



# MEMORIAS


I SEMINARIO INTERNACIONAL  
DE DERECHO PROCESAL  
TÉCNICA CASACIONAL EN EL  
ECUADOR

2021

ISBN: 978-9942-772-31-2



9789942772312



**MEMORIAS**  
**PRIMER SEMINARIO INTERNACIONAL**  
**DE DERECHO PROCESAL:**  
**TÉCNICA CASACIONAL EN EL ECUADOR**  
**2021**

© Universidad de Otavalo

Carrera de Derecho

MEMORIAS

I SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL: TÉCNICA  
CASACIONAL EN EL ECUADOR.

M.Sc. Andrea Subía C.

PhD. Ana Julia Romero

Compiladoras

Primera edición 2021 (digital)

ISBN: 978-9942-772-31-2

**Comité Científico**

M.Sc. Danny Cifuentes

PhD. Frank Mila

M.Sc. Elizabeth Maldonado

M.Sc. Andrea Subía

M.Sc. Pablo Mendoza

**Revisores de Estilo**

M.Sc. María Augusta Vázquez

M.Sc. Fernando Burbano

PhD. Ana Julia Romero

M.Sc. Carolina Montenegro

M.Sc. Peter Ubidia

M.Sc. Andrea Subía

**Coordinadores Corte Nacional de Justicia**

M.Sc. David Jacho

M.Sc. Javier Pinto

Director de Investigación - Universidad de Otavalo  
M.Sc. Jorge Mantilla Salgado  
[investigación@uotavalo.edu.ec](mailto:investigación@uotavalo.edu.ec)

Diagramación Tatiana Ballesteros

© Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada ni transmitida por sistemas de recuperación de información de ninguna forma ni por medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito del editor.



## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>Introducción</b>	<b>3</b>
<i>M.Sc. Andrea Subía</i>	
<i>M.Sc. Javier Pinto</i>	
<b>Historia y origen del recurso extraordinario de Casación</b>	<b>5</b>
<i>M.Sc. Paulina Muñoz</i>	
<i>Subcoordinadora Jurídica de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>Estructura de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador</b>	<b>16</b>
<i>M.Sc (c). Daniel Jaramillo</i>	
<i>Subcoordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>El recurso extraordinario de casación como garantía normativa.</b>	<b>21</b>
<i>M.Sc. Javier Pinto</i>	
<i>Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>Principios jurídicos de la casación.</b>	<b>31</b>
<i>Dr. Pablo Loayza</i>	
<i>Conjuez de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>La Admisibilidad del recurso extraordinario de casación en materia civil.</b>	<b>47</b>
<i>Dr. Carlos Pazos</i>	
<i>Conjuez de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>El recurso extraordinario de casación en lo contencioso tributario.</b>	<b>67</b>
<i>Dra. Mónica Heredia</i>	
<i>Conjueza de la Corte Nacional de Justicia</i>	

<b>La casación civil en el Ecuador. La determinación de los motivos o causales</b>	<b>76</b>
<i>M.Sc. David Jacho</i> <i>Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia</i> <i>Presidente de la Sala de lo Civil y Mercantil (e)</i> <i>Docente Universidad de Otavalo</i>	
<b>La litigación oral frente al recurso extraordinario de casación en el Derecho Procesal Penal</b>	<b>111</b>
<i>M.Sc. Iván Campaña</i>	
<b>Tutela judicial efectiva y el derecho al recurso</b>	<b>117</b>
<i>PhD. Frank Mila</i>	
<b>El control de la motivación en sede casacional.</b>	<b>125</b>
<i>Dr. Richard Villagómez</i> <i>Docente Posgrados Universidad de Otavalo</i>	
<b>La casación en materias de adolescentes infractores.</b>	<b>135</b>
<i>M.Sc. Bernardo Vásquez</i> <i>Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>La casación en materia laboral en el Ecuador.</b>	<b>147</b>
<i>Dr. Roberto Guzmán</i> <i>Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>La casación penal en el Ecuador conforme el Código Orgánico Integral Penal</b>	<b>159</b>
<i>Dr. Wilman Terán</i> <i>Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia</i>	
<b>Reflexiones de los medios alternos de solución de conflictos y el derecho fundamental a la paz</b>	<b>170</b>
<i>Dr. Ricardo Tapia</i> <i>Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México</i>	

**Los medios de impugnación de segunda instancia y juicio de amparo en materia penal en México.**

190

*Dr. Miguel Ángel Falcón Vega*

*Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Morelos-México*



## Introducción

La Maestría de Derecho Penal mención Derecho Procesal Penal y la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo en conjunto con la Corte Nacional de Justicia del Ecuador consideraron oportuno profundizar en el desarrollo del derecho procesal ecuatoriano, especialmente en relación a la aplicación del método de la hermenéutica jurídica de la técnica casacional.

Por tal razón, se desarrolló el I Seminario Internacional de Derecho Procesal: Técnica Casacional en el Ecuador, durante los días 13, 14 y 15 de octubre del 2021, el mismo que contó con la participación de 7 magistrados y 4 funcionarios de la Corte Nacional de Justicia, quienes coadyuvaron en la realización del evento, así como 3 ponentes internacionales provenientes de México y Venezuela.

Por ello, en esta ocasión, en vista de la importancia de lo indicado, se procedió a realizar el evento académico cuyo objetivo fue analizar el recurso extraordinario de casación en el Ecuador y las distintas aristas relacionadas con la técnica casacional.

Luego de un proceso riguroso de revisión el comité científico de la Carrera de Derecho de la Universidad mediante resolución aprobatoria emite el presente libro compilatorio de las memorias del I Seminario Internacional de Derecho Procesal: Técnica Casacional en el Ecuador, el mismo que consta de dos momentos: a) en un primer, se describen los sustentos históricos, conceptuales y principios del recurso extraordinario de casación. Y, b) en un segundo, se analizan las características particulares de la técnica casacional en distintas materias de derecho: civil, penal, laboral, niñez y adolescencia, contencioso administrativo, etc.

Se debatieron diversos criterios vinculados a la técnica casacional con cada intervención de los ponentes, es así que, en el presente libro de memorias se exponen los puntos más importantes sobre el recurso extraordinario de casación en el ámbito del derecho procesal ecuatoriano, año 2021.

*M.Sc. Andrea Subía*  
*Coordinadora de investigación*  
*Carrera de Derecho*

*M.Sc. Javier Pinto*  
*Coordinador Jurídico*  
*Corte Nacional de Justicia*

## HISTORIA Y ORIGEN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

*M.Sc. Paulina Muñoz*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Subcoordinadora Jurídica de la Corte Nacional de Justicia. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Socia de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Especialista (c) en Compliance Penal y Defensa Corporativa por la Asociación Peruana de Compliance. Ha realizado cursos de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y de Criminalidad Corporativa y Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca. Profesora invitada en la cátedra de Curso Superior de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Jurado en los concursos de Oratoria Forense edición 2021, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Analista de la Dirección Nacional de Responsabilidades en la Contraloría General del Estado. Analista jurídico en la Unidad de Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional. Especialista jurídico en la Secretaría General del Consejo Nacional Electoral Actualmente Subcoordinadora jurídica de la Corte Nacional de Justicia.

## HISTORIA Y ORIGEN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.

En primer lugar, es importante hablar de Gilbert de Voisins quien fue en un inicio consejero del Rey -antes de la Revolución Francesa-, publicó un estudio<sup>2</sup> a través del cual se delimitó las funciones y el contenido de la institución jurídica de la casación<sup>3</sup>. Ese estudio ve la luz después de las publicaciones que realizó William Blackstone, lo que se abordará más adelante.

Para este consejero del rey, la casación no era vía de recurso ni de pura jurisdicción, dado que no era una vía ordinaria, sino más bien una vía extraordinaria, legítima y de plenitud del poder del monarca de ese entonces.

De esta manera, la casación solamente procedía cuando se debían conocer errores de forma y la contravención de las ordenanzas, porque la casación en el *Conseil des parties* -como órgano antecesor-, precisamente conocía la casación en contra de las ordenanzas, edictos y declaraciones regias, que era la producción normativa que abundaba en esa época.

En este sentido, la competencia para conocer el recurso de casación no se le atribuía a ningún tribunal ni a ninguna comisión, sino que provenía directamente del poder real, cuando la vía jurisdiccional ya había concluido, pudiendo ser activada de oficio por el monarca.

Dentro de los antecedentes de la casación francesa como tal, se puede mencionar que hace 100 años en el año 1920, el profesor Piero Calamandrei publicó su tratado, en dos tomos sobre la casación civil, el cual constituye el estudio más completo respecto de este tema porque contiene los datos históricos de la casación civil y sus antecedentes más próximos -considerados así por el profesor- desde el Derecho Romano; y, es en base a los trabajos del profesor italiano que existe una condensación del estudio del recurso de casación.

---

<sup>2</sup> En 1767, de acuerdo a los estudios del profesor P. Calamandrei.

<sup>3</sup> Manuel Morón Palomino, "Ensayo sobre el origen y evolución del Recurso de Casación en Francia" en *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de la Laguna*, [online] [https://riull.ulles.es/xmlui/bitstream/handle/915/18518/AFD\\_14\\_1997\\_03.pdf?sequence=1](https://riull.ulles.es/xmlui/bitstream/handle/915/18518/AFD_14_1997_03.pdf?sequence=1) [Acceso 29 de septiembre de 2021].

Después de la Revolución Francesa existió la idea de eliminar las instituciones creadas por el régimen absolutista, porque la Asamblea Nacional francesa decidió alejarse de la posibilidad de crear un órgano que tuviera un paralelismo o como antecedente más próximo al *Conseil des parties*, propio del régimen absolutista.<sup>4</sup>

Durante la monarquía, el *Conseil des parties* se configuraba como una subdivisión del antiguo *Conseil du Roi*, consejo del cual se había desprendido el llamado *Conseil étroit o privé*, hasta que en 1578 se dividió en dos secciones: el Consejo de Estado para asuntos políticos y el Consejo de las partes (*Conseil des parties* de acuerdo al reglamento de 1738) para los judiciales.<sup>5</sup>

El *Conseil des parties* verificaba si, dada la contravención a las ordenanzas denunciadas por el recurrente, el Rey tenía interés en ejercer su poder de casación en contra de la sentencia denunciada; es decir, se otorgó al *Conseil des Parties* competencia para conocer los recursos interpuestos por las partes, y para anular las sentencias que contravinieran los intereses de la voluntad del Rey.

Sin embargo, para los revolucionarios, el *Conseil des Parties* estaba adscrito al Poder Ejecutivo y resultaba una contradicción contra el principio de tripartición de poderes. A esto se agregaba que había una sensación popular de que este organismo actuaba con mucho favoritismo y arbitrariedad, y que no garantizaba el interés de la justicia, sino el interés del monarca. Existía una conciencia social de que éste era un instrumento ilícito de injerencia del monarca en la esfera de la jurisdicción.<sup>6</sup>

De esta manera, si se mantenía un órgano que presentaba grandes similitudes con el *Conseil des Parties* -que tenía su origen en el régimen absolutista-, se estaría creando una dependencia del Poder Judicial al Poder Ejecutivo. Es por esto que se creó un organismo nuevo.

---

<sup>4</sup> Teresa Arruda Alvim, "Cuestión de hecho y cuestión de derecho en los recursos ante los tribunales superiores", en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, dirs. Jordi Nieva Fenoll y Renzo Cavani (Madrid: Marcial Pons, 2021), 127-154.

<sup>5</sup> Piero Calamandrei, *La casación civil*, Tomo I, Historia y legislaciones, Vol. I, [online] [https://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/bib\\_digital/Calamandrei\\_Casacion\\_v1.pdf](https://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/bib_digital/Calamandrei_Casacion_v1.pdf) [Acceso 30 de septiembre de 2021], pág. 377-378.

<sup>6</sup> Teresa Arruda Alvim, *Ob. Cit.*

La casación francesa en su configuración original se rige de acuerdo al principio respecto del cual los jueces no son superiores a la ley, lo cual es razón suficiente para que aquellos observen de manera obligatoria el texto legal.

Este interés supremo de observancia del texto legal por parte del juzgador, es el germen del recurso de casación, cuya consecuencia más próxima tiene relación con mantener una doctrina uniforme no en el interés únicamente de los particulares, sino en el interés público de la ley.

La casación francesa como tal, nace a través de los decretos del 27 de noviembre y del 1 de diciembre de 1790.

El poder judicial francés en su concepción original no tenía un órgano o un tribunal de vértice superior; es decir, que no tenía un tribunal cúspide o una especie de tribunal de tercera instancia, al cual se supeditaran los jueces inferiores.

El temor existente en ese entonces, era que el tribunal recientemente creado se volviese muy poderoso, razón por la cual, la actividad del poder judicial se agotaba en el doble grado de jurisdicción.

De esta manera, el órgano de casación no se encontraba en la cima de la pirámide de los órganos judiciales, sino que era un órgano complementario y subsidiario del poder legislativo, conforme lo estableció el artículo 1 del decreto del 27 de noviembre de 1790, con la finalidad precisamente de evitar que los jueces hagan las veces de legisladores.<sup>7</sup>

En este orden de cosas, la casación en un momento primigenio únicamente anulaba las decisiones que contravinieran el texto expreso de la ley, no existía la mala interpretación<sup>8</sup> ni la indebida aplicación –en un primer momento–, era únicamente una contravención o una contradicción expresa al texto de la ley.

---

<sup>7</sup> Teresa Arruda Alvim, *Ob. Cit.*

<sup>8</sup> Renzo Cavani, dir., “Casación y precedente. Reflexiones a partir de Calamandrei”, en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, (Madrid: Marcial Pons, 2021), 187-220. En el mismo sentido, T. Arruda, *Ob. Cit.*

Por esta razón, el Tribunal de Casación no decidía sino que únicamente anulaba las decisiones y no tenía competencia para pronunciarse respecto del fondo de la cuestión, por lo que, existía la institución del reenvío<sup>9</sup>.

El reenvío consistía básicamente en que una vez que el Tribunal de Casación casaba –anulaba– la decisión, se enviaba de regreso el proceso a los órganos del poder jurisdiccional quienes eran los que tenían que pronunciarse sobre el fondo del litigio –mérito de la causa–, porque la decisión sobre el fondo estaba fuera de los límites del Tribunal de Casación, dado que no era un verdadero tribunal, al estar adscrito al poder legislativo.

De esta manera, como no se pronunciaba sobre el fondo, no podía realizar una interpretación del texto legal; a lo que se suma, que tenía la restricción de apreciar los hechos previamente valorados por la corte de apelación, por lo que su actividad se circunscribía a conocer sobre cuestiones de derecho.

Asimismo, en su configuración original, el tribunal de casación se presenta como un tribunal de control de casos, porque en virtud de la institución del reenvío se esperaba orientar el estudio del caso concreto con una preocupación sobre la idoneidad de las decisiones que tomaban los órganos del poder judicial.<sup>10</sup>

Y, a su vez, era un tribunal extraordinario; debido a que tenía la limitación de revalorar elementos de prueba, centrándose únicamente en la cuestión de derecho.<sup>11</sup>

Así, el objeto de análisis del Tribunal de Casación no era el modo de ser de la relación jurídica sustancial que constituían la esencia de litigio, sino el modo de ser de la sentencia emitida por el juzgador respecto de esa relación jurídica.

Por esta razón, la sentencia era revisada de manera aislada y separada –sin analizar los hechos ni los elementos de prueba–, con la finalidad de verificar si en efecto, existía alguna proposición que contravenga el texto de la ley y la obligación de observancia de la ley que pesaba sobre el juzgador.

---

<sup>9</sup> Michele Taruffo, "Sobre la evolución del Tribunal de Casación Italiano", en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, (Madrid: Marcial Pons, 2021), 15-24.

<sup>10</sup> Renzo Cavani, dir., *Ob. Cit.*

<sup>11</sup> *Ibíd.*

Originalmente, la decisión debía ser casada cuando la contravención era directa y manifiesta contra el contenido expreso del texto legal, ya que otra de las finalidades de la casación –en su inicio– se dirigía a evitar que el juez cree una rebelión contra la ley.

El tribunal de casación, en su origen tenía otro deber a parte de los antes mencionados, y que se refería a ser un vigilante del funcionamiento de la administración de justicia –pero sin formar parte de ella–, ya que el tribunal de casación debía enviar al gobierno una lista respecto de los puntos sobre los cuales, de acuerdo a su experiencia en los casos que conocía, existía defectos o insuficiencia en los textos normativos.<sup>12</sup>

En lo referente al derecho comparado, antes de 1871<sup>13</sup> en los estados germánicos, existían tribunales de reexamen que examinaban en última instancia, los conflictos que habían sido decididos en las dos instancias anteriores; es decir, adoptaron un sistema de tercera instancia.

Estos casos eran revisados mediante la *Ober-appelation* o *Revision*, a través de las que se reabría el estado de la decisión. Esto quiere decir que este tribunal de tercera instancia lo que podía hacer era limitarse a tener en cuenta el material ya evacuado en las instancias anteriores y verificar si la sentencia del inferior había sido correctamente elaborada.<sup>14</sup>

Lo más próximo que se tenía a un recurso de casación en el derecho germánico era la denuncia de nulidad de la decisión o la *querela nullitatis*.

La casación francesa ingresa a Alemania a través de las provincias del Rin y se crea un régimen de reenvío, al igual que la casación francesa original, pero este reenvío únicamente tenía lugar cuando se verificaba que la violación era de forma, mientras que si la violación era material, la Corte de Casación además de casar la decisión, debía decidir sobre el mérito del asunto.<sup>15</sup>

En contraposición de lo que fue el recurso de casación en Francia, en el derecho germánico, el recurso de casación supuso una solución por la falta de

---

<sup>12</sup> Teresa Arruda Alvim, *Ob. Cit.*

<sup>13</sup> En 1871 se produce la unificación de los estados germánicos en el Imperio Alemán.

<sup>14</sup> *Ibíd.*

<sup>15</sup> Teresa Arruda Alvim, *Ob. Cit.*

uniformidad de la jurisprudencia; mientras que en Francia, nació para evitar que los jueces transgredan las funciones del legislador.

Después de 1871 cuando se funda el Imperio Alemán, se mantienen los tres grados de la jurisdicción<sup>16</sup>; es decir, se mantiene esta revisión y la procedencia de ambas va a existir cuando se verifique una falta de coincidencia entre los dos pronunciamientos de los tribunales anteriores.

En la *revision*<sup>17</sup> solo procedían revisiones de errores de derecho tanto *in procedendo* como *in iudicando*. Sin embargo, se regía por la idea de que el litigante tendría derecho al recurso de *revision*, si el interés de las partes coincidía con el interés del Estado en lo referente a la uniformización.<sup>18</sup>

Respecto al derecho italiano de la época, la Corte de Casación asume una atribución de Corte Suprema y le corresponde verificar la existencia de una exacta observancia de las leyes en las decisiones de los jueces inferiores.

Se trataba de un control sobre el control porque por un lado, aparece un órgano jurisdiccional que se dedica a controlar la conducta de las partes procesales en relación a las leyes de las que son destinatarias, pero por otro lado, existe un órgano superior que tiene como misión el monitoreo de ese control que ejercen los jueces inferiores.<sup>19</sup>

Así, se identifica una función de la Corte de Casación surgida en Italia, que consiste en la defensa del derecho objetivo a través del recurso de casación, pero también tenía la función de uniformizar la interpretación judicial del derecho objetivo, puesto que la unidad del derecho positivo se encontraba comprometida por la diversidad de opiniones de la doctrina y de interpretaciones de los jueces.

El Tribunal de Casación en Italia, cuando casaba una sentencia, enunciaba un principio de derecho, aunque no necesariamente tenía que decidir sobre el fondo de la causa. Esto no quiere decir que tenía prohibición de hacerlo, sino que podía

---

<sup>16</sup> Con las ordenanzas procesales del Imperio Germánico de 1879.

<sup>17</sup> Michele Taruffo, *El vértice ambiguo*, (Lima: Palestra Editores, 2006), 11. Menciona que la *Revision* verificaba la legitimidad de la aplicación de la ley en el caso concreto, decidiendo sobre el fondo del litigio.

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> P. Calamandrei citado por Teresa Arruda Alvim, *Ob. Cit.*

decidir sobre el fondo de la causa, siempre que no sean necesarios más hallazgos fácticos, que los que ya fueron establecidos en las instancias anteriores.

Sin embargo, la prohibición que si encontramos –también– en la casación italiana era la prohibición de actividad probatoria por dos motivos: i) no podía haber actividad probatoria en la Corte de Casación por los límites del procedimiento; y, ii) por el principio de duración razonable de los procesos. Por lo anterior, en el derecho italiano, el juez receptor del envío –ya que también funcionaba como reenvío–, debía aplicar el principio de derecho que había sido establecido por el tribunal cuando casaba una decisión.

El profesor Calamandrei, en sus estudios respecto al recurso de casación, se refiere a diferentes instituciones del derecho anglosajón; sin embargo, las citas a estas instituciones son precisamente para diferenciar las instituciones del derecho anglosajón de la casación francesa, mas no para delimitar las similitudes entre ambas.

Es así que no se realiza un estudio de aproximación porque siempre se ha tenido la idea de que el derecho anglosajón y el derecho continental son diametralmente diferentes y que no tienen puntos de coincidencia.

Sin embargo, en los estudios desarrollados por William Blackstone y publicados entre 1765 y 1769, conocidos como los Comentarios de las leyes de Inglaterra (*Commentaries on the laws of England*), este autor analiza las instituciones del derecho anglosajón. Y, es gracias a esos estudios que varios expertos actuales<sup>20</sup> en derecho probatorio y en materia de recursos han establecido la existencia de paralelismos entre varias instituciones del derecho anglosajón con la casación francesa.

Es decir, que la casación francesa no nace como una novedad en Francia, sino que se nutre de cierto tipo de progresos y de instituciones propias del derecho anglosajón.

Por ejemplo, como punto de partida, en el derecho anglosajón se encuentra la separación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, porque en el derecho

---

<sup>20</sup> Michele Taruffo en el derecho italiano, Teresa Arruda en el derecho brasileño y Jordi Nieva Fenoll en el derecho español, como más relevantes.

anglosajón existe la figura de los jurados, donde nace esta distinción de cuestión de derecho y cuestión de hecho.<sup>21</sup>

Existe además un paralelismo entre la labor del Tribunal de Casación y la misión de la *House of Lords* inglesa. Ante esta última se podía acudir para solicitar la revisión de una decisión porque existía error en un punto de derecho (*point of law*).

Así como, una similitud entre la casación y el *appeal* ante la *House of Lords* porque aparte de este recurso restringido que era el del error en un punto de derecho, la *House of Lords*, tenía la posibilidad de acoger el recurso y reenviar al juez inferior para que dicte una nueva sentencia, o inclusive la *House of Lords* inglesa, podía acoger el recurso y emitir una nueva sentencia respecto del fondo.

Tal fue la recepción en el derecho francés de ciertas instituciones del derecho anglosajón, que en los debates de la Asamblea Nacional, para configurar la casación francesa se hace referencia a la institución del reenvío que como vemos, es propia del *appeal* lo que se hacía ante la famosa *House of Lords* en el siglo XVIII.

La referencia a la figura del reenvío únicamente se encuentra en el derecho anglosajón; inclusive en los mismos debates de la Asamblea, se hace referencia al poder al cual debe pertenecer el tribunal de casación, el cual es un órgano complementario del poder legislativo, al igual que la *House of Lords*.

La *House of Lords* en el siglo XVIII, era una cámara legislativa que tenía una faceta de enjuiciamiento, y la competencia para conocer de la apelación la tuvo desde 1620 hasta el 2009.<sup>22</sup>

La *House of Lords* conocía de los *appeals* y a través de aquellos se buscaba la rectificación de cualquier injusticia o error de derecho cometido por los jueces inferiores. De esta manera, era la última instancia que existía en un proceso, era una distinta jurisdicción una apelación al Rey en el Parlamento.

---

<sup>21</sup> Jordi Nieva Fenoll, dir., "El origen inglés de la casación francesa", en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, (Madrid: Marcial Pons, 2021), 91-106.

<sup>22</sup> Jordi Nieva Fenoll, *Ob. Cit.*

Además, tampoco se admitía nueva prueba para la revisión del caso, por ser una práctica ajena al derecho inglés, puesto que el jurado es el que decide sobre la cuestión de hecho, la cual no es susceptible de modificación por un tribunal superior<sup>23</sup>, debido a que el jurado no tiene que justificar su decisión, ni motivar porqué da la razón a una u otra parte dentro del proceso que se ventila, por consiguiente, esa fundamentación no se conocía, y al no conocerse no podía ser susceptible de control alguno; por esta razón existía la restricción de admitir nueva prueba para la revisión del caso cuando se apelaba ante la *House of Lords*.

Y, de igual manera que la casación francesa, la *House of Lords* también creaba jurisprudencia que, si bien vale mencionar, la casación francesa, no nació con la idea de crear jurisprudencia; sino que aquella fue la consecuencia de la primera finalidad, pero que empezó a partir de 1791 con la creación del boletín que daba publicidad a las decisiones, además se empezó a establecer filtros y restricciones<sup>24</sup> que condicionaban la admisión de la casación<sup>25</sup>, que separaron definitivamente a los órganos casacionales europeos del modelo inglés, que además conoció la innovación del carácter vinculante de los precedentes en 1803.<sup>26</sup> El Tribunal de Casación se convirtió en Corte, vigente en Francia desde 1804<sup>27</sup>.

Finalmente, el maestro Calamandrei, consideraba que la Corte no debía preocuparse por dar justicia al caso concreto, sino por la exacta, única y verdadera aplicación de la ley, lo que llamaba nomofilaquia, que era el amor por la ley<sup>28</sup>.

También sostenía que, la autoridad de los pronunciamientos que emitía la Corte de Casación tenía que ser tal, que vinculara a los jueces inferiores para que

---

<sup>23</sup> W. Blackstone citado por Jordi Nieva Fenoll, *Ob. Cit.*

<sup>24</sup> En el mismo sentido, L. Giannini, "Los filtros de acceso ante las Cortes Supremas", en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, dirs, Jordi Nieva Fenoll y Renzo Cavani (Madrid: Marcial Pons, 2021), 155-185.

<sup>25</sup> Sergio Chiarloni, "Nomofilaxis y reforma del juicio de casación", en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, dirs, Jordi Nieva Fenoll y Renzo Cavani (Madrid: Marcial Pons, 2021), 25-36.

<sup>26</sup> Teresa Arruda Alvim, *Ob. Cit.*

<sup>27</sup> Frédérique Ferrand, "El futuro del tribunal de casación francés", en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, dirs, Jordi Nieva Fenoll y Renzo Cavani (Madrid: Marcial Pons, 2021), 69-88.

<sup>28</sup> Renzo Cavani, dir., *Ob. Cit.*

acaten la interpretación oficial de la ley, lo cual iba a llevar a la uniformización jurisprudencial<sup>29</sup>, que era el segundo fin de la casación.

Sin embargo, la casación para Calamandrei no estaba pensada para lograr una uniformidad de la jurisprudencia hacia el futuro, sino más bien contemporánea, porque consideraba que el derecho se encuentra en un movimiento evolutivo continuo<sup>30</sup>. Este, se manifestaba también en la jurisprudencia a través de las diferentes tendencias que los juzgadores tenían, las cuales además de desarrollar y ayudar a la evolución del derecho, preparaban los caminos para que posteriormente el derecho objetivo se vaya modificando.

Calamandrei sostenía que con el paso del tiempo, los tribunales supremos pasaron de tener una competencia únicamente para observar las contravenciones o las contradicciones del texto de la ley, a una para interpretar la ley, para decir el derecho.

Es decir, tenía una noción cognitivista de lo que significaba la casación según la cual, el juez únicamente analizaba el texto normativo para después describirlo.<sup>31</sup>

Finalmente, también se fueron ampliando las posibilidades y las competencias de la Corte para poder fallar sobre el mérito de la causa, puesto que la casación fue evolucionando de tal manera que se instituyeron disposiciones normativas referentes al uso de los precedentes por parte de los tribunales.

Así, los tribunales de casación pasaron a tener una competencia para fijar criterios vinculantes, lo cual escapó totalmente del diseño original que no era generar un criterio vinculante, sino únicamente el respeto del derecho objetivo<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Luca Passanante, "El Tribunal Supremo Italiano a cien años de la *Cassazione Civile* de Calamandrei", en *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, dirs, Jordi Nieva Fenoll y Renzo Cavani (Madrid: Marcial Pons, 2021), 39-68.

<sup>30</sup> Luis Guilhrme Marinoni, "El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *Civil Law*: la contribución de Taruffo", en *Debatiendo con Taruffo*, (Madrid: Marcial Pons, 2016), 133-155.

<sup>31</sup> Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar*, 2da. ed., (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021), 347.

<sup>32</sup> Renzo Cavani, *Ob. Cit.*

## ESTRUCTURA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

*M.Sc. (c) Daniel Jaramillo*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Subcoordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia. Abogado por la Universidad de los Hemisferios, candidato a Magister en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Ayudante Judicial de Sala de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial de la Corte Nacional de Justicia actualmente Subcoordinador Jurídico en la Corte Nacional de Justicia.

## **ESTRUCTURA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR**

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 177 prescribe que la Función Judicial estará conformada por órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, a los cuales les corresponde administrar justicia. Estos son la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales de Justicia, Tribunales y Juzgados que son designados por ley y los Juzgados de Paz.

Respecto al Consejo de la Judicatura, es el órgano de gobierno encargado de la administración, vigilancia, disciplina de la Función Judicial. Asimismo, la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial y como órganos auxiliares están las notarías, los mediadores y los depositarios judiciales.

La Corte Suprema de Justicia es el órgano supremo de administración de justicia ordinaria en distintos países del mundo. En el Ecuador, la Corte Nacional de Justicia es el más alto órgano de la Función Judicial, máximo tribunal de justicia ordinaria, que tiene competencia sobre todo el territorio nacional y su sede se encuentra en la ciudad de Quito.

La institucionalización bajo el nombre de Corte Nacional de Justicia tuvo lugar después de la promulgación y publicación de la actual Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, aquel vino a reemplazar en funciones y atribuciones a la antigua Corte Suprema de Justicia. En lo que corresponde a su estructura, la Corte Nacional de Justicia, se encuentra integrada por veintiún jueces, quienes se organizan en las seis Salas Especializadas, estas son, Sala de lo Civil y Mercantil, Sala Penal, Sala Laboral, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario y la Sala de la Familia.

Los jueces nacionales, son designados por el Consejo Nacional de la Judicatura para un período de nueve años, conforme a un procedimiento de concurso de oposición y méritos con impugnación y control social. Entre ellos, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dentro de sus atribuciones, tiene la de elegir al Presidente de la Corte Nacional para un período de un año, quien representa a la Función Judicial.

Los jueces no pueden ser reelectos y se renuevan por tercios cada tres años y cesan en sus cargos conforme a lo dispuesto del Código Orgánico de la Función Judicial. Para acceder a esta magistratura, además del requisito de idoneidad se requiere ser ecuatoriano, hallarse en goce de los derechos de participación política, tener un título de abogado legalmente reconocido en el país, haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado o abogada, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.

La presente introversión se centra en la estructura de la Corte Nacional de Justicia, cuya misión es ser una institución independiente, confiable, legitimada por la prestación de un servicio de administración de justicia eficiente, eficaz, efectivo, íntegro, oportuno, intercultural y accesible, que favorezca la paz y seguridad jurídica consolidado de la vigencia del Estado constitucional de derechos y de justicia.

Asimismo, para cumplir con el deber de administrar la justicia, el máximo órgano jurisdiccional basa su misión en robustecer al sistema de justicia como un conexo de calidad, confianza y valores que suscite y avale el ejercicio de los derechos individuales y presupuestos colectivos. Los objetivos de la Corte Nacional de Justicia son promover el óptimo acceso a la justicia, impulsar la mejora permanente y modernización de los servicios, institucionalizar la meritocracia y el sistema de justicia, combatir la impunidad contribuyendo a mejorar la seguridad ciudadana.

La Corte Nacional de Justicia se basa en varios principios, el órgano jurisdiccional se ciñe a los principios que están plasmados en el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos del 14 al 23. Adicionalmente se basa en los principios de: independencia, imparcialidad, publicidad y la supremacía constitucional, también es importante destacar los valores que esta tiene, que son justicia, pertinencia, responsabilidad institucional, responsabilidad social y fortaleza.

Las funciones de la Corte Nacional de Justicia están delimitadas en el artículo 184 de la Constitución de la República, estas son:

- a) Conocer los recursos de casación, revisión, además de todos los que establezca la ley.
- b) Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración, es decir, tiene iniciativa legislativa.
- c) Conocer las causas que inciden contra los servicios públicos que gocen de fuero nacional.
- d) Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.
- e) Absolver consultas de acuerdo con los artículos 126 y 129 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y juezas del país periódicamente remiten a la Corte Nacional, consultas sobre dudas en la aplicación de las leyes. (Asamblea Nacional Constituyente 2008)

De acuerdo con la Resolución No. 3 del 2018, dictado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la Presidencia emite un informe sobre esto con absolución de consultas, luego de realizarse un trabajo intelectual de cada Sala Especializada de acuerdo a la materia.

Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, le compete juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal, de conformidad con lo previsto en el artículo 431, inciso segundo de la de la Constitución.

Es importante para desarrollar el tema de la Corte Nacional, conocer a la Corte Provincial de Justicia, como tribunales, cortes de apelación o de alzada que se colocan como órganos jurisdiccionales de rango inmediatamente inferior a la Corte Nacional de Justicia, que reemplazaron a las anteriores Cortes Superiores de Justicia, según la Constitución del 2008.

La estructura de cada Corte Provincial varía y la regula el Consejo de la Judicatura según el número de jueces necesarios para atender las causas. Sin embargo, de ello es similar a la Corte Nacional. Los jueces provinciales se organizan por Salas Especializadas según la materia. Estos son designados de acuerdo a los resultados vinculantes de concursos de méritos y oposición. Quienes poseen una carrera judicial en el libre ejercicio profesional y de docencia

universitaria. Existe una Corte Provincial por cada una de las 24 provincias del Ecuador y tiene su sede en la capital de cada provincia.

Referente a la organización estructural de la Corte Nacional, encontramos el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas (encargada de dictar los fallos de triple reiteración), la Dirección Técnica de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial Internacional, la Unidad Administrativa, Talento Humano, las Unidades Tecnológicas de Información y Comunicación y la Unidad de Biblioteca, que son adjetivos de apoyo a la entidad.

Existen las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que están divididas en:

- Sala Especializada del Contencioso Administrativo;
- Sala Especializada del Contencioso Tributario;
- Sala Especializada de Materia Penal, Penal, Policial, Penal Militar, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado;
- Sala Especializada de lo Civil y Mercantil;
- Sala Especializada de lo Laboral; y,
- Sala Especializada de la Niñez, Familia y Adolescencia de Adolescentes Infractores. (Asamblea Nacional del Ecuador 2010)

### **Bibliografía**

Asamblea Nacional Constituyente. 2008. «Constitución de la República del Ecuador, artículo 184» Ciudad Alfaro, Montecristi: Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador. 2010. «Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 183» Quito; Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA

*M.Sc. Javier Pinto*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia. Abogado de los Juzgados y Tribunales por la Universidad Central del Ecuador, Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Magister en Diplomacia y Política Exterior por el Instituto de Altos Estudios Nacionales, Candidato a PhD en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata, ha sido docente Universitario de UNIANDES y Universidad de Otavalo, actualmente se desempeña como Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA.

El presente capítulo tiene por objeto analizar aquellas ideas, conceptos y enfoques que permitirán ver las características del recurso extraordinario de casación, desde varias aristas; tendientes a comprender su naturaleza como una garantía normativa considerando el paradigma constitucional del Ecuador y las premisas normativas, doctrina y jurisprudencia aplicable para el desarrollo del presente estudio.

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es “...un Estado constitucional de derechos y justicia...”. Esta declaración, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado que permitió el cambio hacia el paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, y bajo tales postulados, el Ecuador es un Estado constitucional, pues:

*“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”<sup>2</sup>.*

Es decir que la Constitución ha materializado varios derechos, entre ellos el de impugnar resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; es así que en el artículo 76 numeral 7 literal m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

*“...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”<sup>3</sup>*

Bajo este derecho, se configura el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional de derechos y justicia.

Ahora bien, si bien el origen a la casación como recurso extraordinario, tiene asidero principalmente en este derecho constitucional, en el ámbito procesal, las características de este recurso se enfocan en realizar un control de legalidad de las sentencias, ahí radica su concepción de carácter extraordinario<sup>4</sup>, además que, el mismo requiere de una alta técnica, apegado a los preceptos normativos y causales establecidos para el efecto en el Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico Integral Penal.

En este sentido, considerando el carácter del Recurso de Casación, Murcia Ballén señala que los “recursos extraordinarios son excepcionales y se caracterizan por ser eminentemente restringidos o limitados por tres aspectos: Las clases de providencias impugnables con dichos recursos; Los motivos o circunstancias para atacarlos; y, La actividad jurisdiccional para su conocimiento y decisión”<sup>5</sup>.

Asimismo, cabe precisar que la Constitución de la República es orgánica, por cuanto determina el órgano “Función Judicial”, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema

---

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador: Art. 76 numeral 7 literal m.

<sup>4</sup> Yajaira Andrade Torres, *Manual Práctico del Recurso Extraordinario de Casación*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2019, p. 5.

<sup>5</sup> Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, Sexta Edición, Ediciones Jueídicas Gustavo Ibañez, Bogotá – Colombia, 2005, P.38.

de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión<sup>6</sup>;

Santiago Andrade, en su reconocida obra “la Casación Civil en el Ecuador”, señala que la primordial labor de este órgano, es justamente la labor casacional, lo cual no implica controlar el sometimiento del derecho a las personas o sea a partir de impartir justicia en casos particulares, porque para esto están los jueces y tribunales de instancia; sino que significa realizar el control del derecho en la actividad de los jueces.<sup>7</sup> Es decir que se examina que estos en el desempeño de sus actividades específicas de administrar justicia actúen sometidos estrictamente a la Ley.

En tal virtud, como se observa la constitución no solo establece el derecho, sino el órgano competente de garantizar el derecho consagrado, a lo cual cabe agregar que el artículo 426 de la Constitución, consagra que “...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación...” En concordancia con el artículo 11.9 *ibídem*.

En consecuencia, de este marco normativo, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del Recurso Extraordinario de Casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Además desde el bloque de constitucionalidad, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que “...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a

---

<sup>6</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 182: “(.) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; Art. 184: “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)”.

<sup>7</sup> Santiago Andrade, *La Casación Civil en el Ecuador, Doctrina, Análisis de la Ley, su Aplicación por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Posibles Reformas*. Andrade & Asociados, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador 2005, p 15

las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”. Es en ese contexto, que se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

Así también, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

*“...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).”<sup>8</sup>, concluye sobre el tema indicando que “(...) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...”<sup>9</sup>.*

Bajo estos preceptos normativos y doctrinarios, se avizora que el Estado de derechos y justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación. En este sentido, el derecho a recurrir un fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo garantice y logre cristalizar la justicia especializada en las distintas materias.

---

<sup>8</sup> Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

<sup>9</sup> *Ibídem*, Pág. 28

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: “...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica...”<sup>10</sup>.

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial “...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”<sup>11</sup>.

Desde la jurisprudencia, la Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casacion*, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

<sup>11</sup> Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

<sup>12</sup> Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

Es claro que, considerando la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en la norma sea en materia penal o no penal. En esta línea, la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

*“...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada...”<sup>13</sup>.*

Uno de los principales errores que se observa en el litigio en sede casacional, es plantear un recurso, con argumentos de instancia, cuando es claro que, en este recurso por sus características, está prohibido actuar prueba o admitir incidentes, reiterando que en el mismo se tiene por finalidad realizar un control de legalidad de las sentencias, bajo este parámetro, la Ex Corte Suprema de Justicia, ha expresado claramente que:

*“(...) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la*

---

<sup>13</sup> Sentencia Corte Nacional de Justicia, Quito – Ecuador, juicio No. 444-2014.

*contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (...) la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (...)”<sup>14</sup>*

Este es uno de los errores comunes que evitan que prosperen los Recursos de Casación planteados, por transgredir el principio de no debate de instancia y plantear temas como la valoración probatoria, proscrita en esta sede, para lo cual se reitera lo afirmado por Calamendrei la casación es un instituto judicial “en el cual se, examina sólo...cuestiones de derecho...”<sup>15</sup>

En razón de lo señalado, la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; y su objetivo se concreta en el control de legalidad de la sentencia expedida por el Tribunal de Apelación (Corte Provincial de Justicia) con las particularidades específicas en materia administrativa y tributaria, pero cuando específicamente se han cumplido los presupuestos establecidos en las causales establecidas en materia penal y no penal.

En conclusión, este es un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, por ello, per se, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

<sup>15</sup> Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación. Sin embargo, esta nueva realidad jurídica construida desde el neoconstitucionalismo ha implicado para los operadores de justicia desafíos en la realización de su labor, puesto que plantea nuevos parámetros que implican una mayor complejidad en el raciocinio jurídico.

Se deben dominar técnicas como la ponderación, como el principio de proporcionalidad, la razonabilidad, el efecto de irradiación, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro persona, la interpretación de todo del ordenamiento jurídico conforme el texto constitucional, la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.

#### BIBLIOGRAFÍA

Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008.

Yajaira Andrade Torres, *Manual Práctico del Recurso Extraordinario de Casación*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2019.

Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, Sexta Edición, Ediciones Jueídicas Gustavo Ibañez, Bogotá – Colombia, 2005.

Santiago Andrade, *La Casación Civil en el Ecuador, Doctrina, Análisis de la Ley, su Aplicación por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Posibles Reformas*. Andrade & Asociados, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador 2005.

Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008

Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casacion*, Victor P. de Zavalía Editores, Buenos Aires, 1968.

Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP

Corte Nacional de Justicia, Quito – Ecuador, Sentencia de juicio No. 444-2014.

Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

## PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA CASACIÓN

*Dr. Pablo Loayza*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Conjuez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil; e, integrante de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. Doctor en Jurisprudencia. Diplomado en Docencia Universitaria y Diplomado en Criminalística de la Universidad del Azuay.

## PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA CASACIÓN.

La casación no es una tercera instancia. El recurso de casación es una demanda en contra de las sentencias de cortes provinciales y tribunales distritales de lo contencioso administrativo y tributario. Razón por la cual tiene sus propios principios. La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo que tiene como principal objetivo atacar la sentencia de última instancia para invalidarla o anularla, ya sea porque adolece de vicios de forma y o fondo.

Es decir, por un error in iudicando o un error improcedendo, hallándose regulada por normas específicas que establecen el trámite y los requisitos de forma que debe reunir para ser aceptada. De ahí que la Corte Suprema había señalado que es una fase procesal de naturaleza diferente a las restantes, que tiene un solo objetivo impugnar la sentencia o auto recurrido, variando en consecuencia las motivaciones de la controversia, que ya no es la pretensión del autor y la contradicción del demandado, sino la pretensión del recurrente de alcanzar que se invalide el fallo por considerar que en el mismo se ha violado la ley. Es, pues, una nueva acción semejante a una demanda, y, que tiene el carácter de extraordinario y excepcional. Es casuística y formalista. Y si no se cumplen con los requisitos señalados en la ley de la materia, el recurso es improcedente. (R.O. 100, 3/VII/1997, p. 16);

La casación, al ser un recurso extraordinario, se sujeta al principio dispositivo consagrado en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución y en el artículo 19, inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que quien la interpone en uso de su derecho de impugnación debe demostrar claramente en su fundamentación el error que invoca. Es decir, no basta su sola alegación, ya que el recurso de casación es de excepción y de estricto derecho.

Por lo tanto, está impedido a la Corte Nacional de Justicia suplir o enmendar los errores en que incurre el recurrente, que es quien debe

cumplir con todos los requisitos dispuestos en la ley, ya que su competencia está limitada precisamente en la calificación del recurso.

Este recurso extraordinario permite el control de legalidad de las sentencias emitidas por los jueces de Cortes provinciales y tribunales distritales. Es decir, es una demanda en contra de las resoluciones de última instancia, a fin de revisar si se han observado las garantías de las partes o si se aplicó correctamente el procedimiento y la legislación positiva que resuelve el caso en particular.

De allí que se han establecido en la doctrina y la jurisprudencia varios principios que lo gobiernan. Sin agotar todos los principios fundamentales en materia de casación, a continuación, se exponen los siguientes:

### 1. Principio del interés público.

En primer lugar, tenemos el principio del interés público. Es uno de los principios fundamentales que gobiernan esta actividad recursal, guarda estrecha relación con los fines del recurso de casación, pues al ser la casación la conservación de legalidad y vigencia del sistema jurídico, el beneficio primordial que reviste es de orden público, pues mediante la demanda casacional se precisa rectificar posibles errores en un determinado caso, siendo este su fin primario, para velar por la pureza de la aplicación de los preceptos, por ende, el interés del litigante es secundario. Asimismo, su objetivo primordial es otorgar seguridad jurídica mediante la observancia de la ley, a través de la uniformidad jurisprudencial mediante la creación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Luis Tolosa Villabona considera “...el derecho procesal, campo dentro del cual encontramos los recursos judiciales como el de casación, es el Estado el que ha tenido interés público, directo e inmediato para la preservación del orden jurídico y la subsistencia de la comunidad nacional...”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Tolosa Villabona Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 111.

A diferencia de lo que sucede en el sistema anglosajón del common law, donde el precedente jurisprudencial es de obligatorio cumplimiento, como regla de derecho, obliga a los jueces a resolver las nuevas situaciones que se le presenten basándose en las resoluciones anteriores en casos similares en nuestro país. En cambio, para que el precedente sea de obligatorio cumplimiento, tiene que primero haber sido dictado por el pleno de la Corte Nacional y de ahí tendría carácter normativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Las resoluciones que emite la Corte Nacional que no son precedentes, si bien no obligan a los sujetos procesales ni a los jueces a someterse a ellas, sirven como guía para una posible resolución, el precedente se presenta únicamente cuando haya cumplido con el trámite que se establece en el Código Orgánico de la Función Judicial y de la Constitución, y, por lo tanto, únicamente cuando ha sido conocido por el Pleno de la Corte Nacional, constituiría un precedente jurisprudencial.

## 2. Principio del interés particular.

El principio del interés personal es derivación también de las finalidades que persigue la casación, pues al constituirse en la exacta observancia de la ley, la casación apuntala a un fin particular, no únicamente para avalar la concordancia de criterios a través de la jurisprudencia, o del control de la legalidad en sí mismo. Sino para remediar los yerros específicos en que puede haber incurrido.

En un determinado caso, tal cual refiere el artículo 10, inciso segundo del Código Orgánico de la función judicial, que insta que este recurso de casación no constituye en instancia ni grado de los procesos, y no es un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia. El fin propio de la casación, se traduce en la defensa del derecho objetivo y en la unificación de su interpretación, se funda en el interés público al lado de éste.

### 3. Principio de la taxatividad.

La petición debe encuadrarse en uno de los casos permitidos por la legislación para la interposición del recurso, por cuanto en la legislación ecuatoriana se observa un método de pautas de casación civil cerrado, no admite más casos o motivos que aquellos que se encuentran rigurosamente enumerados en la ley, debido a su carácter de recurso extraordinario y siempre sujeto de manera estricta al principio dispositivo.

Siendo entonces una justicia rogada cuya implicación radica en que únicamente se activa este recurso a petición de parte y en base a los casos que están previstos en el Código Orgánico General de Procesos, en materias no penales. Y, respecto de la justicia penal determinadas en el COIP.

Los casos deben ser invocados de manera clara y precisa, cumpliendo con los estándares de cada uno de ellos para activar la demanda y sólo podrá ser accionado cuando se encuentre en una sentencia. Los errores establecidos y que además causen de manera directa un agravio que atente a legitimar al legítimo derecho de las partes.

Dicho esto, la argumentación que se presenta el recurso de casación no admite interpretaciones extensivas sobre los casos en que debe desarrollarse el recurso para Tolosa Villabona, “...el principio de taxatividad implica que el recurso solo puede formularse por causas precisas previstas en la ley de forma expresa. A diferencia de los recursos ordinarios, que dan autonomía al recurrente para discutir causales, fundamentos, argumentos o rebatir la que autónoma y arbitrariamente exponga el recurrente...”<sup>3</sup>

Los casos contemplados en nuestra legislación se encuentran en el artículo 268 del COGEP, y estos son:

4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado al proceso

---

<sup>3</sup> Tolosa Villabona Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 112.

de nulidad y subsanable o causado indefensión y haya influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

1. Cuando la sentencia no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva, se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como cuando no cumplan el requisito de motivación.
2. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia de litigio o se haya concedido más allá de lo terminado, o se omita resolver algún punto de la controversia.
3. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida a falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a elaboración de la prueba, siempre que hayan conducido a una exhibir y equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.
4. Cuando se haya incurrido en una aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinadas en la parte dispositiva de la sentencia o acto.

##### 5. Principio de limitación.

Este recurso no está concebido como una tercera instancia dentro de nuestro sistema jurídico, es decir, el recurso de casación es una demanda en contra de las sentencias de cortes provinciales y tribunales distritales de lo contencioso administrativo y tributario. La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo que tiene como principal objetivo atacar la sentencia de última instancia para invalidarla o anularla, ya sea porque adolece de vicios de forma y o fondo. El principio de limitación obliga a las partes a someterse a las causales previstas en la ley.

El Tribunal de Casación debe entonces efectuar el análisis en base a lo estrictamente expuesto por el recurrente. Este último, es quien fija las limitaciones dentro de las cuales se llevará a cabo el control de legalidad.

Por tanto, no existe la casación oficiosa en materias no penales. Contrario a lo que sucede en materia penal, que puede haber la casación de oficio en materia civil, únicamente que se lo ha fijado por las partes y no pueden los jueces ir más allá de dicho planteamiento. En el mismo sentido, cabe puntualizar que en el recurso de casación no existe la posibilidad de rectificar o complementar las falencias que existen en la sustentación, siendo así que sea de vital importancia que la fundamentación no se realice de forma vaga e inconsistente.

Este es uno de los principales motivos por los cuales no prospera un recurso de casación, de que quien activa este recurso debe hacerlo de manera técnica, no limitarse a nombrar de manera imprecisa los casos de error que haya encontrado en la sentencia. Debe expresarse de manera consistente y determinada a las normas adjetivas y objetivas sobre las cuales se fundamenta su petición, determinando independientemente cada uno de los casos invocados, señalando los diversos momentos de la sentencia en los que se refiere cada uno para que no se torne contradictorio

#### 6. Principio de autonomía o no contradicción.

Reiteradas ocasiones la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ha precisado que uno de los errores más frecuentes en la motivación de un recurso es alegar respecto de una misma disposición legal varios yerros, es decir, afirmar que en una misma parte de la sentencia existe, falta de aplicación, errónea interpretación o indebida aplicación.

Resulta entonces de pura lógica concluir que de no haber sido aplicada una norma, es imposible el hecho de que exista una indebida aplicación.

Por otra parte, habiendo aplicado de manera indebida una norma, la misma haya sido objeto de una errónea interpretación.

Incumbe entonces ser claros en constreñir, cada caso por separado con el respectivo error que se encontrare en la sentencia. La existencia de un yerro, anula de manera automática la posibilidad de alegar la existencia de otro error en la misma parte de la sentencia.

En relación con la autonomía de las causales, y el error de contradicción del que puede adolecer la argumentación del mismo, es importante señalar que, sin embargo, no es una prohibición que en una misma sentencia se presenten dos o más causales en diferentes momentos de una misma sentencia, lo que requerirá que dichos momentos se presenten de forma muy clara y precisa y se argumente por separado la existencia de cada error.

Frecuentemente se ha visto casos de presentación de recursos de casación en los que en una sola argumentación se presentan todas las causales, no se sabe, qué parte de la fundamentación corresponde a cada causal y, por lo tanto, esto impide que se admita a trámite ese recurso de casación.

Los errores o yerros que se presentan, por ejemplo, en la causa primera, tenemos aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, muy comúnmente se alegan los tres yerros al mismo tiempo y como ya lo dije antes, si hay falta de aplicación de una norma no podría haber errónea interpretación, por cuanto, la errónea interpretación lleva consigo que se aplicó la norma, pero que hubo un error en la interpretación.

Entonces, si se alega errónea interpretación, no podríamos hablar de falta de aplicación, pues precisamente se aplicó erróneamente, la sustentación de los yerros tiene que ser individualmente fundamentados. De tal forma de que el tribunal puede establecer claramente cuál es la fundamentación de cada causal, puesto que al alegarse todas en una sola se impide que el Tribunal de Casación pueda revisar la sentencia, por cuanto no se sabe qué parte corresponde a qué fundamentación.

La lógica que sostiene el principio de autonomía es que las causales sean presentadas de manera independiente y autónoma para que el Tribunal pueda ocuparse de ellas de manera más específica y dicte un fallo afín respecto de cada una.

#### Principio de Trascendencia

Este principio, esencialmente determina que no puede fundamentarse, por ejemplo que existe nulidad de forma y fondo si la violación a dichas normas no tiene trascendencia jurídica, es decir, sino inciden de manera

directa en la parte dispositiva de una sentencia, generando de manera directa un agravio o indefensión a las partes “...no hay nulidad sin perjuicio”.

Tolosa Villabona, menciona que “...Uno de los pilares del recurso es la trascendencia o incidencia del error en la parte conclusiva del fallo impugnado. Además de ser patente, el error denunciado debe tener trascendencia, incidencia en la parte resolutive del fallo, porque de lo contrario solo constituiría un error inocuo o inane, y lo máximo que podrá obtenerse en el recurso podría ser una corrección doctrinaria. El error debe tener una relación causal, directa y necesaria con la parte resolutive, y debe demostrar inexcusablemente, es decir, debe generar un efecto jurídico concreto en la parte resolutive de la sentencia objeto de casación...”<sup>4</sup>

El alcance del error trascendental se hace innegable al confirmar que, de no haber existido dicho error, la decisión del juez hubiese tomado otro rumbo distinto al establecido en la parte dispositiva de la sentencia.

Siendo entonces vinculante para la disposición del juez, cuestionar el carácter formal de veracidad que posee una sentencia, como sinónimo de verdad requiere de un compromiso lógico, meticulado, en el que es obligatorio desarrollar los argumentos técnicos legales que evidencian de manera clara la existencia de una disposición contraria a lo que se establece en ese precepto. Las sentencias como síntesis de la verdad, basada en hechos verificados durante un proceso judicial, se entenderán siempre como válidas, hasta que el tribunal competente, ante quien se presente una pendencia sobre la misma, demuestre lo contrario y resuelva a dejarlos sin efecto.

Es decir, se busca la anulación de un fallo en el que se compruebe la existencia de un error, ya sea porque existió aplicación indebida o falta de aplicación o errónea interpretación de la ley sustantiva o procesal, por no cumplir con los requisitos determinados en la misma ley procesal, al emitir

---

<sup>4</sup> Tolosa Villabona Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 115.

el fallo cuando existan vicios de incongruencia como extra, ultra o citra petita.

Se ha visto casos que se cita una indebida aplicación de jurisprudencia que no tiene relación con el caso, sin embargo, revisado todo el proceso, la motivación y la resolución se determinan efectivamente que a pesar de que esa jurisprudencia no se vincula con el caso, no afecta al fallo. Por lo tanto, no sería susceptible de casación, puesto que lo que se requiere para que sea susceptible de casación es que haya una trascendencia al momento de decidir, es decir, que lo que se alegó en el fallo trasciende en la parte resolutive de la sentencia.

#### 7. Principio de presunción de la legalidad del fallo recurrido

Este principio se torna evidente en cuanto toda sentencia emitida por cualquiera de los órganos jurisdiccionales goza de presunción de legalidad, pues se concibe que ésta es emitida por el Estado a través de los jueces a quienes éste ha delegado la administración de justicia, que es potestad única del Estado.

Por este motivo, el impugnar aquellas resoluciones ejecutoriadas, corresponde a los litigantes casacionistas evidenciar la ilegalidad o los vicios de los que adolece la resolución impugnada, a fin de que el Tribunal de Casación proceda a corregir o enmendar estas posibles equivocaciones o inexactitudes de la resolución en razón de que toda sentencia emitida es considerada legal y apegada a derecho.

La presunción de legalidad significa, en esencia, que el fallo está ajustada a la Constitución, a la ley material y procesal y que, por consiguiente, se dictó conforme a derecho. Por ello, la demanda debe ser clara y precisa contra la sentencia y demostrativa del error para probar que es contrario a derecho. Es imprescindible, pues, demostrar la evidencia del error y los desaciertos en el fallo recurrido para lograr la prosperidad de la acusación con fundamento en el principio dispositivo, a fin de desvirtuar estas dos presunciones.

## 8. Principio de agravio

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 277 del COGEP, el recurso sólo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto, no podrá interponer recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido de primera instancia, ni se adhirió a la apelación de la contraparte cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella. En ningún caso cabe la adhesión al recurso de casación deducido por otro.

Normativa que literalmente da la posibilidad de recurrir únicamente a quien ha sufrido agravio en el fallo, cuando la sentencia transgrede el derecho de las partes, posibilita la interposición del recurso extraordinario; comúnmente se suelen confundir los sujetos procesales y presentan apelaciones hayan o no hayan sufrido agravio, cuando esta norma dice claramente que la persona que no apeló puede casar, siempre y cuando la sentencia no sea confirmatoria. Es decir, a pesar de que la persona no apeló, si, por ejemplo, se revocó la sentencia de primer nivel, la parte podría presentar recurso de casación, por el agravio recibido.

## 9. Principio de justicia

Por medio de la casación se busca la realización de la justicia mediante la corrección y reparación de los errores de los jueces de instancia, pues en el sistema jurídico ecuatoriano la casación, al efectuar el control de legalidad y evidenciar los yerros acusados al fallo que se impugna forzosamente tendrá que emitir una nueva sentencia, convirtiéndose en tribunal de instancia y así restituir la justicia, sometiendo así a las sentencias o resoluciones impugnadas a ser adoptadas dentro de los marcos legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

De este modo, el recurso extraordinario constituye el medio procesal que pone la ley a disposición de los litigantes que estiman haber sufrido un agravio por una resolución judicial, a fin de conseguir que el Tribunal remedie la irregularidad del procedimiento y o la aplicación del derecho en que descansa la decisión, la que podrá ser mantenida, modificada o dejada sin efecto según corresponda.

## 10. Principio de escritura y oralidad

El recurso extraordinario de casación se caracteriza por la conformación de un conjunto de actos que son propios de la naturaleza de este recurso, realizados ante el tribunal que dictó la sentencia que será objeto del medio impugnatorio, así como ante el tribunal de casación en la Corte Nacional de Justicia, siendo que en una primera parte se adopta la modalidad escrita, (Presentación del Recurso de Casación) y luego en forma oral (Fundamentación del Recurso), en donde de manera contradictoria se debatirá el asunto, de manera que el principio de escritura que orienta la actividad de la casación se ve atenuado en este nuevo sistema traído por el Código Orgánico General de Procesos, donde se prevé la celebración de la audiencia oral de fundamentación de la demanda casacional.

## 11. Principio de preclusión

La preclusión es una institución que no es ajena a este recurso extraordinario, siendo relativo al deber de realizar los actos pertinentes al recurso de casación en los momentos procesales señalados en la ley procesal, dictada una sentencia de segunda y última instancia, una vez ejecutoriada la sentencia, de conformidad con el artículo 266 del COGEP, empieza a correr el lapso perentorio de treinta días para interponer el recurso de casación.

Siendo que a las Cortes Provinciales y Tribunales de instancia les corresponde únicamente verificar si se ha presentado el recurso dentro del tiempo establecido en la norma, según lo establece el artículo 269 COGEP, y, por lo tanto, a las cortes provinciales no les corresponde verificar si procede o no el recurso. Por ejemplo, en los juicios ejecutivos a pesar de que no procede el recurso de casación, por no ser juicios de conocimiento, el Tribunal de Instancia lo único que puede hacer es verificar si se ha presentado dentro del término legal (temporalidad) esto es, dentro de los treinta días, quien decide si se acepta o no la admisión será la Corte Nacional.

La ley procesal determina términos para cada uno de las etapas, particularmente en la fase de admisibilidad por parte de los Conjueces nacionales, a quien corresponde examinar si la impugnación casacional

procede o no previo el cumplimiento de los requisitos formales. El tiempo de aclaración y complementación del reclamo según las reformas introducidas en el COGEP, son cinco días término para aclarar y completar el recurso, y treinta días término para que la contraparte conteste el recurso.

Son términos que precluyen conforme establece la ley procesal.

Principio de que la casación únicamente conoce el derecho y por excepción los hechos. (no se revisan pruebas en casación)

En el contexto jurídico procesal, el recurso extraordinario de casación cumple su función en tanto la Corte Nacional a través de las resoluciones unifica la jurisprudencia y justicia del caso cuestionado.

En virtud de este principio, el recurso se encuentra restringido al control de la cuestión de derecho, sin permiso de revisar las cuestiones fácticas procesales, de allí que la función del tribunal de casación difiere de las funciones de un tribunal de instancia o de apelación quienes tienen dentro de sus obligaciones la libertad de controlar y enjuiciar la actividad jurídico procesal.

Este principio se refiere a que en casación solo se revisa la decisión recurrida y no las pruebas en el proceso. En este sentido, Santiago Andrade Ubidia cita a la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, que nos dice “La valoración o apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia; la potestad del tribunal de casación se reduce a controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerros que han conducido o traído como consecuencia la transgresión de normas sustantivas o materiales”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, pág. 156.

El Art. 270 del COGEP establece que no procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba.

#### Principio de la unidad o coherencia lógica

Este principio refiere a la técnica jurídica. Para Luis Armando Tolosa Villabona, este principio es relativo a: "...la coherencia lógica significa que tanto en la demanda, la réplica y la sentencia de casación deben observarse unos principios mínimos de técnica jurídica con fundamento en la lógica, dada la consustancial relación existente entre lógica, derecho y casación. Se trata fundamentalmente de los principios lógicos de identidad, de contradicción, tercero excluido y de razón suficiente..." (...) "Es decir, todo lo que es, es; o toda proposición equivale a sí misma. 6

Constituye exigencia en cuanto cada concepto o juicio, cada norma o cada prueba debe utilizarse en un solo y único sentido al interior de cada cargo, evitando ambivalencias lógicas no solo como higiene mental sino como norma práctica dentro de la argumentación jurídica..."

En este sentido la estructuración del recurso de casación debe atender a este principio en cuanto cada uno de los vicios previstos en las causales contienen previstos hipotéticos que se contradicen y se anulan al ser traídos a casación de manera simultánea, pues cabe determinar por ejemplo, que no pueden coexistir los tres vicios que contempla la causal quinta del Art. 268 del COGEP, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de manera general, respecto de la misma norma, pues cada uno de los vicios previstos en la normativa procesal para ejercer el control de legalidad son diferentes y excluyentes unos de otros, por los que no se los puede consignar de manera simultánea por la violación de las mismas normas legales, porque se anula el efecto que pueda producirse, en atención a que los supuestos determinados en ellos son contradictorios e incompatibles entre sí, ya que cada uno de estos yerros tiene una significación distinta.

---

<sup>6</sup> Tolosa Villabona Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 118-119.

Así, falta de aplicación consiste en la ausencia de aplicación de la norma, que se manifiesta cuando al juzgar se omite expresamente aplicar la norma jurídica pertinente al caso que se está juzgando; la indebida aplicación se presenta cuando el juez en el proceso intelectual de dictar sentencia, aplica una disposición legal, que regula una relación jurídica distinta a la sustanciada y que por tanto, no debió emplear; la errónea interpretación por su parte, se presenta cuando al juzgar se utiliza la norma pertinente al caso, sin embargo, el juez le dio un sentido y alcance que no tiene, es decir, contrario al espíritu de la ley.

De allí que el vicio por el que se acusa la sentencia debe ser señalado con precisión, no siendo pertinente indicar simultáneamente todos los vicios en relación con una misma norma de derecho, porque como ya se señaló anteriormente, cada uno representa un concepto diferente y contrapuesto del otro.

Tal como lo ha considerado la Corte casacional en reiterados fallos, “...De lo transcrito se aprecia que el recurrente establece dos vicios respecto de una misma norma legal de la causal invocada; y, al respecto, como se ha dicho en jurisprudencia uniforme de la Ex. Corte Suprema de Justicia, el recurrente tiene la obligación de indicar e individualizar el vicio del que adolece la sentencia impugnada, sin que esté facultado el casacionista a invocar dos o más vicios a la vez respecto de la misma norma y sobre el mismo asunto, siendo ilógico y contradictorio, ya que éstos son autónomos, independientes y excluyentes entre sí, requisito que al no existir en el escrito de casación torna al recurso en inadmisibile; además se deberá tener en cuenta que el recurso de casación es de excepción, por lo tanto, de derecho estricto, estando vedado al Tribunal de Casación suplir o enmendar las omisiones o errores del recurrente, que está en la obligación de cumplir con lo que determina la Ley...” (Juicio N° 2008-0177, Resolución 0010-2009).

Es un error recurrente en los profesionales del derecho que de manera ilógica pretenden la revisión de legalidad sin estar proponiendo en el recurso casacional los elementos que permitan a los jueces nacionales revisar el fallo cuestionado.

Al hablar de la lógica en la interposición del recurso no se debe olvidar el principio lógico de la razón suficiente, que permite observar que: “todo tiene su razón de ser” o todo juicio necesita un fundamento para ser verdadero.

En el mismo orden, cabe concluir con lo manifestado por el autor Tolosa Villabona quien al respecto dice: “ falta a la técnica casacional el recurrente que debiendo acusar al fallo por falta de aplicación, lo hace por aplicación indebida o por interpretación errónea; o, cuando en el mismo cargo, frente a la misma norma denuncia a la vez falta de aplicación y aplicación indebida, empero en cargos separados por virtud de la autonomía de los mismos es viable señalar las mismas normas como violadas por distintos conceptos de manera que un cargo acusa la sentencia por aplicación indebida de determinados preceptos y otro cargo acusa por interpretación errónea de esos determinados preceptos pero no a la vez en el mismo cargo.”<sup>7</sup>

Podemos concluir que una correcta aplicación de los principios de la casación, al momento de elaborar y fundamentar un recurso de casación permitirán al tribunal realizar un control de legalidad de la sentencia.

---

<sup>7</sup> Tolosa Villabona Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 220.

## LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL

*Dr. Carlos Pazos*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Conjuez de la Corte Nacional de Justicia. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República. Diplomado en Investigación del Derecho Civil. Especialista en Derecho Civil Comparado. Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena. Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil. Magíster en Derecho Penal y Criminología. Ha sido Juez de la Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de Napo (oct. 2006 – Julio 2012). Juez Provincial – Sala Multicompetente / Corte Provincial de Napo (agosto 2012 – junio 2013). Juez Provincial – Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores / Corte Provincial de Pichincha (Julio 2013 – 2019). Juez (e) de la Corte Nacional de Justicia, de las Salas Civil y Mercantil; Familia, Mujer, Niñez y Adolescentes Infractores (2019-2021) Conjuez (e) de la Corte Nacional de Justicia, de la Salas Civil y Mercantil; Familia, Mujer, Niñez y Adolescentes Infractores (En funciones).

## **ADMISIBILIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL.**

La casación persigue la correcta interpretación y aplicación del derecho objetivo, entendido como el conjunto de normas jurídicas que constituyen un ordenamiento jurídico, en donde a nivel sustantivo de acuerdo con una causal específica, la norma debe ser clara para entender su sentido, ya que no basta con la interpretación literal, debido a que esta interpretación puede ser oscura u ambigua, dando como resultado una incorrecta interpretación de la norma, y consecuentemente, una incorrecta aplicación de la misma. Por lo tanto, en tales situaciones el Juez tiene que recurrir a otros mecanismos procesales para encontrar el criterio de decisión.

El recurso de casación, tiene particularidades que la ley le asigna intencionalmente, y es que se constituye en una oportunidad de auscultar el derecho en sí mismo, pero previa una selectividad que se verifica en el hecho de que un recurso de casación planteado por una parte vencida, solo puede basarse en ciertas circunstancias técnicas por causales específicas.

Debemos precisar que el recurso de casación tiene por finalidad esencial el control jurídico de las resoluciones judiciales, con el propósito de lograr la correcta observancia y aplicación del derecho objetivo, buscando evitar la violación de la norma jurídica.

En tal virtud, la Corte Nacional examina la interpretación y aplicación de las normas de las sentencias emitidas por los jueces inferiores en grado, y en ese esquema, la coherencia de sus decisiones. Revisa principalmente el derecho y la fundamentación de las sentencias, no valora la prueba o los hechos como lo haría un juez que recibe un recurso de apelación, a no ser que se prevenga en el resultado en la necesidad de una sentencia de mérito.

Como sabemos en el conocimiento de la casación, existen procesos que se sustancian bajo la ley de Casación y actualmente mediante el Código Orgánico General de Procesos, que aunque en términos generales contienen normativa similar, este último contiene innovaciones sobre la oralidad, intermediación y rapidez de los procesos, y otros aspectos que en diferencia

señalan por ejemplo que las Cortes Provinciales no deciden si el recurso se acepta o no, simplemente verifican que se proponga en los tiempos adecuados: hasta 30 días término luego de la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración y lo remiten a la Corte Nacional; así también la “calificación” del recurso lo realiza un solo conuez de la Corte Nacional, no una sala o tribunal integrado por tres jueces; existe una sola audiencia en la que el Tribunal oirá a las partes involucradas, y La resolución del Tribunal se dictará al finalizar la misma audiencia.

Con la ley reformativa del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.517 del 25 de junio de 2019, se introdujeron una serie de reformas a la regulación del recurso extraordinario de casación, es importante destacar que las disposiciones de la ley reformativa no son aplicables a los recursos de casación que al 25 de junio de 2019, ya hayan sido admitidos o inadmitidos (disposición transitoria 3ra); empero las reformas explicadas a continuación son aplicables a todos los recursos de casación anteriores a la entrada en vigencia de la ley siempre que no se haya resuelto sobre su admisión (disposición transitoria 2da); es decir, que los recursos de casación presentados a partir del 25 de junio de 2019 se encuentran regulados por las disposiciones de la ley reformativa (disposición final).

La mayoría de los recursos de casación se inadmiten por procedencia, temporalidad y la falta de fundamentación del mismo.

El recurrente en general va a ser quien se considera la parte agraviada por la sentencia de segunda instancia, quien haciendo uso de su derecho establecido en la Constitución de la República en el Art. 76, numeral 7, literal m) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el Art. 25 numeral 2, literal b) reconoce el derecho de las personas de recurrir de los fallos y resoluciones y desarrollar las posibilidades del recurso judicial, ante el órgano competente.

El recurso de casación en la práctica tiene que pasar por tres fases estas son:

**Primera fase.-** El recurso de casación es interpuesto ante el Tribunal de Apelación contra la sentencia **FINAL Y DEFINITIVA** dictada por esta, según el Art. 265 del COGEP. El tribunal Ad quem es quien califica la temporalidad del recurso de casación conforme lo dispuesto en el Art. 269 inciso segundo del COGEP, que lo señalaremos más adelante.

**Segunda fase:** Calificada la temporalidad por parte del Tribunal de segunda instancia, tiene competencia y jurisdicción el Conjuez de la Corte Nacional de Justicia mediante la respectiva acta de sorteo y conforme lo dispone el Art. 178 numeral 1 y Art. 182 tercer inciso de la Constitución de la República; normativa que se encuentra desarrollada en el artículo 201 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por la Disposición Reformatoria segunda No. 4 del Código Orgánico General de Procesos, los artículos 201 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 269 inciso primero COGEP y de lo establecido en el artículo 270 del COGEP, REFORMADO en el Art. 43 y la disposición transitoria Segunda de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos publicada en el Registro Oficial 517 del 26 de junio de 2019.

La Corte Nacional de Justicia en cuanto su especificidad principal, radica en que verifica que las sentencias dictadas por los jueces de instancia se sujeten a la normativa vigente en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Art. 1 de la Constitución). Para la admisibilidad del recurso de casación por parte de la Corte Nacional de Justicia se requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos ya en la Ley de Casación como en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), de tal forma que la falta u omisión de alguno de ellos tiene como consecuencia su inadmisión.

De acuerdo a los requisitos establecidos en la ley y específicamente en el COGEP al que nos referiremos, se debe verificar que en la interposición del recurso concurren los siguientes requisitos formales:

- a) Si la sentencia o auto objeto del recurso es de aquellos contra los cuales procede el recurso de casación, de conformidad con el Art. 266 incisos 1 y 2 ibídem;
- b) Si se ha interpuesto dentro del tiempo señalado en el Art. 266, inciso tercero;

c) Si el recurrente tiene legitimación activa para interponer el recurso de conformidad con lo dispuesto por el Art. 277 *ibídem*; y,

d) Si el escrito mediante el cual se deduce el recurso de casación reúne los requisitos señalados de conformidad con lo dispuesto en el Art. 267 del mismo Código, el cual dispone que debe contener 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 y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado, o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación;

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

3. La determinación de las causales en que se funda; y,

4. La exposición de los motivos en que se fundamenta el recurso de manera clara y precisa y la norma en que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada, con relación a lo prescrito en el Art. 268 *ibidem*.

La casación al ser un recurso extraordinario está sujeto al principio dispositivo consagrado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución y el Art. 19, inciso 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo tanto quienes lo interponen en uso de su derecho de impugnación, deben demostrar claramente en su fundamentación el error que invocan, es decir, no basta su sola alegación, ya que el recurso de casación es de excepción y de estricto derecho y le está impedida a la Corte Nacional, suplir o enmendar las omisiones o errores de los recurrentes que son quienes deben cumplir con todos los requisitos dispuestos en el Código Orgánico General de Procesos, ya que la competencia está limitada, precisamente a la calificación del recurso.

**Sobre la procedencia del recurso.-** El conjuer está obligado por ley verificar si la resolución objeto del recurso es de aquellas contra las cuales procede el recurso de casación, de conformidad con el Art. 266 incisos primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos que disponen: “El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”. Igualmente procederá el recurso de casación “...respecto de las providencias

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

Ahora bien, la doctrina señala que pertenecen a la categoría de procesos de conocimiento "Los [...] de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva" que "tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el derecho se otorga, es decir, el Juez es quien ius dicit. Lino Enrique Palacio, distingue el proceso de conocimiento, de declaración o cognición, como "aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes..." (Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, páginas 304)

Como ejemplo claro en materia de familia sobre cuáles son los procesos de conocimiento, tenemos que los que constan del procedimiento sumario, Art. 332.4, el divorcio contencioso siempre y cuando se haya dictado una sentencia final y definitiva, puede ocurrir que el impugnante no ataque la sentencia que traba sobre el asunto principal de la Litis que es el divorcio sino que ataca a la sentencia con relación a la fijación de pensión alimenticia a los hijos creados dentro del matrimonio, entonces esta ya no es final ni definitiva según lo prevé el artículo innumerado 17 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 de 28 de julio de 2009 que dispone: "La providencia que fija el monto de la pensión de alimentos y los obligados a prestarla, no tiene el efecto de cosa juzgada...". En materia de alimentos, la decisión puede modificarse en el futuro si cualquiera de las partes demostrare, mediante el correspondiente incidente, que han variado las circunstancias y hechos que sirvieron de base para la resolución que fija la pensión alimenticia, concluyendo que no pasaría procedencia.

También respecto de los juicios en materia civil como el amparo posesorio, etc., donde no se declara la titularidad de un derecho, entonces no son finales ni definitivos y así lo ha considerado la Corte Nacional mediante resolución vinculante. Otro ejemplo de proceso de conocimiento es un juicio ordinario por cobro de dinero, los jueces de segunda instancia han dictado sentencia tratando el fondo de la litis, entonces aquí existe procedencia del recurso extraordinario.

**Respecta a la Temporalidad:** El Art. 266 inciso tercero del Código Orgánico General de Procesos que estipula: “Se interpondrá de manera escrita dentro del término de 30 días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.”, aquí se debe verificar la fecha de notificación de la sentencia del Tribunal adquem o la notificación del pedido que niegue o acepte aclaración y/o ampliación, para interponer el recurso de casación dentro del término establecido por la ley.

**En cuanto a la Legitimación:** El Art. 277 del Código Orgánico General de Procesos en el cual se señala: “El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución de la o del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella.”. Generalmente el agravio está dado por la insatisfacción total o parcial de las pretensiones señaladas en la demanda o en el rechazo de las defensas opuestas. La parte legitimada puede ser el actor o el demandado, o también ambos que se sientan afectados con la sentencia dictada por el tribunal de segunda instancia ya sea que este rechace o acepte el recurso de apelación, por lo cual se estaría cumpliendo el requisito de legitimación. No es legitimado para interponer un recurso de casación el que no es parte procesal.

Superadas las etapas de procedencia, temporalidad y legitimación del recurso, se procederá con el análisis de los requisitos establecidos en el Art. 267 del COGEP, recordando que a falta de uno de estos requisitos el suscrito conjuerz emite el correspondiente auto de sustanciación ordenando a la parte recurrente que complete o aclare su recurso bajo prevenciones de Ley, esto es de conformidad con lo establecido en el artículo 43 y la

disposición transitoria Segunda de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), publicada en el Registro Oficial 517 del 26 de junio de 2019, que reforma el Art. 270 del mismo cuerpo legal, de forma fundamentada. Requisitos que son indispensables para la admisibilidad del recurso de casación, recordando que el incumplimiento del recurrente acarrearía la inadmisión del recurso.

**Tercera fase:** Finalmente si se cumplen los requisitos antes referidos, se produce la admisión del recurso y conforme lo ordenado en el Art. 43 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, que sustituye el Art. 270 en su inciso tercero del COGEP, se corre traslado a la parte contraria y pasaría para al sorteo de Tribunal de Casación para el análisis de fondo.

La Corte Constitucional ha explicado que es un recurso de casación:

El recurso de casación ha sido instituido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como un recurso extraordinario, a diferencia de otros, como el de apelación, que es recurso ordinario. En la previsión legal de este recurso se encuentran taxativamente determinadas las causales por las que procede, y por las que, en consecuencia, serán admitidos, a diferencia de los recursos ordinarios que pueden ser interpuestos aduciendo lesión de cualquier norma jurídica en la sentencia o auto, razón por la que para el recurso de casación se han previsto requisitos más rigurosos que para cualquier otro recurso. La extraordinariedad (sic) del recurso se justifica por cuanto en general, en la tramitación de los procesos anteriores se ha cumplido con la pluralidad de instancias, por lo que la posibilidad de interponer un recurso nuevo debe obedecer a circunstancias especiales. (Sentencia Corte Constitucional No. 004-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159, de viernes 26 de Marzo de 2010.) Luis Cueva Carrión al referirse a los requisitos formales del recurso indica: Son de observancia y cumplimiento estricto porque este recurso es eminentemente formal por ser extraordinario (...) no es suficiente que se presente un escrito cual si fuera un alegato, sino que debe reunir todos los requisitos exigidos por el mencionado artículo. Así por ejemplo se debe determinar de forma puntual la causal o causales en que se funda el recurso, sin confundirlas con las demás, junto con los fundamentos jurídicos. Los fundamentos deben corresponder a la causal que se invoca y

no a otra. Se debe evitar la contradicción entre las causales; por ejemplo: no se puede decir que la misma norma jurídica no ha sido aplicada y luego afirmar que ha sido interpretada de forma errónea; en este caso existe un vicio u otro, pero no los dos a la vez, porque el uno excluye al otro. Además se debe señalar las normas infringidas o las solemnidades del procedimiento omitidas en forma precisa y bien determinada. Los requisitos formales son indispensables para que el Tribunal de Casación controle y fiscalice la aplicación estricta de la normatividad jurídica vigente en el país y solamente lo puede hacer cuando se le explica de forma clara, precisa y técnica de qué forma se ha violado. (Cueva Carrión, Luis, La Casación en materia Civil, Ed. Cueva Carrión, Segunda Edición, 2011, pág. 345.)

En ese sentido, tenemos:

1.- De la proposición del recurso de casación, se amplía el término para interponerlo que inicialmente era de 10 días, a 30 días contados desde la ejecutoria del auto o sentencia de segunda instancia o bien desde el auto que acepte o niegue recursos horizontales de ampliación y/o aclaración (Art.266 COGEP). Es evidente que esta reforma procura un mejor ejercicio del derecho al acceso a la tutela judicial efectiva, tomando en consideración el carácter formal y riguroso del recurso, donde el iura novit curia está proscrito o en su esencia es inaplicable.

2.- Sobre la admisión del recurso de casación, se sujeta al término de 15 días para que, previo sorteo de ley de un conjuer se califique el recurso en sus formalidades, esto es señalar que el Conjuer solamente debe verificar la estructura prevista en el Art.267 COGEP, es decir reiteramos se trata de un control netamente formal (Art.270 COGEP). Ahora que la reforma implica que no se debe confundir que en el proceso de calificación se advierta que se cumpla con la fundamentación y no con el espectro de la motivación que es un aspecto ajeno a las partes y propio de advertir en las decisiones judiciales.

Ahora bien, la norma innova en el marco de la tutela judicial, la posibilidad de que el conjuer que conoce del recurso en su admisibilidad disponga al recurrente completar o aclarar su libelo argumentativo, señalando al efecto específicamente las deficiencias del recurso, aspecto que debe ser atendido en el término legal de 5 días que se cuenta desde la notificación de la

providencia respectiva; además está previsto deducir el recurso de revocatoria del auto de inadmisión”.

Admitido el recurso de casación, el término para dar contestación se amplió de 15 días a 30 días, a cuenta de hacer mucho más efectivo el principio de igualdad de armas en aras del debido proceso.

Cabe igualmente el desistimiento del recurso, al amparo de lo señalado en el artículo 238 del COGEP.

Del abandono del recurso de casación, la ley reformativa señala que aquel se declarará en el plazo de seis meses y ya no en el término de ochenta días (Art.245 COGEP). Para el cómputo respectivo, son aplicables las reglas de los artículos 33,34 y 35 del Código Civil, por lo que se contabilizan todos los días.

Bien, ya en lo específico de la materia, tenemos que el recurso extraordinario de casación procede contra: 1. Sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo; 2. Providencias expedidas por dichas Cortes o Tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. La casación se debe presentar en el término legal de treinta días posteriores a la ejecutoria de la providencia que se recurre. Las sentencias y autos contra los que procede la casación se ejecutorian: cuando vence el término legal de interposición de aclaración y/o ampliación, y éstos no se han presentado; o, cuando se notifica el auto que niega o acepta la aclaración y/o ampliación solicitada.

La casación cuyo recurso extraordinario se plasma a través de una demanda, se deberá presentar ante el Tribunal que dictó la providencia que se impugna. El Tribunal de Segunda Instancia se limitará a calificar si el recurso de casación, se presentó dentro del término legal, es decir, solamente determinará si fue presentado de manera oportuna o no. En caso que, los Magistrados de Segunda instancia consideren que el recurso fue presentado dentro del término legal deberán disponer que se remita el expediente a la Corte Nacional de Justicia. Si el Tribunal Ad Quem, califica de extemporánea la impugnación deberá inadmitirla; contra este auto

procede la aclaración y/o ampliación, y el recurso de hecho (COGEP, Art. 270).

Resulta muy necesario para ejercer la oportunidad de casar, la legitimación para interponer el recurso. La parte procesal puede interponer el recurso extraordinario de casación contra una providencia, siempre que le haya causado agravio. Además, no podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia o no se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución Superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla. Significa que si la decisión judicial de primera instancia fue adversa a alguna de las partes, pero ésta se conformó con aquélla y no la impugnó en apelación, si la decisión de segundo nivel confirma el fallo subido en grado, entonces tampoco está legitimado para interponer el recurso de casación. Importante es señalar que el recurso de casación por lo general se concede con efecto no suspensivo, pero la excepcionalidad legal radica que en la demanda de casación el recurrente podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido rindiendo caución suficiente que aborde los posibles perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la providencia impugnada pueda ocasionar a la contraparte. El Tribunal ante el que se presenta el recurso, en el auto que califica la oportunidad del recurso, deberá fijar el monto de la caución, debiendo ser consignada dentro del término de diez días posteriores a la notificación del auto antedicho, caso contrario, se ordenará la ejecución de lo juzgado. Ahora que, la ejecución también se suspende sin necesidad de caución en procesos que versen sobre el estado civil de las personas, o que haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público.

Las formas que debe cumplir el recurso extraordinario de casación se encuentran contemplados en el artículo 267 del COGEP. Nos referimos entre otras a la Fundamentación por la cual el escrito de interposición del recurso de casación, vendrá fundamentada con sustento en. 1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacuó la solicitud de

aclaración o ampliación; 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido; 3. La determinación de las causales en que se funda; 4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada”. El inciso primero del Art. 270 del COGEP establece que: “Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o a un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará exclusivamente que el recurso se lo haya presentado en el término legal y que la forma del escrito de fundamentación asuma la estructura señalada en el artículo 267, con lo cual, se admitirá.”

Para que se clarifique el hecho que el Conjuez, no solo está dentro de la admisión de la casación, limitado a verificar que la impugnación haya sido interpuesta oportunamente, y a corroborar que la forma de la demanda de casación cumpla con los requisitos legales, el pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución 05-2019, determinó que el auto de admisibilidad no solo contempla el pronunciamiento sobre la temporalidad de presentación del recurso y la estructura del recurso, sino que también debe resolver sobre los demás requisitos del Recurso Extraordinario de Casación previstos en el COGEP; tal es así que el artículo 2 de la mentada resolución dispone que los conjueces de la Corte Nacional de Justicia, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, deberán examinar el cumplimiento de los artículos 266 que corresponde a la oportunidad y procedencia de la casación; del art. 267 por el cual contempla la enumeración de los requisitos formales de la demanda de casación; del art. 268 que refiere los casos en los que procede el recurso; art. 270 sobre el procedimiento para su admisibilidad; y art. 277 que dispone de la legitimación del recurso. Con ello estudiado, el Conjuez podrá dictar el auto de admisión de la fundamentación y disponer que se corra traslado a la contraparte con la demanda de casación otorgándole el término de treinta días para que sea contestada, y enseguida se remitirá el expediente a la sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia para que falle sobre el recurso. Si considera que el escrito no cumple con las disposiciones legales,

previamente a la admisión, se ordenara que el impugnante complete o aclare la fundamentación de la casación en el término de cinco días. Recuérdese que cabe el recurso de revocatoria al auto de admisión.

Para abundar sobre el tema de la fundamentación del recurso con relación a los vicios que se encuentran en las causales 1, 4 y 5 del Art. 268 del COGEP, tenemos:

Para Hernando Devis Echandia, expone que la infracción por **aplicación indebida** ocurre por uno de estos motivos: 1) Porque se aplica a un hecho debidamente probado (cuestión que el Tribunal reconoce y el recurrente no discute en ese cargo) pero no regulado por esa norma; 2) Porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndose producir los efectos contemplados en tal norma en su totalidad, cuando apenas era pertinente su aplicación parcial; 3) Porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciendo derechos u obligaciones que no se consagran en ella, sin exponer una errada interpretación del texto.

La aplicación indebida se presenta cuando la norma aun entendida en su alcance y significado, se la utiliza en determinado caso que no contempla la norma.

La infracción por **falta de aplicación de normas** de derecho sustantivo puede ser parcial o total, y ocurre cuando hay abstención por parte del Tribunal de aplicar una disposición legal. En la demanda de casación se debe determinar a qué hecho del caso no se aplicó la norma legal pertinente, es decir la **falta de aplicación** dio lugar a que el hecho no sea reconocido como tal por el Tribunal Ad Quem, y no discutido por el recurrente; caso contrario, no habría falta de aplicación de norma. También se produce esta infracción en caso que no se haya probado un hecho, considerado tanto por el Tribunal Ad Quem como por el Recurrente, pero en la sentencia o auto impugnado no se aplica las normas legales que corresponden a la no probanza del hecho. En fin, el juzgador yerra al ignorar la norma del fallo.

La tercera y última violación corresponde a la interpretación errónea de la norma. Esta infracción normalmente ocurre en caso que una disposición legal no tenga un sentido claro, ya que, al poder estar sujeta a distintas interpretaciones se la interpreta de una forma que no atienda al espíritu o a la intención de la Ley. Ahora, a pesar que lo anterior es lo habitual, este vicio también puede ocurrir contra disposiciones que carezcan de oscuridad (cuyo tenor literal es claro), en el caso que, los Jueces Ad Quem hayan expuesto una interpretación incorrecta.

**El numeral primero del artículo 268 del COGEP** establece: “El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

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

La aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado al proceso de nulidad por errores en procedendo, necesariamente van a influir, en mayor o menor medida en el pronunciamiento de la sentencia de fondo, a la que por consiguiente faltará una base jurídica estable, de ello claramente resulta la razón de la trascendencia que en el ámbito de la casación tienen las nulidades procesales.

Por cuanto se tratan de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, siendo las nulidades procesales alegables en casación la falta de jurisdicción, falta de competencia, actuación en proceso interrumpido o suspendido, omisión de los términos de prueba para alegar, sustanciación por trámite inadecuado, indebida representación de las partes, falta de notificación al demandado, etc.

El recurso de casación procederá, en este caso, no sólo considerando la existencia de una aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, sino porque de estas infracciones derivan los siguientes efectos: 1. Que produzcan nulidad que no pueda ser

subsanada o causen indefensión; 2. La nulidad o indefensión necesariamente- producen notorios vicios en las motivaciones y decisiones adoptadas en la sentencia o auto recurrido. Si las infracciones legales producen los efectos señalados, pero fueron subsanados en las instancias, evidentemente no procederá la causal de casación.

**El numeral segundo del artículo 268 del COGEP** establece: El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, la contradicción o incompatibilidad debe existir entre las disposiciones o declaraciones de la sentencia o del auto; los requisitos tienen que ver con el desarrollo de la estructura legal y jurídica que ha previsto la ley al efecto.

Es menester mencionar que el principio de congruencia, así como, el de motivación del fallo se contraen a la necesidad de que este se encuentre en constancia con las pretensiones deducidas por las partes, permitiéndole de esta manera al juez que en su sentencia deba pronunciarse sobre todo lo que se le ha pedido, claro está sin excesos, pues el momento en que este adopte ya sea decisiones contradictorias o incompatibles con la petición generaría un vicio de actividad, configurándose así la causal 2 del artículo 309 del Código Orgánico General de Procesos, antes citada, de igual forma si no motiva adecuadamente su sentencia.

La motivación contradictoria se traduce primeramente en el vicio de inmotivación en el fallo, que consiste en la falta absoluta de fundamentos y no cuando los mismos son escasos o exiguos con lo cual no debe confundirse; como ya la Corte Constitucional, ha señalado "...tanto la doctrina como la jurisprudencia, hacen referencia a que la decisión adoptada por la autoridad judicial reúna necesariamente tres elementos esenciales: a) una parte expositiva, la cual contiene la individualización de las partes y del asunto controvertido; b) la parte considerativa o de motivación, dentro de la cual se consagra los fundamentos de hecho y de derecho en la que se apoya el fallo; y, finalmente, c) una parte dispositiva o resolutive, la cual contiene la decisión del asunto controvertido (...)"

[Sentencia No 378-17-SEP-CC, de 22 de noviembre del 2017, Caso No. 1860-16-EP]; esto sustenta el principio de congruencia en la motivación del fallo, contrayendo a la necesidad de que este se encuentre conforme con las pretensiones y excepciones deducidas por las partes.

Para que proceda esta causal de casación es que en la parte dispositiva del fallo se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, lo cual ha sido interpretado por la propia Corte Nacional de Justicia como aquella circunstancia en la cual aparezcan disposiciones o declaraciones contrarias, y que hacen imposible su aplicación simultánea, como si la una afirmara y la otra negara, siendo indispensable que la contradicción deba encontrarse en la parte resolutive más no en la parte motiva, porque lo que obliga a las partes es la resolución. Bajo esa circunstancia, estamos frente a una incongruencia en el fallo, lo cual acarrearía a que sea inejecutable, razón por la cual se da paso al recurso de casación. Por ello, para determinar la existencia de incongruencia en la sentencia o auto materia de casación, el recurrente debe realizar una comparación entre las pretensiones o excepciones planteadas por las partes inmiscuidas en la litis y la parte resolutive del fallo; es decir cuando no existe armonía en la sentencia analizada como un todo, lo cual no lo ha hecho. En cuanto a lo incompatible, también tiene que ver con la congruencia, ya que la adopción de decisiones incompatibles, generaría un vicio de actividad, por ende el fallo será incompatible, cuando el silogismo, no esté debidamente respaldado por las premisas del mismo y allí, es cuando el vicio de incompatibilidad, emana del simple análisis del fallo cuestionado.

**El numeral tercero del artículo 268 del COGEP establece que:** El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia. Se podrá presentar casación contra toda sentencia o auto que adolezca de alguno de los vicios de congruencia (extra petita, ultra petita, cifra petita).

El casacionista dentro de esta causal, alega que en el fallo que impugna se ha omitido resolver todos los puntos de la litis; pues en esta causal el vicio

consiste en la inconsonancia o incongruencia resultante, de la comparación entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas; también opera en el caso de que se haya resuelto lo que no fuere materia de litigio u omitido de resolver puntos materia de la Litis.

Los vicios a advertirse son:

Ultra petita: En la cual se incurre cuando la sentencia provee sobre más de lo pedido; cuando se falla con exceso de poder, y por eso a la sentencia se la califica de excesiva.

Extra petita: En la cual se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior, o sobre excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas.

Minima petita: Llamada cifra petita, en la cual incurre el juez cuando al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas; es decir cuando se falla con defecto de poder, y por eso la sentencia, en tal supuesto, se la califica de fallo parcial o diminuto.

**El numeral cuarto del artículo 268 del COGEP** establece: “El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas cuando no cumplan el requisito de motivación (Código Orgánico General de Procesos. (Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015, pág. 41)

En este aspecto es necesario definir qué es la aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de prueba, concentrándonos en el estudio del concepto de error de hecho y de derecho.

**Error de Hecho:** Se presenta solamente cuando el juez da por demostrado un hecho sin existir en los autos la prueba de él. Y cuando no da por acreditado un hecho, a pesar de existir en el proceso la prueba idónea de él.

Es por ello que este error de hecho en la apreciación de las pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite la casación de un fallo, tiene que ser manifiesta, es decir, tan grave y notoria que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo, dando como resultado el necesario análisis de todos los elementos probatorios.

**Error de Derecho:** Este analiza la que incurre el sentenciador en el momento de la contemplación jurídica de la prueba, es decir, cuando luego de darla por existente materialmente en el proceso, pasa a ponderarla o a sopesarla en la balanza de la ley, y en esta actividad interpreta desacertadamente las normas legales regulativas de su valoración.

Empero, las infracciones cometidas contra los preceptos jurídicos para valorar las pruebas no son suficientes para fundamentar el recurso, ya que de ellas deben derivar errores in iudicando en la providencia recurrida. Toda casación en la que sólo se alegue error en la apreciación de las pruebas, sin que de esta violación se hayan producido errores in iudicando, quedará incompleta, y por ende deberá ser inadmitida.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia, explicitaron los casos en los que puede operar causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, ahora causal cuarta del COGEP. La sala estimó que el juez aquo yerra: 1. Cuando valora las pruebas que han sido introducidas al proceso sin los requisitos legales necesarios para ello, por ejemplo, luego de concluido el término de prueba. En este caso, simplemente, no hay prueba legalmente producida y, en consecuencia, es procesalmente inexistente (art. 121 del Código de Procedimiento Civil). 2. A la inversa, cuando el juez considera ilegalmente actuada una prueba y la desecha; no obstante, haber sido introducida al proceso en forma legal (art. 121 Lbídem). 3. Cuando el juez valora una prueba que la ley prohíbe en forma expresa, por ejemplo, si valora la prueba testimonial de un extranjero que ignora el idioma castellano traducida por un intérprete que es menor de edad (art. 270 del Código de Procedimiento Civil). 4. Cuando la ley

requiere de un medio probatorio específico para la demostración de un hecho y el juez acepta otro que no está previsto.

**El numeral quinto del artículo 268 del COGEP** establece: “El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

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

Manuel de la Plaza menciona *“que el objeto de la casación no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o al remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes”* (PLAZA, 1955, pág. 11).

Concepto que necesariamente nos conduce afirmar, que si al estudiar un conflicto que se ha presentado ante el juez, debido a que no aplicó en su sentencia la norma jurídica que ha debido hacer obrar en ella, o ha decidido la controversia con preceptos que no corresponden, o porque a pretexto de interpretar la ley desnaturalizó su alcance y sentido y así la aplica, por lo tanto está en contra del derecho objetivo, dando como resultado una violación a la ley.

En definitiva, involucra la transgresión directa de las normas de derecho material; así como, los precedentes jurisprudenciales obligatorios que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto. No cabe discutir normas procesales; es decir lo que se busca es evidenciar que exista transgredida la subsunción del hecho en la norma, siendo uno de los errores de los recurrentes citar o plasmar como reclamo un concierto de normas procesales que no se adecuan al caso. Significa que no existe la conexión lógica del caso particular con la norma reguladora.

En fin a lo señalado, mediante la resolución 017-2017 de la Corte Nacional de Justicia intenta explicar los alcances del art. 273 del COGEP, en relación tanto con los efectos jurídicos que se generan a partir de la sentencia del tribunal casacional respecto a la causal primera y su diferenciación con el

resto de causales; y, la segunda vinculada con la posibilidad que tendría el tribunal casacional para reexaminar de manera íntegra el proceso. Tenemos que una vez casada la sentencia por la causal primera del art. 268 del COGEP, esto es la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales con la consecuencia de viciar el proceso de forma insubsanable, el proceso se devuelve al juzgado o tribunal de origen para que tramite la causa desde el momento en que se generó dicha nulidad. Si la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia casa la sentencia por la causal prevista en el numeral 2, le corresponde al órgano judicial dictar una sentencia sustitutiva “en mérito de los autos, pudiendo en este caso, corregir los vicios que afecten la constitucionalidad y legalidad. Casada la sentencia en aplicación de los numerales 3, 4 y 5 del art. 273 del COGEP, análogas con las disposiciones de las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la ley de casación, la ocurrencia del vicio se dictará una nueva sentencia “en mérito de los autos” subsanando el error de derecho y reemplazando los fundamentos jurídicos errados por los adecuados, según corresponda. Si la sentencia fuere casada por falta de motivación, el tribunal de la sala especializada de casación dictará sentencia con la debida motivación en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 76 numeral 7 literal l de la Constitución.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

*Dra. Mónica Heredia*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Conjeza de la Corte Nacional de Justicia. Dra. Mónica Heredia Proaño, Conjeza de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario; ex Jueza del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Quito; Magister en Derecho Tributario y Especialista Superior en Tributación; ex Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional SEK, Docente de pre y post grado.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.

Para comprender el recurso de casación en materia contencioso tributaria, debemos recordar que tenemos materias penales y no penales. Entre las primeras está la civil, laboral, de familia, niñez y adolescencia, y también las: contencioso administrativa y contencioso tributario.

En lo civil, lo laboral, de familia, niñez y adolescencia, las materias cuentan con dos instancias.

Entonces, el juez a quo dictará una sentencia de primera instancia, susceptible del recurso de apelación que llegará a las Cortes provinciales donde un juez ad quem, es decir, un juez superior a aquel que dictó la sentencia de primera instancia, dictará una sentencia de segunda instancia. Esta sentencia de segunda instancia será susceptible del recurso de casación ante la Sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia.

Quienes dictan la sentencia en materia contencioso tributaria son los tribunales distritales de lo contencioso tributario, los que son de única y última instancia, es decir, cuando existe una controversia en materia tributaria no hay una primera instancia ni una segunda instancia, sino una única instancia.

Es así que las sentencias dictadas por los tribunales distritales de lo contencioso tributario que forman un tribunal de tres jueces, serán susceptibles del recurso de casación.

Es decir, habrá una sentencia que no ha tenido ningún tipo de apelación y que, sin embargo, será conocida en casación. Tenemos por lo tanto, que al tratarse de casación en materia tributaria se conoce una sentencia dictada por un juez a quo. El artículo 266 del COGEP recoge este señalamiento y prevé que admiten casación, las sentencias y los autos resolutivos o definitivos dictados por los tribunales distritales.

Los tribunales distritales de lo contencioso tributario tienen competencia territorial en forma distrital, es decir, que su jurisdicción abarca varias provincias.

En el país existen seis tribunales distritales: tres con competencia exclusivamente en materia tributaria con sede en Quito, Guayaquil, Cuenca; y tres tribunales mixtos con competencia en materia tributaria y materia contenciosa administrativa, con sede en las ciudades de Portoviejo, Loja y Ambato.

En los tribunales distritales, el domicilio del actor será el que fije la competencia del juez, es decir, se rompe la regla general de que el domicilio del demandado fija la competencia del juez, de tal manera que si una persona (actor de la causa) tiene domicilio en la ciudad de Otavalo, quien deberá conocer la controversia tributaria será el distrito de Quito, que tiene dicha la competencia distrital<sup>2</sup> que incluye a las provincias de Pichincha, Imbabura, Carchi, Napo, Sucumbíos y Santo Domingo de los Tsáchilas.<sup>3</sup>

Una vez que hemos ubicado, que la sentencia de casación en materia contencioso tributaria proviene de los tribunales distritales, se comprende qué acciones interpuestas ante estos tribunales admiten casación, para lo que debemos recordar que solo los procesos de conocimiento son los que admiten casación.

Si no se está frente a un proceso de conocimiento, no se procede el recurso de casación, lo que nos permite afirmar que en materia tributaria, por regla general, admiten casación las acciones interpuestas al amparo de las normas que constan en los artículos 320 del COGEP, que enumera nueve tipos de acciones que se llaman acciones de impugnación, como son aquellas respecto de resolución dictadas en el recursos de revisión, actas de determinación, resoluciones que atienden sanciones en materia tributaria, resoluciones que atienden reclamos en contra de actos de determinación, entre otras.

---

<sup>2</sup> Resolución de 5 de noviembre de 1993 (R.O. 310 de 5 de noviembre de 1993): Corte Suprema de Justicia.

<sup>3</sup> Resoluciones No. 282-2014, 082-2015 y 085-2015: Pleno del Consejo de la Judicatura.015.

Otro tipo de acción en materia tributaria son las establecidas en el artículo 321 del COGEP, que son las acciones directas de pago indebido y de pago en exceso.

De igual forma, debemos considerar que en materia contencioso tributaria tenemos las acciones establecidas en el artículo 322 del COGEP, que son en total nueve, entre las que se puede enumerar las acciones para pedir la prescripción de los créditos tributarios, intereses y multas; acciones de nulidad de procedimiento coactivo; y entre otras, las acciones especiales de excepciones a la coactiva.

Una vez establecidos los tres tipos de acciones que hay en materia tributaria, se plantea la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los procesos de que admitirían casación? Por regla general, la mayor parte de acciones en materia tributaria son de conocimiento y por ello, admiten casación.

Sin lugar a dudas procede el recurso de casación respecto de las acciones contenidas en los artículos 320 y 321 del COGEP; mientras que en aquellas contenidas en el artículo 322 ibíd., en especial en las de excepciones a la coactiva es donde se rompe la regla.

Dicho con mayor énfasis, la regla general es que las acciones de materia contencioso tributaria admitan casación, y pocas acciones no, como son algunas excepciones a la coactiva.

Al respecto, la entonces Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Especializada, estableció como precedente jurisprudencial obligatorio, que las excepciones a la coactiva que constan en el artículo 212 del Código Tributario, correspondientes ahora al artículo 316, numerales 1, 2, 5 son controversias de conocimiento y que, por tanto, admiten el recurso de casación.

Mientras que las demás excepciones a la coactiva que constan en el artículo 316 del COGEP.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Resolución de 30 de junio de 2009 (Registro Oficial 650 de 6 de agosto de 2009): Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

La actual Sala Especializada ha agregado, que en algunos casos la excepción a la coactiva prevista en el artículo 316.10 sí admite casación.<sup>5</sup>

### **Flujo de proceso del recurso de casación**

Encontramos un segundo momento en el que se marca una diferencia entre el recurso de casación en materia tributaria y las demás, al verificar el flujo que sigue el recurso de casación una vez que ha sido interpuesto.

Como conocemos, se presenta el recurso ante el mismo juzgador que dictó la sentencia que va a ser objeto del recurso de casación. En materia tributaria, no puede ser de otra manera, por lo que se lo interpone ante el Tribunal Distritales de lo Contencioso Tributario, que ha emitido la sentencia o el auto resolutivo que sea susceptible del recurso de casación.

El tribunal debe calificar el recurso para lo cual se limitará exclusivamente a verificar si se cumple con el aspecto de oportunidad, esto es, si está presentado dentro del término de treinta días que la ley establece, considerando que haya ejecutoriado la sentencia o desde el momento en que se dictan y se notifican los autos que atienden los recursos de aclaración y ampliación a la sentencia o el auto que es objeto de casación. Es en cuanto a la caución que debe rendir el recurrente que pretende que se suspenda la ejecución de la sentencia en que encontramos la diferencia en cuestión dentro del flujo que sigue el recurso de casación en materia tributaria.

Una vez que el casacionista presenta su recurso de casación, tiene la opción de pedir que se suspenda la ejecución del fallo, sin embargo, tenemos que recordar que en virtud de la norma del artículo 274 del COGEP, la sentencia de instancia no se ejecuta en el caso de recursos de casación propuestos por los organismos y entidades del sector público.

Para comprender esto de mejor manera, no debemos olvidar **¿Quiénes son la parte demandada en las controversias en materia tributaria?**

---

<sup>5</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 2021, recurso de casación No. 01501-2017-00083: Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

El demandado en esta materia siempre será una entidad del sector público que tenga a su cargo el administrar y recaudar tributos. Los principales son, como todos conocemos, el Servicio de Rentas Internas (SRI), el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), y los municipios o GADS.

A su vez, esto nos lleva a cuestionarnos **¿Quiénes son los actores?**

Los actores pueden ser personas naturales o jurídicas, por lo general particulares o provenientes del sector privado.

Cuando el casacionista es un particular y pretende que se suspenda la ejecución del fallo, debe así solicitar a los tribunales en su recurso de casación, y para ello debe pedir que se le fije una caución a fin de rendirla.

Si quien perdió la controversia es el demandado, que como se ha dicho es una institución o entidad pública, no pedirá que se le fije una caución, por lo establecido en el artículo 274 del COGEP, según hemos dicho antes.

En cambio, para los particulares, quienes siempre serán la parte actora, la ley establece que deben rendir una caución en el caso de que soliciten que se suspenda la ejecución del fallo.

Esta diferencia es evidente respecto de otras materias en donde el actor y el demandado pueden ser particulares por igual, y ya sea actor o demandado, el casacionista tendrá que pedir que se le fije una caución si quiere que se suspenda la ejecución del fallo.

Dentro del mismo flujo del recurso de casación, una vez que se ha sido calificado por los tribunales, se elevará a la Corte Nacional de Justicia y llegará a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario ante el conjuer de la respectiva Sala.

Dicho conjuer deberá examinar la procedencia, temporalidad, y legitimación, y también si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 267 del COGEP.

El Conjuer, puede disponer que se aclare o se complete el recurso de casación y para ello concederá cinco días, lo cual también sucede en otras

materias. Finalmente, el conjuez dictará, el auto de admisión o de inadmisión.

Igual que en otras materias, solamente el auto de inadmisión admite el recurso de revocatoria.

Algo que se debe señalar, es que el auto de admisibilidad del recurso es fundamental porque establece el marco en que los jueces de las salas especializadas, de la cual no es distinto para la sala tributaria, conocerán el recurso de casación.

### **Resolución del recurso de casación**

Aquí tampoco difiere el recurso de casación en materia tributaria, ya que convoca a una audiencia en la que se escucha a las partes quienes exponen de forma oral.

En primer lugar, se escucha al recurrente; en segundo lugar, se escucha a la contraparte igualmente de manera oral.

Si el Tribunal casacional ha llegado a una decisión, dicta la resolución en la misma audiencia; si hay una complejidad en el caso, los jueces se tomaran un tiempo conforme al artículo 93 del COGEP, que establece que hasta diez días, en este caso, volverán a convocar a las partes a continuar la audiencia y emitirán su fallo de manera oral.

Posteriormente, dictarán la sentencia escrita, la cual admite los recursos de aclaración y ampliación.

### **Ejecución de la sentencia de casación**

Dentro del flujo del recurso de casación: ¿Quién debe ejecutar la sentencia de casación? El artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que quien ejecuta la sentencia será el juez de primer nivel.

Como se señaló de manera precedente, los tribunales no son de primero o segundo nivel, no son de primera o segunda instancia, son tribunales de única instancia.

Por lo tanto, una vez dictada una sentencia de casación, les corresponde a los jueces del Tribunal Distrital del Contencioso Tributario ejecutar la sentencia conforme a las normas particulares que tiene el procedimiento contencioso tributario en el artículo 314 del COGEP.

Dentro de lo que sería la ejecución de la sentencia: **¿Para qué se rinde la caución en casación?** La respuesta es igual que para las otras materias, para precautelar los eventuales perjuicios que se pueden producir por la no ejecución del fallo recurrido mientras se dicta la sentencia de casación.

Si es que el recurso es aceptado, se devuelve la caución al recurrente, si el recurso es negado, se entrega la caución a su contraparte, si es parcialmente aceptado el recurso de casación, el juez deberá establecer cuál es el valor que debe entregarse al recurrente.

Aquí se marca nuevamente una distinción en la materia contencioso tributaria, en cuanto, como queda dicho, las instituciones del sector público, es decir la parte demandada cuando es recurrente no rinde caución en materia tributaria y aun así de instancia no se ejecuta mientras no se decida en sentencia de casación.

Entonces, si es que el actor de la causa gana finalmente aún dentro del recurso de casación, no le entregarán la caución rendida por los perjuicios que puede haber sufrido, simplemente se irá con su sentencia en la que habrá ganado la causa, pero no recibirá un resarcimiento por los perjuicios de la no ejecución del fallo.

## **CONCLUSIONES:**

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario es de única y última instancia, por lo tanto, sus sentencias son susceptibles de casación.

Igual que en otras materias, para lo tributario, el recurso de casación es extraordinario y formal.

Se interpone respecto de procesos de conocimiento, los cuales por norma general son casi todos en materia tributaria, alejándose de esta regla los procesos de excepciones a la coactiva, y aún dentro de estos, hay algunos que sí admiten casación, y la mayor parte no.

La casación se interpone por escrito en los términos que establece la ley, al igual que en las otras materias se interpone ante el mismo juez, es decir, ante los tribunales distritales de lo contencioso tributario, y lo conoce la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario.

## **LA CASACIÓN CIVIL EN EL ECUADOR: LA DETERMINACIÓN DE LOS MOTIVOS O CAUSALES.**

*M.Sc. David Jacho*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia Presidente de la Sala de lo Civil y Mercantil (E) y docente de la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Magister en Derecho Penal por la Universidad Central del Ecuador. Diplomado en Derecho Constitucional. Candidato a PhD en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ha sido juez de primera instancia en materia de tránsito, juez de garantías penales, conjuer de la Corte Nacional de Justicia, y actualmente es Juez Nacional de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Es autor del libro Libertad y medidas cautelares personales en el Código Orgánico Integral Penal.

## LA CASACIÓN CIVIL EN EL ECUADOR: LA DETERMINACIÓN DE LOS MOTIVOS O CAUSALES.

### 1) La casación en el Estado constitucional de derechos y justicia.

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es “...un Estado constitucional de derechos y justicia...”. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación, referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

#### a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

*“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”<sup>2</sup>.*

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

*“...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”*

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión<sup>3</sup>; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión<sup>4</sup>.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

---

<sup>3</sup> **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** “(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; **Art. 184:** “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)”.

<sup>4</sup> **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190:** “Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

*“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”<sup>5</sup>.*

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

*“...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...”*  
(Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

*“...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de*

---

<sup>5</sup> Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

*derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...”*

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *“...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *“...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

*“...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e*

*inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).<sup>6</sup>, concluye sobre el tema indicando que "(...) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa..."<sup>7</sup>.*

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

**2) La casación como garantía normativa del derecho a recurrir y del derecho de impugnación desde la óptica de la jurisprudencia y la doctrina:**

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas*

---

<sup>6</sup> Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

<sup>7</sup> *Ibidem*, Pág. 28

*interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”.<sup>8</sup>*

La garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico General de Procesos, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266, 268 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

**“Art. 266.- Procedencia.** *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*

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

*Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración”.*

**Art. 268.- Casos.** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*

---

<sup>8</sup> Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

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

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

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

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

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

**Art. 269.- Procedimiento.** *El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (...)*

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, determina la siguiente regla procesal: “Art. 250.- (...) Se

*concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad*”, de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas...”*<sup>9</sup>.

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico General de Procesos, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

*“...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la*

---

<sup>9</sup> Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67

*influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada...<sup>10</sup>.*

La cita transcrita *ut supra*, guarda relación con lo determinado en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente señala:

*“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*

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

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

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

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

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: “...es un *instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica...<sup>11</sup>.*

---

<sup>10</sup> Ecuador, Sentencia Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

<sup>11</sup> Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Víctor P. de Zavalía Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial “...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”<sup>12</sup>

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores “*in iudicando*” existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

3) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los errores *in iudicando*, los errores de derecho, existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*; ergo, a través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el Código Orgánico General de Procesos.

a) Análisis de la causal 1 descrita en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples

---

<sup>12</sup> Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

garantías para las personas; *per se*, implica la existencia mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, e incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales previamente establecidas en las normas como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos preestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a la partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben - los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

En la estructura actual del Código Orgánico General de Procesos, la nulidad, *per se*, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el

ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad (*taxatividad*), trascendencia y convalidación, a saber: a) principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; b) principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y c) principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

La nulidad solo debe ser declarada si el evento procesal que la ha causado, ha tenido influencia en la decisión de la causa, lo cual atiende al principio de trascendencia, que rige a esta institución procesal. La nulidad es, básicamente, un concepto genérico que hace referencia a una sanción hacia el acto procesal. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que

deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

El Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

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

El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan *“(...) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (...)”*<sup>13</sup>.

Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

---

<sup>13</sup> Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 647-2014. Acurio López.

*“(…) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (…)”<sup>14</sup>.*

Ahora bien, en el régimen procesal vigente, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma que procede cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad.

El numeral 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala lo siguiente:

*“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*

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

Conforme las ideas desarrolladas *ut supra*, en relación con el causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explícita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de

---

<sup>14</sup> Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.

normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

*“Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).*

*Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal<sup>15</sup>.*

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de

---

<sup>15</sup> Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.

fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*).
- La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (*principio de trascendencia*).

**b) Estudio de la causal segunda prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

El numeral 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, establece lo siguiente:

**“Art. 268.- Casos.** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos (...)*

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

Ahora bien, dicho caso, establece la posibilidad de tres vicios del fallo que pueden dar lugar a que el mismo sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles; y, c) que el fallo no cumpla el requisito de motivación.

Por su parte, el autor Santiago Andrade Ubidia, sobre el tema, señala:

*“Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (...) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.”<sup>16</sup>*

Ergo, del análisis de la causal de casación, se estima que, para su

---

<sup>16</sup> Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, I Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

configuración, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la Ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo<sup>17</sup>, son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores, formulando *“con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación”*<sup>18</sup>.

Ahora bien, cabe advertir que la garantía de motivación de las sentencias se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional, doctrinaria, y jurisprudencialmente.

La garantía de la motivación de las sentencias se encuentra consagrada tanto en la norma constitucional como legal, así mismo desarrollada:

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.-** “Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser*

---

<sup>17</sup> Constitución de la República del Ecuador. “Art. 168.- *La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.*

<sup>18</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, p. 33.

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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

**CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.-** “Art. 130.- *FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*

(...) 4. *Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.*

**CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:**

“Art. 89.- *Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación”.*

En consecuencia, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, *per se*, dicha cuestión constituye uno de los errores *in judicando* previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 2 previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

Además, se debe ser enfático en lo siguiente: la obligación de motivar las resoluciones judiciales busca que la misma “reúna ciertos elementos argumentativos mínimos” y que la decisión cuente con una estructura mínimamente completa para establecer que es “suficiente”, es decir que, la motivación contenga una “fundamentación normativa suficiente” y una “fundamentación fáctica suficiente”, con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

*“(…) Art. 130.- (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”. (Énfasis añadido).*

Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: “...*la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*...”<sup>19</sup> (Énfasis añadido).

Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre las preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectual les permite llegar a una adecuada conclusión.

La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, dictada dentro del caso No. 1158-17-EP, para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación, ha desarrollado pautas jurisprudenciales, que establecen el siguiente criterio rector:

*“En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente. Esto quiere decir lo siguiente:*

*61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación*

---

<sup>19</sup> Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en “la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas”. O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, “[l]a motivación no puede limitarse a citar normas” y menos a “la mera enunciación inconexa [o “dispersa”] de normas jurídicas”, sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.

61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, “la motivación no se agota con la mera enunciación de [...] los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]”, sino que, por el contrario, “los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [...] si] no se analizan las pruebas”. En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en “la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas”, sino que se debe: “exponer [...] el acervo probatorio aportado a los autos”, “mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado” y “permitir conocer cuáles son los hechos”. Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes”<sup>20</sup>

Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida, la parte interpelante tiene la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, incurrieron en los yerros señalados ut supra, en lo

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

referente a las normas que delimitan la motivación, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretende justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en torno al incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia recurrida; tiene el deber de justificar, “con *aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación*”<sup>21</sup>.

Conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurso de casación es técnico, por tal motivo, la acreditación de la violación argüida debe ajustarse a los siguientes estándares:

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: una fundamentación normativa suficiente, y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual constituye el criterio rector para un análisis adecuado.

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, p. 33.

Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de ausencia motivacional, observándose desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, tres tipos básicos de deficiencia motivacional que son: la inexistencia; la insuficiencia; y, la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguna de estas tipologías elementales. Por su parte, en la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, cuando se aduce la apariencia como deficiencia motivacional: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprendibilidad.

**c) Estudio de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

El numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala lo siguiente:

*“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...)*

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

El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: *“...la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,”*<sup>22</sup>, en este sentido, *“la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra*

---

<sup>22</sup> Humberto Murcia Ballén, “Recurso de Casación Civil”, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.2005, Pag.506.

petita)”,<sup>23</sup> en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle señala al respecto:

*“El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)”<sup>24</sup>*

La Corte Nacional de Justicia, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

*“(…) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat iudex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum iudicatum, iudex iudicare debet secundum alligata et probata*, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha*

---

<sup>23</sup> Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).

<sup>24</sup> Enderle Guillermo Jorge, *“La Congruencia Procesal”*, Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pag. 103.

de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso”.<sup>25</sup>

En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del Código Orgánico General de procesos: *“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”*, en relación con lo que dispone el artículo 91 ibídem: *“La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes”*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio<sup>26</sup>.

En tal virtud, la congruencia exige *“al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso”*.<sup>27</sup>

*“...Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de*

---

<sup>25</sup> G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)

<sup>26</sup> Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.

<sup>27</sup> Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101

*equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada... ”<sup>28</sup>*

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.
- Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.
- Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.
- Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.
- Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.
- Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito *ut supra*, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*) (*debida fundamentación y demostración*).

---

<sup>28</sup> Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

- El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

**d) Estudio de la causal cuarta prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

El numeral 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, refiere lo siguiente:

*“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (...)*

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

Del ámbito literal y teleológico establecido en la norma invocada, se avizoran tres modos de infracción, tres vicios o cargos a través de los cuales se puede interpelar una sentencia del *ad quem*, vía recurso de casación, en procesos de conocimiento, cargos que, a su vez, conducen a otros dos modos de infracción. Ergo, en la sentencia, el primer yerro, puede ocurrir por: 1) aplicación indebida, 2) falta de aplicación, o, 3) errónea interpretación, de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y, el segundo por: a) equivocada aplicación, o, b) por la no aplicación de normas de derecho sustantivo; *per se*, para la procedencia del recurso por la causal objeto de análisis, es imprescindible la concurrencia de dos infracciones continuadas, la primera de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y, la segunda de “normas de derecho sustantivo”, lo cual se explica por el doctor Carlos Ramírez, en el siguiente sentido:

*“Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el error respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba conduce a otra*

*violación, a la violación de normas de derecho sustantivo. Es decir que, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal<sup>29</sup>”.*

Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.

Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación

---

<sup>29</sup> Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120

aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.
- La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma procesal violada.
- Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro *in iure* acusado, ha sido indirectamente transgredida.

**e) Análisis de la causal 5 descrita en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

El numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala lo siguiente:

*“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...)*

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

En el mentado caso, “no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el

*juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal (...) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurrir de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un error de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(...)”<sup>30</sup>*

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).

---

<sup>30</sup> Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la transgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

La causal 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive, sobre la misma, la Corte Nacional de Justicia, ha señalado:

*“...se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación*

*indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente*<sup>31</sup>

Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

*“(...) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella...que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material” (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otras normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (...)”<sup>32</sup>*

Una propuesta casacional siempre debe ser técnica, debe cumplir los principios de taxatividad, autonomía, no contradicción, no debate de instancia, debida fundamentación y demostración, trascendencia, y más

---

<sup>31</sup> Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 19999

<sup>32</sup> Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

propios del medio de impugnación extraordinario. Estos son los cargos casacionales descritos en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, aplicables en nuestro sistema procesal en la jurisdicción civil ecuatoriana.

## LA LITIGACIÓN ORAL FRENTE AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.

M.Sc. Iván Campaña<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Socio Fundador del Consorcio "Defensa Penal Group Abogados Litigantes". Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Central del Ecuador; Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas por la universidad Externado de Colombia; Master en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de la Rioja; Actualmente es abogado en libre ejercicio profesional y docente universitario.

## LITIGACIÓN ORAL FRENTE AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN DERECHO PENAL.

Pongo a su consideración un sumario sobre lo que representa este recurso extraordinario: En esencia, este recurso de casación va a ser un recurso de carácter extremo, es decir, se debe considerar que la sentencia de la cual se va a pretender generar la casación ya no puede ser impugnada en vía ordinaria y por lo tanto ya no tiene más instancias a las cuales acogerse.

Se debe presentar bajo determinados y específicos requisitos, puntualmente los que determina los artículos 657 y 658 del Código Orgánico Integral Penal los cuales establecen el carácter público del recurso, pues la casación en materia penal va a precautelar el exacto cumplimiento de la legalidad buscando siempre un interés público atendiendo al derecho a la seguridad jurídica en el país y no exclusivamente a los intereses particulares de los sujetos procesales.

Con este antecedente debemos tomar en cuenta que los representantes de la Corte Nacional de Justicia, verificarán que el casacionista cumpla con las exigencias normativas impuestas en los artículos 657 y 658 del Código Orgánico Integral Penal, que el recurso tenga como finalidad la aplicación e interpretación correcta de la Ley, precautelando su cumplimiento y por ende se cumpla con el principio de seguridad jurídica.

Adicionalmente se va a verificar que el interesado no solicite revisión de los hechos, ya que existe una prohibición expresa en este sentido, ni de alguna forma, algún tipo de valoración probatoria. Cabe señalar que esta consideración se debe observar tanto en la presentación del recurso, como en su fundamentación.

Necesariamente, el recurso va a abarcar el interés privado de los sujetos procesales. En este sentido cabe recordar que dentro de las características de la casación esta tiene un carácter limitado, pues únicamente va a tratarse sobre los puntos planteados por el casacionista siempre y cuando este fundamente única y exclusivamente sobre las causales de casación

que están previstas en el artículo 657 del COIP, que abarque estrictamente la legalidad y no valoración de los hechos.

Con este antecedente, resulta pertinente observar cuáles son las tres circunstancias puntuales que contiene el 656 del Código Orgánico Integral Penal que básicamente tratan sobre la violación de la Ley. En sus tres formas de infracción ya sea por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

Esto significa que debe basarse en el principio de taxatividad, es decir, no se pueden presentar bajo otros presupuestos. Y en esto hay que tener muchísimo cuidado tanto en la presentación de nuestro recurso como en la respectiva fundamentación.

Lo señalo porque es muy frecuente y existe una tasa bastante elevada de recursos rechazados, que en el momento de ser fundamentados oralmente suponiendo que haya pasado el filtro de admisibilidad- él litigante incide en solicitar, a veces incluso de una manera inconsciente, la revisión de hechos o la revisión de aspectos de carácter probatorio. Por ejemplo, dentro del alegato se va a referir a la valoración que se ha hecho sobre lo de testificado por X o Y sujeto, sobre la calidad de su testimonio o la actualidad de lo testificado y necesariamente ahí está requiriendo al Tribunal que observe hechos, que revise una valoración probatoria y esto en el Art. 656 COIP está terminantemente prohibido.

Es importante analizar que debates se pueden plantear sobre estas tres circunstancias, sobre la indebida aplicación de la norma, sobre la falta de aplicación de la norma o sobre el error en la aplicación de la norma. Una vez que ya se tienen identificadas estas características, se determina plenamente cuál va a ser la sentencia a impugnar, quienes pueden interponer este recurso, el momento y la etapa procesal para interponer y puntualizar cuáles son las normas infringidas.

En este sentido se tiene que señalar, de qué modo se dio la infracción, cuál fue el origen de la infracción a la norma y cómo estos errores

necesariamente incidieron en el fallo, en la decisión final, incluso en la parte dispositiva de la sentencia.

Si el recurso supera el filtro de admisibilidad, voy a tener que fundamentar adecuadamente el recurso, haciendo un análisis puntual, una identificación clara de la norma de la cual está alegando su infracción y un análisis puntual de sus consecuencias en la sentencia.

Estudiar diversas posibilidades, exponer un hecho declarado probado versus la norma, introducir temas dogmáticos o jurisprudenciales en la alegación.

Hay que recordar que, en síntesis, las técnicas de litigación oral no son otra cosa que un conjunto de métodos que tienen la finalidad llevar al convencimiento de los interlocutores; es decir, si se va a utilizar una técnica narrativa, lógica, deductiva en mi argumentación debo enfocarme en que esta técnica le va a permitir al juez nacional que me está escuchando comprender la infracción que estoy alegando y sus consecuencias.

Siempre va a ser importante que en nuestros debates se incluyan temas muy puntuales, temas muy precisos. Cuando voy a citar dogmática o jurisprudencia debo verificar que sean aplicables a los casos concretos, no enumerar o citar jurisprudencia o algún tratadista que no tenga una relación puntual a la alegación de infracción jurídica que se está alegando.

Ser puntual significa no teatralizar el derecho, en función a eso, procurar convencer y para poder convencer, procurar ser lo más claro, lo más pertinente posible.

Respecto de la parte técnica jurídica es recomendable anotar los ítems puntuales, las ideas centrales del discurso, con la finalidad de no ser circular, y de no comenzar a divagar dentro de la argumentación. Recordemos que en las otras instancias procesales ya se discutió sobre la existencia o no de los hechos, el ¿qué?, el ¿cómo? y el ¿cuándo? del delito, pero cuando se va a un recurso extraordinario de casación en materia penal, se debe enfocar puntual y concretamente en la infracción normativa bajo sus tres modalidades.

La exposición del argumento, más que ser una técnica de litigación debe ser una técnica de oratoria, de expresión puntual con razonamiento lógico.

La fundamentación que se sugiere realizar en el recurso de casación debe atender cuatro aspectos fundamentales: i) Identificación de la sentencia, sus partes puntuales, ii) Cuáles son las normas de derecho que consideramos infringidas, ahí es donde el litigante tiene que tener un conocimiento amplio y profundo, es por ello que se dice que el recurso de casación es altamente especializado, iii) El modo en que se produjo la infracción a la Ley y iv) Cómo incide este error de derecho en la decisión final.

En síntesis, tiene que estar completamente enfocado y especializado en determinar de una manera muy puntual como los errores de derecho se fueron produciendo, realizar una explicación concisa sobre como un hecho probado no obtuvo una correcta subsunción judicial o como esta fue limitada y como no tuvo razonamiento lógico al momento de la aplicación de la norma una vez que el juzgador/a tuvo el hecho probado.

Adicionalmente, es obligación del litigante de señalar que la infracción tiene determinada jerarquía, ya que no puede ser una infracción que esté limitada a formas, tiene que ser una infracción que necesariamente limite fondo del fallo.

Otro aspecto a considerar, es el cumplimiento de los principios de taxatividad y en determinados casos el principio de autonomía, cuando se habla del principio de autonomía en materia casacional, se alude al cómo vamos a determinar individualmente las normas infringidas porque puede ser que exista más de una, cada una de ellas necesita una específica explicación y determinación, cada una de ellas requerirá del ejercicio práctico de identificación, producción e incidencia.

Entonces, si se va a argumentar la infracción de más de una norma jurídica, bajo este principio de autonomía se debe identificar una y otra vez de una manera clara, precisa, coherente cómo se fueron dando estas infracciones a la normativa.

En este sentido es fundamental recordar que el análisis es desde el derecho y no desde los hechos, que los hechos ya se encuentran destacados, que los hechos ya se encuentran probados y es menester del litigante indicar cómo es que el juzgador se ha separado de los presupuestos normativos.

En este contexto, cabe hacer una síntesis de los tres errores de derecho contemplados en nuestra legislación penal. Sobre errónea interpretación se considera que el mayor problema en realizar una interpretación de norma, es elegir mal la normativa, escoger de una manera equivocada la norma aplicable a determinado caso, representa encuadrar erróneamente los hechos con el derecho, lo que representaría una contradicción expresa de la Ley.

En cuanto a la indebida aplicación, nos referimos a que la norma no se aplica, un ejemplo en materia penal podría ser que en una causa los hechos se refieren a que un individuo X, valiéndose de la noche, con determinada agresividad y violencia, roba las pertenencias a otro sujeto; pero en el robo existe algún forcejeo y dentro de ese forcejeo se le causa la muerte al ciudadano que en su momento se estaba convirtiendo en víctima y los jueces lo procesan y lo sentencian por asesinato; omitiendo la adecuación típica de robo con muerte, entonces existiría una falta de aplicación del tipo penal.

En el ejemplo propuesto el juzgador no está frente a un asesinato, si no a un robo con una consecuencia muerte. Por lo tanto, no cabe la aplicación de la normativa de asesinato, sino la aplicación del artículo 189 numeral sexto del Código Orgánico Integral Penal.

En este sentido se deberá exponer la razonabilidad de poder invocar normas jurídicamente adecuadas con una subsunción correcta. Una lógica debidamente aplicada a una lógica deductiva, una lógica formal donde se pueden exponer los silogismos y mostrar determinadas premisas generando una congruencia dentro de la decisión en el caso que se esté alegando la inexistencia de aquello. Obviamente determinar el análisis del razonamiento del juzgador y claro que haya sido expresada dentro de un lenguaje comprensible, dentro de un lenguaje que pueda ser entendido por todo

## TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO AL RECURSO.

*PhD. Frank Mila*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Coordinación de los Programas de Posgrado Universidad de Otavalo. Docente investigador de pregrado y postgrado de la Universidad de Otavalo. Coordinador de los programas de posgrados de la Universidad de Otavalo. Coordinador del Programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo. Doctor (PhD) en Derecho. Doctor (PhD) en Educación. Postdoctorando en Derecho, Economía y Sociedad Plural en la Universidad Andina Simón Bolívar. Postdoctorado en Gerencia Educativa. Abogado especialista en Derecho Penal y en Derecho Procesal. Seleccionado para participar en la III Escuela de Verano de Dogmática Penal de la Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Formado en el Programa Nacional para Fiscales del Ministerio Público.

## TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO AL RECURSO

El derecho al recurso de casación es un derecho humano; en este sentido es necesario hablar sobre aquellas instituciones que le dan peso, que le dan sustento, porque en algunas ocasiones se va directo a lo que es el recurso, analizar sus efectos, analizar algunos elementos relativos a su procedencia, principios y otros aspectos circundantes, pero en algunos casos se olvida analizar las instituciones que hacen vida que permiten que este desarrollo siga evolucionando y que se cuente actualmente con estos remedios procesales que se erigen como aspectos medulares fundamentales en todo proceso. En tal sentido, se admira a aquellos profesionales que se dedican a esta ardua labor.

Se reconoce que hay abogados especializados en temas recursivos, específicamente en temas de casación, y que esto merece un estudio pormenorizado por parte de todos los abogados, estudiantes de derecho en general, en virtud de la trascendencia que tiene esto en un proceso. En tal sentido, la tutela judicial efectiva está reconocida por la mayoría de las constituciones de Iberoamérica, incluyendo la última reforma, por ejemplo, la Constitución de Cuba, que también la incluyó. En ese sentido existe un reconocimiento internacional a esta figura, a la tutela judicial efectiva que se genera posguerra, posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Observando esa cantidad de vulneraciones de violaciones propias del régimen nazi, comenzaron a constitucionalizarse algunos elementos procesales que merecen un reconocimiento universal y en esta ocasión eso es la tutela judicial efectiva. De nada sirve tener un proceso si realmente no es efectivo, si realmente no existe una seguridad de acceso a lo que es la justicia y no solo el acceso. En tal sentido, la tutela judicial efectiva es una institución de renegando, incluso española y que ha evolucionado hasta nuestros días y que goza pleno reconocimiento. Paseando un poco por algunos instrumentos internacionales se tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde el año 48, desde hace más de 70 años se comienza a asegurar el acceso a los tribunales igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 69 y por último, el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Todos estos instrumentos que tienen actualmente el pleno uso, plena vigencia, plena operatividad, consagran esta institución. Por supuesto que lo hace de una forma muy genérica, en el sentido de que debe existir la igualdad y el acceso en general a los tribunales para cualquier individuo, independientemente de su condición, clase, etnia, etc. En tal sentido, ese es el plano internacional que, a su vez, por supuesto es reconocido constitucionalmente en el plano interno y expresamente el artículo 75 lo dispone: toda persona tiene derecho de acceder a lo que es la justicia y a una tutela efectiva.

Si, cuando se habla de efectivo, es de manera precisa buscando que no solamente exista un tribunal allí, pero que no sea realmente una pantomima o una tapadera o una especie de institución ilusoria, sino que realmente se asegure el efectivo goce de esos derechos que se van a buscar a través de un proceso. Es decir, de nada sirve un derecho material si no se tiene un proceso que permita materializarlos; en tal sentido, la tutela judicial efectiva tiene un reconocimiento pleno a nivel constitucional y suele confundirse con el debido proceso.

Sin embargo, son instituciones totalmente distintas, a pesar de que comulgan si convergen en ciertos aspectos. Y se puede decir que algunos elementos de la tutela judicial efectiva se han desarrollado en la institución del debido proceso. ¿Por qué indicamos esto? Precisamente el artículo 76 constitucional incluye lo que es el derecho a recurrir y esto, dogmáticamente, internacionalmente se suele ubicar en la tutela judicial efectiva. Pero no son excluyentes. ¿Por qué? Porque uno de esos elementos adicionales a tener acceso a un proceso es obtener una decisión ajustada a derecho y por supuesto que de nada sirve una decisión si no puedes impugnar, si no cuentan con mecanismos, medios de impugnación, para cuestionar esas decisiones que, por supuesto, en muchas ocasiones son subjetivas.

En tal sentido, para transitar ese proceso, por supuesto que debe observarse lo que es el debido proceso y la defensa así que no es excluyente. A pesar de que teóricamente la doctrina suele escindir, la suele dividir, separarlas,

alejadas, porque son instituciones distintas, tutela judicial efectiva y debido proceso; sin embargo, no son excluyentes ni están totalmente divorciadas.

Ahora bien, ¿qué ha dicho la Corte Constitucional? Entre una de las sentencias más destacadas se encuentra el reconocimiento que la tutela judicial efectiva no se limita solamente al acceso, más bien se denota como un primer momento y que luego se da otro momento que viene aparejado con el desarrollo del proceso y ese desarrollo del proceso, debe tener ciertos aspectos colaterales, es decir, en el desarrollo de un proceso deben existir mecanismos para cuestionar el mismo, para atacar ante cualquier vulneración y adicionalmente se tiene que tener un mecanismo para ejecutar esa decisión y aquí entra el tema de las medidas.

Así que, viendo un poco el panorama, observando que la tutela judicial efectiva no se agota con el simple acceso sino el derecho a tener una decisión ajustada a derecho o fundada en derecho, asimismo contar con mecanismos recursivos para impugnar esas decisiones y no sólo eso, sino mecanismos para ejecutar dichas decisiones, que no es más que el régimen tutelar o de medidas o como se conoce actualmente, la tutela diferenciada.

En síntesis, se precisan los elementos de la tutela judicial efectiva, el acceso, decisión, fundad, recursos, derecho a recursos previstos legalmente y la ejecución de esa decisión. El Tribunal Constitucional contiene distintas decisiones que han señalado o que han consagrado los elementos de cada uno de ellos.

Todo esto goza incluso de respaldo a nivel jurisprudencial y teórico. Al respecto, el profesor Picó Junoy, entre otros autores, destaca que la tutela judicial efectiva se conforma por estos aspectos y se dice incluso que la influencia que han tenido estas obras determinando un poco el régimen o las decisiones de los jueces para encausar los elementos de la tutela judicial efectiva. En ese sentido el derecho al recurso se relaciona con la tutela judicial efectiva, son elementos que van de la mano, tiene un descanso en dicha institución que se reconoce como una garantía superior a nivel procesal.

Se cuenta a nivel procesal con distintas instituciones y éstas son medulares, tutela judicial efectiva, debido proceso y el recurso y las medidas, que son temas super especializados a nivel procesal, guardan relación con esta tutela judicial efectiva. Ahora bien, el derecho al recurso de igual manera tiene un plano internacional; la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente lo plasma, se tiene ese derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior y hay que explicar o precisar que los recursos tienen distinta naturaleza. Existen diversas categorías de recursos entre los cuales destaca recursos ordinarios, que explicaban los compañeros, extraordinarios y algunos que la doctrina denomina excepcionales y cada uno tiene su naturaleza. En todo caso, debe existir este bagaje de herramientas, de remedios procesales, de instrumentos para que un individuo, en el marco de un proceso, pueda hacer valer sus derechos y que efectivamente se tutele los mismos.

De igual manera, hay que indicar que en materia penal hay excepciones. ¿Qué se quiere decir con esto? La tendencia internacional es que en materia penal es obligatorio el tema recursivo. Sí, independientemente que en algunas ocasiones hay ciertos límites para el tema de los recursos, el hecho que exista el derecho al recurso no significa que se creen recursos inexistentes, pero que en la medida de lo posible, el legislador contemple mecanismos para poder impugnar cualquier decisión y en este caso en materia penal si es obligatorio y principalmente en lo que es la alzada o una segunda instancia con el recurso de apelación, incluso las reglas de Mallorca de las Naciones Unidas han apuntado a ese tenor y basta revisar la literatura especializada de los distintos procesalistas en el ámbito penal: Montero Aroca, Gimeno Sendra, entre otros destacados autores para encontrar que es conteste la doctrina, Binder, entre otros. El mismo Rossi en señalar que existe ese derecho a recurrir en materia penal como un derecho incluso fundamental

¿Qué ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos? Bueno, básicamente el derecho a la tutela judicial efectiva obliga o genera esa obligación de garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para tutelar o para cautelar esos derechos. Y esto realmente se inscribe en una línea que es una tendencia que despierta debate, despierta cuestionamientos,

porque entendemos que los recursos es un área muy especializada, como lo hemos dicho, un área muy técnica y no es interponer recursos por interponer, sino que estos tienen que tener ciertos elementos que propiamente juristas especializados quien los va a delimitar y en ese sentido se pide que los recursos sean cada vez más sencillos, urgentes, más informalidad, que sean accesibles y que el órgano, por supuesto, sea independiente, que dependiendo del país de la independencia judicial que exista va a ser determinante.

De igual manera que se cuente con instancias, por decirlo de alguna manera, superiores que puedan revisar esa actuación previa a pesar de no entrar en el fondo sí y que se garantice una legitimación, que sea lo suficientemente amplia, esto es algo que hemos visto, por ejemplo, en temas ambientales en los cuales se amplía ese catálogo, incluso constitucionalmente, para poder impugnar, incluso a cualquier ciudadano en el marco de una lesión en temas que perjudiquen la naturaleza y que se tramiten incluso a nivel colectivo como acciones, este aparejada con un grupo de personas y asimismo que se prevea la aplicación también de medidas.

Las medidas van a jugar un papel importante aquí, ya que el paso del tiempo es muy fuerte a nivel procesal y en muchas ocasiones no podemos esperar una decisión, sino que tenemos que contar con ciertas herramientas que tutele preventivamente, cautelarmente un derecho en el marco de un proceso. Ahora bien, ¿qué elementos hay que considerar rescatando un poco a las intervenciones anteriores? Un poco para determinar ciertos aspectos que son comunes a cualquier recurso, dos temas, impugnabilidad objetiva e impugnabilidad subjetiva; la objetiva simplemente entendiendo que hay medios para impugnar, en concreto, en algunos países incluso delimitan una apelación. Por ejemplo, en perjuicio de autos o de sentencias, hay que delimitar cuál vas a utilizar, cuáles son las decisiones que son sujeto a recursos y los motivos, qué va a variar dependiendo del recurso que se trate. La apelación considera algunos recursos, pero se entiende que la casación es un poco más técnica y por considerar otros elementos un poco más complejos o motivos que van poco más allá de una mera apelación

Por otra parte, el tema de la impugnabilidad subjetiva que hay que entender que debe existir desagravios y esa legitimación en ese sentido se inscribe en lo que se decía del tema de la taxatividad, una especie de legalidad procesal que implica que los recursos deben contar con un sustento a nivel normativo.

Muy bien, ya precisada estos elementos, para concluir, quisiera hablar de una tendencia actual. Simplemente hay un fenómeno, hay una constitucionalización del derecho, en general, cada vez se toma más fuerza el plano constitucional y la Constitución precisamente contempla un abanico de garantías. Garantías de distintas índoles que van desde un plano de garantías a nivel normativo, de política, de orden social y especialmente las denominadas judiciales, esas garantías se inscriben en un bagaje de catálogo de instituciones que actualmente se ve que se utilizan frecuentemente, sí, para tutelar de manera directa derechos constitucionales. Un ejemplo de ello es la acción extraordinaria de protección contra sentencias, que es un mecanismo que de manera directa se puede ejercer para impugnar de alguna otra manera decisiones que impliquen en general una violación al debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución, que no es poca cosa.

No entendemos que la mayoría de los derechos más trascendentales están como institucionalizados y en este sentido, esos bienes jurídicos son tutelados constitucionalmente. ¿Y se puede impugnar por esta vía? Sí, lastimosamente también se puede pervertir la institución y se puede dar paso a una figura, incluso inscribirla en la categoría de recursiva, que va a distorsionar la esencia de los otros recursos, pero, por otra parte, viendo otra óptica, también es una herramienta con la cual cuenta el ciudadano para evitar esa cantidad de formalismo.

No significa que a nivel estadístico estas acciones tengan mucho por hacer, de alguna manera que sean acordadas en masa no se sabe lo que implica tramitar una de estas acciones y que el tema que le den paso no es poca cosa. Entonces es un poco para llamar a la reflexión, que es una tendencia que se está observando y que el recurso sigue estando ahí, por supuesto

que la ley especial delimita un poco más esto, establece otros parámetros, otros elementos, pero se deja un poco a la reflexión.

Para concluir, este es un tema apasionante, un tema muy especializado que da pie o que da peso a lo que es el recurso; si se entiende que la tutela judicial efectiva es una institución lo suficientemente amplia, que incluso el desarrollo es a nivel internacional la doctrina es muy, muy tímida, no se va a encontrar en abundancia autores que hagan referencia a nivel dogmático, técnico de esta institución, son muy escasos los textos, por supuesto, el profesor Joan Picó I Junoy, bueno a nivel internacional incluso hace un estudio jurisprudencial, uno de los más activos que existe y en el entendido que el derecho al recurso es un derecho humano; se pasea por varias dimensiones y que se inscribe en la idea de la tutela judicial efectiva, que es un derecho fundamental reconocido de Iberoamérica en general en prácticamente todas las constituciones y a nivel europeo, por supuesto que en Portugal, Italia, España, e incluso en Alemania está reconocido.

## EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN EN SEDE CASACIONAL

*Dr. Richard Villagómez*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador. 1999, Liderazgo en Administración Pública y Privada. University of New Mexico. U.S.A. 2001, Magíster en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. 2005, Magister en Derecho Penal. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. 2008, PhD. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2020. Fiscal de Chimborazo: 2003-2009, Conjuez de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua: 2011, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal. 2012-2018, Docente de pregrado y postgrado en varias Universidades del Ecuador en las cátedras de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Ambiental. 1999-2020. Docente investigador sobre lavado de activos, delincuencia organizada, técnicas especiales de investigación penal, cooperación eficaz, peculado y Compliance. Abogado en libre ejercicio profesional: 1999- 2003; 2009-2011; 2020. Actualmente es socio del Bufete Assidere del Ecuador. Especializado en litigación penal, recursos de apelación, casación y revisión. Servicio de Compliance. Director de Némesis del Ecuador, dedicada a la capacitación especializada en derecho penal y derecho procesal penal. Ha sido capacitador de la Escuela Judicial, capacitador de la Escuela de Fiscales, expositor y ponente académico en eventos nacionales e internacionales.

## EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN EN SEDE CASACIONAL

Primera gran precisión. Por lo menos desde el modelo casatorio ecuatoriano, se debe necesariamente plantear ¿cuál es el modelo dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia proclamada en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador? Y esto lleva a un antecedente histórico muy elemental. La casación surge en Francia en el siglo dieciocho como consecuencia de la Revolución Francesa, que entre otras cosas provocó la división de poderes, defenestró la monarquía absolutista y se cambió a un modelo de Estado con tres poderes el ejecutivo, legislativo y judicial. En el orden procesal se dice que la casación surgió de la Revolución Francesa, pero también tiene unos antecedentes del régimen anterior, pero se debe puntualizar que la casación tiene un origen primigenio de orden político, porque quienes hacían casación no eran jueces, sino políticos que partían de una duda, sobre la justicia de la decisión y que por tanto, pasaban a examen de una comisión organizada para este propósito, más tarde ya la casación adquiere sus características más procesales, más formales y se introducen en un código y eso obliga a dos hechos en particular a establecer cuál era el órgano encargado del conocimiento y resolución de la casación; segundo, el procedimiento y tercero obviamente el trámite donde debía definirse, lo que es casable y lo que no.

Los propósitos iniciales de la casación fueron la aplicación uniforme de la ley y la seguridad jurídica para establecer que no haya divergencias razonables entre jueces al momento de dictar sentencia y pronunciar resolución de fondo de esa fecha, de esa fecha a esa parte, desde 1789, la casación ecuatoriana es bastante tardía porque solamente se circunscribe a los corpus jurídicos en el año 1928, es decir, con una tardanza de más de un siglo; pero el momento en que aterrice en el Ecuador, esta institución procesal estaba combinada con el sistema inquisitivo, más tarde, en el ámbito internacional se realiza un planteamiento en contracorriente del modelo a partir de lo expuesto por Goldsmith que plantea un modelo en donde ya no se busca la aplicación uniforme de la ley y la seguridad jurídica

como fines últimos del sistema, sino que se prefiere buscar lo justo se dice, fortaleciéndose, por tanto, la casación de oficio y consecuentemente debilitando los límites o los requisitos formales para que esto sea posible

Ahora bien, ¿qué es lo que ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a recurrir? Digo esto en complemento de lo que ya ha sido expuesto. En la sentencia, *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* se establece con toda propiedad que el derecho a recurrir para que sea tal debe contemplar el más amplio examen sobre el contenido fáctico, el contenido jurídico, el probatorio y las conclusiones, esto significa, entonces que desde la perspectiva convencional la realización del derecho de recurrir es lo más amplio que puede visualizarse en el respeto de las garantías del debido proceso; pero esto ya tiene un choque con lo que sucede respecto de la casación ecuatoriana, y entonces ahí se tiene que acudir nuevamente a la doctrina para determinar que la causación, si bien tiene un modelo casatorio tradicional francés, que se conoce como casación pura, porque proscribía el examen de hechos y prueba, esto, a vista de la convención, sería un ejercicio limitado y esto se fortalece aún más a partir de la Resolución 10-2015, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que además de estos requisitos legales, impuso vía jurisprudencia cinco requisitos en particular.

El primero de ellos, dejando en claro que la sentencia casable la que dictó el órgano jurisdiccional, el de Corte Provincial de Justicia. El segundo requisito obliga a que se establezca cuáles son las normas de derecho vulneradas. Y entonces ahí empieza una gran interrogante, si sólo se puede vía casación, cuestionar la aplicación del derecho sustantivo o si eventualmente también es posible una discusión sobre la infracción de normas constitucionales y convencionales. Y esto ofrece una cierta dificultad, porque la tendencia generalizada ha sido afirmar que la casación solamente atañe a un control de legalidad, esto difiere, obviamente, respecto del rol que desempeñan los jueces en el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, donde desempeñan una función de garantes. Entonces, ¿cómo se puede hacer garantía recortándose el ámbito de la casación a la mera legalidad?, cuando en el uso y aplicación del derecho al caso concreto es obvio entender que los jueces aplican no

solamente normas legales, sino constitucionales y particularmente convencionales bajo una interpretación integral que permita armonizar el sistema.

Esto ofrece un gran reto tanto en la academia cuanto en el foro, porque obviamente los requisitos de la jurisprudencia tienen que ser salvados, al calificarse el recurso por escrito para que esto pueda prosperar, una discusión y un debate a través de medio oral en audiencia ante el despido. La otra reflexión que surge de ello es si dentro del debate casatorio queda también excluida la posibilidad de reproche sobre normas procesales y esto pone al límite porque si se reprochan normas procesales se estaría sosteniendo una pretensión impugnatoria de orden nulitatorio que difiere en sustancial respecto del error injudicando que es el propio de casación. El tercer requisito que temía se ha expuesto con profundidad, versa en relación con las causales de casación, que tiene que ver particularmente con la indebida aplicación de error, interpretación y la contravención expresa.

Un cuarto elemento exige que el recurrente sitúe con toda propiedad, en qué punto, en qué parte de la sentencia consta el yerro y finalmente se exige que se explique la trascendencia de servicio para la decisión de la causa. Para entender toda esta discusión se tiene que pasar a un esquema de subsunción básica. En una discusión penal se tiene un contenido fáctico, es decir, los hechos acusados, que son materia de la pretensión punitiva de la Fiscalía General del Estado y eventualmente, en el caso de haber acusador particular. Estos hechos van a merecer una calificación jurídica en tanto y en cuanto tenga una prueba que permita conectar racionalmente estas premisas: premisa mayor, premisa menor con lo que se entiende que es la conclusión o la *ratio decidendi* de la sentencia que más tarde se reprocha mediante casación.

Ahora, ¿cómo se controlan los hechos en un cargo por motivación, falta de motivación o motivación aparente que tiene varias posibilidades de infracción a esta garantía constitucional si en causación está proscrita la valoración fáctica? El segundo elemento dentro de este juego de silogismo. Es el de la prueba que permite conectar las premisas. Nuevamente se está

frente a una limitación que impide revalorar el contenido probatorio y entonces esto se complejiza. Porque ya realizando un ejercicio completo, que es la forma que daría lugar a un reproche por la garantía de motivación se cuadraría necesariamente en una contravención expresa del artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República del Ecuador, norma que establece una obligación al poder público y que también es aplicable a los órganos jurisdiccionales cuando dictan o profieren sentencia de fondo.

Dentro del contenido de la norma constitucional se tiene que hay una exigencia de enlace, de armonización entre la premisa fáctica versus la premisa jurídica. En el evento de que exista una discordancia o un divorcio entre estas dos premisas, se tendría, pues evidentemente que la conclusión a la que llega el decididor no es la correcta o la adecuada. Entonces, en este sentido no existe jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia que establezca pautas mínimas para entender el alcance y el contenido de la obligación de motivar las decisiones judiciales; sin embargo, en sede constitucional la Corte ha establecido parámetros mínimos para determinar si una sentencia cumple o no esta garantía de motivación. Se ha expresado que tiene que confluir en una sentencia tres requisitos: el de razonabilidad, el de lógica y el de comprensibilidad; y que en ausencia de uno de estos requisitos, se entiende que la sentencia no cumple la garantía de motivación.

Desde la perspectiva convencional se tienen también insumos que ha facilitado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se ha establecido con toda precisión que la motivación es la justificación razonada o la exteriorización de una decisión. Eso se ve en la sentencia Suárez Rosero versus Ecuador y otras sentencias en donde el Estado ecuatoriano ha sido condenado, entre otras cosas, por la violación de las garantías judiciales, esto es, lo que corresponde al artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Entonces, la garantía de motivación no solamente se expresa a nivel legal, sino también tiene una exigencia de orden constitucional, jurisprudencial por la Corte Constitucional ecuatoriana y también por la Corte Interamericana. Ahora bien, en la práctica este ejercicio es mucho más complejo que el diagnóstico que estoy realizando porque se debe entender que los recursos tienen dos

grandes momentos que se plasman. El momento de la interposición, que es de naturaleza escrita, tienen unos requisitos y unas formas; en el evento de la casación, donde se tiene que dejar en claro que es cazarle solamente la sentencia de corte provincial dictada en delitos, no en contravenciones.

Al momento de interponerse el recurso, adicionalmente, más allá de los requisitos legales, tiene que cumplirse con los requisitos previstos en la Resolución 10-2015, dictada por la Corte Nacional de Justicia, se trata entonces, de un documento que, por efecto de los principios de taxatividad, dispositivo de limitación exigen al recurrente plasmar el agravio con las formas técnicas exigidas por este medio impugnatorio extraordinario y de alguna manera usando una analogía de poker, obliga a que el recurrente muestre sus cartas con un doble propósito. El primer propósito es que primero sea examinado por el tribunal que erradique competencia para que supere la admisión y luego estos cargos tendrán que ser discutidos en audiencia oral, pública y de contradictorio, en el que participará también la contraparte para ejercer la contradicción.

¿Pero qué es lo que sucede en la práctica? Si numéricamente se plantean cinco cargos y solamente se admiten dos, se entendería que han sido desechados 3 y el objeto de la discusión casatoria también se ha reducido a dos cargos, eso, de alguna manera, permite delimitar el objeto del debate en el recurso, pero también el objeto de la decisión en audiencia, ahora lo sustancial se debe entender de que la admisión solamente debería dedicarse al control formal de los requisitos en tiempo y particularmente de los requisitos previstos por la jurisprudencia; sin embargo, hay una similitud de aplicación cuando se tienen autos que efectivamente se dedican sólo a la forma que hay otros autos que se dedican a un criterio adelantado sobre el fondo de la cuestión casable.

En términos de casación cuando se plantea un cargo por violación, por infracción a la garantía de motivación esto provoca un serio problema porque esta no es una discusión de mera legalidad, dado que la garantía de motivación tiene un contenido constitucional convencional y de jurisprudencia, es decir que bajo esa lógica el Tribunal de Cierre, el Tribunal de Casación, está haciendo un examen que supera la mera legalidad o la

aplicación uniforme de la ley, que es un concepto decimonónico que va a tono con la naturaleza de la causación originaria.

Ahora bien, ¿qué es lo que sucede en la práctica? Se suele confundir la garantía de motivación con la garantía de formalidad de la sentencia, que tiene otro contenido específico que versa exclusivamente sobre el artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal donde se plasman, cuáles son los requisitos que debe contener una sentencia. Sin embargo, para dejar zanjada la discusión entre un error injudicando y un error improcedente, se debe considerar que la omisión de requisitos de la sentencia previstos en el artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal no daría lugar a Casación, sino que, *stricto sensu*, daría lugar a una nulidad de la sentencia conforme al artículo 652 punto 10 punto C del Código Orgánico Integral Penal.

Distinto resulta cuando se reprocha la contravención a la garantía, es decir, al contenido esencial de la motivación, tanto desde la perspectiva normativa interna cuanto jurisprudencial de Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el caso concreto de los reproches por motivación también existe una tendencia disímil en las decisiones de la Corte Nacional de Justicia, porque ciertos tribunales, dependiendo los casos, se ha visto que han anulado la sentencia y han dispuesto que el efecto decisorio se vuelva al momento procesal en que vuelva a realizarse la audiencia de fundamentación del recurso de apelación sobre la que se dictó la sentencia que más tarde se anuló.

Otra tendencia es que se anula la sentencia, pero se dicta por el tribunal de cierre la sentencia de mérito. Hay dos interpretaciones sobre este particular que la doctrina tiene perfectamente identificado, a la una se la conoce como la facultad de *iudicium rescindens*, que quiere decir la facultad de anular en este caso la sentencia que no tiene conformidad de motivación. Y la otra tendencia que según la doctrina es que no sería Tribunal de Casación y tampoco sería tribunal de cierre, con este ejercicio incompleto, sino que se propone, se plantea que sea el Tribunal de Casación el que dicte la sentencia de mérito en función de lo que existe del proceso y que sólo ahí se obtendría una sentencia completa que no solamente anula, sino que resuelve el problema jurídico, convirtiéndose en la sentencia última del

proceso, con lo cual se consagra la facultad de cierre que corresponde a este alto Tribunal de la Corte Nacional de Justicia.

Creo que en definitiva es un tema en discusión, se está moldeando jurídicamente, hay un margen de interpretación perfectamente válido en las dos posibilidades, pero creo que el fin último del sistema no solamente se centra en este punto en el aspecto de legalidad, sino que desborda lo legal para también integrar lo constitucional y lo convencional.

Es necesario precisar también, que es que es importante que se tenga en cuenta de que en el año 2000 el Ecuador sufrió una reforma procesal muy potente que permitió pasar del modelo inquisitivo al modelo acusatorio, esto significa que en julio del año 2000 se suprimió el Código de Procedimiento Penal del año 1983, que tenía un corte abiertamente inquisitivo. A partir de junio del 2000, con una vacatio legis de 180 días, es decir, con vigencia hacia el año 2001, entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal, que ya tenía entre sus pilares fundamentales una noción acusatoria del sistema procesal penal, en complemento de ello, creo que el hito más importante en el aspecto histórico en relación con la casación se suscita a partir del 24 de marzo del año 2009, cuando se publica una ley reformativa al Código de Procedimiento Penal, incorporándose dentro de esas reformas, el recurso de apelación respecto de las sentencias de los órganos jurisdiccionales a, eso significa que en términos de la Convención, el Estado ecuatoriano fortaleció no sólo no sólo la doble instancia, entendida como la facultad de revisar el fallo por un Tribunal Superior, sino que fortaleció la posibilidad de doble confort. Desgraciadamente, en la literatura procesal ecuatoriana no hay precisión sobre el tratamiento de la doble conforme a la doble instancia.

En resumen, con esa reforma sucedió que las sentencias de primer nivel ya no eran casales directamente, sino que al haberse provisto del recurso de apelación, se fortalecía el derecho de recurrir y obviamente el primer recurso que tenía que ejercerse era la apelación, creándose la facultad competencial para la Corte Provincial de Justicia y sobre esa sentencia se podía casar. Entonces se introdujeron más recursos para fortalecer la doble conforme y la doble instancia. Desgraciadamente ha habido distorsiones

del sistema porque en algún punto del camino se llegó a sugerir que en el Ecuador había *per saltum*, lo cual es erróneo, equívoco, porque no se encuentra plasmado taxativamente en una norma procesal que permita al recurrente o a la persona que tiene derecho escoger el medio impugnatorio que le parezca idóneo. El sistema procesal ecuatoriano no tiene *per saltum*, por tanto, para poder casar primero hay que considerar que existe un pronunciamiento respecto de la apelación. Esa la gran precisión, porque generalmente eso se descontextualiza para saber cuál es la discusión doméstica del derecho a recurrir en el Ecuador.

Y finalmente, una reflexión que va a tono con lo que ha expuesto el doctor Mila, la casación efectivamente es de corte continental europeo, ni más faltaba, surgió en Francia, saltó el charco y llegó a América, ese es el diagnóstico, pero, la gran reforma procesal penal con patente norteamericana que se expresa en el caso ecuatoriano en el año 2000, tiene un alto contenido acusatorio de impronta anglosajón. ¿Qué es lo que sucedió en el caso concreto ecuatoriano? Que gran parte del proceso penal se plasmó con esta visión norteamericana, hasta la etapa de juicio, pero lo que anteriormente era etapa de impugnación, que ahora no lo es, sino que está prevista como una fase, sigue siendo de corte continental europeo. Significa entonces que el proceso penal ecuatoriano es un mix entre instituciones del orden continental europeo, con instituciones del orden anglosajón, entonces el sistema impugnatorio ecuatoriano es eminentemente continental europeo, mientras que la etapa de investigación que sería la instrucción, la etapa de preparatoria o de audiencia evaluatoria y la del juicio son de impronta anglosajón. Este mix ha provocado una serie de distorsiones del sistema, que más adelante ameritan una reflexión profunda, no solamente por la academia, el foro y particularmente por los legisladores.

Ejemplo, quizás aislado es lo que sucede en Chile, en donde el modelo prefirió jugarse entero al modelo anglosajón y entonces los chilenos no tienen casación, pero tienen modelos, tienen un sistema impugnatorio de corte rescindente que es más a tono con la cultura anglosajona. Esto solamente para dejar las precisiones de lo que significa la casación bosquejada desde una perspectiva histórica, una perspectiva más nacional

y algo de derecho comparado para que se visualice los puntos de vista que he dejado sentados.

## LA CASACIÓN EN MATERIAS DE ADOLESCENTES INFRACTORES

M.Sc. *Bernardo Vásquez*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia. Abogado por la Universidad de Cuenca. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Máster en Derecho mención Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia, ex Consejero Nacional del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades.

## LA CASACIÓN EN MATERIA DE ADOLESCENTES INFRACTORES

El derecho de adolescentes infractores ha sido, no sé si olvidado, sino quizá hasta menospreciado. Entonces, iniciaré por dar cuenta de dos grandes epistemologías que han influido e informado el derecho de adolescentes infractores y el derecho de niñez y adolescencia en general.

La primera gran epistemología o doctrina, es la de situación irregular. Por esta doctrina, la niñez y adolescencia era vista como objeto de protección o mejor dicho, proteccionismo. En específico, a la juventud, que cometía infracciones inscritas en tipos penales, no tenía responsabilidad, sino simplemente el Estado expulsaba la patria potestad de la familia, inhibía el cuidado y la protección de la familia; asumía la responsabilidad y en una suerte de tribunales *ad hoc*, con base en muchos códigos de menores, la mayoría de ordenamientos jurídicos que regulaban el derecho de niñez y adolescencia que estaban nominados así como códigos de menores y entonces el Estado sumía al adolescente, y no sólo que lo sumía, sino lo aliena. Roberto Gargarella, designa a este fenómeno como alienación del derecho a aquellos grupos históricamente excluidos o vulnerables que están en los márgenes del Estado y estando en los márgenes, precisamente no tienen acceso a ninguna oportunidad ni el ejercicio de derecho alguno. Y a pesar de estar en estos márgenes, de tener ausencia de derechos y servicios; en un determinado momento, el derecho llega a castigarlo. Entonces la presencia del Estado únicamente aparece en su función punitiva o en su función castigadora.

De ahí que, luego de diez años de debate, desde el 79 hasta el 89, se instituye el más grande instrumento internacional que haya influido en la Constitución y en el Código de la Niñez y Adolescencia, es decir, a propósito de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es que la Constitución acopló su normativa y la normativa infralegal, emitiendo el código Niñez y Adolescencia que contiene los postulados de la Convención sobre los Derechos de Niñez y Adolescencia. En este sentido entonces se da un traslado del proteccionismo a la protección, Mary Beloff -una de las más grandes académicas y teóricas del derecho de niñez y adolescencia-

llama a este traslado, del proteccionismo a la protección. La niñez y la adolescencia, deja de ser un objeto de protección, y se erige en sujeto de derechos y como sujeto de derechos, tienen responsabilidades y precisamente por este efecto, el Estado ya no asume la patria potestad ni asumen a la niñez y adolescencia como objeto, sino que, como pleno sujetos de derechos, tienen responsabilidades respecto de sus conductas. Específicamente, responsabilidades respecto de las conductas que se inscriban o que se adecuen a tipos penales.

Entonces, hay cuatro o cinco principios fundamentales que erige la Convención sobre los Derechos de los Niños, a saber, (i) igualdad y no discriminación, (ii) principio de especialidad, (iii) interés superior del niño, y (iv) el derecho a participar y ser escuchado en los asuntos que les concierne. En la doctrina de situación irregular, que la niñez tuviese participación o que pueda ser escuchado en los asuntos que les conciernen, eran ideales absolutamente impensados, porque –como se dijo- la niñez y adolescencia estaba concebida como objeto de protección, sin voz ni voto, desde una concepción absolutamente adulto-céntrica; quien decidía qué es lo mejor y quién decidía el castigo, era el Estado o la sociedad.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, se erigen estos principios que van a transversalizar el ordenamiento jurídico y que no son sólo garantías sustantivas, sino también, son garantías adjetivas. Algunos principios –en materia de niñez y adolescencia- tienen este carácter triádico, que es ser un principio adjetivo, sustantivo y también de carácter orgánico, es decir, que la garantía de derechos de niñez y adolescencia ya no sólo tiene que estar diseñado normativamente, sino también tiene que estar constitucionalmente y al mismo tiempo los procedimientos en el tratamiento de adolescentes que adecuan su conducta a tipos penales tienen que ser especializados y ahí el principio de especialidad, cobra vital importancia.

La Convención Americana de Derechos Humanos, ya en el 69, -poco antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño-, ya contemplaba en su artículo 5 que, cuando se intente procesar a un adolescente deberá hacerse ante una justicia especializada (principio de

especialidad). El ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en un trabajo muy bien logrado sobre adolescentes infractores, además de estos cuatro principios, trata sobre otros que, para él son asimismo fundantes del derecho de niñez, de adolescencia y de adolescentes infractores en particular y que tienen que ver con (i) desarrollo integral, (ii) interés superior, como garantía, (iii) un principio de protección, y (iv) un principio de especificación que es distinto al de especialidad. Especificación en el sentido de que, con base en la dignidad humana de la niñez y adolescencia, no sólo les son atinentes los derechos sustantivos, constitucionales, fundamentales humanos que le son al género humano, sino también unos específicos, Victor Abramovich llama a esto la especificación de los derechos humanos que es atribuible o alcanzables a ciertos grupos humanos, en este caso específico, niños/as y adolescentes.

La especificación junto con el desarrollo integral, la garantía de protección y el interés superior del niño y la especialidad llevan a que, en la Constitución de 2008. En el artículo 175, establece un mandato constitucional, de suma importante y que en la realidad, todavía no ha sido del todo realizado. Nos referimos a una mandato doble, por un parte, una justicia especializada para adolescentes, y por otra, una normativa especial y diferenciada del derecho de adultos, específicamente el derecho penal de adultos. Ahora bien, ¿cuál es el móvil o cuál es el sustento para procesar adolescentes que cometan infracciones reprochables penalmente? Aquí se discute un poco en la doctrina, si se puede hablar de imputabilidad, o de responsabilidad.

Carlos Raúl Zaffaroni sostiene que la imputabilidad hace referencia al carácter cognitivo, es decir, la conciencia de la antijuridicidad del acto y la conciencia de la ilegitimidad del acto. Desde este punto de vista, decir que un adolescente infractor desde la doctrina de protección integral -sujeto de derechos- es imputable sería un error para muchos doctrinarios, lo adecuado sería hablar de responsabilidad precisamente por lo que decíamos antes. Si se es, pleno sujeto de derecho, también se es responsable. Ahora bien, esa responsabilidad tiene que ser distinta a la del derecho penal de adultos. ¿Por qué? Y ya no sólo desde un punto de vista biologicista. El

biologicismo, fue también fundamento de la doctrina de situación irregular que, sólo veía la edad o el ámbito o el aspecto biológico del niño, niña o adolescente para decir que es incapaz y por tanto, desde una concepción, adultocéntrica decidir todo.

Desde la doctrina de protección integral en cambio, y sobre la base del principio de especialidad, ya no sólo se debería analizar a un adolescente en conflicto con la ley penal por su su edad, sino también, su capacidad cognitiva, su madurez, su capacidad de comprensión del acto y su desarrollo, el contexto e identidad cultural, su desarrollo social e incluso su ubicación geográfica, es decir, no es igual que una persona menor de edad en situación de calle y a la que se le pueden sumar muchos riesgos de vulnerabilidad, cometa una conducta inscrita en un tipo penal a un adolescente que tenga otro tipo de realidad; que haya tenido mayor acceso a oportunidades, derechos y servicios que aquel adolescente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este punto ha emitido la opinión consultiva OC-17/02 que, aunque de gran importancia, muy poco conocida -no sé si deliberadamente o no-. En la opinión consultiva instituye la siguiente regla; *y es que, no son responsables por las conductas penalmente reprochables aquellos niños o adolescentes que se encuentren en riesgo grave, en situación de miseria o en situación de extrema pobreza o abandono.*

De ahí que, por el sistema de adolescentes infractores y el principio de especialidad, el procesamiento de adolescentes en todas sus etapas, deberá considerar, el aspecto de edad, el aspecto cultural, el psicológico, desarrollo integral; por lo que, en justicia penal juvenil, no se hable ya de penas, sino de medidas socioeducativas, entonces no se habla de castigos, sino de una justicia restaurativa, ya no se habla de cárcel, sino de medidas que permitan al adolescente comprender el acto y restaurar el acto; reinsertarse en su familia sin perder el derecho a educación, derecho a salud y los demás derechos económicos, sociales y culturales.

Por lo expuesto, se puede afirmar que es un viraje súper importante pasar de situación irregular a la doctrina de protección integral.

Para dar una dimensión de lo manifestado, es conveniente referirse a una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos del año 1967, pero que marcó un viraje en cómo llevar los procesos de adolescentes infractores. Este es el caso *Gault*, en el que, el joven *Gault* de 15 años fue acusado por hacer llamadas calificadas como obscenas o indecentes. En el contexto histórico marcado por la doctrina de situación irregular, en lugar de procesar a *Gault*, el Estado, arrebató a su familia, la patria potestad, y lo convirtió en un objeto de protección alienarle y simplemente recluirle en centros de internamiento.

La Corte Suprema de Estados Unidos en ese entonces, estableció que el debido proceso alcanza o debe estar presente también en el juzgamiento de adolescentes. Entre otras cosas, se dijo que el adolescente procesado por una conducta penalmente relevante, tiene derecho a acceder al expediente, conocer los cargos que se le están imputando, tener asistencia jurídica, prohibición de auto incriminación y también derecho al interrogatorio. En la actualidad, parecería algo que ya damos por sentado, pero si echamos un vistazo a la casuística real; a día de hoy, a pesar de los principios que he mencionado, la participación del adolescente en los procesos por conductas penalmente reprochables, es casi nula. Siempre la asume a los padres y que está bien que estén los padres presentes, pero la voz del adolescente está casi desoída. Incluso, pese al mandato que prescribe el Código de Niñez y Adolescencia y la propia Constitución por efecto de irradiación que, las medidas socio educativas no pueden ser impuestas sin antes analizar el entorno social, la capacidad cognitiva, la evolución emocional del adolescente, sin estos parámetros objetivos de imposición de medidas, luego de encontrar una responsabilidad, no se podría imponer una medida socioeducativa, sin embargo, la casuística da cuenta de que, las autoridades jurisdiccionales imponen medidas socioeducativas en la gran mayoría de casos, sin observar estos parámetros.

La Corte Nacional de Justicia, se halla discutiendo un precedente sobre los parámetros a observar al momento de imponer una medida socioeducativa como consecuencia del establecimiento de responsabilidad de una conducta penal. En este sentido, se ha dicho que, las medidas socio educativas no pueden imponerse sin antes evaluar parámetros objetivos.

Los parámetros objetivos son: no sólo la edad, sino también la capacidad cognitiva, evolución psicológica, evolución emocional y también el aspecto cultural e incluso el género y el ámbito de realidad, en el que la en el que la conducta ilícita se habría cometido. Entonces, el principio de especialidad, junto con el interés superior y el desarrollo integral, derecho a participación, a ser escuchado, es súper importante para abordar los procesos de justicia penal juvenil.

A esta parte, es necesario agregar los principios que son propios del derecho penal, pero que son alcanzables y que deberían ser maximizados en materia de adolescentes infractores, tales como el carácter fragmentario del derecho penal, y el principio de *última ratio* y el principio de oportunidad

Y esto tiene que ver con que, incluso existiendo normativa, es decir conductas penalmente reprochables, en ciertas ocasiones es beneficioso para la sociedad, y en tratándose de adolescentes infractores, llegar a otros procedimientos alternativos antes que al juzgamiento en justicia penal juvenil. Entonces la especialidad es un sustento y sustancia pese a su indecible importancia, no se está logrando en la realidad, tanto que, en el último concurso para la Corte Nacional de Justicia, el órgano de administración y competente para la organización del concurso no llamó a concurso para juezas y jueces nacionales de sala de familia, niñez, adolescencia y adolescentes infractores; se convocó al concurso sólo para Sala Civil. Entonces la Sala de adolescente infractores está adosada a la Sala Civil, lo que, transgrede el principio de especialidad, pues las lógicas de una y otra sala son totalmente antagónicas, el civilismo formal vs la especialidad de adolescentes infractores.

Así, la especialidad, pese estar consagrada junto con los otros principios que informan al derecho de adolescentes infractores, es una alegoría casi retórica o constitucionalmente plausible, pero que no se ha logrado en la realidad, existe una fantasmal cima, divorcio o disociación entre las prescripciones constitucionales y convencionales con la realidad. En este sentido, se tiene que luchar porque el juzgamiento en adolescentes infractores, en serio, tenga principio de especialidad y que las medidas que

se tomen a consecuencia de responsabilidad de actos típicamente reprochables, sean de carácter restaurativo y no punitivo.

Es bastante común que, en lenguaje y la lógica jurídica de los operadores de justicia al abordar asuntos juveniles, usen palabras como “se impone la pena” en lugar de las “medidas educativas”; se hable de “menor infractor” en lugar de un adolescente en conflicto con la ley penal. Este no sólo es un tema semántico o lingüístico. Foucault afirma que el poder o el lenguaje se incardina en los cuerpos para actuar; el lenguaje es la muestra de cómo concebimos del mundo. Entonces, el lenguaje y la forma en que este actúa -incardinado- en cada uno de nosotros, demuestra una relación de poder y del discurso. El derecho no deja de ser un instrumento eminentemente discursivo, entonces el lenguaje utilizado puede dar cuenta de la filosofía con la que se aborda el tema. Todo este lenguaje de “penas”, “menor infractor”, sin alcanzar a mirar el entorno y sin ser interdisciplinario, porque el derecho a los adolescentes infractores necesita ser interdisciplinario atenta los postulados del derecho de adolescentes infractores.

De ahí se sigue que, por una parte, están los principios definidos por la Convención y por otra parte, la realidad, que no está acorde con esos principios y valores que informan el derecho de infractores. Otros principios de relevancia atinentes y propios del derecho de adolescentes infractores, son, el principio de flexibilidad y el principio de humanidad.

El debido proceso que evidentemente forma parte de los procesos de juzgamiento de adolescentes infractores, está o debería estar conjugado con estos otros dos principios, el de flexibilidad y humanidad. Flexibilidad y humanidad en el sentido de que, el mismo procedimiento tiene que flexibilizarse, tiene que escapar de la esfera rigurosa, formal o paleo positivista, para ser una suerte de proceso que esté cerca del adolescente infractor y no sólo cerca, sino que cumpla el objetivo, objetivo, insisto, es restaurar el daño y que, el adolescente sea responsable de su conducta y tenga conciencia de la conducta. Es decir, la lógica del proceso en adolescentes infractores está en el lado opuesto de la lógica punitiva y castigadora del derecho penal de adultos.

Y, el principio de especialidad, no sólo escapa de los operadores jurídicos, sino también escapa de las instituciones, es decir, los principios tienen una irradiación no sólo sustantiva, no sólo objetiva, sino también orgánica, esto es, se debe tener un diseño institucional y un discurso político, una voluntad política, para lograr el objetivo de justicia penal juvenil que, tampoco se está cumpliendo desde el diseño institucional. Por tanto, no se logra atar a la realidad todos los principios en materia de niñez y adolescencia, por lo que, todo el carácter normativo y constitucional, deviene en una vez más, en que, se esté en el límite o en el borde, entre tratar a la niñez como objetos de protección(ismo), el castigo o sujetos plenos de derecho.

Se debe luchar mucho más por ajustar esto a la realidad o aunar esfuerzos para que el principio de especialización, de interés superior, igualdad y no discriminación sean una realidad. Ahora bien, una vez dicho esto, quiero atar con lo anterior, con el objeto del curso que tiene que ver con la casación. Si hay falencias institucionales, respecto al tratamiento de los adolescentes infractores y falencias en la defensa técnica, es decir, en abogados y abogadas que defienden adolescentes infractores, respecto de todos estos conocimientos de justicia penal juvenil, entonces, ¿cómo podemos hacer que el recurso de casación estricto, formal, limitado de proposición jurídica completa, esté acorde con esos principios? Es una tarea difícil.

Y, no sólo es difícil desde esta narrativa. También es difícil porque el propio Código de la Niñez y Adolescencia, cuando regula el recurso de casación en materia de adolescentes infractores, se remite al Código Integral Penal y este, como dijo –quien me antecedió en la intervención, tratándose de casación, la Corte Nacional de Justicia emitió la Resolución 10 del 2015 por el Pleno de la Corte Nacional, en la que, grosso modo, se estableció que, antes de argumentar en audiencia oral el recurso de casación, se tiene que presentar por escrito y hay un filtro de admisibilidad, entonces, con todas las deficiencias que existe de conocimiento, de especialidad, ¿cómo un defensor de un adolescente infractor puede plantear adecuadamente un recurso que –como si lo anterior fuera poco– está fijado, definido y configurado para justicia penal adulta, para justicia penal ordinaria?

Existe una tensión gigantesca y un dilema muy grande al que las autoridades jurisdiccionales de casación hacen un esfuerzo para zanjar o para aligerar -un poco- esa tensión tan grande entre la especialización y lógica del juzgamiento de adolescentes infractores y la lógica punitiva del derecho penal de adultos. Que el Código de la Niñez Adolescencia para recursos en Casación se remita al Código Integral Penal ya es una infracción directa del artículo 175 de la Constitución, que establece no sólo un sistema de justicia penal juvenil, sino una legislación especial y esto tiene que ver con el principio de especialidad y con el principio de diligencia excepcional.

Entonces, si es que, el propio Código de la Niñez y Adolescencia, remite el recurso de casación al Código Orgánico Integral Penal, ya hay una garantía normativa que no se está cumpliendo, mejor dicho, no existe garantía normativa y tampoco de diseño institucional respecto al recurso de casación. Así, la primera opción para demudar lo establecido, sería reformar el recurso de casación en materia de adolescentes, regularlo y configurarlo a través iniciativa legislativa, de tal suerte que, el recurso extraordinario esté acorde con los principios y valores que informan al derecho de los infractores. La otra vía, es confiar en la cognición especializada de juezas y juezas en materia de adolescentes para morigerar la rigurosidad formal del recurso de que tratamos.

Se podría decir que, esto tiene que ver con discrecionalidad judicial; pero que, al fin y al cabo no es tan discrecional porque la disposición normativa del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, permite la casación de oficio, y esta sería la ventana o la única salida que tienen las autoridades jurisdiccionales de casación para que, en un escrito de casación que, *prima facie* no cumple con los requisitos de admisibilidad, en caso de encontrar injusticia en la sentencia, en el momento de calificar un recurso que no cumpla la proposición jurídica completa, si se llegase a detectar una injusticia o un yerro ostensible de derecho en la sentencia de apelación, la autoridad jurisdiccional podría admitirlo, pese a las deficiencias técnicas, para que, en audiencia se pueda corregir el vicio ostensible o la injusticia que se ha cometido en derecho y que por lo general sucede, más que en

encontrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del agente procesado, al momento de imponer la medida socioeducativo.

Entonces, como se evidencia, hay unas tensiones y unas colisiones muy fuertes, entre la concepción de derechos de niñez y adolescencia y la forma en que la abordamos el estudio de adolescentes infractores. Entre otras razones, porque la formación de abogados y abogadas, lejos de dirigirse a una forma de comprender el derecho de adolescentes desde la realidad de la niñez y adolescencia, se dirige a una formación civilista rigurosa o la *ius paleopositivista*. Por tanto, existen varias deficiencias o varios escollos a superar al momento de abordar los asuntos en materia de adolescentes infractores.

En definitiva, para concluir, el reto más grande es que, abogados y abogadas se involucren en ramas del derecho, que se alejen del positivismo y a la rigurosidad técnica, sin que eso signifique que no haya muchísimo por explorar y de ahí que se puedan abordar los procesos de adolescentes, comprendiendo sus realidades y necesidades. Los estudios de jóvenes en conflicto con la ley penal deberían abordarse desde una perspectiva de interseccionalidad.

Aparte de la especialidad, de la comprensión de las conductas de adolescentes, también hay que hacer un examen interseccional. La interseccionalidad tiene que ver con las condiciones de riesgo o de realidad que impiden el ejercicio de derechos. La interseccionalidad no se trata de la simple suma de condiciones de vulnerabilidad (etnia, discapacidad, género, edad, discapacidad, situación de calle, situación de movilidad, etc.), sino cómo confluyen y se conjugan para lacerar la vida de las personas y evitar que éstas tengan acceso a servicios excluyendo el ejercicio de derechos.

Todas estas desigualdades que en la actualidad aquejan a la niñez y adolescencia, no son superables solo desde el derecho per se deben darse estudio cooperados e interdisciplinarios con otras ramas del saber, como sociología, psicología, antropología, etc. Aparte de las categorías de análisis, específicamente con categorías jurídicas de análisis, existen realidades a las que el derecho no puede dar la espalda. Más allá del discurso y la

tecnicidad extraordinaria de la casación en particular, el derecho en general, debería recuperar su función o ideal más noble, <<*hacer justicia*>> y mucho más si de adolescentes infractores se trata.

## LA CASACIÓN EN MATERIA LABORAL EN EL ECUADOR

*Dr. Roberto Guzmán<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia. Juez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil; e, integrante de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. Licenciado en ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado, graduado en la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena graduado en la Universidad Autónoma Regional de los Andes. Postulante a Especialista en Derecho Procesal Penal en la Universidad Técnica Particular de Loja, UTPL. Posee un Diplomado en Criminología del Instituto de Desarrollo Gerencial de Lima- Perú.

## LA CASACIÓN EN MATERIA LABORAL EN EL ECUADOR

La casación en materia laboral en el Ecuador está dividida en dos grandes fases. La casación en materias no penales, dentro de las cuales está la materia laboral, y la materia estrictamente penal. No hay mayores modificaciones.

Aquí se comparten experiencias en relación con los errores que se cometen al presentar el recurso de casación, no solo en materia laboral, sino en general, en materia civil, mercantil, de menores infractores, incluso, ley laboral, tributaria y administrativa.

De acuerdo con la experticia del autor, se puede evidenciar que en la casación, existen errores que son frecuentes por parte de los abogados litigantes, al momento de sustentar, no solo por escrito, sino también, de manera oral el recurso.

Hace algún tiempo, los recursos se los sustentaba de manera escrita y la calificación y la sentencia, se adscribía al trámite escrito, pero de un tiempo acá, además de la materia penal, que desde el 2001, ya se viene haciendo las audiencias de manera oral; desde el 2016, en el resto de materias también las audiencias son realizadas de manera oral, y esto supuso un cambio dentro de la dinámica en la que tienen que ser llevadas las audiencias.

En un primer momento, es importantísimo que, en todos los recursos de casación, los recurrentes mencionen de qué auto, de qué sentencia, de qué actuación jurisdiccional recurrenten. ¿Por qué es importante? A veces parecería que es un tema sin importancia, pero en realidad, lo es. En la Corte Nacional, los procesos no llegan por una sola vez, por efecto de que han presentado un recurso extraordinario de casación, regresan una, y a veces, hasta dos y más, como consecuencia de que se han declarado nulidades constitucionales. Entonces se encuentran, dentro de los expedientes, no una sentencia, sino, dos y hasta tres, las cuales, han sido anuladas por la Corte Constitucional.

No hay que olvidar algo adicional, que hay sentencias de primer nivel, de segundo nivel o de apelación, de última instancia, por ello, es fundamental que el casacionista, al momento de sustentar el recurso, indique y especifique, de qué sentencia, dictada por qué órgano, incluso, a veces, qué jueces son los que dictaron la sentencia de la cual recurren, a efectos de identificar el cuerpo procesal en el que consta la sentencia y poder ir materialmente a la misma, y revisar los cargos casacionales que se van a presentar en contra de esta sentencia.

Este es un error muy frecuente. Como anécdota, refiere el autor que, en materia laboral, algún connotado jurista, un día, se presentó y dio por sentado que los miembros del tribunal conocíamos de la sentencia que recurría, pero resultó que en ese proceso no había una sola sentencia de segunda instancia; había dos sentencias, por efecto de una declaración de nulidad de la Corte Constitucional. ¿Qué significó esto? Que no identifiqué las sentencias de las cuales recurría, pues, los jueces no pueden suplir, por efecto del principio dispositivo, los errores del casacionista y al no tener conocimiento específico y claro, de qué sentencia se recurría, nos vimos en la obligación procesal de rechazar el recurso de casación.

Se destaca aquí entonces, la importancia que cobra este requisito, que parecería ser tan leve, y que al final tiene una relevancia capital.

Una vez que se identifica, de acuerdo con las normas que están en la Ley de Casación y en el Código Orgánico General de Procesos, la sentencia de la cual recurrimos, entonces se puede continuar con la sustentación del recurso.

Otro de los vicios que cometen con bastante frecuencia los abogados, los litigantes, tanto de manera oral como escrita, es la alegación simultánea de vicios. Al respecto, se puede manifestar como introducción, que no todas las causales, ni todos los vicios son compatibles entre sí; es decir, no es lo mismo alegar la violación de un precepto sustantivo, por ejemplo, que alegar un *extra, cita* o *ultra petita*, de acuerdo con otra causal; o la violación indirecta de una norma sustantiva; o la violación directa de un precepto valorativo de prueba en materia procesal; o la violación de un precedente

jurisprudencial, a través de las tres maneras, vicios o posibilidades en las que pueden ser infringidas las normas acusadas.

Falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación, amén de las nulidades procesales, que también pueden haberse presentado dentro de un proceso.

Cada una de las causales tiene su manera específica y su ámbito de aplicación estricta y limitada; por eso, es que la doctrina pone especial énfasis en que el recurso de casación es un recurso extraordinario, limitado, taxativo; y todas estas características, lo convierten en un recurso de alta técnica jurídica; es por esto que, si una causal, o una norma procesal o sustantiva, ya es alegada a través de una causal y de un vicio, no puede ser alegada en otra causal y por otro vicio.

Para ejemplificar este error que se produce con mucha frecuencia, se puede mencionar lo siguiente: se puede seleccionar la causal segunda de la Ley de Casación que trata de nulidades procesales, entonces las normas que se van a acusar como violadas son específicamente normas procesales, a través de tres posibilidades de falta aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación, teniendo claro que, la falta de aplicación, es cuando el juzgador dejó de aplicar, es una falta de omisión que comete el juzgador al momento de aplicar una norma a los hechos que se dan por justificados. Entonces, al no existir norma que haya aplicado el juzgador, lo que se tiene que identificar es esa norma que se dejó de aplicar, por lo que no se podría, por ejemplo, alegar una falta de aplicación y una indebida aplicación.

En el caso de la indebida aplicación, si existe una norma que fue aplicada, pero de manera errónea; es decir, visto desde el otro lado, los hechos que se dan por justificados, no se adecúan a la norma que se aplicó, y, por consiguiente, el precepto normativo aplicado es equivocado.

En este caso, el casacionista a más de identificar la norma indebidamente aplicada, debe identificar la norma correcta que se debió haber aplicado, y con esto, se cumple con la proposición jurídica completa, a efectos de identificar, cuál fue la norma indebidamente aplicada y cuál fue la norma que se debió haber aplicado.

En la última posibilidad, que es la errónea interpretación, se está frente a una norma cuya elección y aplicación es correcta, pero el alcance, el sentido que se le dio a la norma, por parte del juzgador, es el equivocado. Entonces, una vez que se ha identificado el precepto procesal que provoca la nulidad de la causa, se tiene que identificar cuál es el vicio, únicamente un vicio. No se puede identificar simultáneamente, la falta de aplicación indebida, aplicación o errónea interpretación, pues, en el momento en que se hace esta alegación simultánea de vicios, se está incurriendo en una causal o en un motivo de rechazo del recurso de casación, porque lo que no fue aplicado, no puede haber sido indebidamente aplicado, y menos, erróneamente interpretado. Así, la alegación simultánea de vicios no es procedente en materia de casacional, esto en lo referente a los vicios procesales que provocarían una nulidad insalvable y, que hayan, adicionalmente, influido en la decisión de la causa.

Dentro de este mismo caso, otro error frecuente es el quedarse en la mera enunciación, no en la demostración del vicio; es decir, no basta para el juzgador, escuchar que se ha violado tal norma, por el vicio de falta de aplicación, por ejemplo, sino que se tiene que ir a la sentencia, a identificar, específicamente, en qué parte de la sentencia se encuentra ese error. Y, obviamente, no se puede referir a otro momento procesal, que no sea la sentencia de última instancia y que no significa, adicionalmente, revisión de prueba, porque en materia casacional, está prohibido hacer una nueva revisión de prueba, y menos, una nueva valoración de la misma.

Una vez identificada la parte de la sentencia en donde se encuentra el vicio, se tiene que proceder a hacer el análisis respecto de en qué consiste, específicamente, el yerro que provoca la violación del precepto procesal. Una vez que se haya explicado con una técnica de lógica jurídica, cómo operó en la sentencia el yerro en materia procesal que provoca la nulidad, se tiene que pasar a la siguiente fase o etapa demostrativa, que es justificar la relevancia o la importancia que tiene ese error en la parte dispositiva o resolutive de la sentencia, es decir, el recurso de casación no se agota, únicamente, con la alegación de decir “se violó el precepto”, sino que se debe justificar y argumentar la existencia de ese yerro procesal dentro de la sentencia, es decir, la relevancia, la consecuencia que provoca este yerro

y cómo debió haber el juzgador resuelto correctamente, si no se hubiera cometido aquel.

Una vez que se ha cumplido con estos pasos, el juzgador tiene los elementos necesarios para poder resolver y analizar el cargo que se ha presentado en contra de la sentencia recurrida.

Ahora bien, la segunda causal, es la falta de motivación o la indebida motivación. Cuando se alega esta causal, el error más frecuente es quedarse en la enunciación. Normalmente, los litigantes lo que hacen, es decir que en la sentencia se ha violado el principio de razonabilidad porque no se han mencionado los principios, ni la normativa, en la cual se basa la sentencia, y ahí se quedan, y, en consecuencia, concluyen que se habría violado el artículo 76 numeral 7, literal 1 de la Constitución, pero la parte demostrativa, argumentativa, del por qué y en dónde se encuentra en la sentencia ese yerro, no se justifica de manera argumentada.

Una vez más se tiene que insistir que, para demostrar cualquiera de las causales, cualquiera de los vicios, se tiene que hacerlo de forma argumentada, identificando la parte de la sentencia. Ahora, al escoger la causal quinta de la Ley de Casación, se tiene que identificar las tres probabilidades que le da la norma, es decir, que la sentencia no cumplió con uno de los requisitos, que por ejemplo, no tiene firmas, que falta la enunciación del juzgador que editó la sentencia, que falta la relación circunstanciada de los hechos que se van a resolver, o el análisis de la prueba, o las conclusiones. Y, yendo más allá, si la sentencia es contradictoria entre sus premisas considerativas, las premisas de la conclusión y de la resolución, entonces se tienen que identificar esas premisas, ¿qué dice la premisa mayor? esto es, el precepto normativo que se va a aplicar en la sentencia; ¿qué dice la premisa que hace relación a los hechos o premisa menor?; y, la conclusión, y hacer el análisis comparativo, entre la premisa mayor, la premisa menor y, obviamente, el absurdo que resultaría ser la conclusión, por efecto de la contradicción que existe entre aquellas.

No puede olvidarse que, cuando se ataca a la sentencia por falta de lógica, se tiene que hacer relación a las reglas de la lógica, porque la lógica

dinámica que se aplica al momento de hacer el análisis de la congruencia de la sentencia, no se circunscribe únicamente al análisis de las contradicciones, porque la sana crítica, la lógica no se agota en la contradicción. Se tienen varias reglas: el principio de identidad, el principio de no contradicción, el principio de tercero excluido; y, el más complicado de justificar, que es el de razones suficientes. Entonces, es muy complejo alegar este tipo de circunstancias, a una sentencia por falta de motivación.

Es decir, la carga argumentativa que tiene que ser exigida para la justificación de este cargo, tiene que ser una carga suficiente, razonada y que justifique la contradicción, la existencia de una falta de razonabilidad, de contradicción o de lógica, y, finalmente, que esto provoque que no se entienda la sentencia.

En cuanto al caso tres, esto es por los vicios de *extra*, *mínima* y *ultra petita*, que está en el caso 3 del Código Orgánico General de Procesos, y en el caso 4 de la Ley de Casación, es muy particular este vicio y el error más frecuente, que también cometen los casacionistas, al sustentar este tipo de causal, es que se quedan también en la enunciación y dicen que no se ha la pretensión, no se ha resuelto la excepción, pero no justifican, asimismo, debidamente, de manera técnica.

La técnica para justificar este vicio es hacer un análisis comparativo, entre las pretensiones que se presentaron dentro de la demanda, y las excepciones que fueron deducidas en la contestación a la demanda, o en la reconvencción y la contestación, que es como se traba la Litis.

Una vez que se ha trabado la Litis, se tiene que identificar el objeto del litigio, luego de esto, podemos saber sobre lo que va a pronunciar sentencia el juzgador, o guardando coherencia, entre lo que se pretendió y lo que se excepcionó, para efectos de poder analizar si el juzgador no violó el principio de congruencia que se tutela dentro de este caso, en el sentido de la obligación que tiene todo juzgador de pronunciarse en relación del objeto de litigio.

Si es que el juzgador hubiera omitido, por ejemplo, pronunciarse sobre un tema que estuvo en litigio, entonces, estamos frente a un caso de *citra*

*petita*, es decir, se dejó de resolver uno de los temas sustanciales del procedimiento, y se puede alegar que en este caso particular, la sentencia ha incurrido en un vicio de *citra petita*; cuando el juzgador otorga más allá de lo que le pidieron, por ejemplo, cuando en lugar de darle daños y perjuicios, le da, adicionalmente, intereses que no fueron reclamados en materia civil o mercantil, entonces, estamos ante un caso de *ultra petita*, le dieron más de lo que pidió. Al igual que el anterior, hay que hacer este ejercicio comparativo entre pretensión, excepción y lo resuelto, quedando en evidencia que el juez incurrió en haber resuelto algo adicional de lo que se planteó como traba de la Litis, y en este caso, acusada la sentencia respectiva de haber incurrido en el diseño de *ultra petita*.

El último vicio por esta causal es el de *extra petita*, es decir, que se da algo que no se pidió, algo que está fuera de la pretensión o fuera de la excepción, por ejemplo, piden nulidad de contrato y le dan nulidad de escritura. El punto central es que hay que identificar, claramente, cuál es el vicio porque si alegan *extra petita* y resulta que es *citra petita* se estaría incurriendo en un caso en el que se deba rechazar el recurso de casación, porque no ha sido correctamente planteado.

No debe olvidarse que, en el recurso de casación es donde más se aplica, de manera estricta, el principio dispositivo, es decir, el juzgador no está en la facultad de corregir los errores que comete el recurrente.

En relación al caso cuarto del Código Orgánico General de Proceso y caso 3 de la Ley de Casación, este es al que se acude con más frecuencia, porque los abogados litigantes, las partes procesales, normalmente, no se encuentran de acuerdo con la valoración que hacen los juzgadores de la prueba que han presentado, en el sentido de que piensan que, cualquier precepto que hace relación a la prueba es un precepto valorativo de prueba.

En este punto, hay que diferenciar lo que es un precepto valorativo de prueba y lo que es un precepto que regula la prueba.

El precepto valorativo de prueba significa o equivale a una prueba tasada, es decir, es aquella norma o precepto normativo que le da un valor probatorio a algún medio de prueba.

No es aquella norma procesal de legalidad de la prueba, de oportunidad de la prueba y/o de pertinencia de la prueba, porque estas son fases anteriores a la valoración de la prueba, por lo que se hace una distinción muy clara, en el sentido del anuncio probatorio, de la práctica de la prueba, de la legalidad de la prueba, de la pertinencia de la prueba, porque todas estas son fases previas a la valoración, porque se debe respetar la legalidad, la pertinencia, la oportunidad, la conducencia de la prueba, para que recién esté en condiciones de ser valorada; es decir, toda aquella normativa que hace relación a esta fase previa a la valoración de la prueba es un filtro, tan solo, que provoca la aptitud normativa que tiene ese medio de prueba para ser valorado.

Así, si una prueba no es oportunamente anunciada no puede ser valorada. Si una prueba es ilegalmente practicada, no puede ser valorada. Si un medio de prueba no tiene pertinencia con lo que se está discutiendo, tampoco puede ser valorada. O, si esa prueba que, a pesar de ser practicada, anunciada y presentada ante el juzgador, no tiene la pertinencia que se busca, a efectos de la resolución del objeto en discusión, tampoco puede ser valorada.

Ninguna de estas fases previas está haciendo alusión a la fase valorativa, más bien, son un requisito previo para que ese medio probatorio, que reúne todas estas condiciones previas, esté en aptitud de ser valorado.

Una vez que han cumplido con esta fase previa, el medio probatorio que ha sido legalmente evacuado, anunciado, oportunamente presentado, legalmente practicado, con inmediatez, con concentración, con oralidad, ha cumplido con todos los requisitos previos para poder ser valorado.

De aquí en adelante, es donde se tiene que identificar cuál es ese precepto normativo que regula esa valoración de prueba.

El caso típico que se presenta en materia laboral, por ejemplo, es la confesión ficta del demandado o el juramento deferido del trabajador para justificar el tiempo de servicios y la relación laboral, a esa prueba, que, además es subsidiaria, la norma le da un valor ilegal, es decir, el precepto

normativo establece una regla de valoración para esta actuación probatoria, que se llama juramento deferido o confesión ficta.

### **¿Qué dice el precepto normativo?**

La confesión ficta o el juramento deferido harán prueba, siempre que no exista una prueba que demuestre la relación laboral o el sueldo del trabajador.

Este es el típico ejemplo de un precepto de valoración de la prueba, es decir que, si en materia laboral, no hubo pruebas sobre estos dos puntos y existe el juramento referido a la confesión ficta, el juzgador tiene que elevarle a la categoría de prueba plena al juramento deferido o a la confesión ficta.

No así, cuando obviamente se puede alegar el artículo 164, en concordancia con la norma del Código del Trabajo, que regula en el juramento diferido o la confesión ficta, o haciendo este ejercicio de completar el precepto valorativo de prueba, con la parte de la oportunidad, de la conducencia, de la valoración en conjunto de la prueba, de la sana crítica, porque al existir todos estos preceptos que forman un cuerpo, un conjunto que establece un sistema de valoración de la prueba, tienen que actuar en concordancia todos y cada uno de estos preceptos para que se justifique.

Entonces, primero hay que identificar el precepto valorativo de la prueba, el medio sobre el que recae el error, para luego de argumentar la existencia del yerro en la parte específica de la sentencia, en relación con ese medio de prueba en particular, pasar a la segunda fase, que es la demostración de la violación indirecta de una norma sustantiva, porque en este caso, en particular, es una violación doble; violación directa del precepto valorativo de prueba que tiene que provocar como consecuencia la violación indirecta de una norma sustantiva.

Una vez que se ha hecho esta relación entre la norma procesal de valoración de la prueba y el precepto sustantivo, hay que hacer la justificación de la relevancia de la existencia de estos dos yerros y cómo afectó la resolución en la parte dispositiva.

Como se evidencia, la sustentación de esta causal, ya sea por ley de casación o en el Código Orgánico General de Procesos, reviste de una complejidad muy grande y de alta técnica jurídica, y, normalmente, es la más alegada, la menos sustentada y la menos justificada, porque obviamente, entraña una tecnicidad muy compleja.

Se le debe prestar atención al precepto sustantivo, porque la última causal en el Código Orgánico General de Procesos y la primera de la Ley de Casación es la violación directa de precepto sustantivo, pero en el caso de la causal en cuestión, no es violación directa, porque uno de los errores más frecuentes es hacer la alegación simultánea, pues, si ya se alega violación indirecta de norma sustantiva por causal cuarta del Código Orgánico General de Procesos y tercera de la Ley de Casación, no se puede alegar la violación directa de la misma norma por la causal quinta del Código Orgánico General de Procesos o primera de la Ley de Casación, porque estaríamos haciendo una alegación simultánea de violación directa de la misma norma y violación indirecta por la otra causal; ahí, la una anula la otra, porque no es lo mismo violación directa que violación indirecta.

En la sustentación, la violación directa de un precepto sustantivo, también tiene que ser específica, y aquí hay que hacer solamente una aclaración, en el sentido de que, el error más frecuente, cuando se sustenta por esta causal - causal quinta del Código Orgánico General de Procesos o primera de la Ley de Casación-, es que no completan la proposición jurídica completa.

El ejemplo más típico es hacer la alegación de la violación de un precepto constitucional. Hablan siempre, por ejemplo, de la violación del derecho a la defensa, pero ese precepto es una norma de optimización, es una regla de optimización, y el precepto sustantivo está compuesto de dos partes: una hipótesis y una consecuencia. La norma constitucional, si bien ampara un derecho o una garantía, no da la consecuencia, salvo casos excepcionales, como, por ejemplo, la norma que establece que la prueba obtenida ilegalmente no surtirá efectos o no podrá ser valorada, pero no todos los casos son los mismos, y la mayoría de los casos son normas de optimización, que tienen que ser completadas con otros preceptos normativos de inferior categoría, que den la consecuencia jurídica al principio constitucional.

Como recomendación, en este caso, es evitar recurrir a los preceptos constitucionales, sino más bien, ir directo al precepto sustantivo que está desarrollando el principio constitucional; de esta manera, es más técnico, más fácil y de manera más directa, la sustentación. Obviamente, con las recomendaciones que se han hecho, de identificar la parte de la sentencia y la relevancia que tiene cada uno de estos errores.

Para terminar, se tiene que hacer relación a uno de los errores, también más frecuentes, en relación al caso primero de la Ley de Casación y del caso quinto del Código Orgánico General de Procesos, que es cuando alegan una violación de la jurisprudencia.

De acuerdo con la Ley de Casación, recordemos que la reiteración de tres sentencias o tres precedentes jurisprudenciales dictados por la Corte Nacional o la Corte Suprema, antes, hacen jurisprudencia.

De acuerdo con la nueva normativa del Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico General de Procesos, para que exista jurisprudencia tiene que haber una resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que eleve a esta categoría, es decir, no se puede simplemente, mencionar el precedente jurisprudencial y sostener que se violó esa jurisprudencia, sino que se tiene que hacer el ejercicio analítico de desprender la regla jurisprudencial que se dictó mediante esa resolución de la Corte Nacional y aterrizar en los hechos, en la sentencia que se está acusando como violatoria al derecho y hacer el análisis justificativo correspondiente.

Aquí hay una regla jurisprudencial, que tiene que ser aplicada como precepto sustantivo, y, obviamente, vía falta de aplicación, vía indebida aplicación o errónea interpretación de un precedente jurisprudencial, se ha violado la jurisprudencia nacional.

## LA CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR, CONFORME EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

*Dr. Wilman Terán<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; Magister en Derechos Humanos, por el Instituto Superior de Prostrado en Ciencias Internacionales, por la Universidad Central del Ecuador. Magister en Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad Regional Autónoma de los Andes; Magister en Derecho Penal y Criminología; y, licenciado en Ciencias Públicas y Sociales; Candidato a PhD por la universidad Andina Simón Bolívar (Sede Bolivia) y por la Universidad de Rosario Argentina. es Doctor Honoris Causa por la Universidad Privada de Ica – Perú. Ha recibido Acuerdos de felicitación del Consejo de gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santo Domingo, por ser ejemplo para la presente y futuras generaciones, Reconocimiento por haber obtenido las máximas calificaciones en la evaluación de desempeño como Juez y Condecoración Cóndor de la Libertad por la universidad Central del Ecuador. Actualmente es Juez Nacional encargado de la Sala de lo Civil y Mercantil y de la Sala de la Familia Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores.

## LA CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR, CONFORME EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El ordenamiento penal ecuatoriano tiene una particularidad muy específica. Este orden se llama Sistema Integral Penal, que coadyuva en un solo conjunto, tanto el derecho sustantivo, como el derecho adjetivo; así también, sus sub partes: el derecho penal parte general, el derecho penal especial, lo procesal y la fase de ejecución.

Visto esto, por lo general, cuando sucede un evento que alarma a la sociedad, implica que, hay bienes jurídicamente protegidos, a los cuales, el legislador ha querido darles una especial atención; los llega a llamar de relevancia penal, porque generan esa alarma pública, que crea una zozobra, que tiene que ser calmada, a través de la actividad pública que se efectúa, a través de los diversos niveles de las instituciones del Estado.

Por ejemplo, sucede un evento alarmante, un robo, una violación, un asesinato. Se activa el primer filtro, el orden público de la Policía Nacional, inmediatamente, interconectada con la fiscalía, nace, posiblemente, un procedimiento, ya que las etapas del proceso penal, como lo distingue el artículo 589 del Código Orgánico Integral Penal, son las etapas de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio, y el juicio propiamente dicho.

El Estado, cuando sucede una conducta penalmente relevante, concluye dando su respuesta, a través de la culminación de la etapa de juicio, es decir, allí va a concluir con una sentencia, en protección de los derechos vulnerados: derecho a la propiedad, en el caso de robo; derecho a la vida, en el caso del asesinato u homicidio; derecho a la integridad sexual, en el caso de violación sexual, por ejemplo.

Todos ellos van a terminar, dando una respuesta en protección y catalogación de esos derechos, a través de una sentencia, ya sea esta sentencia que fractura el estado de inocencia de la persona que se procesa o que ratifique su estado de inocencia. En definitiva, cuando terminan las etapas del proceso, el juicio abre un momento impugnatorio, que puede

devenir, luego de la sentencia, con el recurso de apelación que está encaminado a verificar errores improcedentes, que quiere decir, errores en el procedimiento y errores en el derecho aplicado.

¿La apelación es un examen al juicio? Es un examen integral. Es un examen de lo que puede, en efecto, de la inmediación, hacerse en apelación. La apelación es un recurso ordinario. Luego de esta apelación, hay la factibilidad de invocar el recurso de casación, conforme el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal. Este recurso de casación, es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procede contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, por contravención expresa, por haber realizado una indebida aplicación de la norma, por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles a casación, todos los recursos que intenten o pretendan generar un examen de prueba. Entonces, la casación es un juicio de legalidad a la sentencia; es un examen de la ley dictada por el legislador, aplicada por el juzgador en la sentencia. La casación se encamina a examinar que esta ley, haya sido, de manera adecuada, encumbrada por el operador jurídico y que este haya dado la respuesta adecuada a la sociedad.

Conforme al artículo 168, numeral 6 de la Constitución, rigen los principios de oralidad, concentración e inmediación; con estos principios, en la etapa del juicio, un juez pluripersonal, en vivo, recrea y recibe pruebas, por efecto del sistema de adversidad, que es donde las partes, a la luz del principio de contradicción, exponen pruebas, evidencian hechos y estas pruebas y hechos, se confluyen en un cuadro fáctico.

El cuadro fáctico es la conclusión producida por el efecto de las premisas que constituyen las pruebas, y el silogismo radicado, entre las posturas de cada parte, de cada sujeto procesal. Este cuadro fáctico, no es más que el ejercicio de la subsunción que hace el juzgador, respecto del tipo penal, pero lo hizo por efecto de inmediación.

¿Cómo puede la Corte Nacional entrar a juzgar este pacto de inmediación? Lo que la Corte Nacional hace, en consecuencia, a través de su sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial, tránsito, corrupción

y crimen organizado, es examinar que la ley y que los ejercicios de subsunción utilizados sean adecuados, ya sea en alusión al tipo penal propuesto, al grado de participación dado a las personas, en la descripción de la conducta penal.

En consecuencia, cuando se encumbra el recurso de casación, y se ven cada una de las causales que son de contravención expresa, indebida aplicación y errónea interpretación, que están determinadas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, cabe preguntarse:

¿Qué es contravención expresa? La contravención expresa es aquel vicio que se presenta, cuando el juzgador deja de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que los hechos, que los ha considerado y los ha dado por ciertos, tras la valoración de la prueba que ha hecho el juzgador, guardan identidad con el supuesto fáctico de la aplicación normativa.

Es así que, conforme al artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, su texto establece que, son penalmente relevantes, las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. En consecuencia, es un primer examen, el verificar si esa acción u omisión, a la que le denominó el juzgador delito, es descriptible y demostrarlo.

Hay que tomar en cuenta que, conforme al artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal, que en su texto data los tipos penales, describen los elementos de las conductas penalmente relevantes. Entonces, confiere esto, la potestad del juzgador de verificar, si lo narrado, es la identidad del hecho, si es congruente con la descripción de los elementos de las conductas, penalmente relevantes.

Así también, debe verificar que la conducta penalmente relevante, sea antijurídica, que amenace con lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido, como lo dispone el artículo 29; es decir, que cuando el juzgador deja de aplicar esta norma, que guarde coincidencia con el hecho puesto a su examen para sentenciar y satisfacer el clamor público.

Aparece y surge este vicio: el vicio de indebida aplicación, que aparece cuando el juzgador, ha utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que los hechos que los ha tomado como ciertos y probados, tras la valoración de la prueba, no guardan ninguna identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la disposición normativa.

En otras palabras, tratando de ser más explicativo, es un yerro del juzgador, al seleccionar la norma de forma adecuada, al seleccionar una tipicidad o una antijuridicidad, de manera que no es la correcta para solucionar el problema jurídico. Tal es así que, por ejemplo, un evento que es compatible con el tipo penal de robo, lo hace la subsunción al tipo penal de hurto; un evento que es compatible al tipo penal de violación, el yerro radica en que lo hace compatible con otra infracción.

Otro de los vicios es la errónea interpretación, se da cuando el juzgador utiliza una norma jurídica adecuada para resolver determinado caso concreto, pero la interpreta en forma inadecuada, en su sentido y alcance. En este caso, se tiene, por ejemplo, que el tipo penal es el adecuado, pero sucede que, la participación expuesta, le ubica de manera alterada. El artículo 42, por ejemplo, que habla de la autoría y sus clasificaciones, utiliza una forma de participación distinta.

En este sentido, el sistema integral penal cumple una labor de control para estabilizar esa alarma social, esa alarma pública. Hay que considerar siempre que, las conductas penalmente relevantes, las acciones u omisiones que ponen en peligro, tienen que ser y producir resultados descriptibles y demostrables.

Cuando estos resultados carecen en la sentencia, cuando no hay esa destructividad, cuando hay esa incompatibilidad con los elementos del tipo penal, cuando se ha lesionado un bien jurídico protegido sin causa justa, aparece el censor penal y las diferentes formas de violar la norma.

El recurso que se exhibe ante la Corte Nacional de Justicia, conforme la Resolución 10-2015, tiene que ser presentado, de manera fundamentada. Hay un plazo para interponer el recurso, que tiene que ser respetado, de

cinco días. Este escrito fundamentado, tiene que corresponder al conjunto de principios y reglas que, a través de la historia, ha construido el máximo organismo de administración de justicia del Ecuador.

Es así que este escrito fundamentado, cuando es remitido a la Corte Nacional de Justicia, atraviesa una fase y luego otra, significa que, el recurso de casación, atraviesa por tres fases esenciales.

La primera fase, la interposición, donde el juzgador, es decir, el juez provincial, primero verificará que los tiempos, en los cuales fue interpuesto este recurso de casación, fueron los adecuados, y remitirá, sin más trámite, a la Corte Nacional de Justicia.

Luego, hay la segunda fase de admisibilidad, donde se verificará que, el escrito contenido del recurso de casación, posea los elementos formales mínimos, es decir, la identificación de la sentencia, objeto de impugnación. La referencia de las partes procesales, la alusión de las normas de derecho infringida, es la expresión de la causal o causales por las que se acusa.

Algo en donde se guarda consonancia con las otras áreas del derecho, es que rige el principio de autonomía, que significa que, una causal y una norma jurídica, no puede abarcar diferentes causales. El principio de toda causal, tiene que estar engranado en una argumentación distinta, autónoma e independiente.

Cabe aquí entonces señalar que, la casación, no constituye fórmula de nueva instancia, por lo tanto, no es que se va a volver a debatir los hechos ya vistos y concluidos en una propuesta fáctica que le da la sentencia. Además, en el orden penal, rige el principio de civilidad de las sentencias, el cual absorbe, cuando alguna sentencia de apelación es ratificatoria del juicio. Momento en el que el orden casi racional, los contenidos de la sentencia de juicio son absorbidos por los contenidos, también de la sentencia del Tribunal de Apelación, es decir, hay mayores argumentos para discusión. Es de filtro, segunda fase de casación, de admisibilidad; lo practica el tribunal de jueces que han sido sorteados.

En este mismo orden de ideas se tiene que, cuando el caso es declarado admisible, se pasa a la tercera fase, que es la de resolución a la luz de la

oralidad, se convoca a un día y hora de audiencia, donde las partes, conforme al principio dispositivo, deben sustentar, oralmente, el recurso de casación.

Al hacer el sustento oral, es sometido a contradicción por la Fiscalía General del Estado, o en su caso, si Fiscalía es la recurrente, es sometido a contradicción de la contraparte o sentenciada.

Hasta ese momento, y este efecto confrontativo de las partes, en una audiencia oral, el juez pluripersonal que conforma la Corte Nacional de Justicia, luego de escuchar a las partes, delibera, examina la ley acusada en la sentencia; revisa los hechos y hay una potestad ultra que da una protección, un plus de protección mayor, porque se está tratando de derechos inmanentes, derechos en lo fundamental, el derecho a la inocencia y el derecho de lo que trata el bien jurídicamente protegido, que ha sido vulnerado. Pues, en caso, de encontrar de que la sentencia, ha violado la ley y la fundamentación del recurrente, sea equivocada, en ese caso, casará de oficio, es decir, que existe la casación de oficio, que si le acusaron de una errónea interpretación, y que la Corte determina que no es errónea interpretación y que hay una contravención expresa de otra norma, casa de oficio, situación limitativa para las otras áreas jurídicas; entonces, en el orden penal, si bien es cierto existe el filtro de la fase de admisibilidad, cuando ese ha sido superado y entra a la fase de resolución, se puede llegar a casar de oficio, aun si la parte que ha recurrido, ha tenido una fundamentación y una acusación contra la sentencia equivocada.

Es menester tomar en cuenta que, además de las tres causales indicadas: contravención expresa, indebida aplicación y errónea interpretación, incluso, puede haber la casación por falta de motivación, cuando las extensiones lógicas son doble efecto. Un efecto de declaración de nulidad hacia el fallo inmotivado y motivo, porque no es suficiente, porque no es claro, porque no es concreto, porque confunde los puntos extraídos.

Otra cuestión es que, si es sin motivo, pero puede contener un cuadro fáctico, nada claro, la falta de motivación no solo puede implicar que es nulo, sino que, la Corte Nacional, verificando por el principio de inestabilidad de la sentencia, puede enmendar esa motivación y dar

solución concreta al caso, que ha sido puesto en su conocimiento. De esta manera, es que ya ha revertido el recurso de casación, se devuelve el proceso que baja en cascada hacia el Tribunal de Apelaciones y hacia el Tribunal de Juicio, para que ejecute o haga ejecutar lo juzgado.

El recurso de casación, en consecuencia, constituye un juicio de legalidad hacia el juicio, un juicio contra el juicio, porque la sentencia o el fallo del Tribunal del Juicio, es el reflejo de lo que hicieron en la etapa de juicio. Estos yerros son taxativamente únicos y exclusivos. Si bien la facultad libre de la Corte, de que una vez que ha sido declarado admisible el recurso de casación, no importa lo errado, lo antitécnico que sea, el expositor en la audiencia oral o los fundamentos que sean los que se los exponga, puede de oficio casar la sentencia. Hay que considerar que, no hay potestad revisora de prueba. Tampoco hay potestad revisora ya de hechos, por eso es que se habla de cuadro fáctico.

El cuadro fáctico es la conclusión a la que llega el juzgador de segundo nivel. Este juzgador de segundo nivel abstrae lo que analiza y examina el juzgador del tribunal de juicio, en el procedimiento ordinario o del juzgador a quo. En el caso de los otros procedimientos, llámese directo, en ese momento, construyó una conclusión que puede ser reverenciada, que el guía tal, a tal hora, el ciudadano tal, perpetró tales actos, actos que se subsume a un tipo penal. Ese cuadro fáctico es el que se le analiza y visto el análisis es que la Corte Nacional puede dar una apreciación distinta de la aplicación de la ley, respecto de ese inmutable e inamovible cuadro fáctico.

Pero, si ese cuadro fáctico es deficiente, tan pobre que no puede tener conexiones para la norma, no quedará más que multar por falta de motivación. Mucho se ha discutido, de que a la luz del artículo 168 de la Constitución y el propio Código Orgánico Integral Penal, que en el artículo 5 establece el principio de oralidad, y que, por ende, todas las etapas yacen en virtud de audiencias, así pues, la etapa de instrucción inicia con una audiencia oral de fundamentación de cargos. La etapa intermedia se vierte a la luz de una audiencia oral, donde se van a verificar, entre otras cosas, los vicios de procedibilidad, prejudicialidad, admisibilidad, cuestiones de nulidad que pueden afectar a la validez del proceso, la exposición de la que

acusa y cómo lo acusa y el anuncio de pruebas, porque no hay un ejercicio, una batalla sorpresa, a la luz de la oralidad.

Con todo lo que implica la oralidad, con sus principios de publicidad, con la contradicción y mediación, y, por último, la etapa del juicio, que no es más que un juzgamiento, en donde las pruebas, previamente anunciadas, llegan allí y a la luz de la oralidad, se hace, se contradice, se defiende. Así también, si hay impugnación, el recurso de apelación se ventila y se fundamenta de manera oral, no se ventila de manera escrita, entonces, las críticas han venido constituidas porque el recurso de casación tiene que radicar de una sustentación y una fundamentación escrita. Sí, eso sería atentatorio contra los preceptos del artículo 168, numeral 6, del código, de la Constitución, pues es el fallo de triple reiteración.

Afirma Díaz (2015) que es un fallo que se construye a la luz de una realidad, pero, una realidad es que, si el sistema adversario, se basa en un anuncio previo que implica el conocimiento de la contraparte, de lo que va a discutir y de lo que va a ser expuesto o propuesto, dentro de una audiencia, para ver una formulación de cargos previamente, y una notificación en conjunto de resolver; para ver una audiencia preparatoria y violatorio de juicio, también hay una notificación con un conjunto de razones en un juicio.

Hay una resolución motivada de llamamiento a juicio y tiene un conjunto de razones para ver una apelación. Hay una sentencia que tiene un contenido, un conjunto de razones para que haya casación hay que explicar la violación de la ley en la sentencia.

En definitiva, este conjunto de razones previene al otro litigante, para que sepa por dónde viene el tejido argumentativo de lo que discutirá en la futura audiencia. Y esta discusión, en la futura audiencia, es la que verterá si se califica de dable o no a lo impugnando. De esta manera, el recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación. Tiene sus propios principios, tiene sus propias causas a la luz de estas propias causales. Tiene un orden estricto que no entra a revisar o verificar.

La prueba, en este sentido, la argumentación jurídica que dote de sustento al cargo de casación, tiene que contener o determinar, de manera

categoría, específica, cierta, el párrafo, el apartado, lugar puntual de la sentencia impugnada, donde se encuentra el yerro del derecho, entonces, no puede haber acusación contra la sentencia, sino se señala en la parte específica, donde hay el yerro de la sentencia.

El impugnante tiene que confrontar ese razonamiento del juzgador en el texto de la sentencia, sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que él considera que ha provocado el yerro del derecho, con aquella aplicación o interpretación, que estima el recurrente, que debía haber realizado. En uno o varios párrafos determinados, exponiéndolos de manera clara tiene que explicar las razones, por las cuales, considera toda la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte positiva de la sentencia impugnada. No hay que olvidar que, la omisión de una mera formalidad, no puede provocar el sacrificio de la justicia. En este sentido, el yerro que se usa, tiene que ser tan trascendente que, si no se hubiera errado en ese sentido, no hubiera habido la conclusión a la que ha llegado el juzgador.

Es de indicar también que, el recurso de casación, al ser tan especial y especialísimo, no pretende la búsqueda en el orden penal de errores, teniendo cuestiones que sí pueden verse en materias no penales, cuando hablan de la valoración probatoria, cuando hablan de vicios de procedimiento que generan indefensión. Pero en el orden penal, las cuestiones de procedimiento no llegan a ser objeto de análisis, es decir, todo el ataque tiene que verter sobre la aplicación de normas sustanciales, materiales, normas sustantivas.

Estos cargos del recurso de casación tienen que ser fundamentados de forma autónoma. Al ser autónomo, debe ser señalado de forma directa, es decir, mencionar los elementos que se consideran probados en las sentencias impugnadas; se ataca a los elementos de prueba, inmediatamente. Esto genera la sanción del inciso segundo del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, ya que no son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de prueba ni de valoración.

A la luz de estos contenidos, solo cuando uno es admitido, se convoca audiencia y la audiencia no debe de ser en lo concreto, una réplica textual del escrito de fundamentación del recurso, sino que, tiene que ser una ampliación de eso; que exponga o que explore más allá de lo visible en la lectura, a la luz del sistema oral.

Generalmente, el fracaso del gran número de recursos de casación en el orden penal, se debe a la falta de comprensión de las causales y los principios del recurso de casación, cuando no existe esta comprensión. Hay acusaciones inadecuadas, y la estructura formal del recurso del escrito de fundamentación, es desechado.

Posiblemente, a veces, surge la inquietud: ¿Será porque acaso, en la matriz académica de las universidades y casas de estudio, no existe una materia específica dedicada al orden casacional? ¿Será porque la teoría general de los recursos, es una teoría general, con el aparecer de nuevos códigos, distinta a la que tradicionalmente se venía manejando?

Cabe destacar aquí que el Código Orgánico Integral Penal, apenas vigente desde el año 2014, sustituye a un conjunto de leyes, pues, el orden de delitos estaba destinado en un código independiente del Código Penal. El orden del procedimiento estaba destinado en otro Código, el Código de Procedimiento Penal, el orden de la ejecución de la pena que estaba destinado en el código de ejecución de penas, y había infinidad de delitos, incluso, trámites propios entregados en distintas normas, y a la luz del Código Orgánico Integral Penal, se integraron todos estos. De allí, la importancia de diferenciar estos aspectos.

Y se resalta, qué implica casar antes y ahora, porque existe una crasa vulneración de derechos, existen garantías jurisdiccionales que sí pueden ser procedentes, cuando hay una vulneración de derechos, en fase de instrucción, puede ser procedente a la luz de una garantía jurisdiccional, el hábeas corpus, como recurso procedente de apelación en la etapa intermedia si hay una crasa violación de los derechos; pero, la casación, es exclusiva, luego de la sentencia de apelación.

## REFLEXIONES DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PAZ

*Dr. Ricardo Tapia<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Congreso del Estado de Morelos y por la Federación Iberoamericana de Abogados, y en 2019 por la Federación de Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados del Estado de México. Es comentarista jurídico en diversos medios de comunicación. Es Doctor en Derecho cum laude por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), egresando con promedio general de 10.0 (promedio histórico más alto en la Facultad, y promedio más alto del país en 2013). Es especialista en Justicia Constitucional, Contratación Pública y Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Es Diplomado en Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuenta con diversos cursos, diplomados y talleres. Cuenta con más de dieciocho años de servicio docente y de investigación de tiempo completo en instituciones de educación superior y centros públicos de investigación. Es candidato a Investigador Nacional en el SNI de CONACYT a partir de 2019. Actualmente es profesor de Tiempo Completo "C" en licenciatura y posgrado en la UAEM, y por asignatura en posgrado en el Colegio de Morelos, en el Centro Universitario Villavicencio y en la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Sus líneas de investigación son: Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Administrativo. Es Director de la revista DIAPHORA y Coordinador Editorial en el Colegio de Morelos. Es director de la colección "Derecho y Ciencias Sociales" en la editorial Eternos Malabares. Ha escrito dos libros, dieciséis capítulos de libros (siendo además coordinador en diez de ellos) y más de 20 artículos en diversas revistas. Tiene colocada obra en diversas bibliotecas académicas de América y Europa, y en la biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha dictado ponencias en diversos foros de México, España e Iberoamérica.

## REFLEXIONES SOBRE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PAZ

**Sumario:** *I. El derecho a la paz como derecho fundamental a manera de introducción, II. Las formas jurídicas de resolver el conflicto, III. Los medios de justicia alternativa como mecanismos más eficaces frente a la solución del conflicto, IV. Derechos disponibles y no disponibles para la solución alternativa de los conflictos, V. Conclusiones, VI. Referencias de Investigación.*

**Resumen:** Este trabajo presenta una reflexión sobre la mayor efectividad de los medios alternos de solución de conflictos para garantizar los derechos fundamentales, en especial, el derecho a la paz. También presenta una reflexión sobre las zonas disponibles y no disponibles para la avenencia respecto de dichos medios alternos.

**Palabras Clave:** derechos, fundamentales, paz, medios, alternos, solución, conflictos, disponibilidad.

### **I. El derecho a la paz como derecho fundamental a manera de introducción**

Se conceptúa a los derechos humanos como el conjunto de prerrogativas sustentadas en la idea de dignidad, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona<sup>2</sup>. Cuando esos derechos se positivizan en normas jurídicas (generalmente en Constituciones o tratados internacionales) se denominan derechos fundamentales.

En el modelo de Ferrajoli<sup>3</sup>, para la realización de los derechos fundamentales, se requiere en la *praxis* de ciertas herramientas normativas

---

<sup>2</sup> Cfr. Sitio de internet: [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos) (consultado el 22 de noviembre de 2021).

<sup>3</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 7ª, Madrid,

positivizadas tendentes a reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, encaminadas a posibilitar la máxima eficacia de esas prerrogativas en coherencia con su estipulación. A esas herramientas se les ha denominado “garantías”, que instauran ya obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión (garantías primarias - preventivas-), o bien, sanciones, reparaciones o nulificaciones respecto de las violaciones a dichos derechos o a las garantías primarias (garantías secundarias -remediales-).

Ahora “la paz duradera es premisa y requisito para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos”<sup>4</sup>.

En el *hard law* internacional se destaca que el artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas dice que “la paz internacional es el primero y fundamental objetivo de las Naciones Unidas”.

---

España, 2010, pp. 25, 43 y 59.

<sup>4</sup> Unesco, *El Derecho Humano a la Paz, Declaración del Director General*, p. 5, visible en el sitio de internet: [http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2_S.PDF) (consultado el 22 de noviembre de 2021).

Se ha considerado a la paz dentro de los valores esenciales de la comunidad internacional, por lo que se estima que dicho derecho es parte del *ius cogens*<sup>5</sup>. En esa línea, Gros Espiell<sup>6</sup> refiere que:

El derecho a la paz es un derecho que reviste este carácter de *jus cogens* por un doble motivo.

Por constituir la necesaria proyección de las consecuencias de la interdicción del uso de la fuerza en los términos fijados en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas, caso reconocido unánimemente como una de las situaciones a la que es aplicable el concepto de *jus cogens*.

Y además porque el derecho humano a la paz, una (sic) de las expresiones del derecho a la vida, en cuanto derecho humano, es por ello, asimismo, uno de los casos de *jus cogens*, concepto que incluye actualmente y de manera necesaria todo lo referente al reconocimiento, la protección y garantía del núcleo esencial de los derechos humanos.

En el *soft law* internacional sobresale la resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada “Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz”, cuyo artículo 1.1 dispone:

---

<sup>5</sup> El artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* definen al *ius cogens* como una “norma imperativa de derecho internacional general...aceptada y reconocida por la comunidad internacional...no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior...que tenga el mismo carácter” (*ius cogens superveniens*). Ian Brownlie expone sobre ésta categoría jurídica, que las normas de *ius cogens* “son normas de derecho consuetudinario...no pueden eludirse por un tratado o acuerdo, sino únicamente por la formación de una norma consuetudinaria subsecuente de efecto contrario”. Véase Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico*, Ed. UNAM-IIJ, México, 2003, p. 61.

Así, “las normas de *ius cogens* tienen como objetivo proteger los valores esenciales de la comunidad internacional como un todo [siendo] normas de importancia colosal en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana”. Véase Quispe Remón, Florabel, *Ius cogens en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso*, en “Revista de Derecho”, No. 34, Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia), 2010, p. 52. Visible en el sitio de internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a04.pdf> (consultado el 22 de noviembre de 2021).

<sup>6</sup> Gros Espiell, Héctor, *El derecho humano a la paz* pp. 533-534, visible en el siguiente sitio de internet: <http://corteidh.or.cr/tablas/R21744.pdf> (consultado el 22 de noviembre de 2021).

Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz.

El respeto de ese derecho, así como los demás derechos humanos, redundan en el interés común de toda la Humanidad y es una condición indispensable para el adelanto de todas las naciones grandes y pequeñas, en todas las esferas.

En ese orden de ideas la UNESCO ha sostenido que:<sup>7</sup>

La paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todas y todos tenemos derecho a vivir en paz; todas y todos tenemos derecho a una paz justa, sostenible y duradera. La paz no es sólo ausencia de conflictos armados, internos o internacionales. La paz es un concepto mucho más amplio y positivo que engloba el derecho a ser educado en y para la paz; el derecho a la seguridad humana y a vivir en un entorno seguro y sano; el derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible; el derecho a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia frente a actividades que supongan amenazas contra la paz; el derecho a la resistencia contra la opresión de los regímenes que violan los derechos humanos; el derecho a exigir a todos los Estados un desarme general y completo; las libertades de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión; el derecho al refugio; el derecho a emigrar y participar en los asuntos públicos del Estado en que el se resida; y el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación efectiva que asiste a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

Ahora, se pone de relieve que, en el derecho comparado, el artículo 22 de la Constitución colombiana prescribe que “la paz es un derecho y un deber de

---

<sup>7</sup> Véase Unesco, *La paz es un derecho humano*, visible en siguiente sitio de internet: [http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films\\_details&id=2800](http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films_details&id=2800) (consultado el 22 de noviembre de 2021).

obligatorio cumplimiento”, y los artículos 38 y 393 de la Constitución ecuatoriana disponen, respectivamente, que es deber primordial del Estado: “[g]arantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz”, y que “[e]l Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos”.

De lo anterior se observa que se considera a la paz como un derecho fundamental, pues se presenta como una prerrogativa necesaria para la realización efectiva del desarrollo integral de la persona al ser “premisa y requisito para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos”; además, la paz se encuentra positivizada como derecho en diversos ordenamientos nacionales e internacionales y forma parte del *ius cogens*.

## II. Las formas jurídicas de resolver el conflicto

El término “conflicto” quiere decir “combate, lucha, pelea...problema, cuestión, materia de discusión”<sup>8</sup>. Ezequiel Ander-Egg<sup>9</sup> “sostiene que el conflicto es un proceso social en el cual dos o más personas o grupos contienden, unos contra otros, en razón de tener intereses, objetos y modalidades diferentes, con lo que se procura excluir al contrincante considerado como adversario”. El término controversia se refiere a un estadio anterior al conflicto, que implica la posibilidad de convertir algo en discutible, de modo que dos posiciones opuestas se confrontan. Si una controversia no es gestionada pasa al estadio del conflicto<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://dle.rae.es/conflicto?m=form> (consultado el 22 de noviembre de 2021).

<sup>9</sup> Citado en Fuquen Alvarado, María Elina, *Los conflictos y las formas alternativas de resolución*, en *Tabula Rasa. Revista de Humanidades*, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia, num. 1, enero-diciembre de 2003, p. 267, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.redalyc.org/pdf/396/39600114.pdf> (consultado el 22 de noviembre de 2021).

<sup>10</sup> Cfr. Vilalta Nicuesa, Aura Esther, *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Ed. Aranzadi, España, 2013, p. 50.

Por su parte el término “paz” se define como “relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos”<sup>11</sup>. Así, considero que el derecho fundamental que inicialmente se afecta con el conflicto es el inherente a la paz<sup>12</sup>.

En el plano jurídico, a lo largo de la historia el ser humano ha utilizado diversos mecanismos para zanjar sus conflictos o controversias. Actualmente, quizá la clasificación más extendida es la que, en una visión basada en las partes intervinientes, divide a estos mecanismos en una tricotomía: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición<sup>13</sup>; confrontando las ideas de los autores referidos al pie, explicaremos a continuación cada uno de estos mecanismos.

La autotutela importa la imposición coactiva de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sin la intervención de terceros. Fue en un principio el medio más utilizado para resolver conflictos. Actualmente, en lo general, la autotutela está prohibida y es punida<sup>14</sup>; no obstante, aún subsisten lícitamente algunas de sus formas, por ejemplo, en el corte de las ramas de predio vecino extendidas en el propio<sup>15</sup> o la invalidación oficiosa

---

<sup>11</sup> Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://dle.rae.es/paz?m=form> (consultado el 22 de noviembre de 2021).

<sup>12</sup> Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Diké-Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021, p. 128.

<sup>13</sup> Véase Robles Garzón, Juan Antonio (director-coordinador), *Conceptos básicos del derecho procesal civil*, Ed. Tecnos, ed., 2ª, Madrid (España), 2010, pp. 43-47; Moreno Catena, Víctor, y, Cortés Domínguez, Víctor, *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 7ª, Valencia (España), 2013, pp. 36-40; y Ovalle Favela José, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford University Press, ed. 6ª, México, 2011, pp. 4-33.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en México, el artículo 17 de su Constitución, dispone, en su primer párrafo que “[n]inguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, y su *Código Penal Federal*, en su artículo 226, tipifica como delito de *ejercicio indebido del propio derecho*, a la conducta consistente en “que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia”.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en Colombia, el artículo 999 de su *Código Civil*, dice que “[s]i un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, o penetra en él sus raíces podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar él mismo las raíces. Lo cual se extiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida”.

del acto administrativo que adolezca de nulidad<sup>16</sup>.

La autocomposición consiste en un arreglo alcanzado de forma voluntaria por los propios contendientes para lograr la pacificación. Se concreta a la renuncia parcial a las posiciones defendidas inicialmente, lo que al mismo tiempo puede implicar el reconocimiento de los derechos de la parte contraria; por tanto uno o ambos contendientes ceden voluntariamente en sus iniciales pretensiones, y de ese modo queda pacificado el litigio. Ahora, en este mecanismo son los propios contendientes los que solucionan el conflicto, aunque, eventualmente puede participar una tercera persona<sup>17</sup> que actuará *inter partes*<sup>18</sup>.

Los mecanismos autocompositivos pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales, e implican de algún modo actos de disposición de la pretensión o del derecho para poner fin a un conflicto, en los primeros la solución se alcanza por la concesión de alguna de las partes, y en los segundos por el acuerdo de éstas. Así, dentro de los aparatos autocompositivos unilaterales se encuentran:

1. La renuncia a la acción, que es la dejación definitiva del derecho tal y como se había configurado inicialmente, solucionando así el

---

<sup>16</sup> Por ejemplo, en Ecuador, el artículo 132 de su *Código Orgánico Administrativo*, indica, en su primer párrafo, que “el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada”.

<sup>17</sup> Como en la Mediación (que algunos autores ubican en la heterocomposición), donde la función del tercero se limita a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto, o como en la Conciliación (que algunos autores ubican también en la heterocomposición), donde el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. La conciliación puede ser extrajurisdiccional o jurisdiccional, y ésta última puede ser preprocesal, manifestada en una etapa previa a la iniciación del proceso, o intraprocesal, dentro del desarrollo del proceso y antes de su conclusión.

<sup>18</sup> Ovalle Favela, ob. cit., considera que la mediación y la conciliación son formas intermedias entre los mecanismos autocompositivos y los heterocompositivos, pues en ambas se da la intervención de un tercero que aviene a las partes, pero son finalmente estas últimas las que deciden la suerte del litigio.

- conflicto de fondo (respecto de derechos renunciables o disponibles).
2. El Desistimiento, que es la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante. En materia penal se habla del perdón del ofendido, que es una forma de extinción de la pretensión punitiva y en ocasiones también de la potestad ejecutiva, en los delitos que así permite la ley.
  3. El Allanamiento, que es la aceptación o sometimiento del demandado a la pretensión de la parte actora (respecto de derechos renunciables o disponibles).

Algunos autores<sup>19</sup> incluyen también a la negociación, como medio autocompositivo (unilateral) donde “las partes se reúnen, solas o con la asistencia de sus abogados, pero sin la participación de un tercero y buscan resolver por sí mismas el o los asuntos que suscitaron el conflicto, dialogando e intentando convencer y persuadir a la otra parte para llegar a algún acuerdo”.

Y dentro de los aparatos autocompositivos bilaterales se encuentra: La Transacción, que es un acuerdo de voluntades (contrato) por medio del cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones (respecto de derechos renunciables o disponibles), terminan una controversia (salvo cuando ya está fallada judicialmente) presente o previenen una futura.

La heterocomposición, por su parte, supone el último escalón en la evolución de los sistemas de resolución de conflictos. En estos interviene un tercero imparcial que, actuando *supra* parte, les impone su decisión. Tradicionalmente se han reconocido dos sistemas heterocompositivos: el arbitraje y el proceso.

El Arbitraje se identifica como un tercero ajeno llamado árbitro (privado)

---

<sup>19</sup> Véase por ejemplo Cornelio Landero, Eglá, *Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano*, en “Barataria” revista Castellano-Manchega en Ciencias Sociales, num. 17, junio 2014, p.88, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf> (consultado el 22 de noviembre de 2021).

que no se limita a proponer la solución del conflicto a las partes, sino que va a disponer dicha solución (previo sometimiento de éstas<sup>20</sup> a ése medio de solución) a través de una resolución obligatoria para las partes, a la que se le conoce como laudo. Pero ese laudo, por provenir de un árbitro privado carente de imperio, debe ser homologado a sentencia ante un juzgador del estado para tener eficacia ejecutivo coactiva.

El Proceso es característico, ya que el tercero ajeno que decide la controversia es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador con potestad o imperio no sólo para emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por sí mismo en forma coactiva (previo planteamiento de la controversia por una de las partes, pero sin necesidad de la existencia de un acuerdo previo entre ellas para someter el litigio al juzgador).

Algunos autores, como Ovalle Favela,<sup>21</sup> consideran que el *Ombudsman* es también un sistema heterocompositivo y argumentan que este es un organismo tercero ajeno que asume la protección de los derechos del pueblo contra actos de funcionarios públicos<sup>22</sup>. Otros autores como Vilalta Nicuesa<sup>23</sup>, consideran que más bien el *ombudsman* aprovecha las bondades de los métodos autocompositivos y heterocompositivos, creando una nueva modalidad híbrida entre dichos métodos, pues en ella un tercero, que suele ser una persona de reconocido prestigio, pero vinculada a una institución, tiene encomendada la tarea de facilitar, sugerir o proponer una solución a los problemas que se le planteen entre dicha institución y terceros; sugerencia que resulta vinculante para la institución, pero no así para el particular, que puede rechazarla y acudir a otros medios.

---

<sup>20</sup> Ya sea mediante compromiso arbitral (convenio principal que suscriben las partes para solucionar un conflicto presente) o mediante cláusula compromisoria (cláusula contenida en un contrato principal referente al sometimiento arbitral si llegase a presentarse algún conflicto derivado de dicho contrato principal).

<sup>21</sup> Ovalle Favela José, ob. cit., pp. 25-26.

<sup>22</sup> Por ejemplo, en México, las Comisiones Nacional y Estatales de Derechos Humanos, a que se refiere el artículo 102, apartado B, de su Constitución.

<sup>23</sup> Vilalta Nicuesa, Aura Esther, ob. cit., p. 65.

Ahora, a mi me parece que los medios de solucionar el conflicto tienen una dimensión subjetiva, que parte de la observación de los sujetos intervinientes en cada medio, criterio taxonómico dominante hasta ahora, pero también aprecio una dimensión objetiva, que parte de la observación de la manera en que el conflicto es resuelto, y, en esta última aprecio tres categorías: autotutela (solución del conflicto “por propia mano”), combate reglado (proceso y arbitraje), y concertación (medios alternos al proceso y al arbitraje).

### **III. Los medios de justicia alternativa como mecanismos más eficaces frente a la solución del conflicto**

Se ha identificado, principalmente, a la negociación, la transacción, la mediación y la conciliación como medios de solución de conflictos, alternos al proceso y al arbitraje; esta connotación de justicia alternativa se ha construido partiendo de la idea de solucionar la disputa mediante acuerdos entre las partes, en lugar de entrar a la estructura del combate reglado, propio del proceso y el arbitraje.

Respecto a algunos antecedentes de estos medios alternos, podemos referir (para no ir más lejos) que la Constitución de Cádiz del 19 de marzo 1812, antecedente del constitucionalismo iberoamericano, disponía en sus artículos 282 y 284 lo siguiente:

Artículo 282.-<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub> El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.

Artículo 284.-<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub> Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito alguno.

O que la primer Constitución mexicana, del 4 de octubre de 1824, prescribía (siguiendo la misma línea) en su artículo 155 que:

Artículo 155.- No se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal sobre injurias sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación.

Ahora, considero que la finalidad de cualquier instrumento de solución de conflictos es ser una herramienta de contribución al mantenimiento del orden y a la realización del derecho fundamental a la paz.

En este contexto, resulta interesante poner de relieve la concepción de Carnelutti<sup>24</sup> acerca de las características y calidad del proceso:

La *litis* es, pues, un desacuerdo. Elemento esencial del desacuerdo es un conflicto de intereses: si se satisface el interés del uno, queda sin satisfacer el interés del otro, y viceversa. Sobre este elemento sustancial se implanta un elemento formal, que consiste en un comportamiento correlativo de los dos interesados: uno de ellos exige que tolere el otro y la satisfacción de su interés, y a esa exigencia se la llama *pretensión* pero el otro, en vez de tolerarlo se opone.

No hay necesidad de agregar que la *litis* es una situación peligrosa para el orden social. La *litis* no es todavía un delito, pero lo contiene en germen. Entre *litis* y delito, hay la misma diferencia que existe entre *peligro* y *daño*. Por eso *litigiosidad* y *delincuencia* son dos índices correlativos de incivilidad: cuando más civil o civilizado es un pueblo, menos delitos se cometen y menos litigios surgen en su seno.

En la *litis* va siempre implícita una injusticia. En efecto, no es posible que ambos litigantes tengan razón, esto es, que tanto la pretensión como la oposición respondan a justicia: o es justa la una o es justa la otra, o una y otra sólo son justas en parte. Ahora bien, la injusticia perturba el orden y la paz social. Por eso es necesario, no tanto que los litigantes se pongan de acuerdo, cuanto que el acuerdo sea justo;

---

<sup>24</sup> Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Ed. Colofón, México, 2010, pp. 23-25.

tampoco en música un acorde que desentone es acorde. No hay que creer, pues, socialmente útil, que uno de los dos se rinda a la voluntad del otro, si es injusta; en tales casos, no hay más que una apariencia de paz, ya que la paz sin justicia no es paz...

Siendo la paz un derecho fundamental, si coincidimos con el modelo garantista de Ferrajoli<sup>25</sup>, entonces los mecanismos de resolución de los conflictos, entre los que se hayan los medios de justicia alternativa, se presentarían como garantías remediales o secundarias<sup>26</sup> del referido derecho, y en el contexto de cada caso, de manera interdependiente, de otros derechos relacionados.

Además, partiendo de la referida óptica de Carnelutti, se ponderarían quizá como mecanismos más eficaces en la consecución de una paz *postconflictual*, a los medios alternativos de solución de conflictos, donde las partes construyen, en consenso, la solución del conflicto<sup>27</sup>, diluyéndolo, a diferencia de los combates reglados donde la solución es impuesta por el juez o el árbitro, subsistiendo la tensión entre triunfador y derrotado.

Amén de lo anterior, los medios alternativos de solución de conflictos despresurizan la carga burocrática tribunalicia, pues abren un derrotero distinto al proceso y al arbitraje para dicha solución.

Además, en referencia especial a los medios de justicia alternativa, en los sistemas en que se exige la configuración normativa de dichos medios<sup>28</sup>, esta exigencia se presentaría como una garantía primaria de obligación de prestación, tuitiva, preventivamente del derecho fundamental a la paz.

---

<sup>25</sup> Véase el ítem I de este trabajo, *supra*.

<sup>26</sup> Por ejemplo, los acuerdos reparatorios celebrados para resarcir la violación a los derechos fundamentales a la seguridad personal, a la integridad física y a la protección de la salud, violentados merced al delito de lesiones, etc.

<sup>27</sup> Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 145.

<sup>28</sup> Como en el mexicano, donde la fracción quinta del artículo 17 de su Constitución dispone que “[l]as leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

#### IV. Derechos disponibles y no disponibles para la solución alternativa de los conflictos

Como presupuesto a la solución propiamente del conflicto, mediante instrumentos alternos al proceso o al arbitraje, es indispensable observar si el derecho el conflicto es dispositivo o no lo es, pues sólo en caso de que lo sea las partes podrán justamente disponer de él.

Así, si el derecho puede ser transable o renunciable es posible negociar, mediar o conciliar respecto a éste, en una escala que puede ir, según el caso, desde su renuncia hasta su modulación.

En cambio si el derecho en juego no es susceptible de transacción o de renuncia, no podrá negociarse, mediar o conciliarse respecto a éste.

Pero, hay que estar atento a las distintas profundidades o matices de los derechos, pues algunos permiten ciertas zonas de transacción o renuncia que posibilitan los medios alternos, aunque presenten algunas otras zonas que no den esa posibilidad.

Por ejemplo, en México, la obligación de dar alimentos entre deudor y acreedor no es transable o renunciable<sup>29</sup>, pero encontramos en ciertos precedentes judiciales que sí lo es el monto de dichos alimentos<sup>30</sup> o el acuerdo entre deudores comunes para cubrir los alimentos a un acreedor común.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Véase por ejemplo, en México, la tesis aislada XXXI.8 C, registro 166516, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Mayra González Solís, de rubro "ALIMENTOS. AL SURGIR DE UN IMPERATIVO LEGAL, REVESTIDO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS GENERAL, SU ALCANCE Y EFECTIVIDAD NO PUEDEN DEPENDER DE UN CONVENIO EXTRAJUDICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE)".

<sup>30</sup> Véase por ejemplo, en México, la tesis aislada, registro 241318, pronunciada en la 7ª época por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro David Franco Rodríguez, de rubro "ALIMENTOS. CONVENIOS".

<sup>31</sup> Véase por ejemplo, en México, la tesis aislada XXII.2 C, registro 204398, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, bajo la ponencia del magistrado Julio César Vázquez-Mellado García, de rubro "ALIMENTOS. CONVENIO

Así, el operador jurídico involucrado en la justicia alternativa debe ser un profundo conocedor de los principios dispositivo y publicista que subyacen en cada derecho prospectado en una solución alternativa, para de entrada saber si la salida alterna es o no posible.

También dicho operador debe ser versado en la materia de obligaciones y contratos, pues para la elaboración instrumental de las transacciones que pretendan materializar el medio alterno de solución del conflicto, hay que conocer la disponibilidad de los derechos negociables y las prohibiciones orden público. En este tenor, en ocasiones, justamente por falta de preparación, es el propio operador el que inhibe la posibilidad de solución alterna del conflicto.<sup>32</sup>

Así, a diferencia de otras posiciones a mi me parece que es muy importante que el operador jurídico sea un profundo conocedor del derecho en las materias referidas en los dos párrafos que antecede, y desde luego debe contar con competencias y habilidades específicas en el ámbito de la negociación, la mediación, la conciliación, y en general en lo referente a avenir a las partes en conflicto.

## V. Conclusiones

1. El derecho a la paz es un derecho fundamental, y es es premisa y requisito para el ejercicio de otros derechos.
2. El conflicto es un proceso social en el cual dos o más personas o grupos contienden, unos contra otros, en razón de tener intereses, objetos y modalidades diferentes, con lo que se procura excluir al contrincante considerado como adversario.

---

CELEBRADO ENTRE DEUDORES ALIMENTARIOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE HIDALGO)”

<sup>32</sup> Por ejemplo, en ocasiones se propone que un tercero cumpla la obligación motivo del conflicto, y el operador disiente, cuando esto es posible atento a las figuras de la delegación, la asunción, la expromisión o la asignación, figuras previstas por el derecho civil y positivizadas en diversas codificaciones nacionales

3. El conflicto afecta inicialmente al derecho fundamental a la paz.
4. Se observa que los medios de solucionar el conflicto tienen una dimensión subjetiva, que parte de la observación de los sujetos intervinientes en cada medio (autotutela, autocomposición y heterocomposición), criterio taxonómico dominante hasta ahora, pero también se aprecia una dimensión objetiva, que parte de la observación de la manera en que el conflicto es resuelto, y, en esta última se aprecian tres categorías: autotutela (solución del conflicto “por propia mano”), combate reglado (proceso y arbitraje), y concertación (medios alternos al proceso y al arbitraje).
5. Los medios alternos antes referidos se han ubicado, principalmente, en las estructuras denominadas negociación, transacción, mediación y conciliación.
6. Los mecanismos de solución de los conflictos, entre los que se hayan los medios de justicia alternativa, se presentan, con base en la visión de Ferrajoli, como garantías remediales o secundarias del referido derecho, y en el contexto de cada caso, de manera interdependiente, de otros derechos relacionados.
7. En referencia especial a los medios de justicia alternativa, en los sistemas en que se exige la configuración normativa de dichos medios, esta exigencia se presentaría, también con base en la visión de Ferrajoli, como una garantía primaria de obligación de prestación, tuitiva, preventivamente del derecho fundamental a la paz.
8. Siguiendo la óptica de Carnelutti, se ponderarían quizá como mecanismos más eficaces en la consecución de una paz *postconflictual*, a los medios alternativos al proceso, donde las partes construyen, en consenso, la solución del conflicto, diluyéndolo, a diferencia de los combates reglados donde la solución es impuesta por el juez o el árbitro, subsistiendo la tensión entre triunfador y derrotado.
9. Los medios alternativos de solución de conflictos despresurizan la

carga burocrática tribunalicia, pues abren un derrotero distinto al proceso y al arbitraje para dicha solución.

10. Como presupuesto a la solución propiamente del conflicto, mediante instrumentos alternos al proceso o al arbitraje, es indispensable observar si el derecho el conflicto es dispositivo o no lo es, pues sólo en caso de que lo sea las partes podrán justamente disponer de él.

## VI. Referencias de Investigación

### Bibliográficas

Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Ed. Colofón, México, 2010.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 7ª, Madrid, España, 2010

Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico*, Ed. UNAM-IIJ, México, 2003.

Moreno Catena, Víctor, y, Cortés Domínguez, Víctor, *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 7ª, Valencia (España), 2013.

Ovalle Favela José, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford University Press, ed. 6ª, México, 2011.

Robles Garzón, Juan Antonio (director-coordinador), *Conceptos*

*básicos del derechos procesal civil*, Ed. Tecnos, ed., 2ª, Madrid (España), 2010.

Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Diké-Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021.

Vilalta Nicuesa, Aura Esther, *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Ed. Aranzadi, España, 2013.

## Normativas

1. Carta de las Naciones Unidas
2. Código Civil (Colombia).
3. Código Orgánico Administrativo (Ecuador).
4. Código Penal Federal (México).
5. Constitución de Cádiz
6. Constitución de la República del Ecuador
7. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1824)
8. Constitución Política de Colombia
9. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
10. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
11. Precedentes jurisprudenciales mexicanos, no vinculantes:

Tesis aislada XXXI.8 C, registro 166516, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Mayra González Solís, de rubro "ALIMENTOS. AL SURGIR DE UN IMPERATIVO LEGAL, REVESTIDO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS GENERAL, SU ALCANCE Y EFECTIVIDAD NO

## PUEDEN DEPENDER DE UN CONVENIO EXTRAJUDICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE)

Tesis aislada, registro 241318, pronunciada en la 7ª época por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro David Franco Rodríguez, de rubro “ALIMENTOS. CONVENIOS”.

Tesis aislada XXII.2 C, registro 204398, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, bajo la ponencia del magistrado Julio César Vázquez-Mellado García, de rubro “ALIMENTOS. CONVENIO CELEBRADO ENTRE DEUDORES ALIMENTARIOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE HIDALGO)”

12. Resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada “Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz”

### Electrónicas

Cornelio Landero, Eglá, *Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano*, en “Barataria” revista Castellano-Manchega en Ciencias Sociales, núm. 17, junio 2014, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf>  
(consultado el 22 de noviembre de 2021).

Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://dle.rae.es/conflicto?m=form>  
(consultado el 22 de noviembre de 2021).

Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://dle.rae.es/paz?m=form>

(consultado el 22 de noviembre de 2021).

Fuquen Alvarado, María Elina, *Los conflictos y las formas alternativas de resolución*, en *Tabula Rasa. Revista de Humanidades*, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia, núm. 1, enero-diciembre de 2003, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.redalyc.org/pdf/396/39600114.pdf>

(consultado el 22 de noviembre de 2021).

Gros Espiell, Héctor, *El derecho humano a la paz*, pp. 533-534, visible en el siguiente sitio de internet: <http://corteidh.or.cr/tablas/R21744.pdf>

(consultado el 22 de noviembre de 2021).

Quispe Remón, Florabel, *Ius cogens en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso*, en "Revista de Derecho", No. 34, Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia), 2010. Visible en el sitio de internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a04.pdf>

(consultado el 22 de noviembre de 2021).

Unesco, *El Derecho Humano a la Paz, Declaración del Director General*, visible en el sitio de internet: [http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2_S.PDF)

(consultado el 22 de noviembre de 2021).

*La paz es un derecho humano, s/a.*, visible en siguiente sitio de internet: [http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films\\_details&id=2800](http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films_details&id=2800) (consultado el 22 de noviembre de 2021).

Sitio de internet: [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos)  
(consultado el 22 de noviembre de 2021).



## LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA Y JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL EN MÉXICO

*Dr. Miguel Ángel Falcón Vega*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la UNAM, Maestro en Derecho por la UAEM (Morelos) y Doctor en Derecho por la BUAP, todos los grados fueron obtenidos con Mención Honorífica y, el de doctorado, con mención Cum Laude. Cuenta con Especialidad en Ciencias Penales por la UMED, Gestión de Escuela Judiciales y Derecho Mercantil, las dos últimas por la Escuela Judicial de Barcelona, España. Ha tomado diversos diplomados, cursos, seminarios y realizado estudios en el extranjero. Dentro de la academia, ha impartido cátedra en Instituciones nacionales e internacionales a nivel licenciatura, especialidad, maestría, doctorado, diplomados y seminarios. Asesor de tesis y sinodal en múltiples exámenes profesionales de licenciatura, especialidad, maestría y doctorado. Ha dictado conferencias en los ámbitos nacional e internacional y es autor de diversos artículos en diarios y revistas jurídicas. Ha recibido numerosos reconocimientos, destacando: Profesor mejor evaluado por diversas universidades; mejor abogado académico 2005 y mejor abogado servidor público 2011 por el Consejo Estatal de Abogados de Morelos; reconocimiento dentro de la "Administración de Justicia" por la Institución Nacional para la Celebración del Día del Abogado en el marco de la 50ª celebración del Día del Abogado (Centenario 2010); premio "Antonio Díaz Soto y Gama" 2017 en el mérito al ejercicio del Derecho en el Servicio Público por designación de decreto legislativo; y, reconocimiento por la Comisión Nacional de Tribunales (CONATrib), por su desempeño como Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Morelos.

## LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA Y JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL EN MÉXICO

Acerca de los medios de impugnación, concretamente los recursos en materia penal en México, existen dos, mismos que están previstos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que son los recursos de revocación y el de apelación.

El primero, el de revocación, es horizontal, porque conoce el propio juez que emitió la resolución; y, el segundo, el recurso de apelación, es vertical y quien conoce es el superior jerárquico, es decir, el Tribunal de Alzada.

El proceso penal inicia con la noticia criminal, denuncia, querrela o flagrancia, cuya investigación es desformalizada por parte del Ministerio Público, quien, al considerar que existen elementos para acreditar el hecho ilícito y la probable responsabilidad del indiciado, hace algo que se denomina la imputación. Asimismo, se lleva a cabo una audiencia llamada vinculación a proceso y, en ese momento, la investigación quedará a cargo del juez de control, quien se encargará de vigilar la investigación, cuyas resoluciones que se emitan se podrán impugnar mediante la apelación cuando así lo expresa el Código y, en caso de que la hipótesis no se encuentre prevista para dicho recurso, podrá interponerse la revocación.

Cerrada la investigación, vendrá la fase de depuración y admisión de pruebas, a la que se le denomina etapa intermedia. Igualmente, cualquier resolución que afecte, que les cause perjuicio a las partes, se puede impugnar, a través del recurso de apelación o revocación, cuando no sea apelable.

Concluida la fase antes referida, comienza la etapa de enjuiciamiento, en este caso, un tribunal colegiado emite sentencia definitiva, con sustento en el desfile probatorio, resolución que podrá ser impugnada a través del recurso de apelación por la víctima, la Fiscalía, el imputado, esto es, la parte que no esté conforme con el citado fallo, sea porque lo consideren ilegal, que se encuentre investido de errores o que valoró indebidamente la prueba, entre otras circunstancias.

Así, el recurso de apelación es el medio de impugnación que procede contra las resoluciones dictadas dentro de la etapa de investigación, la etapa intermedia y contra la sentencia definitiva.

Como se refirió en líneas anteriores, quien conoce este recurso es el tribunal de alzada, la segunda instancia. Y, precisamente, aquí es donde los magistrados valoran o analizan los agravios, entendidos como aquellos que pretenden evidenciar las ilegalidades o irregularidades que contiene la resolución que se está impugnando.

En ese sentido, se determinan o califica el agravio de la siguiente manera: puede decirse que el agravio, es fundado cuando evidencia la ilegalidad de la resolución que se está impugnando y determina que el agravio es fundado. Esto da, como consecuencia, que el tribunal de alzada modifique o revoque la resolución impugnada; esa es la finalidad que tiene el recurso de apelación, modificar o revocar la sentencia que se está impugnando.

También, puede suceder que el agravio sea fundado, pero inoperante. ¿Qué significa esto? Que, efectivamente, la sentencia tiene una serie de ilegalidades, de omisiones, de irregularidades; sin embargo, estas no alcanzan o no son suficientes para modificar o revocar la sentencia que se está impugnando.

Es importante precisar, que la admisión del recurso es en efecto devolutivo, es decir, la primera instancia le devuelve la jurisdicción al tribunal de alzada, para que, con plena y completa jurisdicción, resuelva si confirma, modifica o revoca. En estos dos últimos casos, el tribunal de alzada sustituye la sentencia de primera instancia y dicta una nueva.

Igualmente, el agravio se puede calificar de infundado, es decir, que no evidencia ilegalidades en la sentencia, al contrario, la sentencia está bien estructurada, bien diseñada, por lo que el agravio, ha resultado infundado. En este caso, la sentencia satisface los requisitos formales y sustanciales que exige la ley, esto es, se encuentra debidamente fundada, motivada, es exhaustiva y congruente. Igualmente, valoró debidamente la prueba. En este sentido, la sentencia, al ser fundada, motivada, exhaustiva, congruente, al hacer una debida valoración de la prueba, trae como consecuencia, que

el agravio resulte infundado, consecuentemente, se confirma la sentencia impugnada.

Hay otras dos formas de calificar los agravios, aunque estas, por cuestiones de los derechos humanos, muchas veces no se utilizan. Una de ellas, es que el agravio es insuficiente, es decir, que el abogado, al momento de elaborar sus argumentos de impugnación, no pone el esmero que se exige para ello, quedando corto el agravio, por lo que no evidencia las ilegalidades, precisamente, por defectuoso; en consecuencia, resulta inoperante, por lo que se confirma la resolución recurrida; y, finalmente, se puede calificar de inatendible, que será cuando el agravio está dirigido a combatir una resolución que debió impugnarse en diverso momento procesal; así, por ejemplo, recorro en la etapa de enjuiciamiento una resolución emitida en la fase de control, la que tuve que haberse atacado en ese momento y no ahora. Por lo tanto, el agravio ahora resulta entendible.

El tribunal de segunda instancia califica a los agravios en el recurso de apelación y resuelve; sin embargo, en México, todavía quedaría otro medio de impugnación, el famoso amparo directo, llamado también amparo-casación.

Existen dos tipos o dos juicios de amparo. Uno, indirecto o biinstancial, que va a proceder ante las siguientes hipótesis: a) contra normas generales que se consideran inconstitucionales; b) contra resoluciones intra-procesales que causen violaciones sustantivas a los derechos de la víctima o imputado. Por ejemplo, lo que se conoce como auto de vinculación al proceso, podrá ser impugnado vía apelación, pero, también, procedería el amparo indirecto; y, c) también procede contra actos fuera de juicio.

El amparo directo o el amparo casación, en México, procede contra resoluciones o sentencias definitivas, es decir, el Tribunal de Enjuiciamiento, ha emitido una sentencia la cual, si se decide impugnar, deberá agotarse el recurso de apelación. Si no lo agoto, no va a proceder el amparo directo, es lo que se denomina principio de definitividad. Así, una vez agotada la apelación, se podrá interponer la demanda de amparo directo. Aquí, hay una cuestión técnica que es pertinente destacar: la

instancia, misma que se puede definir como el grado de conocimiento que tiene el juez sobre el conflicto. En este caso, la sentencia de enjuiciamiento sería de primera instancia; la sentencia dictada por el tribunal de alzada, de segunda instancia; sin embargo, lo que es el amparo directo, ya no se considera como una tercera instancia propiamente dicha, ya que se considera una instancia autónoma, porque el Tribunal de Amparo tiene conocimiento de un conflicto, pero ya no del que dio origen a la actividad jurisdiccional, sino lo que va analizar el Tribunal de Amparo es la legalidad o ilegalidad, incluso, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la sentencia que se está impugnando, de tal suerte que, los argumentos ya no se llaman agravios, sino conceptos de violación, los cuales se van a calificar de manera muy parecida a lo que ya se ha comentado en su momento, es decir, fundado, fundado pero inoperante, infundado, inatendible o insuficiente, seguiría más o menos la misma lógica.

Ahora, ¿En qué sentido será la sentencia de amparo? Esta va a ser siempre para efectos, a diferencia del tribunal de alzada, que tiene plenitud de jurisdicción, que puede revocar o puede modificar, el tribunal de amparo no lo puede hacer y, en todo caso, si la justicia de la unión ampara y protege al quejoso, será para los efectos precisados en la parte considerativa de la resolución, es decir, siempre las sentencias de amparo directo, cuando concedan el amparo y protección de la justicia federal, la autoridad responsable, en este caso, el tribunal de alzada, deberá dejar sin efectos la sentencia que emitió y después, con plenitud de jurisdicción, volver a emitir una nueva, bajo los lineamientos que dio el Tribunal de Amparo, es decir, le va a decir cómo debe resolver, cómo debe valorar la prueba, cómo debe fundar, cómo debe motivar, entre otros aspectos. Esta sería la última instancia, por lo que sentencia federal, por regla, ya no puede ser impugnada; sin embargo, si dentro de la litis hay afectaciones a derechos humanos o alguna cuestión que involucre interpretación de constitucionalidad, excepcionalmente, sí se puede impugnar ante el máximo tribunal que se llama la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



[www.uotavalo.edu.ec](http://www.uotavalo.edu.ec)