Este sistema debe ser entendido como un conjunto de factores que se interrelacionan y cuyos propósitos se enlazan hacia un mismo objetivo, la justicia.

Un adecuado trabajo judicial debe reflejarse en una sentencia que represente la coherencia lógica y argumentativa entre el fallo para dirimir el litigio y su relación con la pretensión, las excepciones y la reconvención planteadas por los sujetos procesales. Criterio válido en el primer nivel de administración de justicia, etapa en la que el juzgador puede tomar en cuenta los planteamientos en derecho realizados por el actor y

¹⁸⁴ José Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general* (Madrid: Ed. Colex, 2012), 544.

¹⁸⁵ Lorena Cueva, *El principio de congruencia en el proceso civil* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), s.n.

¹⁸⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1962), 536.

el demandado, pero que en fase casacional cambia, sobre todo porque el tribunal se ve limitado a analizar si existe incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo del juez *a quo* con las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por el demandado, siempre y cuando aquello fuere motivo de los fundamentos del recurso.

La vigencia del principio de congruencia es consustancial al respeto del Estado de Derecho. Su fundamento está dado por la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos, derechos y pruebas, señalados y producidos dentro del proceso. Antes la derogada legislación adjetiva civil, contemplaba la obligación judicial de resolver los puntos de derecho que se generaban a partir de la colisión entre las pretensiones del actor y las oposiciones deducidas por el demandado. Criterio que con el COGEP no varió y ratifica que tanto la demanda y sus pretensiones, los soportes fácticos y normativos, la contestación, excepciones interpuestas y las alegaciones, imponen los linderos dentro de los cuales se desarrolla la actividad del juez en el ejercicio de su función, con sujeción a la directriz de omitir o disminuir el tema a decidir (*citra petita*), decida lo no pedido (*extra petita*) o conceda más de lo pretendido (*ultra petita*), en cuyo caso, el fallo deviene en incongruente, incurriendo en un yerro *in procedendo*.

La incongruencia a criterio de Lorena Cueva, deviene por el “exceso” o “defecto” en la parte resolutive del fallo y denunciable por la causal tercera de casación conforme lo dispone el art. 268.3 del COGEP que señala: “Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no es materia del litigio (*extra petita*), o se haya concedido más allá de lo demandado (*plus o ultra petita*) o se omita resolver algún punto de la controversia (*citra*).”¹⁸⁷

Estos excesos o defectos, han sido abordados ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia; se los identifica como “vicios” que pueden afectar a la sentencia; se concretan en tres básicamente (“*ultra petita*”, “*extra petita*” y “*citra petita*”). Santiago Andrade Ubidia lo sintetiza señalando que el defecto *ultra petita* se da cuando se resuelve más de lo pedido; el de *citra petita*, cuando se deja de resolver una o más

¹⁸⁷ COGEP, art. 268.3.

pretensiones de la demanda o las excepciones; y el *extrapetita*, cuando se decide puntos que no forman parte del litigio.¹⁸⁸

Complementamos lo anotado, aclarando que la incongruencia *ultra petita*, se presenta cuando el juez reconoce más derecho que el reclamado por el demandante, es decir, el fallo otorga o concede más allá de lo debido. Mientras que el defecto *extra petita*, se produce cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo debatido.¹⁸⁹ Por tanto, este yerro se genera a partir de una concesión judicial que rebasa los límites de lo pedido por las partes o que no corresponde a las pretensiones deducidas.

Para concluir, señalamos que el vicio de *citra petita* o lo que la doctrina denomina “incongruencia omisiva”, se produce cuando la sentencia no decide todos los puntos litigiosos del proceso y por lo mismo guarda silencio respecto de otros, que eventualmente podrían resultar determinantes en el fallo. A tal efecto, se hace necesario considerar que el objetivo último es limitar la subjetividad del juez; imposibilitándole que haga un análisis parcial, limitado al estudio y fundamentación de ciertos puntos y otros no, precisamente porque esa conducta puede resultar arbitraria. Entonces, por el principio de congruencia, la ley le impone al juzgador la obligación de analizar todos los puntos del debate.

5. El principio de congruencia y el *iura novit curia* desde la perspectiva jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De conformidad con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), referente a las Garantías Judiciales:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación

¹⁸⁸ Andrade, Casación Civil, 147.

¹⁸⁹ J. Picó, *Las garantías constitucionales*, 67

penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.¹⁹⁰

De la deconstrucción de la norma supranacional citada, encontramos varios elementos que constituyen su estructura conceptual, así:

En primer lugar, la disposición *ut supra* se vincula estrechamente con el derecho a la defensa, pues impone al juzgador la obligación de escuchar a las partes a lo largo del proceso judicial; facultad que se extiende a todas las materias (no solo a la penal), en todos los juicios y de cualquier naturaleza que fueren.

En segundo lugar, la posibilidad dada a las partes para exponer sus argumentos, lleva implícito el conocimiento previo de los cargos que se formulan en su contra; es decir, los sujetos procesales están al tanto de cualquier cambio dentro del proceso, lo que reporta el beneficio de otorgarles del tiempo y los medios adecuados para preparar una defensa técnica que formule contestaciones objetivas, coherentes, así como impugne o contradiga de manera fundamentada cualquier nueva pretensión.

Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la inclusión de nuevos hechos imputados en la sentencia y el cambio brusco de la calificación jurídica en la sentencia condenatoria, impiden que la defensa técnica oriente su actividad de manera razonable, con el tiempo y los medios adecuados para su preparación, lo que significa desconocer el principio de congruencia e impide un ejercicio pleno del derecho a la defensa del imputado, colocándolo en una situación de indefensión.¹⁹¹

De acuerdo con lo anotado, podemos precisar que tanto la doctrina, como la jurisprudencia citada, nos llevan a concluir que el principio de congruencia impone al juez la obligación de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, dentro de los límites establecidos por las partes procesales en la demanda y la contestación a la misma, pudiendo rebasar esos linderos casi infranqueables, exclusivamente en la defensa de los derechos constitucionales.

Entonces, en sede casacional, aquellos límites, son los establecidos por el recurrente en la fundamentación del recurso y si bien el juez puede hacer uso del

¹⁹⁰ *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), art. 8.1.

¹⁹¹ Al respecto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf> consulta 26 de julio de 2017.

principio *iura novit curia*; su aplicación se halla condicionada por el principio de congruencia que circunscribe el pronunciamiento judicial a lo pedido por las partes. Por lo tanto, cuando en invocación del principio *iura novit curia* se introducen nuevos hechos, el derecho a la defensa resulta afectado y estaríamos ante a una sentencia incongruente; por ello, la aplicación de este principio debe efectuarse prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presente los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes.

Conclusiones

Varias son las conclusiones a las que hemos llegado al final de este trabajo, las mismas que aspiramos estén a la altura de la trascendencia e importancia del tema planteado. Las reflexiones aquí propuestas permitirán al lector contar con elementos idóneos y pertinentes que coadyuven a una adecuada comprensión del recurso de casación, en especial, bajo el influjo del constitucionalismo contemporáneo que impone nuevas realidades y la necesidad de la adecuación del pronunciamiento judicial casacional dentro del respeto al marco constitucional vigente. A continuación, planteamos las principales conclusiones fruto de esta indagación.

El análisis histórico realizado en la primera parte de nuestra investigación, nos permite comprender que, desde sus orígenes, el recurso de casación se caracterizó por ser un instrumento procesal de “carácter extraordinario”, que procedía contra las sentencias que ponían fin a juicios de conocimiento. Sus funciones principales fueron: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia.

El nuevo paradigma constitucional, presupone un cambio sustancial en la consideración de los objetivos “tradicionales” del recurso de casación, que si bien se mantienen, hoy deben guardar correspondencia con los preceptos de la Ley Suprema, privilegiando la defensa de los derechos constitucionales, la interpretación de la ley a la luz del texto Constitucional y la aplicación directa de las normas constitucionales, cuando no exista disposición legal aplicable al caso concreto.

De la revisión constitucional, legal, doctrinaria y jurisprudencia alrededor del recurso de casación, sistematizamos sus objetivos más trascendentales, así:

1. Obtener mayor eficacia, seguridad y certeza en los fallos.
2. Otorgar la suficiente potestad al tribunal casacional para fiscalizar y de ser el caso, modificar e incluso dejar sin efecto lo resuelto por el *juez quem*, cuando exista vulneración a los preceptos constitucionales, al derecho objetivo y a la jurisprudencia, tanto de las altas Cortes de Justicia; así como, del derecho internacional de los derechos humanos. De ahí que, el control de las decisiones judiciales sólo se justifica como medio idóneo para asegurar la justicia y la legalidad de los pronunciamientos jurisdiccionales.

3. Convertir al proceso casacional en una garantía del justiciable, en un “verdadero juicio constitucional;” en el que prime el análisis de la constitucionalidad de la sentencia recurrida y de manera ulterior los cargos a la normativa legal y jurisprudencial.
4. Blindar el fallo casacional, por medio de exégesis razonadas tendientes a la protección de los derechos constitucionales, ante la posible interposición de la acción extraordinaria de protección.

Con relación a las funciones más relevantes del tribunal casacional, destacamos:

1. Fortalecer la función uniformadora de la jurisprudencia, por medio de una adecuada sistematización de fallos relevantes, en especial en materia de la defensa de los derechos constitucionales.
2. Conceder al recurrente, el derecho a un proceso judicial con todas las garantías constitucionales, de manera preponderante al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.
3. Adecuar la resolución casacional en defensa del derecho objetivo, la protección y restauración del derecho subjetivo, pero con respeto a: los derechos constitucionales, las reglas y subreglas dictadas por la Corte Constitucional, la ley, la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia y la normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos.
4. Controlar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico en la sentencia que se recurre, sin que quepa convertir al recurso de casación en una tercera instancia, por medio de una nueva revisión de los hechos o de la valoración probatoria, excepto en los casos en los que el tribunal actúa como juez de instancia.
5. Interpretar la normativa secundaria de conformidad a la Constitución, cuyos principios deben impregnarse en todo el ordenamiento jurídico. Por tanto, la aplicación de la ley debe realizarse en función de una interpretación objetiva de los postulados constitucionales; de ahí que, las sentencias deben alcanzar de manera preeminente un sentido de constitucionalidad y de respeto a los derechos.

6. Asumir una actitud proactiva, desarrollando una labor judicial objetiva y lógica, sustentada en los principios constitucionales, que vaya más allá del simple análisis de los cargos alegados por el recurrente; es decir, en aplicación del principio *iura novit curia*, puede actuar de oficio cuando advierta la vulneración de derechos constitucionales.
7. El control judicial de constitucionalidad en el recurso extraordinario de casación, deviene de la posición preeminente de la Constitución y de las normas, valores, principios y derechos que lo integran, por lo que la actuación de los jueces en este nivel debe realizarse por medio de un análisis constitucional objetivo y prolijo del fallo recurrido, que permita identificar en el caso concreto, la posible vulneración a derechos constitucionales y, lo fundamental, resolver en defensa de ellos.
8. Comprender en su verdadera dimensión y alcance, el principio constitucional de que “la justicia es el fin y el sistema procesal el medio para conseguir ese fin;” entonces, si el recurso no supera la fase de admisibilidad por consideraciones sustentadas en “exagerados formalismos” o si se dicta sentencia de fondo que inadmita el recurso basada en meras formalidades o argumentos incompatibles con el Estado constitucional de derechos, entenderíamos que no se está alcanzando el anhelado “ideal de justicia,” en detrimento de derechos constitucionales, en especial el de la tutela judicial efectiva.
9. Entender que no es compatible con el constitucionalismo de nuestros días, la prevalencia de un análisis subjetivo de las formas, es decir, no puede quedar al libre arbitrio de los jueces del tribunal, la consideración de que tal formalidad es determinante e imposibilita que se dicte sentencia de fondo; se requiere entonces, acudir y sustentar los fallos casacionales en aplicación de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional y de los organismos internacionales de derechos humanos.
10. Los jueces del tribunal casacional, tienen un compromiso frente a la consolidación de los derechos constitucionales, por medio de la defensa de la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, con la

expedición de fallos debidamente motivados y con un amplio sentido de constitucionalidad.

Además de las conclusiones puntuales señaladas, destacamos las siguientes con una explicación más amplia, así:

Del estudio realizado, resaltamos la obligación constitucional que tiene el tribunal de casación para aplicar de manera directa e inmediata los preceptos constitucionales, pero “solo cuando no exista disposición legal” aplicable al caso concreto. Sobre ello, debemos aclarar que, si partimos de la presunción de que toda norma legal es constitucional, el juez casacional no puede omitirla so pretexto de aplicar directamente la Constitución, debe interpretarla con sentido constitucional; solo si advierte su inconstitucionalidad, tiene de manera motivada, suspender la tramitación de la causa y denunciar su inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, para que en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, se analice su vigencia o expulsión del ordenamiento jurídico.

El Estado constitucional de derechos que vivimos, ha modificado los postulados tradicionales del recurso de casación; hoy, la justicia deriva no solo de la aplicación de las normativa legal, sino por excelencia, de las normas constitucionales (principios y reglas), cuya vinculación con el ejercicio de la administración de justicia deviene en impostergable e ineludible y compromete a todos los sujetos inmersos en los trances de la justicia.

Respecto a la aplicación del principio de *iura novit curia*, analizado en el capítulo tercero, concluimos que el tribunal de casación, como garante de la aplicación de los derechos y garantías constitucionales; además, por la autonomía e independencia judicial que posee para interpretar y aplicar la ley, tiene la potestad de aplicar este principio en el proceso puesto a su conocimiento, tanto en la fase de admisibilidad, como al dictar la sentencia de mérito; sin embargo, su aplicación debe hacerse dentro de los límites fijados por el recurrente, los que constituyen un marco infranqueable y cuya extralimitación podría generar sentencias incongruentes; con la salvedad de que en los casos en los que exista afectación a derechos constitucionales el tribunal podría actuar de oficio y resolver extrapetita.

Si bien, la adecuada fundamentación del escrito contentivo del recurso de casación, impone el cumplimiento de expresas disposiciones legales de carácter formal

previstas en el COGEP, la invocación errónea o la falta de enunciación expresa de la normativa legal por parte del recurrente, no puede ser considerada como causa suficiente, para inadmitir a trámite el recurso, peor hacerlo sin mayor análisis y en especial, sin enfocarse en la carga argumentativa realizada en la fundamentación del recurso.

La aplicación del principio *iura novit curia*, no significa que en fase casacional puedan introducir nuevos hechos y peor que aquellos deban ser valorados por el tribunal al momento de emitir sentencia. Además, el juzgador no puede fallar a favor o en contra de personas que no son sujetos de la demanda; además, le es prohibitivo otorgar o negar la pretensión, sino conforme a lo requerido por el recurrente en el escrito contentivo del recurso; así como, modificar la causa *petendi*; en suma, no puede sustituir el hecho constitutivo.

La presunción del conocimiento del derecho por parte del juez casacional, atañe no solo a la normativa interna, sino también a las normas supranacionales, a la jurisprudencia de derechos humanos y, en general a todo lo relacionado con el bloque de constitucionalidad, los que por mandato constitucional, son parte de nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, se requiere jueces doctos y comprometidos con garantizar un servicio judicial eficiente, por medio de un vasto conocimiento de estos instrumentos.

Sobre el principio de congruencia, acotamos que la sentencia es congruente cuando existe conformidad con el *petitum* y la *causa petendi*, que constituyen el objeto del proceso. El juez tiene que ajustarse a los términos en que las partes plantearon la discusión en el proceso, lo que ellas afirmaron, negaron, alegaron y probaron; sin embargo, podría rebasar los linderos fijados por el recurrente, exclusivamente en defensa de los derechos constitucionales.

No obstante, no cualquier diferencia entre lo pedido y lo decidido se convierte en una incongruencia que vulnere derechos, sino solo aquella que represente un cambio total de los términos en que se dio la contienda judicial, al extremo de afectar el derecho de defensa y contradicción. La sentencia resultaría incongruente, si en el proceso no se concedió a las partes la oportunidad de defenderse y controvertir los cargos por ejemplo.

Para finalizar, añadimos que el deber primordial del Estado es garantizar el efectivo goce de los derechos constitucionales y el desarrollo progresivo de su

contenido; aquello se logrará el momento en que todos aunemos esfuerzos en la misma dirección; en el tiempo que alcancemos la constitucionalización de la cultura judicial ecuatoriana;¹⁹² cuando el respeto a los derechos constitucionales sea el centro de la actuación de los jueces, con una justicia independiente, diáfana e imparcial; así como, con instituciones judiciales sólidas y políticas eficientes en la administración de justicia.

¹⁹² Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 234.

Bibliografía

- Aguirre Guzmán, Vanesa. “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”. *Foro: Revista de derecho*, No. 14 (II semestre de 2010): 5-43.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal, juicio ordinario*. Buenos Aires: Ediar Edit., 1961.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derechos procesal civil y comercial: organización judicial jurisdicción y competencia*, 2da ed., II. Buenos Aires: Ediar Edit., 1957.
- Álvarez Caperochipi, José Antonio. *Introducción al derecho*. Pamplona: Edit. Serie Jurídica Mc Graw Hill, 1995. <- academia.edu>.
- Andrade Ubidia, Santiago. *La casación civil en el Ecuador*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: Depalma, 1952. En Valeria Susana Guerra, *Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad*. *Revista de Derecho Privado*, No. 21 (julio/diciembre de 2011):s.p.
<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2982/3421>>
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Edic. Abya-Yala, 2011.
- Bazante Vladimir Germán. “El precedente constitucional”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; 2012.
- Blasco Soto, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. España: José María Bosch Edit. 1995. En Angélica Porras Velasco y Johanna Romero Larco, *Guía de Jurisprudencia Constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010*, Tomo I. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Botero, María Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. <unicesar.ambientalex.info/infoCT/Acctutordconco.pdf>.
- Calamandrei, Piero. *La casación civil*, tomo I. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica, s.f.

- Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador* [1993]. [Quito]: Registro Oficial, No. 183, Quito 5 de mayo de 1993.
- Colombia. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. [Expediente No 17001-3103-005-2003-00318-01, M.P. William Namén Vargas]. <<https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-410740802>>.
- Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, [Sentencia N.º T 1100122030002017-00682-01, 11 de mayo de 2017]. <<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>>.
- Constitución de la República del Ecuador* [2008]. [Quito]: Registro Oficial, No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.
- Constitución Federal de los Estados de Venezuela* [1811]. [Caracas]: En Textos Constitucionales (1811-1999). <www.clbec.gob.ve/pdf/constituciones-1811-1999.pdf>.
- Constitución Política de la República del Ecuador* [1830]. [Quito]. <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>.
- Constitución Política de la República del Ecuador* [1835]. [Quito]. <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>
- Constitución Política de la República del Ecuador* [1843]. [Quito]: <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>.
- Constitución Política de la República del Ecuador* [1897]. [Quito]: <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>.
- Constitución Política de la República del Ecuador* [1929]. [Quito]: <www.cancilleria.gob.ec/Constituciones-del-Ecuador-desde-1830-hasta-2008/>.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969).
- Coronel Jones, César. “La Casación estudio introductorio”. *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, (21 de septiembre de 1993).
- Cueva, Lorena. *El principio de congruencia en el proceso civil*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- De la Rúa, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano [26 de agosto de 1789].
<www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>.

Díaz Garaycoa, Francisco. “Casación laboral: fallos contradictorios y triple reiteración”,
Juris Dictio: Revista de Derecho del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año I, No. 2 (julio 2000): 138.

Echandía, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1962.

Ecuador. *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial, Suplemento, No. 687, Quito 18 de mayo de 1987.

Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial, Suplemento, No. 544, Quito 9 de marzo de 2009.

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

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. [Sentencia número 180-12-SEP-CC, caso SPMB No. 0981-2011-ep].
<<https://www.corteconstitucional.gob.ec>>

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. [Sentencia número 0221-12-SEP-CC, caso N.º 1515-10-EP].
<<https://www.corteconstitucional.gob.ec>>

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Registro Oficial, Suplemento, No. 364, Quito 17 de enero de 2011.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. [Sentencia No. 038-16-SEP-CC, caso No. 1156-14-EP]. <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>>.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. [Sentencia No. 164-15-SEP-CC, caso No. 0947-11-EP]. <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>>.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. [Sentencia No. 163-17-SEP-CC, caso No. 1354-14-EP]. <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>>.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. [Sentencia No. 379-17-SEP-CC, caso No. 2283-16-EP]. <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>>.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. [Sentencia No. 211-17-SEP-CC, caso No. 0878-12-EP]. <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>>.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia. [Resolución número 07-2017]. <www.cortenacional.gob.ec>.

Ecuador. *Ley de Casación*. Registro Oficial, No. 192, Quito 18 de mayo de 1993.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial, Suplemento, No. 52, Quito 22 de octubre de 2009.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución No. 265-2002 dentro del juicio No. 299-2001]. *Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 11.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución No. 177-2002 dentro del juicio No. 319-2001]. *Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 10.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución No. 393-2009 dentro del juicio No. 393-2006]. *Registro Oficial*, No.596, Quito 22 de mayo de 2009.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución N° 137-2003, juicio N° 146-2001]. *Gaceta Judicial*, No. 18, 20 de mayo de 2013, 28.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución N° 51-2006, juicio N° 72-2004]. *Gaceta Judicial*, No. 18, 8 de febrero de 2006, 426.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución N° 450-98, juicio N° 160-98]. *Registro Oficial*, No. 84, Quito 9 de diciembre de 1998.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución No. 242-97 dentro del juicio ejecutivo No.4-95 por dinero propuesto por Martha Mena contra Luis Brito y Libia Rojas]. *Gaceta Judicial*, No. 15, Quito 27 de mayo de 1997.

Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución No. 83-99 dentro del juicio No. 170-97]. <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/>>.

Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. [Sentencia dictada dentro del juicio No. 17711-2014-0017 en contra de Maira Yanina

- Mancheno Torres, Gerente General y representante legal de la Compañía SWISS & NORTH GROUP].
<<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/sentencias-sala-civil>>.
- Ecuador. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución N°33-2011, juicio N° 999-2009-SR].
<<http://www.funcionjudicial.gob.ec/>>.
- Ecuador. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución No. 276-09 dentro del juicio No. 231-2006]. *Gaceta Judicial*, No. 18, Quito 18 de junio de 2009.
- Ecuador. Sala especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución No. 213-2012 dentro del juicio No. 121-2012]. *Registro Oficial*, No. 15, Quito 26 de abril de 2016.
- Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución dictada dentro del juicio verbal sumario por establecimiento de servidumbre de tránsito propuesto por Blanca Laura Maza Paredes y otros, contra Luis Ernesto Quintuña Muñoz y otros]. *Gaceta Judicial*, No. 13, Quito 2 de mayo de 2003.
- España. *Ley de enjuiciamiento civil*. [1855].
<fama2.us.es/fde/ocr/2006/leyDeEnjuiciamientoCivil1855.pdf>.
- España. Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo. [No 1530/2016, 27/06/2016, Rec 704/2015]. <<https://www.iberley.es/print/sentencias/47547716>>.
- España. Sala Primera del Tribunal Constitucional español. [Sentencia No.39/1983, recurso de amparo número 208/1983 de 16 de mayo de 1983].
<<http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/167>>.
- España. Tribunal Constitucional. [Sentencia 108/2002, de 6 de mayo]. En Joan Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Edit., 2012.
- España. Tribunal Supremo. [TS 606/2000 de 19 junio -EDJ 2000/13141-]. En <www.elderecho.com/tribuna/.../demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002.ht...>.
- España. Tribunal Supremo. [TS 367/2009 de 20 de mayo de -EDJ 2009/92341-]. En <www.elderecho.com/tribuna/.../demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002.ht...>.

- España. Tribunal Supremo. [STS 31 de marzo 1992 -EDJ 1992/3124-]. En <www.elderecho.com/tribuna/.../demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002.ht...>.
- España. Tribunal Supremo (Sentencia No. 3/12/1990).
- Gimeno Sendra, José Vicente. *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. Madrid: Ed. Colex, 2012.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar Edic., 2005.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Guastini, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: UNAM, 2001
- Guerra, Valeria Susana. *Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad*. Revista de Derecho Privado, No. 21 (Julio/diciembre de 2011). <s.p.,www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123>.
- Guzmán Fluja, Vicente C. *El recurso de casación civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.
- Iglesias Vila, María. *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrusola*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3764308.pdf >
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho constitucional ecuatoriano*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1998.
- Latorre Beltrán, Javier. *Preguntas y Respuestas sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*. En <www.sepin.es/cronus4plus/documento >
- Ledesma, Ángela Esther. *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*. Buenos Aires: Edit. del Puerto, 2005.
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada*, Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Oyarte Martínez, Rafael. *Derecho Constitucional*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

- Pérez Cebadera, María Ángela. La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad. En <www.elderecho.com/tribuna/civil/demanda-suplico_de_la_demanda_11_682555002>.
- Pérez Tramps, Pablo y Miguel Revenga Sánchez. “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España”. En Emilio Pajares, coord. *La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia, España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Pérez Valencia, Tatiana Maritza. “El reconocimiento de la casación en el Estado constitucional de derechos y justicia”, en Corte Nacional de Justicia, *El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia*, Quito: Comité Académico de la Corte Nacional de Justicia, 2013.
- Picó I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Edit., 2012.
- Porras Velasco, Angélica y Johanna Romero Larco. *Guía de Jurisprudencia Constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010*. Tomo I. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Puy, Francisco. *Derecho objetivo y derecho subjetivo*. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/468/13.pdf>>.
- Ramírez Romero, Carlos. “Presentación”. En Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *El recurso de casación en el Estado Constitucional de derechos y justicia: Memorias del I seminario internacional celebrado en Quito el 21 y 22 de marzo de 2013*, 13-18. Ecuador: Imprenta de la Gaceta Judicial, 2013.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid: Espasa, 2014. Edición electrónica.
- Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. “Prólogo”. En Victoria Eugenia Bohórquez Hernández. *El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia*, 9-18. Medellín: Universidad de Antioquia, 2013.
- Salazar Marín, Daniela. “La acción por incumplimiento como mecanismo de exhibición de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador,” *Iuris Dictio: Revista de Derecho del Colegio de*

- Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, No. 2 (enero- junio 2013): 112.
- Scheuner, Ulrich. *Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte Is Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit.* (1971). Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- Silva Sánchez, Antonio. “Derecho Romano: En torno al ordo iudiciorum privatorum”. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119352>>.
- Storini, Claudia. “Efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”. *Foro: Revista de derecho*, No. 11 (II semestre de 2009): 57.
- Torres Vásquez, Aníbal. *Diccionario de jurisprudencia civil.* Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008.
- Ventura Robles, Manuel E. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”. Ponencia, “Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho”, San José, 10 de agosto de 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo. “La ley, el derecho y la constitución”. *Revista española de derecho constitucional*, No. 72 (septiembre-diciembre 2004): 17. <dialnet.unirioja.es>.