

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

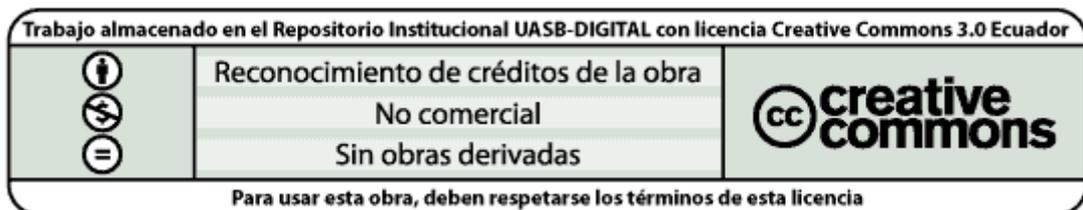
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**El recurso de casación en materia civil en el Ecuador:
formalismo vs. tutela efectiva de los derechos fundamentales**

Autora: Katerine Betty Muñoz Subía

Tutor: Francisco Iturralde Albán

2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Katerine Betty Muñoz Subía, autora de la tesis intitulada “El recurso de casación en materia civil en el Ecuador: Formalismo vs. tutela efectiva de los derechos fundamentales”, mediante el presente documento dejo constancia de 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 terceros y a la Universidad. 3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

31 de agosto del 2015

.....

Resumen

El formalismo establecido por el legislador en la Ley de casación en materia civil ha determinado una serie de requisitos que hacen efectiva la admisibilidad del recurso, su inobservancia puede constituir una consecuencia fatal, que impida su prosecución, frente a lo cual se encuentra la protección constitucional de la tutela efectiva de los derechos humanos.

En este contexto este trabajo de investigación pretende demostrar que el recurso de casación en el Ecuador aspira cumplir con sus fines principales de unificación, defensa del derecho objetivo, control de legalidad, reparar los agravios proferidos en contra de las partes e igualmente cumplir con los principios constitucionales de realización de justicia y garantía de derechos.

La tesis está dividida en tres capítulos. En el capítulo primero se analiza el rol de la jurisdicción en el Estado constitucional de derechos y justicia: el rol de los jueces en el nuevo Estado, cuya finalidad en esta nueva configuración es la protección real de los derechos fundamentales; la evolución del papel del juez de mero aplicador de la norma a creador de derecho; y en este sentido, identificar las herramientas que le sirven a la jurisdicción para cubrir esa finalidad.

El capítulo segundo se refiere al recurso de casación como mecanismo de control de la legalidad, la determinación de la naturaleza jurídica; sus características, especialmente formales, requisitos, objetivos y el principio dispositivo como sustento de la fundamentación.

El capítulo tercero comprende el estudio de la casación y sus alcances en el marco constitucional vigente: El principio de la administración de justicia como sistema medio; y, el formalismo del recurso de casación vs. tutela de los derechos fundamentales.

Con la construcción de este trabajo se ha intentado presentar propuestas que respondan a los cuestionamientos que, a veces el formalismo del recurso de casación podría mermar el reconocimiento de un derecho fundamental; o que a pretexto de tutelar uno de estos derechos, vulnere el principio de formalismo que rige al recurso, siempre orientando a que la justicia constituye un valor esencial del Estado.

Agradecimientos:

A Dios por su grandeza,

a mis padres por su apoyo,

a mi esposo Pablo Coello por su amor,

a mis hijos Alex Marcelo, Juan Pablo y Valentina Mikaela por ser mi inspiración,

a una magnífica mujer: Vanesa Aguirre Guzmán, por su apoyo y dedicación constantes para la realización y culminación de este trabajo de investigación,

a la Universidad Andina Simón Bolívar, a mis maestros, compañeros y amigos por haberme dado la oportunidad de cumplir una meta más,

infinitas gracias a todos.

Contenido

Resumen.....	3
Agradecimientos:	4
Contenido.....	5
Capítulo primero	6
El rol de la jurisdicción en el Estado constitucional de derechos y justicia	6
1. El rol de los jueces en el Estado constitucional de derechos y justicia.....	6
1.1. El principio de tutela judicial efectiva como rector de la actividad jurisdiccional ...	9
1.2. La interpretación <i>pro homine</i> en la actividad jurisdiccional	12
1.3. El principio de supremacía constitucional	14
1.3.1. La aplicación directa de normas constitucionales	16
1.3.2. El principio <i>iura novit curia</i>	18
2. El principio de seguridad jurídica en la administración de justicia	19
Capítulo segundo	22
El recurso de casación como mecanismo de control de la legalidad.....	22
1. Naturaleza jurídica	22
1.2. Objetivo.....	25
Capítulo tercero	30
La casación y sus alcances en el marco constitucional vigente	30
Conclusiones	39
Bibliografía	42

Capítulo primero

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

1. El rol de los jueces en el Estado constitucional de derechos y justicia

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, parte del capítulo 1 que trata sobre los principios fundamentales, y del título primero, que regula los elementos constitutivos del Estado, y determina: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Conceptualización de Estado constitucional que ha sido explicada por el tratadista Carlos Bernal Pulido, en su obra *El Derecho de los derechos*,¹ quien expresa: “La principal ley de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales”. Por lo que una de las finalidades del Estado ecuatoriano, bajo esta concepción constitucional, es que la validez del ordenamiento jurídico depende de su coherencia con los principios constitucionales y la protección real de los derechos de las personas.

La visión anterior es compartida por Luigi Ferrajoli, quien sobre el nuevo paradigma del Estado Constitucional manifiesta que: “cambian las condiciones de validez de la leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”, por lo tanto estamos frente a dos autores cuya doctrina se apega más a constituciones rígidas, en que las leyes deben estar de conformidad con ella para que sean legítimas.

En este contexto, el papel del juez ya no es de mero aplicador de la ley, sino que puede realizar un análisis de la coherencia de la ley con la Constitución y si no aplica su razonamiento a esta premisa, es su obligación denunciar la inconstitucionalidad de la

¹ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 149.

norma, siempre y cuando no exista posibilidad de interpretación en sentido constitucional.²

Ramiro Ávila por su parte sostiene que existe un “paradigma constitucional democrático”³ en el que la ley dejará de ser “la reina” de las fuentes y pasará a ser una fuente más, que compite con normas como las que emanan del derecho indígena y con las que producen las cortes constitucionales y las cortes internacionales.⁴

Los defensores del Estado Legislativo de derecho, señalan que de alguna manera se estaría planteando que la norma jurídica es adversaria a los principios constitucionales, que la ley ya no tiene validez y estamos en una época diferente, en el espacio de los principios y que el positivismo ha sido superado.

Nada más alejado de la verdad, la ley es un concepto que sigue vigente y no solamente se deben atender los principios sobre las normas, la ley lo que hace es “positivizar” los principios, haciéndolos parte de la norma jurídica. La ley no es contraria de suyo a los principios, en todo caso, si una ley es considerada “injusta” es tarea del juez en un caso concreto o del legislador de manera general que nuevamente inspire a la ley en los principios constitucionales, traducir los principios y hacer que esa ley viva en la comunidad por medio de la ideología y de la jurisprudencia.

En tal virtud, una norma jurídica puede ser formalmente válida pero en el fondo inválida si vulnera principios constitucionales o derechos fundamentales como lo afirma Ferrajoli.⁵ No obstante, no es correcto aplicar directamente la Constitución omitiendo una norma legal, con el pretexto de garantizar derechos. El juez en este contexto es garante efectivo de tales derechos, cuando no exista desarrollo legal de un tema puntual.

En efecto, los jueces, en algunos casos, excepcionalmente podrían aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos

² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [2013], artículos 141, 142 y 143 Código Orgánico de la Función Judicial [2015], Art. 4.

³ Ramiro Ávila “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, en Ramiro Ávila (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 34.

⁴ *Ibíd.*, 39.

⁵ Luigi Ferrajoli, “Pasado y Futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, (Madrid: Editorial Trotta S.A., 2003), 18.

internacionales de derechos humanos,⁶ aunque las partes no las invoquen, de conformidad con lo prescrito en el artículo 426 inciso segundo de la Constitución, siempre y cuando no exista desarrollo legal sobre un asunto discutido, pues debemos partir de la premisa de que toda norma jurídica se presume constitucional y en este sentido debe ser aplicada. En consecuencia, es fundamental considerar que la ley no es adversaria de los principios, puede ser que exista una ley imperfecta y a lo mejor injusta, sin embargo sería un caso especial.

En este sentido, el juez creador de derecho debe asumir el rol que la Constitución le otorga, sin embargo la mayoría no asume el reto, pues siguen enfrentándose a los problemas de siempre como son la carga procesal, no contar con herramientas técnicas adecuadas, la presión psicológica que representa la evaluación permanente determinada por el número de causas despachadas y no por la calidad de las mismas, entre otros aspectos. Los jueces todavía se encuentran temerosos y sumisos al poder o la opresión ejercida por las instituciones de poder, que no son completamente independientes porque obedecen a un poder superior y no se atreven a alterar esta situación. Ante esta realidad cabe anotar la reflexión de Paulo Freire, (Alsina 2001) (Palacio 1997) pedagogo brasileño: “el activismo sin conocimiento es tan inútil (dar palos de ciego, decía él) como el conocimiento sin activismo. La conjunción del saber con la acción da como resultado el acto creador que libera al oprimido”.⁷

Afortunadamente, siempre existen jueces innovadores, diferentes que van más allá de buscar una evaluación eficiente con el fin de conservar su cargo, aquellos que sí buscan administrar justicia de una manera adecuada e ir adelante de la exigencia administrativa, que ejecutan su labor asumiendo el poder de crear derecho que les ha otorgado el nuevo ordenamiento jurídico.

Actualmente el juez debe ser creador de derecho, defensor de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en una esfera supranacional, de ahí se originan

⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], artículo 11 numeral 3, “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte”.

⁷ Ávila, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, 34.

las garantías jurisdiccionales de los derechos, el control de la constitucionalidad de las leyes y el fortalecimiento de la justicia constitucional.

No es fácil aceptar una mayor intervención de los jueces en los procesos sometidos a su conocimiento, es por eso que algunos grupos de poder hacen esfuerzos para limitar el activismo judicial y siguen defendiendo el principio de legalidad “como garantía de certeza y libertad”, como lo sostenía Hobbes,⁸ y “monopolio estatal de producción jurídica”, por lo que la autoridad dotada de competencia normativa es fuente de legitimación de la norma. Este concepto debe ser totalmente superado, lo que se pretende es que existan menos textos legales y hacia allá vamos, así tenemos el Código Orgánico General de Procesos y no tener procedimientos desperdigados en códigos adjetivos, sustantivos, leyes, reglamentos, en fin que dificultan el quehacer jurídico.

Los desafíos que tenemos nos plantean que no debemos ni dirigir ni servir. “En vez de distancia crítica, proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, involucramiento libre. En vez de serenidad autocomplaciente, capacidad de asombro y revolución” Críticos, desde la comprensión de Santos, y en esto coincide con Dussel, significa que tenemos que partir con y para los oprimidos y alterar su realidad.⁹

1.1. El principio de tutela judicial efectiva como rector de la actividad jurisdiccional

El principio de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos está previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, considerado como el derecho de toda persona para que alcance justicia, mediante un proceso que se sujete a los principios de inmediación y celeridad, sin quedar en ningún momento en indefensión, con el fin de que una vez resuelto el proceso, la decisión judicial se cumpla.

La tutela judicial efectiva comprende el derecho de toda persona a ejercer su acción y pedir la intervención de la actividad jurisdiccional del Estado para que por intermedio de un proceso judicial dicte una resolución sobre las pretensiones y excepciones formuladas, que los jueces interpreten las normas o actúen prueba de oficio, de tal manera que se administre justicia sobre la verdad de los hechos -previamente establecidos por las partes- y no se limiten a ser meros espectadores de las actuaciones

⁸ Ferrajoli, “Pasado y Futuro del Estado de derecho”, 16

⁹ *Ibíd.*, 45.

procesales -esto es precisamente lo que implica el activismo judicial- y, principalmente que los justiciables obtengan una resolución ejecutable. Además, tienen derecho a: “A impugnar la sentencia definitiva [...] A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la [...] condenada”.¹⁰

Como bien lo afirma Vanesa Aguirre Guzmán, el término tutela judicial efectiva es: “uno de los conceptos de mayor dificultad en su definición”¹¹ y luego de realizar una aproximación al concepto de tutela judicial efectiva, establece que: “Más allá de la dificultad que ha supuesto la elaboración de una doctrina unitaria sobre el derecho a la acción, puede afirmarse que su derivación inmediata es el derecho a la tutela judicial efectiva, como finalidad propia del ejercicio de la función jurisdiccional, y derecho con una configuración y características propias”,¹² concluyendo que: “El derecho tutela judicial efectiva se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste 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”.¹³

La tutela judicial efectiva es considerada como un derecho fundamental vinculado estrechamente con los presupuestos contemplados en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere a las garantías judiciales; en este sentido dicho principio contempla: el libre acceso a la justicia, el derecho a la defensa,¹⁴ el contar con un juez competente e imparcial, quien resolverá el proceso mediante una resolución motivada en un tiempo razonable y el derecho a que la misma sea ejecutada en sus propios términos.

La tutela judicial efectiva no tiene sentido si los jueces no cumplen los presupuestos señalados, lo cual ocurre con alguna frecuencia, así lo ha señalado la Corte Constitucional en algunas acciones extraordinarias de protección que ha resuelto, en la cuales ha declarado la violación del derecho de tutela judicial efectiva principalmente por

¹⁰ Pablo Esteban Perrino, "El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*. (Buenos Aires: Editorial RUBINZAL-CULZONI, 2003), 261-262.

¹¹ Vanesa Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional de crédito en Ecuador*, (Quito: Ediciones Legales S.A. & Universidad Andina Simón Bolívar, 2012), 93.

¹² *Ibíd.*, 97.

¹³ *Ibíd.*, 98.

¹⁴ Ecuador: Corte Constitucional, [Sentencia No. 012-13-SEPCC, dictada con fecha 09 de mayo de 2013, dentro del caso No. 0253-11-EP], "[...] esta garantía esencial es una complementación del debido proceso, la relación existente entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión se configuran en un único derecho, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión".

falta de motivación. En consecuencia, la verificación de una correcta tutela judicial se obtiene con una adecuada motivación.¹⁵

En efecto, la Constitución de la República en el artículo 76 numeral 7 literal 1) prescribe la obligación de motivar las resoluciones de los poderes públicos, cuya inobservancia acarrea nulidad.¹⁶ No cabe duda de que la motivación conlleva la legitimación de las resoluciones, y en el ámbito judicial, representa la decisión fundamentada y razonada de los fundamentos de hecho y de derecho, que llevaron al juez a tomar una decisión, en la que los justiciables podrán conocer los argumentos que la justifican.

El Estado precisamente es el responsable cuando se ha cometido error judicial, se ha inobservado la tutela efectiva judicial y el debido proceso, conforme lo prevé el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, por lo tanto, los jueces son garantes de los principios del sistema procesal como medio para la realización de la justicia, llamados a reconocer los derechos humanos de los miembros de la colectividad y resolver las controversias de forma legítima, no obstante como lo percibimos día a día los jueces no están capacitados para enfrentar la realidad de la Constitución como norma primaria.

La solución inmediata para superar esta dificultad sería el trabajo coordinado de todos los órganos que componen la Función Judicial, porque si bien contamos con la normativa pertinente, no existe uniformidad, en muchos casos ni siquiera una interpretación semejante en un mismo tema jurídico o constitucional, por ello es urgente

¹⁵ Ecuador: **1.** Corte Constitucional, [Registro Oficial Suplemento 743 de 11 de Julio del 2012], "La sentencia impugnada, ¿vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva por carecer de motivación? ...En el Estado constitucional de derechos y justicia prima la Constitución sobre la ley, y los derechos sobre cualquier otro aspecto; en el presente caso, la acción de protección planteada por la accionante debió tratar el fondo del asunto por así disponerlo el artículo 88; de esta manera se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la Sala, en sujeción a la aplicación directa de los derechos, debió analizar si los actos impugnados por la accionante son o no violatorios a sus derechos constitucionales, no existe motivación de la sentencia, pues la decisión no ha tratado la parte medular de la demanda". **2.** Corte Constitucional, [Registro Oficial Suplemento 331 de 30 de Noviembre del 2010]. **3.** Corte Constitucional [Registro Oficial Suplemento 161 de 14 de Enero del 2014].

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador, [2008], Art. 76 num. 7 lit. 1) "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".

que los operadores de justicia tengan capacitación permanente sobre la pertinencia de la interpretación y la aplicación de la Constitución.

1.2. La interpretación *pro homine* en la actividad jurisdiccional

El principio *pro homine* determina que las normas referentes a los derechos humanos deben ser interpretadas en forma amplia y extensiva, cuando se trata de reconocer un derecho, en tanto que la norma o interpretación debe ser restringida cuando se establecen límites permanentes o transitorios al ejercicio de los derechos humanos.

El principio *pro homine* es natural del derecho internacional de los derechos humanos, y en este contexto las normas legales, constitucionales o las establecidas en convenios internacionales que se refieran a derechos humanos, deben ser aplicadas por las autoridades judiciales en la medida que proporcionen mayor protección a la persona o grupo de personas para el ejercicio eficaz de tales derechos. Es así que en la interpretación judicial que se refiera a la protección de derechos humanos puede prevalecer la normativa jurídica nacional o internacional, según sea más favorable al caso en particular, es decir en este contexto la norma nacional o internacional tienen una misma jerarquía si se refieren al reconocimiento de un derecho humano y su aplicación puede ser distinta o simultánea.¹⁷

Cabe resaltar que cuando se trate de la restricción legítima de derechos, esta será de carácter excepcional, tendrá una positivización anterior, con un procedimiento establecido y la decisión de aplicarla será necesariamente para conservar la paz social.¹⁸

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008]: Art. 424 inciso 2, “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”.

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 29 numeral 2: “El ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica, párrafo 46, “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro legítimo del objetivo.”

Igualmente, para que el principio *pro homine* tenga vigencia es importante que los operadores del sistema judicial reconozcan la trascendencia y el propósito de las disposiciones que evocan los derechos humanos, estén o no incorporados en el ordenamiento jurídico nacional. Los jueces especialmente como garantes de los derechos humanos, deben aplicar las normas constitucionales, legales o internacionales que procuran la vigencia de los principios constitucionales y protejan al ser humano, dentro de sus límites y alcances.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que: “...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”¹⁹

La interpretación del principio *pro homine* rompe definitivamente las tradicionales formas de interpretación del derecho, en la que la norma posterior deroga la anterior, o incluso principios como el de jerarquía, de especialidad, etc.; lo que interesa es que la argumentación jurídica permita hacer efectiva la garantía de los derechos humanos, sin tomar en cuenta aquella que limite tales derechos.

Este principio comporta la obligación del juez de reconocer y garantizar en todo tiempo y espacio los derechos a las personas sin distinción alguna, puesto que está relacionado con: “...los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos)” y con las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.²⁰

En consecuencia, la interpretación del juez siempre será con el fin de amparar el goce de un derecho fundamental o humano y aplicar la disposición de la forma más restringida cuando limite el ejercicio de esos derechos, los cuales son inherentes a la persona por el hecho de “ser humano”. El problema de la interpretación entre una norma

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, párrafo. 51.

²⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 27 que determina los derechos que no pueden ser suspendidos aún en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte.

del ordenamiento jurídico interno que protege los derechos humanos y otra internacional, ha ido superado, lo que interesa es que se aplique la norma que permita otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos humanos, sin interesar si proviene de una u otra esfera.²¹

1.3. El principio de supremacía constitucional

El artículo 424 de la Constitución prescribe: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.²²

El principio de supremacía constitucional determina que la Constitución es la norma jerárquicamente superior y pilar del ordenamiento jurídico nacional, de contenido eminentemente jurídico y no político, con la excepción contemplada en el artículo 424 de la Constitución que prevé que 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.

En este sentido la “pirámide jurídica” de Ecuador de acuerdo con el artículo 425 de la Constitución, estaría conformada de la siguiente manera: La Constitución, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado; otros tratados internacionales; leyes orgánicas; ordinarias; normas regionales y ordenanzas

²¹ Constitución de la República del Ecuador [2008]: “Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. Art. 426 inciso final: “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

²² Código Orgánico de la Función Judicial [2015], “Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- 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, sólo 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...”.

distritales; decretos y reglamentos; ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y, los demás actos y decisiones de poderes públicos.

No obstante para que tenga eficacia el principio de supremacía constitucional, es necesario el control de la constitucional de la norma jurídica. En el caso del Ecuador este control lo efectúa la Corte Constitucional, habiéndose establecido en consecuencia un sistema concentrado.

El control de la constitucionalidad consiste en asegurar la aplicación de las normas constitucionales y la supremacía de la Constitución dejando sin efecto las normas inferiores que no mantengan concordancia con la Carta Magna. Todo el ordenamiento jurídico tiene como principio la adecuación a la norma suprema, y es precisamente el control de la constitucional, el que coadyuva para el cumplimiento de dicho precepto.

La supremacía de la Constitución, es concebida desde dos puntos de vista: material y formal. Material, porque contiene los principios y valores, que rigen la organización política y social ecuatoriana, y dan valor al sistema constitucional pues constituyen la aspiración máxima de la sociedad ecuatoriana y contiene los principios inherentes y universales de las personas.

El aspecto material de la Constitución ha permitido que se protejan de manera progresiva los derechos de las personas, aunque no estuvieren implícitos en su texto, aplicando el principio *pro homine*, y de esta manera beneficiar a la sociedad en general.

Formal, porque es la norma fundamental y la coherencia con ella da valor al ordenamiento jurídico –es el deber ser de la Constitución- por lo cual establece el procedimiento para la creación, reforma o derogación de las otras leyes, y en caso de colisión de normas jurídicas con la Carta Magna, el mecanismo de competencia para resolverlo.

La Constitución ecuatoriana dictada por la Asamblea en Montecristi encuentra su razón de ser en las palabras de Gustavo Zagrebelsky: “Las Constituciones democráticas actuales se deliberan en asambleas constituyentes que expresan el pluralismo político de la [constitución material]... las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan

para la consecución de un objetivo común: dictar principios que, estando por encima de los intereses de los particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos.”²³

La supremacía constitucional es un valor propio del Estado constitucional de derechos y justicia; “la separación de los derechos y la justicia respecto a la ley no significa, en consecuencia –como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del *ius naturalismo*- su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución, es por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún es la máxima de todas las creaciones políticas.”²⁴

Actualmente la visión materialista con la primacía de los derechos humanos, su protección y vigencia dan sentido a la Constitución ecuatoriana, sin embargo “existe el desafío de que los jueces se la tomen en serio, como una norma que se debe aplicar y que tiene sus efectos,”²⁵ pero son los ciudadanos quienes están obligados a exigir sus derechos.

1.3.1. La aplicación directa de normas constitucionales

El artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República, prescribe: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”²⁶

En consecuencia los derechos humanos y garantías constitucionales son de aplicación directa e inmediata; directa porque concede derechos a sus beneficiarios, e

²³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, (Madrid: Editorial Trotta, 2005), 115.

²⁴ *Ibíd.*, 114.

²⁵ Alexei Julio, "El nuevo constitucionalismo en América Latina: avances y desafíos", en *Memoria de la Justicia Constitucional 2008- 2011*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición 2011), 27.

²⁶ Código Orgánico de la Función Judicial [2015], “Art. 5.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”.

inmediata porque son exigibles sin necesidad de desarrollo normativo, no obstante: “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”²⁷. Esto último se refiere a la existencia de derechos implícitos; y, para conservar su espacio garantista este precepto, debe ser interpretado como declaración no de cualquier derecho o enunciado sino de aquellos que procedan de los valores y principios contenidos en la Carta Magna.²⁸

Por su parte, el artículo 426 inciso segundo de la Constitución exige a los jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos que apliquen directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución aunque las partes no las invoquen. En este sentido la aplicación directa no sería solamente de la Constitución sino también de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, si son más favorables.

Cabe señalar que la aplicación directa de las normas constitucionales es el resultado de considerar a la Constitución como una norma jurídica y no solamente como código político, porque la violación a sus disposiciones acarrea consecuencias, tanto en el orden constitucionalidad, como en el legal, puesto que una norma puede ser declarada inconstitucional y salir del ámbito jurídico.

La aplicación directa de la constitución también favorece la resolución de varias controversias jurídicas, aplicando directamente sus preceptos sin mediar una norma inferior, no obstante, Gustavo Medinacelli Rojas, además considera una aplicación indirecta de la Constitución por medio de normas infra constitucionales expresadas en leyes y reglamentos, entre otros; que, guardan armonía con reglas y principios establecidos en la Carta Magna, resguardando de esa manera su supremacía.²⁹ Por lo tanto, nos atrevemos a afirmar que la aplicación de las normas constitucionales podría darse en dos sentidos, de manera directa cuando no existe desarrollo legislativo respecto a

²⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 11 numeral 7.

²⁸ Marco Aparicio Wilhelmi, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en *Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 27.

²⁹ Gustavo Medinaceli, *La aplicación directa de la Constitución*, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2013), 38.

²⁹ *Ibíd.*, 97.

un principio constitucional; y, de una forma indirecta, cuando exista ley que la despliega, si su contenido se ajusta a la interpretación constitucional.

Por otro lado, la eficacia directa e inmediata de los derechos contenidos en la Constitución sería efectiva con la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, y más normas del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional, o cuando los jueces ordinarios de oficio o a petición de parte, al encontrar una norma inconstitucional suspenden la tramitación de la causa y remiten en consulta el expediente a la Corte Constitucional conforme lo señala el artículo 428 de la Constitución.

1.3.2. El principio *iura novit curia*

Dicha máxima, literalmente significa: “El tribunal conoce el derecho” y se refiere a que el juez debe aplicar el derecho aunque el justiciable no haya expresado o lo ha expresado erróneamente, tanto más si se trata de la protección de un derecho humano.³⁰

La posición preferente de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional, no admite que las formas estén sobre el derecho sustancial y es el derecho procesal que debe concebirse en este sentido, el camino mediante el cual se precautelan los derechos subjetivos al subsanar las deficiencias procesales y en el marco de un juicio justo otorgar la tutela judicial efectiva. “A partir del principio *iura novit curia*, se considera que negar la administración de justicia por la omisión de formalidades, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.”³¹

Si bien el juez tiene la obligación de identificar el derecho comprometido en la causa, como director del proceso, puede actuar de oficio sin modificar los lineamientos de las pretensiones y las excepciones, con el fin de encontrar la verdad procesal; además, puede aplicar un fundamento jurídico distinto al que fue alegado por los contendientes, siempre y cuando no altere la situación fáctica que pertenece a las partes.

³⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [2013], Art. 4 num. 13: “*iura novit curia*.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.”

³¹ Ecuador: Corte Constitucional [Sentencia, caso 045-10- SEP-CC]

En este sentido lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando menciona que: “Igualmente, este Tribunal tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes, con base en el principio *iura novit curia*, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, ‘en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente, en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan’”.³²

Por esta razón, somos optimistas frente al nuevo paradigma de Estado Constitucional de derechos y justicia, pues la Constitución permite a los jueces ser garantes de los derechos fundamentales a través enjuiciamiento íntegro, para que los justiciables alcancen lo más cercano a una verdadera justicia, tanto más que dicha omisión acarrea consecuencias civiles, administrativas y penales.³³

2. El principio de seguridad jurídica en la administración de justicia

El artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, al referirse a la seguridad jurídica, señala la obligación de los jueces de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, las leyes y demás normas jurídicas.³⁴ Por otra parte, la seguridad jurídica implica también la misión que tienen los

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, [*Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 57]; [*Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de julio de 2005. Serie C No. 124, párr. 91], y [*Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 122].

³³ Constitución de la República del Ecuador, [2008], Artículo 172, inciso tercero.- “Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”.

³⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], “Art. 82: El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

jueces de asegurar la interpretación uniforme de las normas, de manera que la actividad judicial es generadora de certidumbre cuando se presenta de la forma señalada o de incertidumbre cuando sin fundamento se aparta de los criterios que se han considerado a lo largo del tiempo o se exigen condiciones no establecidas legalmente para la declaración de un derecho.

La seguridad jurídica es la certeza de que la persona, los bienes y los derechos están protegidos por el ordenamiento jurídico, esta expectativa social está fundada en la aplicación de procedimientos previamente establecidos, puesto que de otro modo no se puede alcanzar la paz y convivencia sociales. En este sentido la seguridad jurídica constituye la base para el fortalecimiento institucional, el avance de los objetivos sociales, las inversiones comerciales y el crecimiento social sustentable.

La seguridad jurídica es uno de los principios más importantes del Estado, pues es la limitación al poder estatal por el sometimiento de sus instituciones a la Constitución y la ley. La sujeción de los órganos públicos a la ley se concreta en el principio de mera legalidad, el cual es distinto al principio de estricta legalidad según el cual las autoridades no solamente deben acatar las leyes cualesquiera que sean sus contenidos, sino es preciso además que todos sus actos –incluyendo los propios actos legislativos- estén subordinados a los derechos fundamentales.³⁵

En consecuencia podemos afirmar que el principio de la seguridad jurídica encuentra su fundamento en los valores propios del sistema legal en relación con los elementos sociales, políticos y económicos externos a él. El efecto del derecho en general respecto a la sociedad o la certidumbre que la sociedad tiene respecto del derecho, cuya armonía permite que sea eficaz la seguridad jurídica.

2.1.La casación como mecanismo para brindar seguridad jurídica

Como ha quedado señalado, la seguridad jurídica supone una estabilidad institucional y credibilidad social y en este sentido, el procedimiento civil ecuatoriano,

³⁵ Ferrajoli, “Pasado y Futuro del Estado de derecho”, 16.

por medio del recurso de casación procura la unificación de la jurisprudencia nacional y la tutela del derecho objetivo en los procesos judiciales.

El Código General del Proceso, también destaca como finalidad de la casación, lograr la unidad e integridad del ordenamiento jurídico mediante el establecimiento de precedentes jurisprudenciales vinculantes para la interpretación y aplicación de las leyes, cuya inobservancia constituye causal de casación; y, contempla además la posibilidad de que la Corte Nacional de Justicia pueda admitir un recurso aunque no fuere aplicable la causal por violación directa a la ley sustancial incluyendo precedentes jurisprudenciales obligatorios, si considera que su resolución es de importancia para la seguridad jurídica y/o el funcionamiento del sistema judicial en su conjunto. Podrá igualmente por este mecanismo profundizar o aclarar una determinada línea jurisprudencial que revista la misma importancia antedicha.

Este amplio margen de actuación que se reconoce a la Corte Nacional de Justicia, coadyuva la eficacia del principio constitucional de la seguridad jurídica, el cual es concomitante con principios procesales como la cosa juzgada, la prescripción y caducidad, la congruencia de las sentencias, la nulidad con posibilidad de validación y la limitación de los recursos a los estrictamente señalados en la ley.

En consecuencia, el pronunciamiento de los tribunales de casación procura plasmar la certeza y seguridad jurídica con la fundamentación de sus resoluciones. El razonamiento de los argumentos jurídicos, la sujeción de los jueces a la Constitución y la ley y la expedición de resoluciones justas, permitirán que la sociedad confíe en la administración de justicia y como ha quedado señalado es precisamente esa confianza, la que fortalece a la seguridad jurídica.

Capítulo segundo

El recurso de casación como mecanismo de control de la legalidad

1. Naturaleza jurídica

En países como el nuestro en que todavía se mantiene la jerarquización de la justicia,³⁶ la uniformidad de la jurisprudencia y la nomofilaquia, éstas parecerían ser las garantías más efectivas de certeza y seguridad jurídica; mas, en la nueva concepción de Estado³⁷ como el caso del ecuatoriano, la principal función de la justicia es la tutela de los derechos fundamentales, entendida no solo como misión de los órganos de instancia sino del tribunal de casación. En tal virtud, Galo García Feraud:³⁸

La casación surge como recurso que pretende defender al derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la Potestad Jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistas como nomofilaquia, que naturalmente se refiere a eso, a la defensa de la norma jurídica, objetivamente considerada; pero no desde un punto de vista exclusivamente general, sino de la defensa del derecho objetivo desde el ángulo de una situación subjetiva, si se quiere de una situación e derecho subjetivo.

El control de las leyes por parte del tribunal de casación contempla la ley fundamental, los tratados internacionales y demás leyes del ordenamiento jurídico interno; y si bien su papel como juez ordinario es ser garante de la tutela de los derechos fundamentales, esto de alguna manera parecía contraponerse con el formalismo, cuando el juzgador no conoce el fondo del asunto, pues es considerable

³⁶ Mirjan R. Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2000) 34. “El modelo jerárquico de organización del Estado, responde a un cuerpo profesionalizado de funcionarios organizados en una pirámide de poder, en que siempre el proceso será revisado por un superior y la decisión previa por lo general no es definitiva.”

³⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008], “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”.

³⁸ Galo García Feraud, “La Casación en Materia Civil”, en *La casación, estudios sobre la Ley No. 27*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 1994), 45.

el número de recursos que son rechazados o inadmitidos en una primera etapa, por no haber cumplido con los requisitos de forma establecidos en la ley.

En este sentido, Fernando de la Rúa, sostiene:

Es preciso tener cuidado en los elementos que deben integrar la crítica impugnativa en casación. El alto número de recursos declarados inadmisibles por defectos formales en su fundamentación demuestra la frecuencia con que se olvidan requisitos que, como ha expresado la Corte Provincial ‘no son solemnidades innecesarias ni arcaísmos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal’ sino que ‘responden a la necesidad, siempre actualizada, de no quitar al recurso su carácter de medio de impugnación verdaderamente extraordinario, que supone –por eso mismo- el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo.’³⁹

Si bien la casación es ejercida por la parte que se siente agraviada con el fin de que se revise el fallo, y la corte de casación corrija los yerros en los que incurrió el tribunal *ad quem*, su interés se centra en la parte resolutive de la sentencia, observando si su recurso ha sido aceptado o no; mas, es de interés público la parte considerativa con el análisis de las disposiciones legales, puesto que este examen constituye precedente jurisprudencial.⁴⁰

1.1. Características

Es importante determinar cuáles son las características más importantes de la casación, por cuanto al enunciarlas, nos permitirá comprender los alcances del recurso de casación, y entre las principales están las siguientes:

- No toda providencia es susceptible de ser casada. Así, la casación opera contra sentencias y autos dictados en última instancia que ponen fin a los procesos de conocimiento. Cuando se expresa que pone fin al proceso, no quiere decirse que la controversia ha terminado, sino que se ha

³⁹ Fernando De La Rúa, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, (Buenos Aires: Víctor de Zavallía, 1068), 456.

⁴⁰ Manuel De La Plaza, *La Casación Civil*, (Madrid: Impresiones Gráficas España 1944), 355. “El objeto de la casación [...] no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales.”

decidido sobre el derecho alegado; pues el procedimiento termina cuando el fallo está en firme y el fallo ha sido ejecutado en todas sus partes; excepto en casos de nulidad por incompetencia.

- De acuerdo con la ley de la materia (artículo 3), la casación tiene por objeto atacar una resolución en la que no se ha realizado una correcta aplicación o interpretación de la ley, se ha otorgado más o menos de lo exigido por las partes o cuando el fallo no es congruente. Además, procede únicamente sobre asuntos de derecho y no de hecho.

- Es un recurso puntual que exige al recurrente determinar con precisión las normas que estima han sido infringidas y cómo su violación influyó en la decisión de la causa, de esta manera el tribunal reduce su actividad a revisar solamente las causales que invoca el recurrente. Al respecto, Jaime Guasp, manifiesta:

[...] el órgano jurisdiccional no puede conocer de los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieron los tribunales de instancia, sino que encuentra limitados sus poderes a temas determinados y taxativos coincidentes precisamente con las circunstancias que funcionan como motivo de la casación. La limitación de los poderes del órgano jurisdiccional y la necesidad de la existencia de los motivos para las partes -concluye- hacen evidentemente, de la casación, un recurso extraordinario auténtico.⁴¹

En efecto, los motivos del recurso constituyen la relación de causalidad que existe entre los vicios o yerros fundados y la resolución expedida.⁴²

⁴¹ Jaime Guasp, *Derecho Procesal*, Tomo II, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968), 1421.

⁴² Ley de casación [2006], “Art. 3.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; 2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; 3ra. 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 en la sentencia o auto; 4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y, 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”.

- Es una característica primordial del recurso que el escrito que lo contiene contenga la fundamentación jurídica en la que se basa; pues no es suficiente mencionar o expresar el agravio, sino que deben concurrir las circunstancias que la ley establece para su admisibilidad.⁴³

- La interposición del recurso de casación, no suspende la ejecución del fallo impugnado; por tal razón, el recurrente podrá solicitar la suspensión de la sentencia al momento de interponer el recurso, con el compromiso de rendir caución la que se establece para reconocer los perjuicios que se puede ocasionar a la parte contraria por la demora.⁴⁴

1.2. Objetivo

La seguridad jurídica es un objetivo importante que se deriva como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal de casación en un caso en particular, pues este principio constitucional se plasma por medio de la interpretación fiel y uniforme de la normativa legal, en la función que se conoce como nomofilaquia.

El término nomofilaquia se deriva del prefijo griego *nomos* que significa “regla o ley” y *filos* que quiere decir “apego incondicional a la norma”, por lo que se deduce que este principio tiene como propósito garantizar la correcta aplicación e interpretación de la norma legal más allá de si esta es justa o no.

⁴³ Ley de casación [2006], “Art. 6.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente: 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales; 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; y, 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso.”

⁴⁴ Art. 11 de la Ley de casación, “Salvo las excepciones contenidas en el artículo anterior, quien haya interpuesto recurso de casación podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte”.

“Para **Luigi Ferrajoli** el papel de la nomofilaquia consiste en asegurar la interpretación uniforme de las normas jurídicas y suministrar, por lo tanto, un mínimo de certeza en el derecho.”⁴⁵

Por ello, la casación busca asegurar que la ley haya sido aplicada e interpretada de manera correcta en la resolución del caso concreto, para que no se incurra en errores *in iudicando* (vicios de juicio, error sobre el contenido, violación de la ley en la aplicación o interpretación o falta de aplicación) o *in procedendo* (vicios de procedimiento, que afectan a los actos procesales). La nomofilaquia además como finalidad de la casación, determina claramente las decisiones que pueden ser casables, por medio de una serie de requisitos establecidos, y bajo las condiciones que ella contempla, con el fin de que observadas las reglas preestablecidas en la ley de casación pueda ser revisada por la Corte.

Precisamente ese es el papel de la corte de casación garantizar que la ley de la cual se ha hecho uso para decidir el caso sea apropiada y coherente, con el propósito de que la jurisprudencia vaya unificando los criterios de aplicación e interpretación de la ley, y con ello se haga presente el derecho objetivo, haciendo efectivos los principios de legalidad e igualdad, pues si los tribunales emiten sentencias encasilladas fielmente a la ley se percibe seguridad jurídica.

Sin embargo, en nuestro país podemos decir que la función nomofiláctica de la casación, no ha cumplido con el paso del tiempo su propósito efectivamente, en primer lugar por la doble especialización de los jueces de casación, la cual además influye en el retraso en el despacho, pues si un juez es integrante de las sala penal y laboral, por ejemplo, y su especialización se centra en la primera materia, es lógico que despache inicialmente las causas en las cuales pone de manifiesto su experticia y después las otras; y además porque los defensores de las partes, a pesar del tiempo transcurrido desde la vigencia de la ley de casación,⁴⁶ no observan los requisitos de admisibilidad y por lo tanto los recursos son rechazados en gran cantidad.

⁴⁵ Luigi Ferrajoli, “Los Valores de la Doble Instancia y de la Nomofilaquia”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1996), 445- 456.

⁴⁶ Registro Oficial No. 193 de 18 de mayo de 1993.

2. Requisitos para su fundamentación

La fundamentación de la casación permite determinar el alcance del recurso y la pretensión procesal que se reclama ante máximo órgano jurisdiccional de la justicia ordinaria. Es precisamente este requisito el que diferencia a la casación de los recursos ordinarios, de ahí que el escrito que lo contiene debe establecer con claridad y precisión el perjuicio que la resolución dictada por el tribunal de instancia ocasiona al recurrente y las normas jurídicas infringidas.

Por medio de la fundamentación el recurrente guía al juzgador de casación, para que pueda tomar su decisión, así señala en qué parte de la resolución infringió la ley, relaciona el contenido de las normas con la violación y cómo la actuación de juez o tribunal fue determinante en la decisión de la causa.

Evidentemente es importante que se observen los requisitos que exige la ley para que la casación sea admisible y por lo tanto, el tribunal pueda resolver el caso puesto a su consideración. “El proceso como conjunto de actos, está sometido a ciertas formalidades. Según estas los actos deben realizarse de acuerdo con ciertas condiciones de tiempo y de lugar y de conformidad con cierto modo y orden.”⁴⁷

Por lo expuesto, todo proceso está sometido a una serie de normas y reglas, unas generales al proceso y otras particulares respecto a cada acto procesal, siendo estas formas aquellas que “significan una garantía para la mejor administración de la justicia y la aplicación del derecho, especialmente para la obtención de ciertos valores que este se propone, tales como la seguridad jurídica y la certeza.”⁴⁸

Las formalidades en el contexto descrito –no rígidas sino idóneas- se establecen para alcanzar una finalidad imprescindible; son necesarias para que cumplir un fin, poner equilibrio entre las partes y evitar la arbitrariedad del juez. En este contexto, podemos afirmar que los requisitos de la casación están lejos de ser meras formalidades en las cuales se deja al arbitrio del juez determinar los

⁴⁷ Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso*, Segunda edición, (Santa Fe de Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 1999), 56.

⁴⁸ *Ibíd.*

requerimientos de los actos procesales; también impiden que las partes, puedan modificar las exigencias determinadas, y es importante mencionar que dichas reglas no son renunciables, no se puede dejar de observar el plazo de interposición del recurso, las causales en que se funda, el depósito de la caución para evitar la ejecución de la sentencia, y demás obligaciones establecidas en la ley.

Lo anterior obviamente no quiere decir que si el recurrente desea desistir del recurso no pueda hacerlo, o que recurra sólo de ciertos aspectos que le son desfavorables de la sentencia o auto y no de su totalidad.

2.1. El principio dispositivo como sustento de la fundamentación

El recurso de casación, como ha quedado señalado, es de carácter formal; no obstante, es necesaria la manifestación de la parte para que se revoque, anule o reforme el acto “irregular” o “injusto”, que ha expedido el tribunal de apelación. Es la acusación del recurrente el motivo al cual se circunscribe la corte de casación y constituye el límite de su resolución.

El referido acto impugnativo puede dividirse en dos partes, la manifestación de voluntad y sus fundamentos (motivos). Que, inclusive, pueden expresarse en dos momentos distintos, la primera con el simple acto de impugnación (queja) [...] y luego complementarse con la fundamentación (sustentación) expresando los motivos.⁴⁹

El recurso de casación para las partes constituye una nueva etapa en que la controversia estará sometida a nuevos jueces, dentro de un mismo proceso y en los motivos sometidos por las partes. Cualquiera de los litigantes presenta la impugnación, aunque en nuestra legislación, estará vedado presentarla contra la sentencia dictada por el tribunal de apelación a quien no impugnó del fallo de primera instancia, pues la necesidad de agravio se deriva del principio dispositivo (interés de la parte) sin la cual no hay acción, ya que el interés se contrae al agravio que la sentencia o auto ha ocasionado al recurrente.

⁴⁹ Enrique Vescovi, *Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988) p. 49.

Además, el agravio debe constar en la parte resolutive de la sentencia que rechaza las pretensiones de la parte demandante o las excepciones del demandado y tener congruencia con la parte considerativa en la que se realiza el análisis de las normas, su aplicación o interpretación.

Puede ocurrir que en una resolución se acepten parcialmente las pretensiones de la parte actora, en tal caso, las dos partes tendrán interés de casar el fallo. Pero si la sentencia de primera instancia causó un perjuicio para las partes y en cambio la de segunda ocasionó un perjuicio menor a una de ellas, no procedería la casación puesto que si la primera no fue apelada, mal podría causarle la segunda un daño mayor.

En virtud de lo expuesto, una de las formas para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales, sería permitir, sin dejar a un lado el formalismo del recurso de casación, que se puedan revisar los razonamientos que tuvo el tribunal de instancia sobre la prueba y los hechos, tomando en consideración el interés privado del justiciable de recibir una respuesta justa en el proceso judicial. Es decir, superar la intangibilidad estricta de los hechos en casación y así dar paso a una nueva visión de la casación desde la perspectiva constitucional.

Capítulo tercero

La casación y sus alcances en el marco constitucional vigente

1. El principio de la administración de justicia como sistema-medio

La Constitución de la República entre sus aspiraciones para que la justicia sea más efectiva realizó una serie de cambios en la estructura de los órganos que lo componen, adaptándolo a la nueva concepción del Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia.

Dentro de este marco conceptual se considera al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, tal como lo prevé el artículo 169 de la Carta Magna:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.⁵⁰

Los principios de la administración de justicia determinados en esta norma deben entenderse siempre en el marco de la Constitución de la República y considerar las garantías comunes a todos los procesos,⁵¹ el acceso a la justicia de todos los ciudadanos y el respeto los derechos humanos.

Se reconoce al juez como el operador de justicia que asegura la protección de los derechos humanos, quien en primer lugar es juez constitucional y luego ordinario, por lo cual se prevén una serie de garantías constitucionales que permiten que los

⁵⁰ Código Orgánico de la Función Judicial [2015], Art. 18.

⁵¹ Constitución de la República del Ecuador, [2008], Art. 76.

justiciables puedan exigir el reconocimiento y protección de sus derechos fundamentales.

En este contexto, y de conformidad con los principios constitucionales contemplados en la norma citada, estos últimos años han trabajado los grupos involucrados en el sector justicia para armonizar la normativa legal con los principios constitucionales; y es de esta manera que se pretende actualizar el derecho con las necesidades sociales, ya que debe entenderse que el derecho es cambiante y debe ajustarse a la realidad ciudadana, y el sistema judicial entra sin lugar a dudas en esa dinámica.

De esta necesidad, surge el Código Orgánico General de Procesos que contempla todos los procedimientos que no son de carácter penal, el cual contiene cinco libros: Normas Generales, Actividad Procesal, Disposiciones Comunes a todos los Procesos, Procesos y Ejecución.

Este cuerpo legal abarca tres tipos de procesos de conocimiento: el ordinario, el sumario y el monitorio. En los procedimientos de ejecución se considera la vía ejecutiva para el cobro de títulos con un trámite sumario y procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Existen otros procedimientos especiales para los procesos contenciosos administrativos y contenciosos tributarios, que por la naturaleza de su conflicto y la participación del Estado como parte, requieren de un procedimiento ordinario distinto.

El Código Orgánico General de Procesos pretende estar acorde con los principios determinados en la Carta Magna, siendo de los más importantes los contenidos en el artículo 167 al que nos hemos referido.

Entre estos principios, está el de simplificación, que se hace efectivo por medio del procedimiento oral que contempla la sustanciación del proceso por audiencias orales,⁵² en las que el juez está en contacto con las partes, presenciando el desarrollo del proceso, especialmente de las pruebas que le llevarán a la convicción

⁵² Código Orgánico General de Procesos, artículos 79 y siguientes.

para dictar su resolución; sin embargo es importante señalar que a pretexto de la simplificación no se pueden dejar de observar los principios procesales; así como la obligación de los litigantes de actuar con lealtad y buena fe⁵³ en el ejercicio de sus deberes y derechos procesales.

Igualmente, el principio de simplificación está sustentado en la utilización de los medios alternativos para la solución de conflictos.⁵⁴

El principio de uniformidad en los procesos es producto de que los criterios objetivos y sustentados de los jueces sean similares en la resolución de los casos.

La eficacia tiene su razón de ser cuando se ha obtenido el resultado deseado, es la demostración de que el sistema procesal funciona adecuadamente y la percepción de la ciudadanía de que se está administrando justicia, por lo cual va concatenado con todos los principios procesales señalados.

Para que una administración de justicia sea eficaz, sin duda necesita que se cumpla la celeridad⁵⁵ en el despacho, lo cual conlleva a que se revisen los términos de los procedimientos judiciales con el fin de que la decisión judicial definitiva sea expedida en un plazo razonable; por lo tanto es obligación de los jueces evitar la dilación procesal, los actos no procedentes o impertinentes y rechazarlos de forma inmediata. Lo anterior permite que se cumpla el principio de economía procesal, puesto que si una controversia se resuelve en el menor tiempo, la consecuencia será menos costos y recursos empleados.

De tal manera que, la implementación de instrumentos tecnológicos también ha contribuido para el despacho más oportuno y transparente de los procesos. El destino de más fondos públicos, comparado con épocas anteriores, hace que la administración de justicia sea más eficiente, el nombramiento de nuevos jueces ha permitido la mejor sustanciación y despacho de los procesos, los sistemas informáticos para apoyo de los funcionarios y las notificaciones electrónicas han consentido para que quienes están envueltos en la administración de justicia, tengan

⁵³ Código Orgánico de la Función Judicial [2015], Art. 26.

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 190.

⁵⁵ Código Orgánico de la Función Judicial [2015], Art. 20.

la percepción de que la misma, sin ser perfecta, se ha vuelto más oportuna y eficaz, sin lugar a dudas con algunas excepciones.

Para ello, los jueces están obligados a observar las garantías del debido proceso, y enmarcar sus decisiones no solo en el campo legal, sino en las normas constitucionales y los convenios internacionales que contienen los postulados de los derechos humanos como lo hemos sostenido a lo largo de esta investigación.

2. Formalismo del recurso de casación vs. tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Debido a que es de gran importancia que el recurso de casación contenga los requisitos establecidos en la ley y considerando que no es una tercera instancia, el escrito que lo contiene debe observar los requisitos de forma que son propios de su técnica, lo cual permite que la corte pueda conocer y resolver el fondo de la resolución recurrida.

Por lo expuesto, la preparación del recurso de casación -que como hemos sostenido fallan muchos abogados, que confunden este recurso con uno de instancia que requiere fundamentación- debe observar la técnica señalada en la ley de la materia para que pueda ser admitido.⁵⁶

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia, sobre los requisitos que debe reunir el recurso para su admisión, ha dicho:

⁵⁶ Ley de casación [2006], “Art. 6.- REQUISITOS FORMALES.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente: 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales; 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; y, 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso.

[...] Para que prospere el recurso de casación, deberá reunir requisitos de fondo y de forma que se hallan imperativamente señalados por la ley de la materia. Los requisitos de fondo se refieren a la clase de providencias recurribles (artículo 2), de la parte que puede interponerlo (artículo 4) y del tiempo en que se lo puede deducir (artículo 5); los requisitos de forma se hallan especificados en el artículo 6, siendo todos ellos de necesaria e ineludible concurrencia para que pueda prosperar el recurso extraordinario y supremo, ya que al ser estrictamente dispositivo gracias al cumplimiento de esta norma mandatoria puede el juzgador de casación contar con los elementos necesarios para realizar el control de la legalidad de la providencia recurrida o del proceso dentro del cual se ha dictado, según el vicio acusado sea *in iudicando* o *in procedendo* [...].”⁵⁷

De tal manera que si no se observan los requisitos de fondo aunque la forma sea correcta el recurso deber ser rechazado. Igualmente no es suficiente señalar el vicio sino debe explicarse las razones por las cuáles, por ejemplo, la sentencia no reúne los requisitos establecidos en la ley o se han adoptado decisiones incompatibles, si se ha alegado la causal quinta⁵⁸ y así debe procederse con respecto a las otras causales. Además, no basta con citar normas constituciones y legales supuestamente infringidas si no se determinan sí hubo aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación y como debían ser aplicadas o interpretadas con respecto al fallo, a fin de que el juez de casación pueda verificar los cargos.

En consecuencia, los requisitos establecidos en la ley de casación constituyen la razón de ser del recurso y la fundamentación en este contexto es el medio para alcanzar el fin de la casación, que no es un fin en sí mismo, pues el definitivo es el control de la legalidad.

2.1.Límites en la interpretación de los requisitos que debe reunir el escrito contentivo del recurso de casación.

En este punto es importante analizar si cabe aceptar a trámite un recurso que no cumple los requisitos cuando se ve que hay realmente vulneración de un derecho

⁵⁷ Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005), 257.

⁵⁸ Ley de casación [2006], Art. 3.

fundamental y si en este sentido podría aplicarse el *iura novit curia* para suplirse errores en la fundamentación.

Como ha quedado señalado no es posible aceptar a trámite un recurso que no reúne los requisitos establecidos en la ley y esto tiene su razón de ser, porque la casación es un recurso excepcional, de derecho estricto, por lo cual el tribunal de casación no puede suplir omisiones o enmendar errores del recurrente, ya que al ser una impugnación en la que opera el principio dispositivo, es el casacionista quien le nutre al juzgador de los elementos que debe analizar en la sentencia o auto impugnados, no es un recurso que permita revisar los hechos, o los recaudos procesales, sino que a partir de lo denunciado por el recurrente el tribunal puede hacer un análisis de la resolución y determinar si ha existido o no violación legal, por lo cual es limitado su accionar por los cargos formulados por el recurrente.

Sin embargo, el principio *iura novit curia* que significa: “el juez conoce el derecho”, se refiere a que el juez conoce el derecho y debe aplicarlo aunque el justiciable no lo haya expresado o lo haya alegado erróneamente.

En este sentido, podemos decir que este principio no se encuentra en contraposición con el formalismo de la casación, ni supera sus límites. El derecho procesal es el camino mediante el cual se precautelan los derechos subjetivos y establece una serie de actos procesales, en el marco de un proceso justo, que ponga equilibrio entre las partes, con el fin de otorgar una tutela efectiva de los derechos.

Si bien el juez tiene la obligación de identificar el derecho infringido en la resolución que se somete a casación, como director del proceso, esto no significa que pueda modificar el objeto del recurso, debe basarse en los cargos alegados por el recurrente y en este sentido resolver.

Distinto es que se produzca un error como por ejemplo:

“[...] (aunque el recurrente) señala erróneamente como infringida la causal cuarta del artículo <<quinto>> de la Ley de Casación, esto no es un error que determine la inadmisibilidad del recurso interpuesto, ya que si bien el numeral tercero del artículo 6 de la ley antes citada, obliga al recurrente a señalar las causales en que las que funda su recurso, ello no implica que deba, necesariamente citarse la correspondiente disposición legal por su número, ni utilizar frases

sacramentales, basta con que del escrito contentivo del recurso de casación se desprenda con claridad la causal a cuyo amparo se interpone las normas que se consideran infringidas y las razones jurídicas para ello. El pretender que se deniegue un recurso por haber sido citada erróneamente una norma cuando simultáneamente se ha señalado el concepto jurídico correcto, correspondiente a la disposición legal que debió citarse es un excesivo formalismo...”⁵⁹

Es decir si se explica el contenido jurídico de la violación de la norma debe aceptarse el recurso aunque no aparezca citado el cuerpo legal que la contiene, igualmente si aparece que se trató de un simple error tipográfico. De lo transcrito se deduce que debe darse prevalencia al contenido jurídico que a las formas estrictas, pues lo primero permite que se obtenga una mejor justicia.

La importancia de la fundamentación del recurso es tal, que DEVIS ECHANDIA, al respecto, anota: ‘La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente. En esto se diferencia de la apelación y por ello no se trata de una tercera instancia’.- por su parte VÉSCOVI enseña que “El recurso de casación en todos los sistemas está sometido a estrictas reglas formales, especialmente en lo que se refiere a los requisitos para la interposición del recurso.’ Añade: ‘Resulta esencial el respeto a dichas formas, que no son simples requisitos externos sin contenido. Y que determinan el rechazo, por razones de forma, del recurso de casación, dentro de la calificación primaria de admisibilidad que todos los sistemas incluyen’ y dando más fuerza a estas ideas, agrega: ‘Podemos reproducir, al respecto, las exactas expresiones del profesor argentino FERNANDO DE LA RÚA, cuando expresa <<No son solemnidades innecesarias ni mecanismos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal [...]>> sino que <<responden a la necesidad, siempre actualizada, de no quitar al recurso su carácter de medio de impugnación verdaderamente extraordinario que supone –por eso mismo- el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables, para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo>>[...].”⁶⁰

No se cumpliría la naturaleza formalista del recurso de casación si no se presta atención a los fundamentos de la casación y se extiende las facultades de la corte a los aspectos fácticos del proceso, convirtiéndolo en un tribunal de tercera instancia. No es posible que se imponga el “derecho de la parte” al derecho que rige el sistema procesal, ni que los jueces puedan cambiar los fundamentos propuestos por el recurrente, exorbitando los límites que les son conferidos legalmente sobre las partes y sobre el litigio en sí, pues lo que pretende el formalismo de la casación, es que exista un equilibrio en el proceso que se reflejará en la decisión del recurso.

⁵⁹ Andrade Ubidia, “La Casación Civil en el Ecuador”, 238.

⁶⁰ *Ibíd.*, 244.

En tal virtud, es correcto el formalismo procesal, lo que no es adecuado es que las simples formas se impongan sobre el fundamento y sea un mecanismo para rechazar un recurso y no permitir que la actividad jurisdiccional de la corte de casación dicte una resolución sobre los puntos atacados en el recurso de casación y hacer efectiva la tutela judicial, que tiene relación con la oportunidad de acceder a la justicia.

2.2.La casación de oficio como “vía de cobertura” para la protección de los derechos fundamentales

En este acápite analizaremos si un vicio que formalmente ha sido bien denunciado pero que luego aparece no muy bien sustentado, podría motivar casación de oficio.

En relación con el punto anterior en el que sostuvimos que la fundamentación es la carga procesal más rígida que debe inexorablemente cumplir el recurrente como requisito esencial de la formalización y que por su importancia y trascendencia requiere del razonamiento lógico, claro y preciso de las infracciones, enlazando el contenido de las normas que se acusan violadas con las circunstancias a las que se refiere la infracción; se señaló que esta violación debe ser demostrada sin que baste señalar que la sentencia o auto vulneró una norma legal, pues es necesario que se justifique de qué manera en qué contexto se efectuó la transgresión.

En consecuencia, si un vicio denunciado no aparece sustentado, no podría el juez de casación entrar a analizarlo, pues como se ha sostenido en esta investigación los límites del recurso está dado por los recurrentes y en este marco se define la actuación del juzgador, por lo cual no es conveniente que en materia civil exista la casación de oficio.

Respecto a que la casación de oficio pueda ser una “vía de cobertura” para la protección de los derechos fundamentales, consideramos que al ser el fin de la

casación el control de la legalidad, la acción extraordinaria de protección es la garantía jurisdiccional llamada a cumplir con la protección de derechos reconocidos en la Constitución cuando se hayan violado por sentencias o autos definitivos dictados en la justicia ordinaria, garantía que está contemplada en el artículo 94 de la Carta Magna que prescribe:

“La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El curso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.⁶¹

Es necesario recalcar que la acción extraordinaria de protección es un mecanismo que busca garantizar la supremacía de la Constitución frente a los pronunciamientos de los jueces. En tal virtud, la Corte Constitucional, cuando conoce una acción extraordinaria de protección, con el fin de controlar las posibles infracciones a los derechos reconocidos en la Constitución por parte de los jueces en las sentencias o autos definitivos, no es un tribunal de instancia ni se menoscaban la autoridad de los jueces, al contrario dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia es una garante constitucional.

Por lo expuesto, no sería apropiado ni necesario que se otorgue la facultad de casación de oficio para los jueces nacionales, pues la casación no tiene como principio el control de la Constitución sino de la ley, tal como ha sido mencionado.

⁶¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [2013], “Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.”

Conclusiones

Uno de los objetivos principales del Ecuador, como Estado constitucional de derechos y justicia se basa en que la validez del ordenamiento jurídico depende de la correspondencia con los principios plasmados en la Constitución y su real protección de los derechos de los ciudadanos y es en este contexto que se legitiman las resoluciones judiciales. Por otra parte, el recurso de casación busca el control de la legalidad, y la ley es fuente del derecho, al igual que las otras que son consideradas como tales, pues no ha perdido esta categoría.

En este contexto, el cuestionamiento de la aplicación de una norma que proteja los derechos humanos del sistema jurídico interno de un país y del sistema internacional, ha sido superado, debe aplicarse la disposición legal que permita la mayor eficacia en la protección de los derechos, independientemente de la procedencia de la misma.

Las razones que nos permiten ser optimistas frente a la nueva estructura de la Función Judicial, es el conjunto de garantías básicas que establece la Constitución para sostener y argumentar los derechos fundamentales con un servicio jurisdiccional que permita un enjuiciamiento más íntegro, para que las partes involucradas alcancen justicia. La Carta Magna ha establecido nuevos procedimientos para asegurar el fiel cumplimiento y observancia de los derechos de los involucrados por parte de los juzgadores y su omisión acarrea consecuencias civiles, administrativas y penales.

En el Estado constitucional de derechos y justicia si bien es importante la certeza y la seguridad jurídica, la principal función es la tutela de los derechos fundamentales y constituye obligación imperativa para todos los órganos judiciales, incluido el tribunal de casación, lo cual no se opone al formalismo de la casación, puesto que no constituye solemnidades innecesarias sino que responden a un requisito actual de no quitar al recurso de casación su naturaleza extraordinaria que supone la observancia de puntos que deben ser cumplidos, sin los cuales sería desvirtuado.

En consecuencia, no es adecuado que el juez al evaluar la constitucionalidad de la norma legal, si considera que es no coherente con la Constitución, manifieste inmediatamente la inconstitucionalidad de la misma si existe la posibilidad de interpretarla en un sentido constitucional, puesto que no es ideal que se ataquen las normas legales para alegar su invalidez, lo lógico es que se encuentre el sentido constitucional de la misma, si no es posible entonces en ese momento el juez denunciará la inconstitucionalidad de la disposición legal aludida.

Es importante además, determinar que no es apropiado aplicar una norma constitucional en forma directa omitiendo una disposición legal con el pretexto de proteger derechos, en tanto que debe aplicarse la Constitución de manera directa cuando no existe desarrollo legal del tema discutido en el caso concreto y además debemos partir del supuesto de que toda norma legal se presume constitucional.

De ahí la importancia de la corte de casación para por medio del recurso de casación corregir una sentencia judicial que contiene una indebida aplicación, no aplicación o errónea interpretación de la ley o que haya sido expedida sin observar las solemnidades sustanciales en el procedimiento, al existir errores *in iudicando* o *in procedendo*, según corresponda.

Es vital la correcta motivación de las resoluciones por parte de la Corte Nacional de Justicia, para procurar la certeza y seguridad jurídica, porque la sociedad en sí y principalmente los involucrados con el sistema judicial confiarán en el mismo, fortaleciendo la seguridad jurídica, que es uno de los principios claves de la casación.

Con el fin de expedir sentencias más justas, sería importante sin dejar de observar un el formalismo de la casación, que el tribunal pueda revisar los razonamientos que tuvo el tribunal de instancia sobre la prueba y los hechos, superar la intangibilidad estricta de los hechos en casación y dar paso a una nueva visión de la casación desde el nuevo paradigma constitucional; siempre tomando en cuenta que el recurso de casación es extraordinario y que es el casacionista el que nutre al juzgado de los elementos que debe analizar en una sentencia o auto, para determinar si proceden o no los cargos formulados por el recurrente.

En este contexto, habría constituido un avance el hecho de que en el Código Orgánico General de Procesos se hubiere considerado que se podía admitir un recurso de casación aunque no fuere aplicable la causal por violación directa a la ley sustancial incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios si se observaba que su resolución es importante para la seguridad jurídica y/o el funcionamiento del sistema judicial en su conjunto. Bajo este supuesto, la Corte Nacional habría podido profundizar y aclarar una determinada línea jurisprudencia de importancia y cumplir de mejor manera una de las finalidades de la casación es lograr la unidad e integridad del ordenamiento jurídico mediante el establecimiento de precedentes constitucionales vinculantes para la interpretación y aplicación de las leyes.

Puesto que, la jurisprudencia que no avanza supone que la ley lo ha dicho todo, que el legislador ha previsto todas las situaciones que pueden ocurrir dándoles solución a todas en el caso de producirse un conflicto y como este no es el caso, pues la sociedad evoluciona más allá de lo previsto por el derecho, se hace necesario que el Juez cree derecho por medio de sus resoluciones, permitiendo alcanzar objetivos sociales.

En tal virtud, es correcto el formalismo procesal, lo que no es apropiado es que las meras formalidades se impongan sobre el fundamento y que este sea un pretexto para rechazar un recurso y no permitir que la corte de casación resuelva el proceso. Sin embargo, el vicio denunciado debe estar sustentado pues no es conveniente la casación de oficio, dada que la naturaleza jurídica de la casación es el control de la legalidad y no observar sus requisitos sería adulterarlo.

Bibliografía

- Albán, Ernesto y otros. *Notas sobre la Evolución de la Casación en Materia Penal, en La casación: Estudios sobre la ley No. 27*. Quito : Impresores, 1994.
- Alvarado Palacio, Eugenio. *Causales y Motivos de Casación en la Legislación Colombiana* . Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1997.
- Alsina, Hugo. *Fundamentos de Derecho Procesal*. México: Jurídica Universitaria, 2001.
- Andrade Ubidia, Santiago. *El Escrito de Fundamentación del Recurso de Casación Civil en Revista de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*. Quito: Centro de Publicaciones, 1996.
- . *La Casación Civil en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005.
- Avila, Ramiro. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bettiol, Giuseppe. *Instituciones del Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Espaca Bosh, 1977.
- Botero, Flavio Calderón. *Casación y Revisión en Materia Penal*. Bogotá: TEMIS, 1973.
- Calamandrei, Piero. *La Casación Civil*. Buenos Aires: Editorial Gráfica Argentina, 1961.
- Camacho Rueda, Aurelio. *Recursos de Casación y Revisión en Materia Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Europa-América, 1959.

- Chiovenda, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial REUS, 1941.
- Condomines Valls, Francisco. *El Recurso de Casación en Materia Civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1978.
- Cruz Bahamonde, Armando. *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*. 2da. Vol. V. Guayaquil: EDINO, 2001.
- Cueva Carrión, Luis. *La Casación*. 5 vols. Quito: Editorial Ecuador, diferentes años.
- Damaska, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- De La Rúa, Fernando. *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*. Editado por Vito de Zavalía. Buenos Aires, 1991.
- . *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991
- Devis Echandía, Hernando. *Estudios de Derecho Procesal*. Santa Fe de Bogotá : Editorial ABC, 1992.
- Fabrega, José. *Casación Civil*. Panamá: Editora Jurídica Panameña, 1985.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías: La Ley del más Débil*. México: Editorial Trotta, 2002.
- . *Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Estado de Derecho, Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*. México: Siglo XXI, 2002.
- García Feraud, Galo y otros. *La casación en materia civil, en La Casación: Estudios sobre la ley No. 27*. Quito: La Huella Impresores, 1994.
- Gozaini, Osvaldo. *Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- Lagos Pantoja, Luis. *El Recurso Extraordinario de Casación Laboral*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993.

- López Medina, Diego. *Nuevas Tendencias en la Dirección del Proceso*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", s.f.
- Morello M, Augusto. *La Casación*. 2da. Edición. Buenos Aires: Editora Platense Abeledo Perrot, 2000.
- Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de Casación*. 3ra. Edición. Bogotá: Editorial El Foro de la Justicia, 2005.
- Plaza, Manuel De La. *La Casación Civil*. Madrid: Impresiones Gráficas España, 1944.
- Prieto Castro y Leonardo Ferrandiz. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968.
- Taruffo, Michele. *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Temis S.A., 2006.
- Trazegnies, Fernando De. *El Rol Político del Abogado Litigante en Los Abogados y la Democracia en América Latina*. Quito: ILSA, 1996.
- Vescovi, Enrique. *La Casación Civil*. Montevideo: Ediciones IDEA, 1979.
- . *Teoría General del Proceso*. 1988.

Normas jurídicas:

- Constitución de la República del Ecuador* [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.
- Ecuador: *Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ. Registro Oficial, Suplemento, No. 544,9 de marzo de 2009*.
- Ecuador: *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial, Suplemento, No. 52, 22 de octubre de 2009*.
- Ecuador: *Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial, Suplemento, No. 58, 12 de julio de 2005*.

Ecuador: *Código General de Procesos. COGEP, Registro Oficial, Suplemento No. 506, 22 de mayo de 2005.*

Ecuador: *Ley de casación. Registro Oficial, Suplemento No. 299, 24 de marzo de 2004*

Sentencias:

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

[*Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134]

[*Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de julio de 2005. Serie C No. 124]

[*Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115].

Ecuador: Corte Constitucional, [Sentencia No. 012-13-SEPCC, dictada con fecha 09 de mayo de 2013, dentro del caso No. 0253-11-EP]

[Sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento 743 de 11 de Julio del 2012]

[Sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento 161 de 14 de Enero del 2014].

[Sentencia, caso 045-10- SEP-CC]

Otros:

- Programa jurídico digital LEXIS