

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

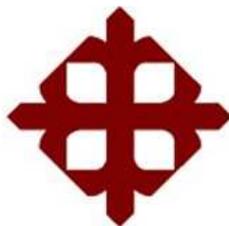
**TEMA:  
PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO DE LAS CAPACIDADES DE REVISIÓN EN EL  
RECURSO DE CASACIÓN**

**AUTOR:  
AB. JOSÉ LUIS ANDRADE RIVERA.**

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

**TUTOR:  
DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, Msc**

**Guayaquil, Ecuador  
2019**



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

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Abogado **José Luis Andrade Rivera**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho mención Derecho Procesal**.

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**Dr. Ernesto Salcedo Ortega, Msc.**

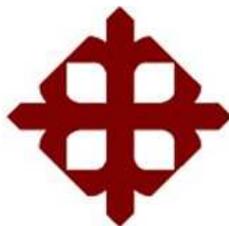
**REVISORA**

**Dra. María Isabel Nuques Martínez, PhD.**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

**Dr. Santiago Velázquez Velázquez, PhD.**

**Guayaquil, a los 28 días del mes de noviembre del año 2019**



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

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, José Luis Andrade Rivera**

**DECLARO QUE:**

El Proyecto de Investigación **Principio de Agotamiento de las Capacidades de Revisión en el Recurso de Casación**, previa a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho mención Derecho Procesal, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

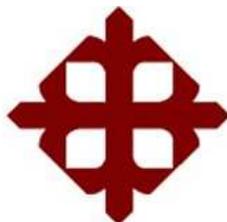
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 28 días del mes de noviembre del año 2019**

**EL AUTOR**

---

**Ab. José Luis Andrade Rivera**



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

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, José Luis Andrade Rivera**

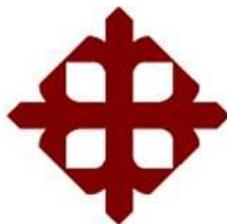
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación** previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal, titulado: **Principio de Agotamiento de las Capacidades de Revisión en el Recurso de Casación**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 28 días del mes de noviembre del año 2019**

**EL AUTOR**

---

**Ab. José Luis Andrade Rivera**



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

**INFORME DE URKUND**

URKUND	
Documento	<a href="#">TESIS FINAL JOSÉ ANDRADE RIVERA 1722.10.docx</a> (D58749897)
Presentado	2019-11-12 16:20 (-05:00)
Presentado por	Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)
Recibido	santiago.velazquez.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	RV: TESIS JOSÉ ANDRADE RIVERA <a href="#">Mostrar el mensaje completo</a>
	3% de estas 47 páginas, se componen de texto presente en 9 fuentes.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, y a todo el claustro docente por las enseñanzas brindadas dentro del programa de maestría. A los colegas compañeros de aula por su amistad y profesionalismo y a todos los docentes que en trayecto de mi vida profesional han inspirado a la academia e investigación.

**Ab. José Luis Andrade Rivera**

## **DEDICATORIA**

Este trabajo se lo dedico a mis padres José Luis Andrade Rodríguez y Rocio del Carmen Rivera Valle, por su ejemplo, trabajo, consejos y ánimos para seguir avanzado en mi carrera profesional. A mis tías y tutoras profesionales Dra. Rosita Andrade Rodríguez y Loa López Galarza, a quienes agradezco su confianza y apoyo en todos los momentos de mi vida. Y a Black Andrade Rivera, por su cariño incondicional.

**Ab. José Luis Andrade Rivera**

## ÍNDICE

RESUMEN	xi
ABSTRA	xii
INTRODUCCIÓN	1
<b><i>CAPÍTULO I</i></b>	<b>7</b>
1. MARCO TEÓRICO	7
1.1. Definición y evolución de la Casación	7
1.2. Naturaleza jurídica y legislativa de la Casación	27
1.3. Diferencia entre el recurso de casación y tercera instancia	28
1.4. Composición sustantiva de la Casación	29
1.4.1. Procedencia y Fundamentación de la casación	29
1.4.2. Casos de procedencia del recurso de casación	30
1.4.3. Vicios	31
1.5. COMPOSICIÓN ADJETIVA DE LA CASACIÓN	33
1.5.1. La casación y el Código Orgánico General del Procesos	33
1.5.2. Procedimiento y Admisibilidad	34
1.5.3. Sentencia	35
1.5.4. Sistema de Casación	36
1.6. LA CASACIÓN Y SU PROGRESIVIDAD NORMATIVA	36
1.6.1. El Principio Nomofilático de la Casación	37
1.6.2. El neo constitucionalismo y la casación	37
1.6.3. La constitución del Ecuador y la casación	37
1.6.4. Casación Flexible – Casación Platónica	38
1.7. La constitución y los principios	38
1.8. El agotamiento de las capacidades de revisión como principio	39
1.9. Principios filosóficos de la teoría del agotamiento de las capacidades de revisión	39
1.10. Kant y su postura sobre la relación hecho – derecho	40
1.11. Principio dispositivo y Principio de Oficialidad	40
1.12. Teoria de la Leistungsfahigkeit	41

1.13.	El fallo Casal y otros en Argentina .....	41
1.14.	La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la teoría de la Leistungsfähigkeit.....	42
1.15.	Sentencia de la Corte Nacional de Justicia.....	44
1.16.	La prueba y el principio de agotamiento de las capacidades de revisión.....	44
1.17.	Las excepciones del principio de agotamiento.....	45
1.18.	La intermediación como excepción.....	46
1.19.	La teoría de la Leistungsfähigkeit, la Corte Constitucional, la normativa infraconstitucional y las sentencias de la Corte Suprema .....	46
CAPÍTULO 2.....		52
2.	MARCO METODOLÓGICO .....	52
2.1.	Marco Metodológico .....	52
2.1.1.	Enfoque de la Investigación .....	52
2.2.	Alcance de la Investigación .....	52
2.3.	Tipo de Investigación.....	53
2.4.	Métodos de Investigación .....	54
2.4.1.	Métodos Teóricos .....	54
2.4.2.	Métodos Empíricos .....	55
2.5.	Técnicas de Recolección de Datos .....	58
2.6.	Gestión de datos.....	59
2.7.	Criterios éticos de la investigación .....	60
2.7.1.	Investigación bibliográfica.....	60
2.7.2.	Investigación de campo.....	60
CAPÍTULO III .....		60
3.	RESULTADOS .....	60
3.1.	Antecedentes de la unidad de análisis o población.....	60
CAPÍTULO IV .....		71
4.	DISCUSIÓN.....	71
4.1.	Contrastación empírica .....	72

4.2.	Limitaciones .....	73
4.3.	Líneas de investigación.....	74
4.4.	Aspectos relevantes.....	75
CAPÍTULO V.....		76
5.	PROPUESTA .....	76
5.1.	ANTEPROYECTO DE LEY REFORMATORIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS .....	76
	CONCLUSIONES.....	81
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	84
	Referencia normativa.....	87
	REFERENCIA JURISPRUDENCIAL.....	88

## RESUMEN

En este trabajo investigativo vamos a encontrar el análisis de la institución jurídica de la casación, y de las nuevas corrientes dogmáticas de aplicación, sobre todo del principio de agotamiento de las capacidades de revisión del recurso de casación o teoría *Leistungsfahigkeit*, que es una teoría jurídica doctrinaria originaria de Alemania, donde se instaura un nuevo método de resolución de los conflictos judiciales que conocen los jueces de Casación, y que en Sudamérica fue aplicado por primera vez en Argentina en el año 2005, en la sentencia “Casal y otros”. Después analizamos el desarrollo de sentencias y resoluciones tanto de Corte Nacional como de Corte Constitucional y demostramos que existe el reconocimiento interno de aquella teoría, pero que no se encuentra regulada en la normativa procesal de la manera más adecuada, por lo tanto provoca el desarrollo de sentencia con varias incongruencia entre las unas y otras. En el desarrollo metodológico nos podemos percatar en el capítulo de los resultados, que a pesar del reconocimiento dogmático existente, hay un alto porcentaje de desconocimiento sobre la doctrina que estamos investigando, por parte de la mayoría de profesionales entrevistados. Realizamos como propuesta un proyecto de reforma del Código Orgánico General de Procesos, donde implementamos al teoría *Leistungsfahigkeit*, teniendo como base axiológica el desarrollo de principios jurídicos que queremos implementar para la consideración y el desarrollo procesal del recurso de Casación.

**Palabras claves:** casar, jurídico, revisión, flexibilidad, constitucional, evolución, reforma, neoconstitucional, Casal, nomofiláctica, teoría *leiustungsfahigkeit*.

## ABSTRACT

In this research work we will find the analysis of the legal institution of cassation, and the new dogmatic currents of application, especially the principle of exhaustion of the ability to review the appeal or *Leistungsfähigkeit* theory, which is a doctrinal legal theory originating in Germany, where a new method of resolving the judicial conflicts known to the judges of Cassation is established, and that in South America was applied for the first time in Argentina in 2005, in the sentence "Casal y others". After analyzing the development of judgments and resolutions in our country both National Court and Constitutional Court and we show that there is internal recognition of that theory, but that is not regulated in the procedural rules in the most appropriate way, therefore provokes the development of a sentence with several inconsistencies between the two. In the methodological development we can see in the results chapter, that despite the existing dogmatic recognition, there is a high percentage of ignorance about the doctrine that we are investigating, by the majority of professionals interviewed. We made a proposal for a reform of the General Organic Code of Process, where we implemented the *Leistungsfähigkeit* theory, having as axiological basis the development of legal principles that we want to implement for the consideration and procedural development of the Cassation resource.

**Keywords:** legal, revision, flexibility, constitutional, evolution, reform, neo-constitutional, Casal, *nomofilactica*, *leistungsfähigkeit* theory

## INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico procesal, en el Ecuador ha tenido significativos cambios que se traducen en varias reformas, actualizaciones, híbridos jurídicos, modernizaciones y adecuación jerárquica a la norma constitucional vigente en el Ecuador, que erigió

Un Estado constitucional de derechos, de ahí el derecho crea un sistema de garantías que la Constitución preordena para el amparo de los derechos fundamentales. Se trata del Estado garantista. Este es el Ecuador que diseña la Constitución 2008. Que, debemos decir, sin ambages se trata estado jurisdiccional de derecho en el cual ha crecido enormemente la función judicial en cuanto a ser creativa de derecho, hasta llegar a la concreción del Derecho Judicial como fuente del Derecho. (Zavala, 2011, pág. 50)

En este dinamismo jurídico, se ve reflejado un arduo trabajo legislativo que traspasa a lo jurídico se evidencia en las resoluciones de los jueces de las distintas Cortes Nacionales y Constitucionales del país.

Las reformas legislativas reestructuran algunas instituciones jurídicas procesales que se encuentran en vigencia dentro del sistema procesal interno, siguiendo el modelo jurídico de gestión procesal uruguayo, y se lo trata de adecuar a la cultura jurídica ecuatoriana, excluyendo en muchos casos el análisis de la problemática interna. Dentro de las figuras jurídicas que han evolucionado en conjunto con la nueva normativa adjetiva, está la institución judicial de la Casación, misma que es de vital importancia para la tutela judicial efectiva y de aplicación axiológica sobre todo del valor justicia que demanda la sociedad en el tratamiento de sus conflictos judicial. Por lo tanto, es de relevancia investigativa tanto en el campo jurídico como legislativo, saber sobre los cambios que han surgido en esta figura jurídica procesal, ya que la

reiteración de los fallos constituye jurisprudencia aplicable en escenarios similares de disputa de derecho o de un vacío legal. Y de igual manera el casar una sentencia constituye adecuar las decisiones jurisdiccionales al sendero jurídico correcto.

El recurso de casación en el Ecuador, se lo ha manejado de una manera rigurosa y formalista; llegando esos extremos de aplicación, en lenguaje técnico jurídico, a llamársele como un recurso extremadamente técnico, derivando a que solo los expertos en el tema o los Abogados que medianamente tengan suerte, se les admitiría el recurso por parte de la Corte Nacional de Justicia. El recurso de Casación históricamente se lo ha señalado como el recurso que tiene como finalidad la correcta aplicación de la ley.

Dentro de la otra función que posee este recurso se encuentra la función integradora o unificadora de jurisprudencia, ya que la Casación controla los errores en derecho que puedan existir dentro de la administración de justicia. Pero como lo he manifestado en el párrafo ut supra, aquellos errores en derecho no solo debe basarse en errores o vicios derivados de la inobservancia, indebida o inadecuada aplicación de la ley, excluyendo dentro de este análisis la revisión de la prueba, según lo determina expresamente la misma norma adjetiva.

En Latinoamérica las instituciones jurídicas que conforman el sistema procesal están adecuándose a la tendencia neo constitucionalista en donde la norma suprema que debe regir la sociedad es la Constitución.

La propia existencia del Estado se justifica sólo en la medida en que pueda proteger los derechos fundamentales y garantizarles un óptimo margen de realización. El control de constitucionalidad aparece entonces como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y de los pilares del Estado, que busca impedir los desafueros de los gobiernos de turno, especialmente en tiempos de crisis. (Bernal, 2012, pág. 21)

En virtud de aquello, considero que el irrestricto cumplimiento de las normas legales debe de ser siempre ajustada al estricto respeto de las normas constitucionales.

Un Estado constitucional precisa, para su mantenimiento, una cultura jurídica constitucional que deberá presidir la elaboración y aplicación del derecho y la teorización y la transmisión de los conocimientos jurídicos. Sin profesionales técnicamente preparados para cumplir con las exigencias jurídicas que la vigencia de la Constitución impone es muy difícil que la constitución, es decir, que sea una norma aceptada, respetada y apreciada, por los ciudadanos, aparte de una norma eficaz. Es probable que el derecho sea un conocimiento instrumental, pero no debe olvidarse que, en él, la técnica posee notables efectos sobre la legitimidad. (Aragón, 2007, pág. 37).

Por lo tanto, en el avance dogmático de la teoría del derecho por la evolución sufrida en el transcurrir del tiempo y los fenómenos jurídicos que se han desarrollado con la finalidad de precautelar la tutela judicial efectiva de las personas, da la necesidad de modernizar las función reguladora o finalidad de la Casación, por lo tanto, no solo debe de garantizar el cumplimiento de la ley, sino también el respeto de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

El objeto de este estudio es el reconocimiento positivo del principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el recurso de Casación “*teoría Leistungsfähigkeit*”, por parte de los legisladores y que plasmen este principio dentro del Código Orgánico General de Procesos, esto con la finalidad de que se regule de forma correcta la aplicación de este principio, y de esta manera la Corte Nacional de Justicia dentro de sus potestades jurídicas como Corte de Casación, puede revisar los medios de prueba cuando resuelvan algún caso concreto.

En el sistema jurídico existen varias contradicciones normativas en la aplicación de los presupuesto normativos que rigen la Casación, por lo tanto genera una exagerada

discrecionalidad, provocando la confusión de los operadores de justicia y los Abogados en general, creyendo que la casación se convertiría en una tercera instancia, por lo tanto la *premis*a de investigación de estudio va dirigido a proponer propuestas de regulación y límites al principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el Recurso de Casación. Otro objetivo de esta investigación es lograr contribuir a la cultura jurídica procesal nacional, para que se reconozca y aplique el principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el Recurso de casación, por parte de aquellos que acceden a la justicia (usuarios) y también de los que están encargados de administrar justicia (funcionarios públicos: Jueces). Crear un ambiente judicial más acorde a la realidad, en armonía al reconociendo de los derechos fundamentales estipulados en la Constitución de la República, como lo es el derecho de protección, que tiene como base fundamental la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Y, alargar de esta manera, que el efecto comunicativo que dan los órganos jurisdiccionales a la sociedad, sea el de la prevalencia de los derechos constitucionales e interés público ante los tecnicismos arcaicos legales que fomentan la injusticia o la impunidad.

¿Cómo se debería aplicar el principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el sistema de casación vigente para lograr la optimización y desarrollo de esta figura jurídica procesal en aras de precautelar los derechos fundamentales de las personas y cómo lograr tener la mejor producción jurídica de sentencias de casación, para que de esta manera se evite la antonimia normativa por parte de la emisión de sentencias contradictorias que han surgido por el fiel cumplimiento positivista y técnico de la institución jurídica procesal de Casación y más no por la aplicación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución?

Como *objetivo general* de investigación, es fundamentar el presupuesto teórico doctrinal para la correcta aplicación del principio de agotamiento de las capacidades de revisión, sin que se desnaturalice el Recurso de Casación, esto es, pasando de una finalidad nomofiláctica a una

-  
finalidad pro constitucional. Obtener un planteamiento científico– jurídico dirigido a modernizar el instituto procesal de casación, estableciendo los presupuestos normativos y límites del principio de agotamiento de las capacidades de revisión.

Establecer que con los distintos métodos investigativos se demostrará el desconocimiento por parte de los Profesionales del Derecho y operadores de Justicia de la aplicación de la teoría *Leistungsfähigkeit* y así poder proponer que se reforme la norma procesal que se está aplicando en el instituto jurídico de la Casación. Dentro de los *objetivos específicos* son el sintetizar los fundamentos teóricos del desarrollo del principio de agotamiento de las capacidades de revisión y su adecuada aplicación en la Corte Nacional de Justicia, por parte de los jueces que tienen a su cargo la admisión del recurso de Casación y una vez admitido, casar o no la sentencia impugnada.

Diagnosticar las principales deficiencias en la aplicación del principio de agotamiento de las capacidades de revisión y la valoración de los medios de prueba, dentro de la administración de justicia. Elaborar las pautas legales y procedimentales que fundamenten en estricto derecho los casos en los cuales se debería aplicar el principio de agotamiento de las capacidades de revisión objeto de este estudio.

Los métodos teóricos a aplicar son: Método histórico-lógico: A través de este método se realiza un estudio sintético de la evolución del instituto procesal de la casación, desarrollo, flexibilidad, sistemas de casación abierto, cerrado, mixto. Sistematización jurídico doctrinal, capacidad, axiológico, agotamiento de las capacidades de revisión, potestad constitucional, potestad jurisdiccional, principio nomofilático, principio pro constitucional, revisión de prueba, competencia del juez, potestades del juez, tutela judicial efectiva. Sistema jurídico comparado, realización de estudio de la estructura de la institución jurídica de la casación y la aplicación doctrinaria de este recurso.

Los métodos empíricos a aplicar dentro de este estudio son: Método Jurídico documental: Mediante la observación científica directa, análisis de procesos judiciales reales. Método de medición a través del uso de la encuesta estructurada obtener la información requerida. Método Jurídico- analítico; utilizando las realidades jurídicas de los diversos países y la manera de resolver las contiendas legales por parte de las distintas salas de casación.

La novedad científica dentro de esta investigación es el conocimiento y aplicación de la teoría de la *Leistungsfahigkeit* que, en resumen, sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un -capacidad de rendimiento-, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda precisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable y de esta manera producir una sentencia justa y acorde a los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Esta teoría alemana se aplica por primera vez en el año 2005, por parte de la Corte Suprema de Argentina, en el fallo conocido como el fallo “*Casal y otros*”, en donde en síntesis, los jueces manifiestan que los jueces de casación deben agotar las capacidades de revisión en los recursos de casación, no deben tener límites normativos ante claras vulneraciones de derechos fundamentales. Por lo tanto, dio paso a la revisión total, incluso de las pruebas, dentro de un recurso de Casación, sentando un precedente pero de igual manera, con limitantes al desarrollo de esta teoría.

En el país de manera tácita se está aplicando la teoría *Leistungsfahigkeit*, ya que si bien es cierto, mantiene la casación el tecnicismo y complejidad que lo ha caracterizado por muchos años, pero existen dicotomías normativas donde se trata de incluir los postulados doctrinarios del *Leistungsfahigkeit*, que al parecer, tratan de agradar tanto a los que defienden la rigidez del recursos de Casación, como los que están a favor de la aplicación de esta teoría, de la modernización y/o flexibilidad de este recurso, ya no solo desde la esfera jurídica dogmática, sino

también desde el reconocimiento de esta teoría como principio del derecho procesal plasmado positivamente en la norma.

## **CAPÍTULO I**

### **1. MARCO TEÓRICO**

#### **1.1.- Definición y evolución de la Casación**

La casación es un instituto jurídico procesal que se contempla bajo la figura jurídica de un recurso, teniendo como cualidad: el carácter de extraordinario. La palabra Casación etimológicamente proviene del verbo latino “*cassare*” que dentro de las acepciones, la que más se ajusta al lenguaje jurídico es la de “*anular*”. Por lo tanto, para el estudio histórico del génesis de este recurso tanto a nivel global como local, se debe estudiar el desarrollo histórico de la institución jurídica de la nulidad.

Es un recurso que configura las características expuestas y que ampara derechos ante los errores de los jueces, mismo que es estricto es su interposición, debiendo cumplirse los requisitos establecidos. Retomando la visión constitucionalista, dentro de las garantías del debido proceso, se enuncia claramente el derecho a recurrir, convirtiéndolo en un derecho de rango constitucional, accesible a todos los ciudadanos que no comparten la decisión dictada por el administrador de justicia cuando ha decidido sobre sus derechos.

La casación surge como recurso que pretende defender al derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso de poder desde el ejercicio de la Potestad Jurisdiccional”, recibiendo el nombre de algunos tratadista como nomofilaquia, que responde justamente a la defensa de la norma jurídica. (Cebrian, 1998, pág. 45)

Es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario, ésta definición deviene en lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) revise y reforme o anule las resoluciones expedidas en revisión por las Cortes Superiores (que pongan fin al proceso) o las sentencias de primera instancias, en la casación por salto, que infringen las normas de derecho material, la doctrina jurisprudencial, las normas que garantizan el derecho a un debido proceso”, convirtiéndose en la forma eficaz para asegurar la validez de los actos procesales. (Hinostroza, 2002, pág. 83).

De igual manera el autor determina que la casación es un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvió a nuevo juicio. Así mismo, el autor explica que el recurso “se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal, lo cual implica la exclusión de las cuestiones de

hecho, y por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas. (Rua, 1996, pág. 39)

Otra definición de Casación, señala que “es el recurso encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de estos actos decisorios” (Bajac, 2009, pág. 35) . Todas estas denominaciones conceptuales poseen escenarios comunes desde la dimensión y alcance del recurso, no obstante es imprescindible comprender su contexto histórico y aún más las construcciones conceptuales en el derecho comparado. En ese sentido, presento las aproximaciones en el derecho Romano, Germano, Francés, además en Colombia, en los términos siguientes:

### **Derecho Romano**

La influencia del derecho romano tuvo una gran incidencia en el derecho moderno, siendo sus postulados, referentes que aún articulan las bases que determinan la noción y construcción de leyes. En el tema que hoy es objeto de estudio se pueden establecer tres etapas significativas que serán resumidas en el cuadro siguiente:

Tabla 1: Etapas de la nulidad

<p><b><u>Primera etapa</u></b></p> <p>Se diferenció la sentencia viciada por error de derecho y, la sentencia viciada por error de hecho; considerando que la primera causal revestía mayor gravedad. Es decir, la individualización de los errores in iudicando.</p>
<p><b><u>Segunda Etapa</u></b></p>

En el derecho romano no existía una forma legalmente establecida para nulitar una sentencia, por lo que fue preciso otorgar a las partes una salida que difería de los medios ya existentes y que se aplicaban para resolver casos de simple injusticia, esta salida se efectivizó declarando la inexistencia de la sentencia, aunque a la larga llegaron a confundirse estas dos instituciones jurídicas.

### **Tercera Etapa**

La nulidad dejó de ser comparada a la inexistencia lo que conllevó a la formulación de los vicios de la sentencia, provocando como consecuencia lógica que se instituya un recurso especial con la finalidad de impugnarla, concretándose definitivamente la distinción entre la “querella iniquitatis” que procedía en contra de los errores de juicio o de derecho como hoy se los conoce, y la “querella nullitatis” que accionaba la impugnación contra los errores in procedendo o de procedimiento. (Velasco, 1994, pág. 52)

### **Derecho Germano**

En el derecho germano ocurrió algo interesante considerando que dentro de esta explicación de los momentos históricos que han llevado a dar forma a la casación, aquí se aplicaba el silogismo, es decir premisa mayor y premisa menor, siendo la premisa mayor la norma aplicable al caso. Dentro de este modelo surgió el sistema llamado desaprobación de la sentencia, que consistía en demandar el fallo proferido por el Juez en instancia.

### **Derecho Francés.**

El recurso de casación como medio tutelar del derecho objetivo se consolidó a partir de la Revolución Francesa de 1789, donde las consignas de libertad materializaron los derechos del hombre, esto favoreció al individuo en cuanto le otorgó la posibilidad de acceder a la

administración de justicia, en procura del reconocimiento de sus derechos. De allí que la Corte no constituyó un ente judicial sino un organismo político que actuó de manera conjunta con la Asamblea Legislativa, puesto que era necesario mantener el predominio de ésta sobre los tribunales. No obstante, existían criterios que interpelaban en su carácter jurisdiccional, la necesidad de anular las causas en las que se hubiere violado el procedimiento y, también sentencias que presentasen contravenciones expresas al texto legal. Como manifestaba Rousseau,

La voluntad general es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública; pero no se deriva de ello que las resoluciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. El pueblo quiere indefectiblemente su bien, pero no siempre lo comprende. Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general esta solo atiende al bien común aquella al interés privado. (Aguilar, 2010, pág. 211)

Ante la exposición de estas consideraciones socio-históricas al respecto el gran jurista procesalista español, se refiere:

A diferencia de los tribunales de tercera instancia, el de Casación tiene una finalidad al menos en su original aspecto histórico; metaprocesal, a saber la defensa de la ley; y con ella la del Poder Legislativo; frente a los Tribunales de Justicia como representantes del Poder Judicial, siendo su misión esencial y primordial garantizar la separación del Poder Legislativo y del Poder Judicial, controlar éste y mantener la unidad de la jurisprudencia, misión ésta que ha sido a través de su historia adaptada a las necesidades de cada momento histórico hasta llegar a la concepción actual cuya finalidad está integrada por el control meramente jurídico del procedimiento y de la decisión de un Tribunal Penal para establecer si la aplicación de la ley al hecho; normalmente; inatacable, declarado probado se ha efectuado de un modo jurídicamente correcto tanto desde el punto de vista del Derecho Material como desde el Derecho Procesal Penal. (Fenech, 1965, pág. 465)

## **Casación en Colombia**

La figura jurídica de Casación aparece en la Constitución de 1886, con la finalidad de ejercer control a las decisiones proferidas por los jueces, esto a fin de evitar arbitrariedades y para que el ciudadano contara con la posibilidad de acudir a un órgano superior que revisara el fallo proferido en un caso determinado. Ante ello, la Ley en 1886 apuntaba al fin de unificar la jurisprudencia y enmendar los agravios inferidos a las partes y procurar aplicar la ley debidamente. El código de Procedimiento Civil colombiano establece:

Artículo 365. FINES DE LA CASACIÓN. Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627 El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida” (Código de Procedimiento Civil , 1970).

La Corte Constitucional establece en ese mismo sentido que:

Al respecto la (Corte Constitucional Colombia , 2011), ha sostenido: “Un análisis histórico y normativo muestra que el tribunal de casación no surgió para corregir todos los eventuales errores judiciales sino que su función es, si se quiere, más de orden sistémico, para proteger la coherencia del ordenamiento y la aplicación del derecho objetivo, por lo cual ha sido denominada por algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia como “nomofilaquia”. ¿Qué significa eso? Que para la definición de las controversias judiciales concretas el ordenamiento prevé las instancias, mientras que el papel de la Corte Suprema, como tribunal de casación, es primariamente asegurar la coherencia del ordenamiento legal, gracias a la unificación de los criterios de interpretación de la ley,

para de esa manera, lograr la realización del derecho objetivo y asegurar el respeto a los principios de legalidad y de igualdad”.

### **Casación en Ecuador**

El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, tal como consta en el Art. 1, inciso primero de la carta magna, y de conformidad con el Art. 169 ibidem, que expresa que el sistema procesal es un medio para la correcta administración de justicia. De allí, que “la significación de ser un estado constitucional de derechos es una superación a la construcción como un Estado social de derecho realizada en la Constitución de 1998” (Castro, 2011, pág. 22) , considerando también que existen elementos trascendentales para su legitimación:

- La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que son todos los enunciados por la Constitución sean de libertad personal o de naturaleza social;
- El imperio del principio de juridicidad (llamados por muchos de legalidad) que somete a todo poder al Derecho; y.
- La adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los derechos sociales. (Peña, 1997, pág. 98)

En ese sentido, se ratificaba lo sostenido en el trabajo estableciendo que el objeto de esta coyuntura histórica es asumir con voz propia la reestructuración del Estado, textualmente manifiesta:

El propósito de esta corriente formada dentro del Derecho Constitucional aspira a dotar al Estado de mejores herramientas jurídicas para perfeccionarlo, para ello somete a todo el poder estatal al Derecho, donde la constitucionalidad prime sobre la legalidad y a la jurisdicción constitucional la ubica como primera y última instancia de la vida jurídica, a fin de que el Estado actual pase a convertirse en paradigma del Estado constitucional; es decir, aspira a una verdadera

revolución político-jurídica para insertarse dentro de un nuevo orden jurídico cuyos pilares fundamentales son: la defensa radical de la dignidad, de igualdad, de la justicia, de la solidaridad de las personas y el establecimiento de una seguridad jurídica de mejor calidad, porque se considera que sobre estos postulados el nuevo Derecho denominado Derecho global.”, dentro de ese contexto se establecen parangones donde el positivismo se fragiliza ante los preceptos del neoconstitucionalismo. (Cueva, 2014, pág. 26)

En este aspecto en el neoconstitucionalismo se posee varios aspectos que lo legitiman:

*Ontológico*, derivado a afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo *epistemológico*, el *cognitivismo* resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden *axiológico* constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces.”, es decir, hablar de neoconstitucionalismo es hablar de reforma judicial y cómo desde la juridificación se establecen mayores espacios para fortalecer la democracia y los espacios de exigibilidad de derechos. (Cebrian, 1998, pág. 50)

Los postulados que en torno al constitucionalismo se erigen dan cuenta de una transformación innovadora considerando el sistema social, por ello se establece con acierto:

El neoconstitucionalismo, sin ánimo de agotar la discusión ni de elaborar un concepto acabado, no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y del estado. El derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, de orden público,

de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos. (Zaidan, 2012, pág. 21)

Es lo que genera su vinculación más directa con un modelo de protección que incluye hasta la naturaleza como sujeto de derechos.

Apuntar a una Constitución materializada, es un gran paso para confrontar los vericuetos de una sociedad fragmentada, políticamente deslegitimada y con la esperanza mutilada, ante ello, con el afán de explicar el momento histórico, y afirma “el Gobierno ecuatoriano tiene la voluntad política de dotar a los derechos humanos de una dimensión preponderante, de manera que su promoción constituya un eje transversal en todas las políticas sociales y de desarrollo del país” (Silva, 2010, pág. 52)

El discurso jurídico que instrumentaliza esa voluntad política conlleva a que se convierta en el elemento indefectible de progreso.

Esta impregnación responde a características específicas que determinan el desarrollo vital de esta corriente, ante ello, existen siete condiciones que habilitan la constitucionalización de los derechos:

- Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
- La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
- La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”;
- La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
- La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;

- La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores;
- Influencia de la Constitución en el debate político. (Guastini, 2001, pág. 56)

Estos elementos ponen en evidencia la centralidad que asumen los derechos fundamentales en el escenario jurídico social impregnando la maquinaria judicial reconfigurando la labor jurisdiccional y su influjo a las relaciones privadas.

Existe una coyuntura histórica al interior de los modelos de Estado en América Latina, ya que marcaron un hito transformacional y generaron la pauta de lo que ha representado con la aprobación de la Constitución del 2008, la instauración del Neoconstitucionalismo. Desde allí, este trabajo busca abordar esta expresión que ha establecido una investigación prolífica a largo de estos años, siendo así, , que establece una transversalización del derecho constitucional, traducida en la impregnación de la constitución en escenario jurídico-social, es decir:

Vincula normativamente a los principios y valores inscritos en sus Constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico:

- En el plano de la teoría del derecho supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones;
- En el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial;
- En el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley al que incorpora una redefinición del papel del juez y de las formas y las condiciones de la sujeción a la ley;

- Por último en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto del papel de la ciencia jurídica que resulta investida de una función no solamente descriptiva sino crítica y proyectiva.”

Este fenómeno jurídico da cuenta, que al formularse el carácter constitucional del Estado

Se incluye y se supera cualitativamente el Estado de legalidad y el Estado de Derecho, lo cual implica que la legalidad se vuelve un componente de la constitucionalidad y que la Constitución sea fuente de fuentes, instrumento de los derechos. (Castro, 2010, pág. 113)

Dentro del cual la constitucionalidad asume un rol protagónico siendo garante del contenido esencial de los derechos fundamentales y no la legalidad.

La filosofía del derecho de las generaciones venideras no tendrá rasgos posmodernos irracionales, místicos ni tampoco estará caracterizada por un creciente ascenso de la razón formal, la filosofía del derecho debe estar determinada por la preocupación por el derecho y esto significa la preocupación por el hombre, aún más, la preocupación por la vida en general, en todas sus formas. (Kaufmann, 1998, pág. 13),

Es decir, son planteamientos teóricos que materializan los derechos, basados en tres enfoques de significación:

- Fuerza Normativa de la Constitución
- La re-materialización constitucional
- La garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución

El neo constitucionalismo como proceso histórico se inicia con una transformación evidente, es decir:

No es sostenible la tesis de la Teoría Pura del Derecho, expresión más perfilada del positivismo clásico, de que se puede obtener un concepto del Derecho prescindiendo de su justicia y de su substrato social”, esta redimensión del derecho, no sólo dinamita las bases del esencialismo del derecho sino que nos lleva repensar sobre los propósitos del derecho en la sociedad. (Peces-Barba, 1999, pág. 84)

Ante ello, se esboza una comprensión del neoconstitucionalismo, señalando que el mismo

Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencia o separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines objetivos”, más allá de la línea histórica delimitada son los cambios sustanciales que al interior de la actividad jurisdiccional los que marcan una pauta de relevante significación acerca de este fenómeno vivo que se sigue estudiando. (Carbonell, 2010, pág. 24)

América Latina, formó parte de una coyuntura donde progresivamente fueron estableciendo la necesidad de materializar sus constituciones, es decir de erigir tal como manifiesta:

El Estado constitucional de derecho, o simplemente Estado constitucional, surge a partir de una serie de mutaciones y cambios en el Estado liberal o legislativo de derecho, que es el modelo que lo precede. El Estado constitucional revela un cambio de estructura del sistema jurídico, puesto que supuso la introducción de un modelo en el cual la Constitución implanta límites y vínculos sustanciales, que no son más que los derechos fundamentales, al poder ejecutivo, judicial, y principalmente, al legislativo. (Peña, 1997, pág. 56)

La hegemonía de las garantías construye un imaginario más incluyente y se visibiliza en el espectro jurídico fenómenos sociales que antes no estaban en la agenda estatal.

El Neoconstitucionalismo, visibiliza la ruptura con el positivismo y ubica a la ciencia jurídica materializando los derechos, transformándolos en instrumentos reales que como mecanismos de efectivas garantías que hacen de las constituciones catálogos amplios de derechos orientados a resolver el cómo del Estado. Es decir, el neoconstitucionalismo, es una acción que reconfiguró la forma de habilitar al órgano jurisdiccional. Existe también una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma que haya sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos. Es decir, El neo-constitucionalismo, en el nuevo derecho a tenido tanto apoyo como distanciamientos, por un lado por que para algunos autores el derecho constitucional no ha innovado de tal forma que pueda ser resaltado por una nueva teoría neo-constitucional, sino que el derecho constitucional ha sido y sigue siendo uno solo, y que una nueva teoría como la enunciada tendrá varios problemas con respecto a su inserción en el derecho contemporáneo.

El tema a desarrollar, a manera de presentación de diversas tesis del neoconstitucionalismo, establece el escenario real en torno contenido integral y plantea que

El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina, (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México), Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará algunos años. (Carbonell, 2007, pág. 9),

Ante ello se erigen dos postulados en lo medular antagónicos, que sería de vital trascendencia desarrollar siendo la de Luis Prieto Sanchís y Juan Antonio García Amado.

La tesis de Prieto Sanchís, alude a generar conceptualmente que desde el neoconstitucionalismo se establecen :

Tabla 2: los principales elementos para reconfigurar la sociedad

- La constitución es material. Está provista de un denso contenido sustantivo, conformado por normas que establecen al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino que también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”. La Constitución es garantizada. Su protección se encomienda a los jueces. La Constitución es omnipotente.
- Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico. Como consecuencia de ello, la Constitución regula plenamente la legislación: En la Constitución de los derechos no hay espacios externos para el legislador porque todos los espacios aparecen regulados.
- La Constitución establece una regulación principialista. En este tipo de regulación se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. Por ello, se produce [...] una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles.
- La Constitución es abierta y habla con muchas veces, pero legislador y juez escuchan la misma voz. La Constitución se aplica mediante la ponderación.

- La ponderación es una forma de argumentar mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. (Bernal, 2006, pág. 13)

La clave para entender esta técnica argumentativa es verla como un procedimiento con

dos pasos: en el primero la ponderación en sentido estricto- se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver. La segunda premisa señala que, en relación con ese caso, y dadas determinadas circunstancias, tal principio prevalece sobre tal otro, donde la fórmula de Alexy, toma a protagonismo respecto de la justificación interna de la ponderación, sino la justificación externa (si se quiere, el esquema de justificación externa) de su segunda premisa.

- Pues bien, nos encontramos (el juez se encuentra) en esa situación cuando:
- no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas);
- o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso. (Pazmino, 2012, pág. 58)

Evidentemente, difiere de lo planteado por Prieto, y establece que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales. Es decir dentro del tema planteado aún no se

ha establecido con claridad una corriente a tomar puesto que la discusión estriba no en la colisión sino en la posición del juez al darle valor.

La línea histórica que marca el contenido y las transformaciones del país, es protagonista de un consecuente ejercicio evolutivo del que se desprende un análisis prolijo de esa arquitectura de garantías que evidentemente responde a conquistas sociales y en esa misma vía a momento políticos que marcaron la gesta de Montecristi. Siendo así se sugiere que para realizar un análisis que tome en cuenta tanto la teoría del derecho como la teoría social, utilizaremos tres criterios, que detallan la evolución del constitucionalismo:

- El antiguo o premoderno, que existió hasta antes de la independencia de la corona española, que era flexible e informal, autoritario y vertical, y que respondería al período colonial-hispánico.
- El moderno, que comienza con la independencia de la colonia española y corresponde al Estado nacional, es un constitucionalismo reduccionista, monocultural, jurídicamente monista, centralizado en que la constitución en la práctica no tiene fuerza vinculante y está estrechamente relacionado con la economía capitalista.
- Postmoderno que rescata el constitucionalismo oculto, practicado por otras nacionalidades, en particular las indígenas, es plurinacional y correspondería a un modelo distribuidor, reconocedor y demo-diverso, que camina hacia un modelo post-capitalista. (Sousa, 2009).

Dentro de ese contexto, también dibuja esa línea imaginaria donde se establece un proceso comparativo generando una mirada en la Constitución del XIX, de 1979, de 1998 y 2008; la misma que es señalada a continuación:

Tabla 3: Constituciones del siglo XIX

CONSTITUCIONES	CONSTITUCIÓN	CONSTITUCIÓN	CONSTITUCIÓN
----------------	--------------	--------------	--------------

XIX	1979	1998	2008
	De la familia De la educación y cultura De la seguridad social y promoción cultural Del trabajo	Derechos Económicos sociales y culturales <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Propiedad</li> <li>❖ Trabajo</li> <li>❖ Familia</li> <li>❖ Salud</li> <li>❖ Seguridad Social</li> <li>❖ Cultura</li> <li>❖ Educación</li> <li>❖ Ciencia y Tecnología</li> <li>❖ Deportes</li> </ul>	Derechos del Buen Vivir <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Agua y alimentación</li> <li>❖ Ambiente sano</li> <li>❖ Comunicación e información</li> <li>❖ Cultura y ciencia</li> <li>❖ Educación</li> <li>❖ Hábitat y vivienda</li> <li>❖ Salud</li> <li>❖ Trabajo y</li> <li>❖ Seguridad Social</li> </ul>
Garantías individuales	De los derechos políticos ----- De los derechos de las personas	Derechos Políticos ----- ----- Derechos Civiles	Derechos de participación ----- ----- Derechos de libertad
		Grupos Vulnerables <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Niños,</li> <li>❖ Mujeres embarazadas</li> <li>❖ Personas con discapacidad</li> </ul>	Personas y grupos de atención prioritaria <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Adultas y adultos mayores</li> <li>❖ Jóvenes</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Enfermedades catastróficas</li> <li>❖ Tercera edad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Movilidad Humana</li> <li>❖ Mujeres embarazadas</li> <li>❖ Niñas, niños y adolescentes</li> <li>❖ Personas con discapacidad</li> <li>❖ Enfermedades catastróficas</li> <li>❖ Privadas de libertad</li> <li>❖ Usuarios y consumidores</li> </ul>
--	--	--	--

La legislación esgrime desde la Constitución de la República del Ecuador, la aplicación, garantía y efectividad de este mecanismo, el mismo que adquiere otro cariz si mencionamos la transformación significativa originada en Montecristi el 2008, que imprime un Estado de derechos y justicia.

La constitución del Estado no es, desde luego, cualquier constitución. Debe tratarse de un texto amplio, contundente a la hora de hacer efectivas las decisiones del poder constituyente y capaz de colocar a la constitución en el centro de la vida pública y, en buena medida, en la privada del país. (Dalmau, 2010)

Es decir, existe una comprensión inmanente a la cotidianidad social que presenta los posibles yerros de la administración jurisdiccional, ofreciendo una vía expedita para la restauración de los derechos. De allí, es de vital trascendencia poner en el escenario el papel del

Derecho en un mundo globalizado; lo que supone que el proceso como tal se resignifique a la vanguardia misma de los cambios sociales, es decir, la idea de consolidar herramientas como internet y sus repercusiones sociales.

No se pueden aplicar soluciones domésticas para la solución de problemas planetarios: Políticos, intelectuales, educadores, hombres de negocios, profesionales y, en general, todos aquellos que toman decisiones necesitan ser conscientes del impacto profundo del empleo de las nuevas tecnologías en la organización social. No se puede gobernar de espaldas a la sociedad digital; antes bien, conviene gobernar para que ésta crezca de la manera más armónica posible, evitando nuevos desajustes y desigualdades, de los que nacerían inevitablemente conflictos y violencias. (Cebrian, 1998, pág. 50).

Esta representación delimita la posibilidad de mirarnos en el tiempo y poder confirmar el evidente salto transformacional que se erige en el país a nivel de inclusión y reconocimiento de derechos colectivos. El Estado Constitucional, pone a la Constitución como fuente principal de los derechos y obligaciones, somete a toda la actividad estatal y no estatal al contenido sustancial de las normas constitucionales; y enfatiza el papel fundamental que tienen las garantías (legislativas, políticas y judiciales) y los jueces en realización de los derechos constitucionales. Este aporte redefine la ubicación de los derechos que por años habían estado invisibilizados otorgándoles la centralidad que obedece a una teorización de los derechos que adquiere una materialidad que hace efectiva todas las garantías inherentes al núcleo del derecho.

Por otro lado, el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, establece como derecho de *protección judicial* el de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos reconocidos.

Comprendo que la finalidad del proceso es la correcta aplicación del derecho al caso específico, de lo cual hay que verificar correctamente los hechos relevantes y desde allí formular el silogismo jurídico acorde a su contenido, cumpliendo así el principio constitucional de una correcta administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

Para la Corte Constitucional del Ecuador la casación es un recurso extraordinario cuya finalidad es anular una sentencia judicial por fundamentarse en una incorrecta interpretación o aplicación de la ley; o que ha sido dictada por un procedimiento que no cumple las solemnidades legales. Es un fallo de un Tribunal Superior de Justicia y por ello de mayor jerarquía. Su objetivo es obtener la aplicación correcta de la ley por los Tribunales como garantía de seguridad y certeza jurídica al unificar la interpretación de las leyes y crear jurisprudencia. Las causales para su procedencia son: a) infracciones al procedimiento, esto es errores de forma o error in procedendo. b) infracciones de derecho, o errores de fondo o error in iudicando”. (Corte Constitucional , 2017)

Generalizando los orígenes de este recurso judicial pueden encontrarse en Italia, donde utilizaron este mecanismo para imponer sus estatutos locales por sobre el *ius commune*. La palabra *casar* proviene del latín *casare*, que significa abrogar o derogar. Por su parte, *casación*, proviene del término francés *cassation*, derivado a su vez de *casser*, que se traduce como anular, romper o quebrantar. Esto en su sentido etimológico, pero este recurso surgió en Francia, donde se utilizó como un mecanismo para uniformar el derecho a partir de la ley territorial, llegando a ser característico de su ordenamiento jurídico. La reseña histórica que se encuentra en el libro el recurso de casación en la jurisprudencia nacional, de Manuel Tama, señala:

El moderno instituto de la casación tiene su acta de nacimiento en la ley de 27 de noviembre, 1ro. de diciembre de 1790, sancionada por la Asamblea Constituyente francesa, cuyo artículo 1 creaba un Tribunal de Casación, al lado del cuarto legislativo con la misión de anular

todos los procedimientos en los cuales las formas hubiesen sido violadas y toda sentencia que contuviera una contravención expresa al texto de la ley. Este hecho narrado brevemente en líneas anteriores, fue el germen de la institución actual y se configura en su antecedente más próximo

La ley de Casación en el Ecuador, se implementó en el Ecuador desde el año de 1993, el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Superiores, por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso administrativo. (Casación, 1993)

El recurso tenía como finalidad el control de los puntos de derechos que los jueces de instancia hayan vulnerado dentro de un proceso judicial. Se define la casación como “el recurso encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en las sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de estos actos decisorios. (Palacios, 2001, pág. 81).

La doctrina caracteriza a tales deficiencias como errores in iudicando o errores in procedendo. La casación tienen efecto suspensivo en cuanto obsta la ejecución de la resolución impugnada; y, en otras legislaciones, efecto extensivo, en cuanto afecta no solo al recurrente sino a otros procesados en el mismo juicio, que se encuentran en análoga situación, Este recurso es el controlador juicio del fallo; no remedia cualquier injusticia o defecto procesal, sino verifica la legalidad de la sentencia o resolución impugnada dentro de los límites derivados de los motivos taxativamente previstos en la ley e invocados por quien deduce el recurso.

## **1.2. Naturaleza jurídica y legislativa de la Casación.**

Naturaleza jurídica: La certeza jurídica es lo que busca la Casación, y esta no se puede lograr si se pondera los tecnicismos jurídicos sobre el fin de justicia, obstaculizando el acceso a ella, como lo que se vulneraría la tutela judicial efectiva, estipulada desde el Art. 75 hasta el 82

de la Carta Magna. La Constitución de la República, reconoce la potestad jurídica del conocimiento de los recursos de Casación a los jueces nacionales, en el Art. 184, señala:

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. 2) Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración. De igual manera el Art. 185 ibídem, dispone que las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligaran a remitir el fallo al pleno de la corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en el plazo establecido no se pronuncia, o ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. (Constitución, 2008)

La potestad legislativa que tienen los jueces nacionales a través de la Casación, en la unificación de criterios y certeza jurídica derivando a la constitución de jurisprudencia de aplicación vinculante, de aquí la importancia de esta institución jurídica, ya que pasa del plano de resolver intereses particulares, a constituirse criterios generales de aplicación, por lo tanto, la importancia de la progresividad de la aplicación de esta institución jurídica, como toda norma jurídica que progresa en virtud de los cambios sociales, políticos, y en el campo que nos concierne, el cambio en el campo jurídico acorde a las tendencias neo constitucionalistas de reconocimiento de los derechos fundamentales.

### **1.3. Diferencia entre el recurso de casación y tercera instancia**

La casación es el recurso extraordinario y supremo, con el que acudimos ante un Tribunal superior para anular una sentencia, por tanto, no constituye, ni se configura como una tercera instancia y sería incorrecto, en el medio legal en el que nos desenvolvemos referirse a él de esta

forma. El recurso de casación entre otras características que lo distingue de la tercera instancia tenemos:

- se aplica ante autos y sentencia que ponen fin a un proceso.
- solo aplica en aquellos casos en los cuales verse sobre juicio de conocimiento.
- se prohíbe la reproducción de hechos nuevos o pruebas nuevas.

## **1.4. Composición sustantiva de la Casación**

### **1.4.1. Procedencia y Fundamentación de la casación**

El código orgánico general de procesos, en su Art. 266, establece:

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 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. (COGEP, 2015)

La norma adjetiva establece dos presupuestos normativos por los cuales procede el Recurso de Casación, el primero es que procede contra sentencias y autos que pongan fin a procesos de conocimientos, he aquí la distinción de las providencias que son recurribles y en qué estado se puede aplicar este recurso, con esto se excluyen la providencias de sustanciación, y aquellos autos interlocutorios que no pongan fin al proceso, que según lo establece la norma procesal, los únicos juicios en los que cabe el recurso de Casación por excelencia, son aquellos juicos de conocimiento. El segundo presupuesto normativo señala de manera extensiva que también son recurribles aquellas providencias finales dictadas en juicio de ejecución las mismas

que se ajusta a la norma, solo si versa sobre la sentencia dictada en un juicio de conocimiento, siempre cuando esas providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decidido en el fallo o que contradigan lo ejecutoriado.

La norma adjetiva en su Art. 267, señala los siguientes requisitos de fundamentación:

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. (COGEP, 2015).

Estos son requisitos formales pero que de igual manera deben estar completos para la sustanciación del recurso.

#### **1.4.2. Casos de procedencia del recurso de casación**

En la ley del año 1993, constan las siguientes causales donde procedía el recurso:

1era. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes en su parte dispositiva; 2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando haya viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; 3era. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la

prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto; 4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la Litis; 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositivo se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. (Ley de Casación, Art. 3, Causales)

Estos casos variaron de manera mínima en la norma adjetiva, cito:

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. 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley 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. (COGEP, Art. 268)

#### **1.4.3. Vicios.-**

*Vicios in iudicando:* Estos vicios son los que afectan la norma sustantiva, el fondo de la Litis, por lo tanto, se puede traducir como vicios en el derecho, dentro del código procesal encontramos los siguientes:

- 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.
- 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.

*Vicios in Procedendo:* Estos vicios son los que afectan a la norma procesal, por lo tanto se puede traducir como vicios en los procedimientos, dentro del código procesal encontramos la siguiente causal:

- 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.

*Vicios de ultra, extra o infra petita:* Este vicio es por afectación a la resolución judicial ya que el juez ha dispuesto más allá de lo pedido, resuelve cuestiones que no han sido pedidas por las partes o a su vez deja de resolver cuestiones pedidas por las partes. La característica principal de este vicio es la incongruencia en la sentencia judicial, encontramos en la norma adjetiva la

siguiente causal: “cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más a allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.”

Vicios por falta de motivación: La motivación como lo establece la norma constitucional es el señalamiento de normas y principios por los cuales se resuelve algún caso concreto y la pertinencia de la aplicación de los mismos. La motivación es la justificación de los jueces para resolver de tal manera una cuestión judicial. La justificación debe ser interna y externa, es decir, debe haber congruencia en la aplicación de normas y principios. Dentro de los causales de casación establecidos por la norma vigente, encontramos la siguiente:

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. (COGEP, 2015)

Debo recalcar, que la racionalidad también implica la actividad legislativa, en el sentido que la norma jurídica regule la valoración de la prueba, y se señala la obligación de los jueces en motivar sus decisiones. En ese sentido, depende de los presupuestos normativos establecido tanto en la norma constitucional e infra constitucional, de exclusión de los medios de prueba, prueba ilícita o prueba con ineficacia jurídica probatoria.

## **1.5. COMPOSICIÓN ADJETIVA DE LA CASACIÓN**

### **1.5.1. La casación y el Código Orgánico General del Procesos**

El Código Orgánico General de Procesos, deroga la ley de casación que estaba vigente desde el año 1993, y por lo tanto moderniza su estructura y aplicación jurídica, pero consideramos que debió acoger las nuevas tendencias jurídicas modernas, así como los otros

ordenamientos jurídicos extranjeros han acogido, en virtud del dinamismo social en el siglo XXI. El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), señala en su artículo 266 primer inciso:

El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Corte Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. (COGEP, 2015).

De igual manera, ordena que el recurso de casación ha de ser interpuesto dentro del término de diez días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

### **1.5.2. Procedimiento y Admisibilidad.**

El recurso deberá interponerse ante el mismo órgano jurisdiccional que dispondrá se obtengan las copias necesarias para la ejecución de la sentencia o auto y ordenará que la o el juzgador ejecutor adopte cualquier medida conducente a alcanzar la reparación integral e inmediata de los derechos lesionados. En la misma providencia ordenará que se eleve el expediente a la Corte Nacional de Justicia. El auto que inadmita el recurso de casación será susceptible de aclaración o ampliación.

Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o a un conjuer de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos en este código y si lo admite o no. No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba. Si el proceso se eleva en virtud de recurso de hecho, dentro del mismo término examinara si el recurso de casación fue debidamente interpuesto, en cuyo caso concederá el recurso de casación. Si se inadmite el recurso de casación o el de hecho, se devolverá el proceso al órgano judicial respectivo. Si se admite el recurso de casación se notificará a las partes y se remitirá el

expediente a la Sala especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia. Este contenido de admisión es lo que se pretende reformar con el desarrollo de los principios jurídicos de admisibilidad y de agotamiento de las capacidades de revisión por parte de los jueces de la Corte Nacional, en virtud que se flexibilice el recurso y deje su rigidez arcaica incongruente a los postulados garantistas que promulga la Constitución de la República, en el capítulo de la propuesta desarrollaremos de una manera más óptima el contenido normativo de la admisión del Recurso de Casación.

### **1.5.3. Sentencia**

Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en el Código *ibídem*, la que contendrá:

- Cuando se trate de casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial al cual corresponda conocerlo en caso de recusación de quien pronunció la providencia casada, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho.
- Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda.
- Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.

- Cuando se case la sentencia por el caso previsto en el número 4 del artículo 268 de este Código, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, corregirá el error valorando correctamente la prueba que obre de autos.
- El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.
- Si se casa la sentencia totalmente dejará sin efecto el procedimiento de ejecución que se encuentre en trámite.

#### **1.5.4. Sistema de Casación**

Existen tres tipos diferentes de casación:

El de reenvió, adoptado por el ordenamiento francés, en el que el tribunal de casación al admitir el recurso anula la resolución impugnada y devuelve el proceso al tribunal ad quem, sea para que vuelva a sustanciar las causa en caso de existir vicio in procedente, sea para que dicte nueva sentencia si existe vicio in iudicando. b) el que admite el recurso únicamente para los vicios in iudicando como ocurre la Ley española de enjuiciamiento civil del 2000 en que tan solo se puede casar los fallos fundándose como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. (Andrade, 2005).

Existen dentro de la doctrina jurídica también el sistema abierto donde no se señalan las causales por las cuales aplica el Recurso de Casación. Y el sistema cerrado como el que rige la norma vigente, donde los presupuestos para que proceda la sustanciación del recurso están estipulados en la norma adjetiva, tal como ya se ha mencionado.

#### **1.6. LA CASACIÓN Y SU PROGRESIVIDAD NORMATIVA:**

### **1.6.1. El Principio Nomofilático de la Casación**

Nomofilático-ca, se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso (Española) Este principio es corolario del principio de legalidad en el que se determina que la función principal de la Casación es el irrestricto cumplimiento de la ley. Por lo que es un principio de esencia legalista, donde promueve la filosofía que antes predominaba las ciencias jurídicas que es la filosofía positivista.

### **1.6.2. El neo constitucionalismo y la casación**

Históricamente la casación ha sido el recurso que sobreprotege el fiel cumplimiento de la norma en su sentido semántico literal. La hermenéutica jurídica que no se apega a las tendencias modernas de las teorías del derecho aplicables en la actualidad, y de igual manera se alejan de los postulados que promulga la carta magna. El neo constitucionalismo con su nueva teoría del derecho prioriza y garantiza a los seres humanos un catálogo amplio de derechos que son de igual jerarquía, interdependientes y conexos, por lo tanto, todos los derechos tienen relevancia prioritaria. En ese contexto, los derechos de protección se deben respetar como cualquier otro derecho fundamental.

### **1.6.3. La constitución del Ecuador y la casación.**

En el Ecuador se estipula textualmente en su norma suprema las siguientes atribuciones de los jueces de la Corte Nacional: las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia serán elegidos por el Consejo de la Judicatura conforme a un procedimiento con concurso de oposición y méritos, impugnación y control social. Se propenderá a la paridad entre mujer y hombre. El Art.

184, de la Constitución señala: 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. 2.- Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”. (CONSTITUCIÓN, 2008)

#### **1.6.4. Casación Flexible – Casación Platónica**

Se debe mencionar que la flexibilización del recurso de casación se viene desarrollando bajo algunos parámetros y doctrinas jurídicas que incluso promulgan su reforma desde la misma admisión, es así que nos encontramos con la llamada casación platónica, la misma que está ligada al concepto de justicia, que supone la inclinación de otorgar a cada quien aquello que le corresponde o le concierte. Puede entenderse a la justicia como lo que debe hacerse de acuerdo a lo razonable, a lo equitativo, o a lo indicado por el derecho.

En este sentido, la expresión casación platónica encaja en el concepto de lo que verdaderamente busca certeza jurídica, que repercute en igualdad para todos, la institución de la casación civil, eso es, uniformar la interpretación de la ley, y de este modo, garantizar la correcta aplicación del derecho, velando por los intereses de la verdad procesal y de los litigantes. (Ernesto, 2013, pág. 93)

#### **1.7. La constitución y los principios**

Los principios son elementos centrales de la teoría del derecho de algunos juristas como Dworkin, Ferrajoli, Robert Alexy, entre otros. La Constitución de la República, asumió la tendencia neo constitucional o neo garantista, donde plasma los postulados del Jurista italiano, nacionalizado francés Luigi Ferrajoli, quien construye los derechos fundamentales en base a

principios jurídicos, siguiendo la línea filosófica de aplicación axiológica de los derechos que son base y existe una interrelación de todos estos principios para el respeto de los derechos humanos.

### **1.8. El agotamiento de las capacidades de revisión como principio**

El reconocimiento jurídico de este principio radica en la naturaleza jurídica de la casación, cabe mencionar que el primer paso jurídico es plasmar positivamente esta institución jurídica, teniendo en cuenta que dentro de la filosofía jurídica, los positivistas no tienen porqué encontrar grave problema en admitir que las normas jurídicas positivas, las que figuran enunciadas en los cuerpos jurídicos (constitucionales, leyes, reglamentos, convenios, tratados internacionales) puedan ser de diferentes tipos o tener distintas estructuras. Un positivista no pondrá objeción a que podamos entender como normas jurídicas aquellas en cuyo enunciado leemos cosas tales.

La aplicación pasaría de la esfera dogmática a la esfera estrictamente jurídica. Una de las funciones principales de la institución jurídica de la casación es el respeto de la norma, así como lo declaró en derecho comparado constitucional, cuando se anuncia que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Se menciona claramente el respeto a la ley, pero en los momentos jurídicos contemporáneos que vivimos, ya se superó la etapa del respeto a la ley por el respeto y reconocimiento a la norma constitucional como fundamento jurídico y gestor del desarrollo normativo infra constitucional.

### **1.9. Principios filosóficos de la teoría del agotamiento de las capacidades de revisión**

Cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles, donde los problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas (reglas), sino que opera de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Estos

estándares axiológicos son los que complementan el desarrollo normativo progresivo que la dinámica social demanda con el objetivo de lograr los anhelos de justicia y congruencia jurídica en las decisiones que los sistemas judiciales adopte.

Cuando los jurisconsultos hablan de derechos y reclamaciones, distinguen en el litigio la cuestión de derecho (*quid juris*) de la cuestión de hecho (*quid facti*), y como exigen la prueba de ambas, llaman a la primera, que es la que debe demostrar el derecho o la legitimidad de la reclamación, la deducción. Nos servimos de un sinnúmero de conceptos empíricos sin hallar oposición alguna, y nos creemos autorizados también sin deducción para atribuirles un sentido imaginado, porque siempre tenemos a mano la experiencia como para demostrar su realidad objetiva. (Kant, 1985, pág. 151)

#### **1.10. Kant y su postura sobre la relación hecho – derecho**

Desde antaño el filósofo Kant, señala sobre la distinción existente en el mundo jurídico sobre la cuestión de derecho y la de hecho, y lo enlaza con la realidad objetiva con la llamada, deducción, es decir, que en el mundo jurídico no puede existir un análisis puramente jurídico separado de lo factico, o viceversa un análisis puramente factico separado de lo jurídico, por lo que se complementan para realizar la deducción y a su vez llegar a una conclusión, esto como teoría jurídica del derecho contemporáneo.

#### **1.11. Principio dispositivo y Principio de Oficialidad.**

El principio dispositivo es aquel, en que el impulso procesal dentro de un juicio lo manejan estrictamente las partes, esta característica tiene el recurso de casación actualmente, ya que el juez de casación resuelve en virtud de las causales que determinen la parte accionante. Son las partes las llamadas a accionar e impulsar los procesos judiciales, por lo tanto, los jueces deben de regirse estrictamente a lo que las partes peticionen. En caso de no ser así, los jueces pasarían a

ser parte procesal y se irrespetaría el principio de imparcialidad que es el que se promueve en los órganos jurisdiccionales.

El principio de oficialidad es aquel en el que el impulso procesal dentro de un juicio no se limita solo a la actividad procesal de las partes, sino que lo pueden realizar los jueces de Casación siempre y cuando el caso amerite, esta característica tiene el Recurso de Casación es la que se quiere imponer con la doctrina de la casación platónica. En el vecino país de Colombia se aplica en casos concretos este principio dentro de su institución jurídica de la Casación.

### **1.12. Teoría de la Leistungsfähigkeit**

Siguiendo la tendencia progresiva de la doctrina jurídica, en Alemania emerge la Teoría de la Leistungsfähigkeit, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión, debiendo el tribunal de casación agotar el esfuerzo para revisar todo lo revisable. Que, formulada esta teoría, se impone pregunta que es lo no revisable. Conforme lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se impone limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y en el nivel jurídico porque la propia constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelario de otro.

### **1.13. El fallo Casal y otros en Argentina.**

En este caso, podemos apreciar que el actor había sido condenado en un juicio oral por robo calificado. El recurso que interpuso luego, impugnando la clasificatoria al alegar que la prueba rendida no permitía acreditar el uso de arma, fue denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal, en base al criterio de que las cuestiones de hecho y valoración de la prueba resultan ajenas al control de casación.

La Corte Suprema revocó esa sentencia y estableció que ese criterio era frustratorio de la garantía de la doble instancia que instituye la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Explicó además, que para respetar ese principio el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable, acogiendo así la teoría alemana de *Leistungsfähigkeit*; y, en línea con la doctrina de la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, indicó que la interpretación de la ley procesal debe permitir una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

#### **1.14. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la teoría de la *Leistungsfähigkeit***

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, señala: párrafo 158: La corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer el recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosas juzgada. (...)

Párrafo 159. “La corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo (...) no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. (...) Es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación del recurso ordinario que se interpongan consta la sentencia.

Párrafo 161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el Art. 8.2 . h, de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contraria al derecho. Si bien los estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infringen la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que no basta con la existencia formal de los recurso sino que estos deben ser eficaces”, es decir, deben dar los resultados por el cual fueron concebidos.

Párrafo 163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recursos interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

Párrafo 164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

Párrafo 165. (...) Lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

Párrafo 167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999, no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. (...)

Párrafo 168. Por todo lo expuesto, la corte declara que el estado violó el Artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

### **1.15. Sentencia de la Corte Nacional de Justicia**

Según la resolución N° 07-2017 de la Corte Nacional de Justicia, en su Art. 3, establece que en el caso previsto en el Art. 273, numeral 2 del COGEP (cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda). El Tribunal de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, cesado el fallo, emitirá sentencia o auto corrigiendo el vicio y aplicando correctamente los principios y reglas de valoración de las pruebas infringidas; de ser necesario se analizará los hechos y se valorará las pruebas. Valoración de la prueba que no está normado en el Cogep, y que se lo implementa vía sentencia de Corte Nacional de carácter vinculante, lo que para el suscrito, corresponde a la aplicación táctica del principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el Recurso de Casación.

### **1.16. La prueba y el principio de agotamiento de las capacidades de revisión**

En la teoría jurídica procesal se señala la bifurcación de la vertiente epistémica que los jueces deben de considerar para la elaboración de decisiones judiciales racionales. Rechaza las irracionalidades, indicando como tales a la implementación banal de las reglas de la lógica, la hipersubjetividad ideológica del juzgador, y la inadecuada apreciación de la prueba. Señala como medio de razonabilidad a la valoración ideológica, enfatizando las implicaciones de carácter cultural y política, determinando así al sujeto que ostenta el poder jurisdiccional y de decisión –

juez- el sometimiento a él de las partes procesales, mediante la valoración racional de los medios de pruebas, y no al arbitrario libre albedrío. Limitando de esta manera el poder estatal.

### **1.17. Las excepciones del principio de agotamiento**

Las reglas de exclusión, bajo un criterio subjetivo, son importantes para la adecuada administración de justicia. Señalando, en la normativa jurídica, que son excluidos todos los medios de prueba que se contrapongan a la norma constitucional, a los derechos fundamentales y a las normas del debido proceso. Esto, es con la finalidad de la obtención de una justicia que se desarrolle mediante pruebas obtenidas de manera diáfanas, que puedan ser contradichas y que su obtención no implique vulneración de principios y derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Se establece también que un ordenamiento que excluya excesivamente medios de prueba, conllevaría a una irracionalidad valorativa. Pero, si en el otro escenario, ¿si un ordenamiento jurídico incluye excesivamente los medios de prueba, conlleva o no a una irracionalidad en la obtención de aquellos medios, incluso inobservando derechos o reglas determinadas para su obtención?, considero que también constituye una irracionalidad. Si nos acogemos a una exclusión de los medios de prueba, bajo una filosofía ecléctica, buscando un punto de equilibrio entre la aprobación o no de los medios de prueba, de igual manera, cabría preguntarse, si dentro de aquel sistema no se permite la inclusión de un medio probatorio obtenido ilícitamente, pero a su vez de contenido trascendental para la determinación de la casus, y/o verdad histórica del hecho materia a controversia, ¿sería o no racional dicha exclusión?. Dentro de esta interrogante, se debe también analizar, primero: ¿Quién considera la trascendencia o no del medio de prueba excluido? Se estima que en primera instancia, la parte procesal favorecida por dicho medio, es quien la pretende incluir a su conjunto probatorio a beneficio de su pretensión. De manera casi simultánea, pero en segundo momento procesal, el juez es quien conoce dicho medio de prueba, y

es el quien realmente determina la calidad de trascendente o no. Pero, en caso de considerarlo tal, ¿sería racional incluirlo o no a sabiendas de su origen ilícito?

### **1.18. La intermediación como excepción**

En Latinoamérica el primer país en aplicarse fue en Argentina, en el caso denominado *Casal* en el año 2005, donde adoptan este principio para agotar el campo de la revisión de la prueba, donde los jueces señalan los límites del alcance de revisión. Ahora bien, no quedando duda sobre la obligatoriedad de revisar las cuestiones de hecho. La corte avanza un poco más y explica que el esfuerzo de la revisión debe llegar hasta donde se pueda revisar, es decir, agotar la revisión de lo revisable. A continuación, para no caer en un argumento elíptico, refiere que es lo que no se puede revisar: conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la intermediación.

Y por si acaso y frente a las críticas que se pudieran alzar de aquellos que creen que no es compatible un recurso en los términos aquí expuestos con el principio de oralidad del debate, esgrime el siguiente argumento: En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que se realiza el máximo esfuerzo revisor, es decir agotar la revisión de lo que sea posible revisar.

### **1.19. La teoría de la *Leistungsfähigkeit*, la Corte Constitucional, la normativa infraconstitucional y las sentencias de la Corte Suprema.**

La teoría de la *Leistungsfähigkeit* y la Corte Constitucional: En el Ecuador, se lo reconoció positivamente por parte de la Corte Constitucional, quienes, explicando los fines del Recurso de Casación, señalan que, en la interpretación más clásica, se le considera un recurso no constitutivo de instancia, es decir que el tribunal puede pronunciarse solo sobre las cuestiones de derecho. En otras palabras, la revisión es más limitada, pudiendo basarse solo en una incorrecta

interpretación de la ley por parte de los órganos inferiores y nunca revisar los hechos de la causa. En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal se ha entendido que en la casación no solo pueden revisarse cuestiones de hecho, sino que se deben revisar estos. No hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos.

Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión), que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación, más allá de aquello, el principio *Leistungsfähigkeit*, se plasma positivamente en una sentencia de Corte Constitucional, la misma que tiene carácter vinculante, reconocimiento que desde mi punto de vista legitima la posterior aplicación a nivel global, es decir en materia tanto penal como no penal.

La teoría de la *Leistungsfähigkeit* y la normativa infraconstitucional: según la resolución N° 07-2017 de la Corte Nacional de Justicia, en su Art. 3, establece que en el caso previsto en el Art. 273, numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos (cuando la casación se fundamenta en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda). El tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, cesado el fallo, emitirá sentencia o auto corrigiendo el vicio y aplicando correctamente los principios y reglas de valoración de las pruebas infringidas; y de ser necesario se analizará los hechos y se valorará las pruebas. Valoración de la prueba que no está normado en el COGEP, y que se lo implementa vía sentencia de Corte Nacional de carácter vinculante, lo que para el suscrito, corresponde a la aplicación tácita del principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el Recurso de Casación, dejando de un lado su función nomofilaquia, esto es en

irrestricto cumplimiento de la ley, a tener una función pro Constitucional, esto es en irrestricto cumplimiento del derecho y de la corrección en caso de vulneración. Cabe indicar que esto implicaría un reconocimiento constitucional de dicho principio y de su posterior implementación y desarrollo en el Código Orgánico General de Procesos, para evitar abusos del derecho y que este recurso de Casación se desnaturalice y derive a una tercera instancia.

La teoría de la Leistungsfähigkeit y las sentencias de Corte Suprema: La Corte Suprema en materia de casación, establecía que era materia reservada a los jueces de instancia todo lo referente a la apreciación de la prueba, solo revisable en casación cuando se alegara violación de las leyes que rigen la prueba, o absurdo evidente en su valoración lógica o jurídica; así la corte en su Resolución N° 61-2002, publicada en el Registro Oficial N° 307, del 17 de abril del mismo año, afirmó:

El fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria.

De esta forma la Corte Suprema de Justicia valoraba la prueba ya que consideran que el camino que los jueces de instancia han tomado es un camino ilógico o contradictorio para tomar su decisión. Fundamenta la Corte Suprema la valoración de la prueba con la resolución 62-2002 publicada en el Registro Oficial 307, del 17 de abril del 2002, citado up supra, además con el criterio dogmático:

El que en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación que de la prueba hizo el tribunal, plantea una cuestión sobre los hechos que no es susceptible de revisión Pero cuando en la apreciación de la prueba se evidencia una infracción de la lógica, ello constituye entonces una incorrecta aplicación de la norma sobre la producción de la prueba. Pero el problema de si una norma ha sido correcta o incorrectamente aplicada representa una cuestión de derecho. En consecuencia, la apreciación de la prueba que contradice las leyes lógicas es, en esa medida revisable. La resolución 61-002, también menciona que dicha potestad se la realiza cuando sobre el proceso de valoración de la prueba se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria. (Klug, Lógica Jurídica , 2002)

En los dos casos, a manera de síntesis, se señala que la potestad que posee la Corte Suprema es volver a valorar la prueba, siempre que esta haya seguido un camino ilógico y que ha llevado al juzgador de instancia a tomar una decisión absurda o arbitraria. En este sentido, la corte tiene que realizar tres análisis:

- Determinar que pruebas han sido valoradas por un camino ilógico.
- Motivación interna como externa (justificación indicando el por qué consideran ilógico lo resuelto por los jueces de instancia.
- Encauzar por el sendero lógico la valoración de la prueba para la obtención de una decisión racional.

Ahora, del estadio de la sentencia, vemos como los jueces de la Corte Suprema corrigen la valoración de la prueba, utilizan métodos lógicos correctos para enlazar la valoración de los hechos con la norma jurídica, y así van corrigiendo punto de inadecuada apreciación jurídica efectúa por los jueces de instancia.

-

Por lo que a consideración del suscrito, la Resolución N° 061-2002, publicada en el Registro Oficial N° 307 del 17 de Abril del mismo año, posee un contenido jurídico avanzado en tema de Casación, e incluso acogiendo el criterio jurídico y dogmático de otro tratadista, implementa en el país el agotamiento de las capacidad de revisión en el recursos de casación, por la utilización de métodos lógicos incorrectos para enlazar la valoración de los hechos con la norma jurídica, como se explicaba up supra, las cuestiones de hecho como las cuestiones de derecho, sea por vicio in iudicando o in procedendo, van unidos inexorablemente. Se debe también tener presente que la bifurcación de las vertientes epistémicas que los jueces deben de considera para la elaboración de decisiones judiciales racionales. Rechaza las irracionalidades, indicando como tales a la implementación banal de las reglas de la lógica, la hipersubjetividad ideológica del juzgador y la inadecuada apreciación de la prueba. Señala como medio de razonabilidad a la valoración ideológica, enfatizando las implicaciones de carácter cultural y política, determinando así al sujeto que ostenta el poder jurisdiccional y de decisión –juez- el sometimiento a el de las partes procesales, mediante la valoración racional de los medios de prueba y no al arbitrario libre albedrio.

Sobre el análisis de la casual tercera según la ley de casación, en la actualidad consta en el COGEP como causa cuarta, cito: 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 equivocad aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto. En concordancia con el Art. 273, numeral 2 ibídem, cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciara lo que corresponda.

-

La resolución N° 07-2017, de la Corte Nacional de Justicia en lo principal sobre este artículo manifiesta que de ser necesario se analizará los hechos y se valorará las pruebas. La Corte Nacional de Justicia manifiesta en su resolución que se analizará los hechos y se valorará las pruebas, utilizando el copulativo y, creando una sola unidad funcional a los hechos con su valoración, situación que se contradice con lo expresado en la norma procesal en el Art. 270, inciso segundo del COGEP, cito: No procese el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba. Por lo que las capacidades de revisión por parte de los jueces de casación, se está trasladando del campo dogmático al campo positivo, pero de manera desordenada, contradictoria en incongruente.

Cabe indicar que el causal citado up supra, recoge la llamada en la doctrina violación indirecta, que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que el sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pretende al llamado sistema de casación puro. Pero en la actualidad y en virtud de la adecuación normativa constitucional, y a la progresividad de las instituciones jurídicas procesales, cabe indicar que en el país la institución jurídica de la casación está pasando de un sistema puro a un sistema flexible o ecléctico.

## CAPÍTULO 2

### 2. MARCO METODOLÓGICO

#### 2.1. Marco Metodológico

En este capítulo se expone el diseño metodológico de la presente investigación, la misma que contiene la metodología a seguir, los métodos teóricos y empíricos utilizados, las dimensiones, instrumentos y unidades de análisis, con las que se trabajó la investigación propuesta.

##### 2.1.1. Enfoque de la Investigación

El principio de agotamiento de las capacidades de revisión se enfoca en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del instituto procesal de Casación. En virtud que la normativa suprema que rige el Estado es la Constitución de la República, la misma que moderniza toda la dogmática jurídica y todas las instituciones procesales. En virtud de aquello la Asamblea Nacional comenzó con la tarea de adecuar toda la normativa interna a los preceptos constitucionales. Es así que, en el año 2016, la Asamblea una vez que cuenta con la sanción por parte del Ejecutivo, ordena que se publique en el Registro Oficial el Código Orgánico General de Procesos, normativa infra constitucional que modifica todas las instituciones procesales, entre esas la figura de la Casación y cuya última reforma fue el 26 de junio del 2019.

La Casación Platónica intervendrá cuando la Sala llegue a determinar que transgresiones legales que denuncia el impugnante, son trascendentes, graves o manifiestas, esto es, que sean influyentes o sustanciales en la decisión de la causa. En estos casos, la Sala de Casación deberá hacer constar en el fallo de casación la circunstancia de que a pesar de no cumplir con los requisitos previos el recurso, decide casar de oficio el fallo indicando los motivos que la determinan, y dictando la sentencia de reemplazo. (Salcedo, 2010)

#### 2.2. Alcance de la Investigación

-

La casación que se aplicaba en el país, era la que regulaba la Ley de Casación de 1993, normativa que poseía figuras jurídicas que debían ser reformadas, es así que el Código Orgánico General de Procesos reforma en parte ciertos presupuestos jurídicos pero que resulta insuficiente para la verdadera reforma estructural de esta institución jurídica. Es así que no se adecuada de manera correcta a las bases constitucionales que promueve el neo constitucionalismo, y deja a un lado varias doctrinas jurídicas que se están aplicando en otros países, y que a mi consideración son doctrinas que se ajustas al sistema garantista de derechos promulgado en el país y que plasma los postulados que el Jurista Italiano Luigi Ferrajoli desarrolla en su libro Garantismo Jurídico y Derecho y Razón.

Se han expedido normativas infra legales, resoluciones de Corte Nacional, e incluso resoluciones de jerarquía constitucional como las sentencias de la Corte Constitucional donde se empieza a aplicar lo que llamo el principio del agotamiento de las capacidades de revisión en el Recurso de Casación, que promulga la flexibilización del recurso de Casación, para que deje de tener la estructura técnica que actualmente tiene en el plano positivista legalista, y obtenga una estructura constitucional, en pro del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, en virtud que se vulnera mayormente el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, solo por la estructura técnica que arcaicamente tenia esta figura, que en muchos casos significaba su inadmisión.

### **2.3. Tipo de Investigación**

El tipo de esta investigación es no experimental, es decir, se estudia la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, intentando sacar sentido de, o interpretar los fenómenos de acuerdo con los significados que tienen para las personas implicadas. La investigación cualitativa implica la utilización y recogida de una gran variedad de materiales—entrevista, experiencia

personal, historias de vida, observaciones, textos históricos, imágenes, sonidos – que describen la rutina y las situaciones problemáticas y los significados en la vida de las personas.

## 2.4. Métodos de Investigación

### 2.4.1. Métodos Teóricos

<b>METODO</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>SISTEMA CONCEPTUAL</b>	<b>TRAYECTORIA Y MODELOS</b>
<p>HISTÓRICO</p> <p>LÓGICO</p>	<p>Desarrollo</p> <p>Flexibilidad</p>	<p>Sistema abierto</p> <p>Sistema cerrado</p> <p>Sistema mixto</p>	<p>Ecuador, Europa y America Latina.</p>

<p>SISTEMATIZACION JURIDICO – DOCTRINAL</p>	<p>a) Capacidad</p> <p>b) Axiológico</p> <p>c) Agotamiento</p>	<p>Potestad constitucional</p> <p>Potestad jurisdiccional</p> <p>Principio nomofilatico</p> <p>Principio pro constitucional</p> <p>Revisión de prueba.</p> <p>Competencia del juez</p> <p>Potestades del juez, Tutela judicial efectiva</p>	
<p>JURIDICO COMPARADO</p>	<p>a) Sistemas de Casación</p>	<p>Aplicación de nuevas tendencias dogmáticas</p>	<p>Alemania, Argentina, Colombia</p>

#### 2.4.2. Métodos Empíricos

CATEGORIAS	DIMENSIONES	TÉCNICAS	UNIDADES DE ANALISIS
Sistemas de Casación	<p><b>Teoría</b></p> <p>Leistungsfähigkeit</p> <p>“Agotamiento de las capacidades de revisión”</p>	<p>Análisis documental</p>	<p>Normas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Resolución 07-2017 de la Corte Nacional de Justicia</li> <li>• Código Orgánico Integral Penal, artículos 256, 257</li> <li>• Constitución de la República del Ecuador, artículo 184.</li> <li>• Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 10, 50, 184.</li> <li>• Código Orgánico General del Procesos</li> </ul>

			artículos 266 - 270
		Análisis de sentencia de varios casos	<ul style="list-style-type: none"><li>• Caso Casal Argentina</li><li>• Corte Constitutional de Justicia, Sentencia N. o 003-10-SEP-CC CASO N. o 0290-09-EP</li></ul>
		Encuestas	<ul style="list-style-type: none"><li>• 20 Jueces de diversas materias</li><li>• 20 Defensores Públicos</li><li>• 10 abogados en libre ejercicio</li></ul>

**Unidades de Análisis**

Normas:

- Resolución 07-2017 de la Corte Nacional de Justicia
- Código Orgánico Integral Penal, artículos 256, 257

- Constitución de la República del Ecuador, artículo 184.
- Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 10, 50, 184.
- Código Orgánico General del Procesos artículos 266 - 270
- Análisis de sentencias Caso Casal Argentina y Corte Constitucional de Justicia.
- Sentencia N. o 003-10-SEP-CC CASO N. o 0290-09-EP.
- Resolución 07-2017 de la Corte Nacional de Justicia

En esta unidad se va desarrollar los métodos empíricos que correlacionan con la información obtenida en el marco teórico para llegar a la conclusión de esta investigación. Se hace el análisis cualitativo de los elementos normativos positivos y se contrasta con las resoluciones y sentencias tanto internas como extranjeras. La finalidad del análisis documental es determinar la implementación de las nuevas teorías dogmáticas vigentes en otros países y que ya consta en el derecho interno pero que no se encuentra regulado. De igual manera se analiza las resoluciones tanto nacionales como extranjeras que han servido de base para la implementación de la teoría que estamos analizando. La aplicación del derecho comparado nos ayuda a ver como otros países han desarrollado o renovado sus instituciones jurídicas procesales, esto acorde a las nuevas corrientes jurídicas de garantismo jurídico, y más aún que en el país existe un hiperconstitucionalismo, donde reforma cualitativamente todas las normativas infra constitucionales. La aplicación de la técnica de la encuesta es para conocer la realidad social en el país en relación a las nuevas implementaciones jurídicas del sistema de casación y si están de acuerdo a una modernización del sistema de manera diáfana que conste ya plasmado en la norma positiva las actualizaciones al sistema.

## **2.5. Técnicas de Recolección de Datos**

La técnica investigativa de encuesta permite obtener información de manera eficaz se consideró a Jueces, Fiscales, Defensores Públicos y Abogados en libre ejercicio, esto

con la finalidad de tener una conclusión integral del conocimiento, implemento, acceso y resultado de la interposición de recurso de casación. El conocimiento global por parte de los entrevistados de la función teleológica, casuística, acceso, vicios, nuevas corrientes del pensamiento, rigidez y la aceptación de las reformas tendientes a la teoría analizada en esta investigación y que estamos impulsando a su implementación con la finalidad de adecuar la institución jurídica de la Casación a la tendencia neo constitucionalista que rige en el país.

Tabla 3 Población

No.	DETALLE	No.	%
1	Jueces de Garantías Penales	20	40%
2	Defensores Públicos del área penal	10	20%
3	Agentes Fiscales	10	20%
4	Abogados libre ejercicio	10	20%
	TOTAL	50	100%

## 2.6. Gestión de datos

Los datos recabados de la encuesta son datos útiles que nos ayudan a tener una perspectiva real del conocimiento de los operadores de justicia y de los Abogados en libre ejercicio de las capacidades y alcance del recurso. De igual manera nos permite conocer los defectos en cuestión de la escasez de conocimiento de la profundidad y relevancia jurídica y legislativa del recurso de casación, ya que *Nullitas et notoria iniustitia fraternzert et aequiparentur* – la nulidad y la notoria injusticia son hermanos y se equiparan.

## **2.7. Criterios éticos de la investigación**

**2.7.1. Investigación bibliográfica.-** Consulta de libros, revista, fuente informativa, audiovisuales, revistas, periódicos que contribuyan a recabar información que permita el desarrollo investigativo de la teoría a analizar. Es la primera etapa del proceso investigativo que proporciona el conocimiento de las investigaciones ya existentes, de un modo sistemático, a través de una amplia búsqueda de: información, conocimientos y técnicas sobre una cuestión determinada.

**2.7.2. Investigación de campo.-** método empírico – científico, que sirven para obtener información precisa y de forma directa para tener un criterio real de la situación cognoscitiva del saber jurídico de las instituciones procesales y el dinamismo que estas implican. Se recolectan datos que permite tener información importante de manera directa por parte de los usuarios y operadores judiciales.

## **CAPÍTULO III**

### **3. RESULTADOS**

#### **3.1. Antecedentes de la unidad de análisis o población**

Se escogió para el desarrollo de la encuesta profesionales del derecho que tienen buena trayectoria en el ámbito jurisdiccional, fiscal, defensoría y litigación, quienes con sus respuestas aportan sociológicamente a tener un criterio estadístico de las virtudes y defectos del sistema judicial y sobre todo del conocimiento jurídico de la casación. Son personas conocedoras del

campo jurídico y que han utilizado el recurso de casación como vía de defensa de los intereses de sus patrocinados, y de igual manera han sufrido las vicisitudes del sistema de casación.

**Pregunta No. 1**

¿Conoce cuáles son las finalidades del Recurso de Casación?

Tabla 4. Finalidades del Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	25	50%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	25	50%
3	EN DESACUERDO	0	0%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>



Figura 1: Finalidades del recurso de Casación

**Fuente: Resultado de la investigación.**

En un alto porcentaje, se puede determinar que los profesionales entrevistados manifiestan que tienen conocimiento de las finalidades del recurso de casación, sobretodo en su función nomofilatica de irrestricto cumplimiento de la ley. Indican también que la principal

finalidad de recurso es la nulidad. Lo que se establece que existe un conocimiento promediamente bueno de lo que constituye el Recurso de Casación y sus finalidades

**Pregunta No. 2**

¿Conoce cuáles son las causales para que proceda el Recurso de Casación?

Tabla 5. Causales de Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	25	50%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	5	10%
3	EN DESACUERDO	10	20%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	10	20%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

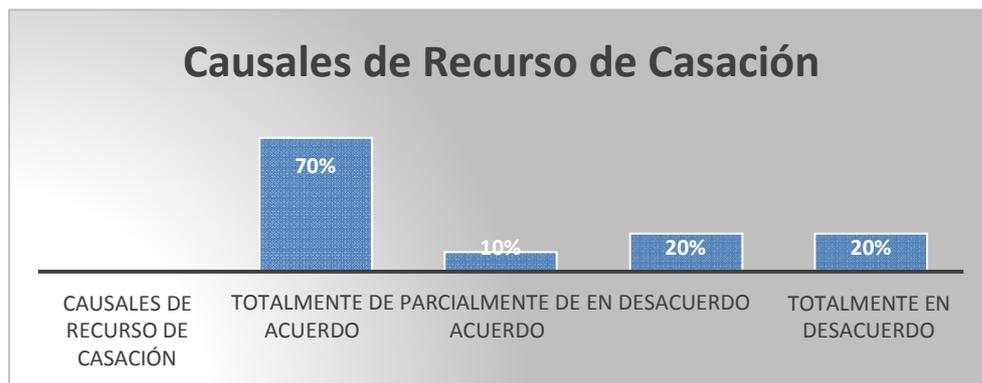


Figura 2 Causales del Recurso de Casación

**Fuente: Resultado de la investigación**

El 70 % de las personas encuestadas como buenos profesionales del derecho, si bien no conocen literalmente el contenido casuístico de la Casación, pero tienen una noción básica del contenido de las causales o presupuestos normativo para que proceda este recurso.

**Pregunta No. 3**

¿Conoce cuáles son las clases de vicios que el Recurso de Casación corrige?

Tabla 6. Vicios del Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	10	20%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	10	20%
3	EN DESACUERDO	15	30%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	15	30%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

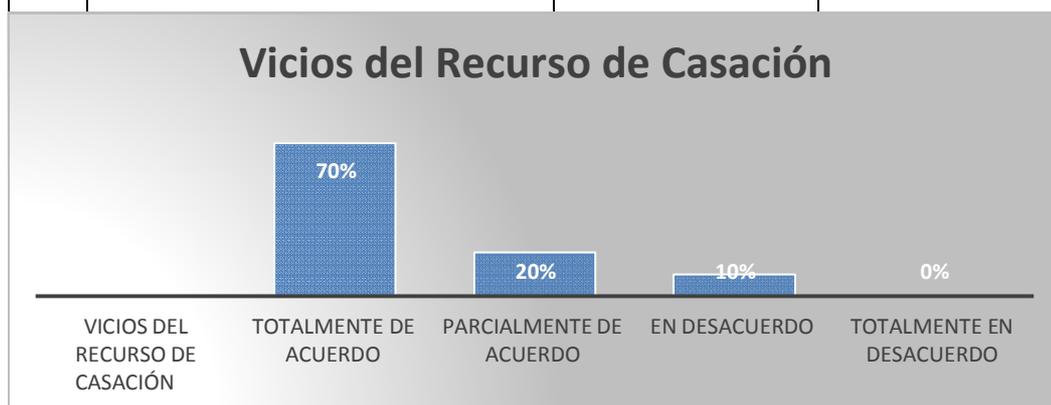


Figura 3 Vicios del Recurso de casación

**Fuente: resultado de la investigación.**

Un promedio alto de las personas encuestadas desconoce la clasificación dogmática que existe en la doctrina de las causales de casación, como es el vicio ultra petita, falta de motivación, in iudicando, in procedendo, lo que refleja el conocimiento básico por parte de los operadores de justicia indicando que dentro de su formación en pregrado no obtuvieron clases específicas de lo que es el Recurso de Casación.

**Pregunta No. 4**

¿Conoce cuál es procedimiento a seguir para la interposición de un Recurso de Casación?

Tabla 7. Aplicación del Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	40	80%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	5	10%
3	EN DESACUERDO	4	8%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	1	2%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

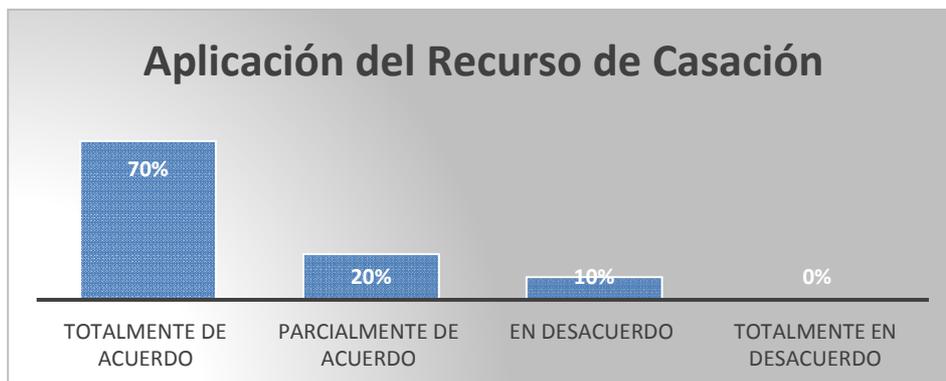


Figura 4 Aplicación del Recurso de Casación

**Fuente. Resultado de la investigación**

El 80% de los entrevistados conocen sobre la interposición del recurso y el acceso a la justicia. En vista que en un alto porcentaje de los entrevistados han sido colegas que por lo menos una vez han interpuesto un recurso de Casación.

**Pregunta No. 5**

¿Considera usted que la casación es un recurso demasiado técnico?

Tabla 8. Sistema rígido de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	40	80%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	5	10%
3	EN DESACUERDO	5	10%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

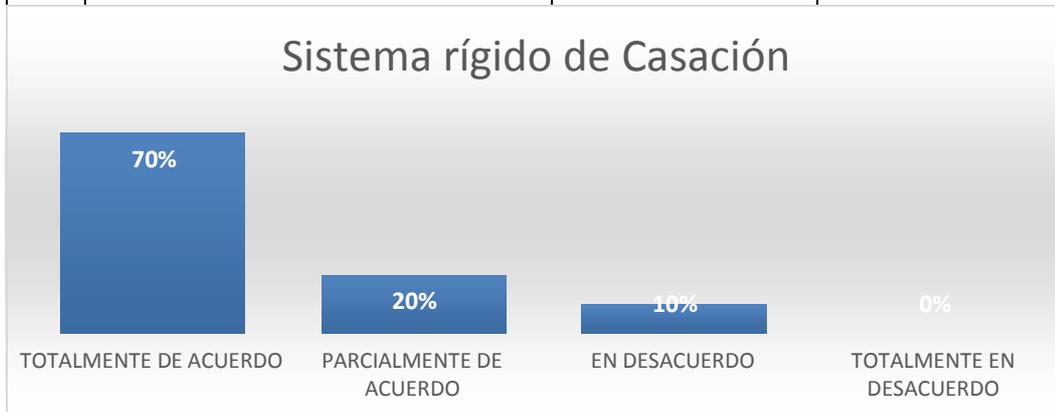


Figura 5 Sistema rígido de Casación

**Fuente: Resultado de la investigación.**

El 70 % de los entrevistados consideran que el Recurso de Casación es un recurso de idiosincrasia rígida, complejo, y técnico, que demanda incluso especialidad para la interposición del recurso y reconocen que para la presentación del mismo recurren a la ayuda de otros colegas expertos en el tema para la revisión previa antes de interponer la demanda.

**Pregunta No 6.**

¿La Corte Nacional le ha inadmitido algún recurso de casación?

Tabla 9. Inadmisión del Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	30	60%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	5	10%
3	EN DESACUERDO	5	10%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	10	20%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

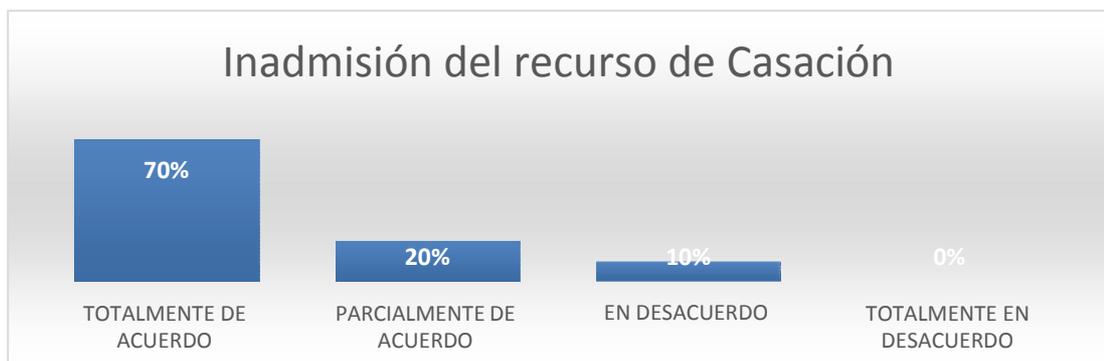


Figura 6. Inadmisión del Recurso de Casación

**Fuente: resultado de investigación**

A la mayoría de los profesionales entrevistados por lo menos en alguna ocasión les han inadmitido una demanda de Casación, por lo que han sufrido del tecnicismo del recurso y del hipersubjetivismo por parte de los jueces de la Corte Nacional que conocen mediante sorteo la admisibilidad o no del recurso;

**1. Pregunta 7. ¿Considera que el recurso de casación debe ser más flexible?**

Tabla 10 Flexibilización del Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	40	80%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	5	10%
3	EN DESACUERDO	5	10%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	2,70%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

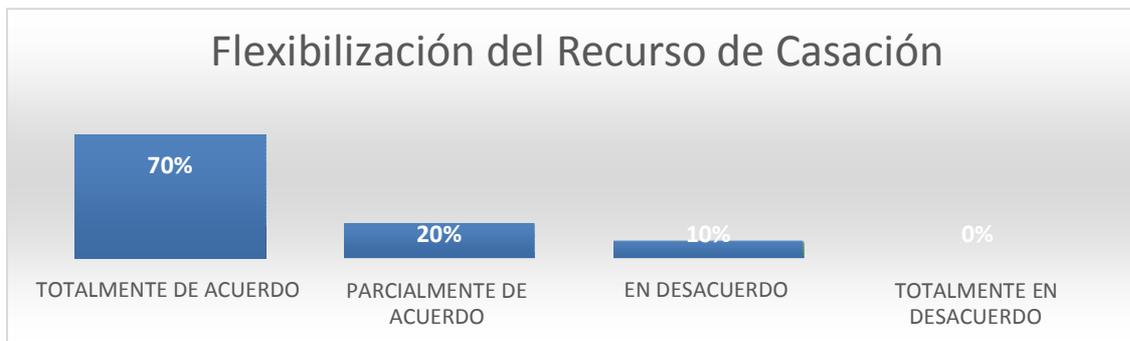


Figura 7 Flexibilización del Recurso de Casación

**Fuente: resultado de la investigación.**

El 70 % de los entrevistados consideran que el recurso debe ser más flexibles en virtud de la importancia judicial y legislativa que este recurso implica. Consideran que debe haber reformas judiciales tendientes a mejorar el acceso judicial al Recurso de Casación, esto en derecho al derecho a la tutela judicial efectiva por parte del accionante.

**Pregunta 8.** ¿Tiene conocimiento de las nuevas tendencias dogmáticas y normativas que se están implementando en la actualidad en el Recurso de Casación?

Tabla 11. Nuevo dogmatismo en el Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	1	2%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	4	8%
3	EN DESACUERDO	5	10%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	40	80%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>



Figura 8. Nuevo Dogmatismo en el Recurso de Casación

**Fuente: resultado de la investigación.**

El 70% de personas encuestadas, desconocen sobre el dogmatismo jurídico que se esta desarrollando tanto a nivel internacional como local, situación que de igual manera es de prestar atención, en virtud que en un proceso judicial en un alto porcentaje concluye en la Corte Nacional por la interposición del Recursos de Casación. Por lo que nos da a pensar que la mayoría por la complejidad del recurso se enfoca estrictamente en el contenido exegético de las causales establecidas en la ley, descociendo las reformas que de a poco se están implementando y su origen.

**Pregunta 9.** ¿A escuchado sobre la teoría Leistungsfahigkeit, o del “agotamiento de la capacidad de revisión en el Recurso de Casación?

Tabla 12. Teoría Leistungsfahigkeit en el Recurso de Casación

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	0	0%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	5	10%
3	EN DESACUERDO	5	10%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	40	80%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

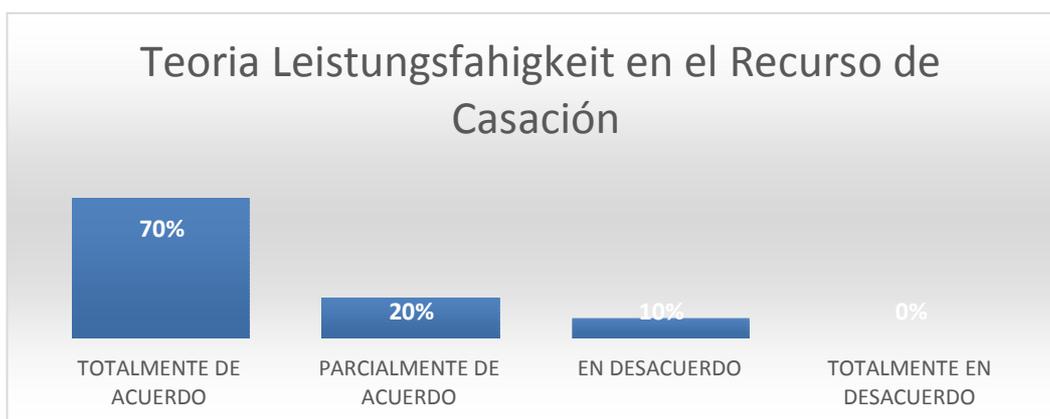


Figura 9. Teoría Leistungsfähigkeit en el Recurso de Casación

**Fuente: resultado de la investigación.**

De los entrevistados fueron muy pocos, el 20 % ha escuchado de manera básica esta teoría, así mismo por cuestiones académicas más que por el ejercicio de la profesión. Por lo que se demuestra que el estudio de la dogmática y jurisprudencia en el país es escasa, y seguimos con el estudio exegético y literal de la ley.

**Pregunta 10.** ¿Está de acuerdo en que se reforme normativamente para que se incorpore en la norma procesal las nuevas tendencias dogmáticas como la teoría Leistungsfähigkeit para que este instrumento procesal se adecue a la norma constitucional vigente? ¿Explique su respuesta?

Tabla 13. REFORMA AL SISTEMA DE CASACIÓN

No	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	TOTALMENTE DE ACUERDO	35	70%
2	PARCIALMENTE DE ACUERDO	10	20%

3	EN DESACUERDO	5	10%
4	TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
	<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100%</b>

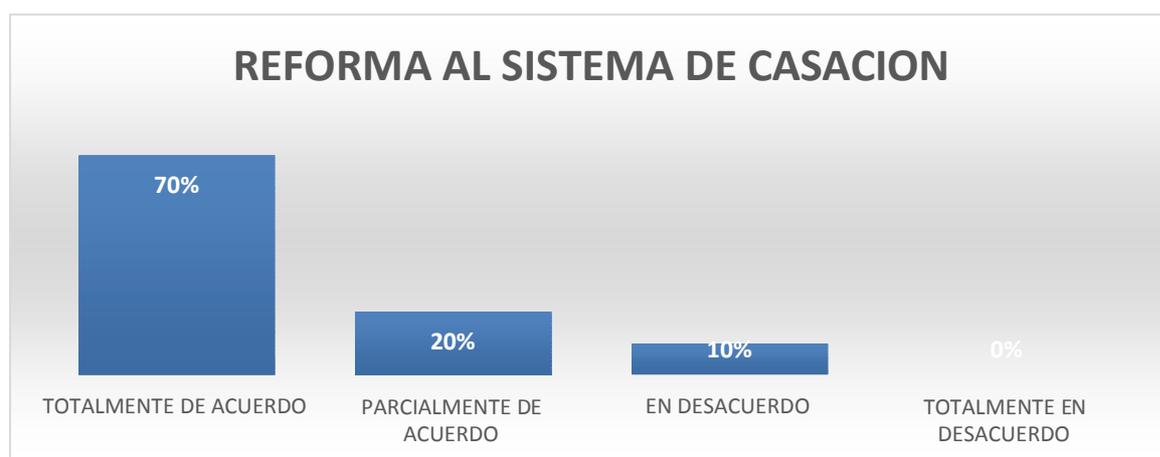


Figura 10. Rreforma al sistema de casación

**Fuente: resultado de la investigación.**

El 70% de personas encuestadas, consideran que es importante una reforma en la que se incorporen las nuevas teorías dogmáticas que desarrollen el instituto procesal de la casación, y de esta manera adecuar el sistema de casación en el país a la filosofía jurídica de garantismo y respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Pasando la casación del irrestricto cumplimiento de la ley al irrestricto cumplimiento de las normas constitucionales.

## CAPÍTULO IV

### 4. DISCUSIÓN

#### 4.1. Contrastación empírica

En un alto porcentaje, se puede determinar que los profesionales entrevistados manifiestan que tienen conocimiento de las finalidades del recurso de casación, sobretodo en su función nomofilática de irrestricto cumplimiento de la ley. Indican también que la principal finalidad de recurso es la nulidad. Lo que se establece que existe un conocimiento promediamente bueno de lo que constituye el Recurso de Casación y sus finalidades

El 70 % de las personas encuestadas como buenos profesionales del derecho, si bien no conocen literalmente el contenido casuístico de la Casación, pero tienen una noción básica del contenido de las causales o presupuestos normativos para que proceda este recurso

Un promedio alto de las personas encuestadas desconoce la clasificación dogmática que existe en la doctrina de las causales de casación, como es el vicio ultra petita, falta de motivación, in iudicando, in procedendo, lo que refleja el conocimiento básico por parte de los operadores de justicia indicando que dentro de su formación en pregrado no obtuvieron clases específicas de lo que es el Recurso de Casación.

El 80% de los entrevistados conocen sobre la interposición del recurso y el acceso a la justicia. En vista que en un alto porcentaje de los entrevistados han sido colegas que por lo menos una vez han interpuesto un recurso de Casación. El 70 % de los entrevistados consideran que el Recurso de Casación es un recurso de idiosincrasia rígida, complejo, y técnico, que demanda incluso especialidad para la interposición del recurso y reconocen que para la presentación de los mismos recurren a la ayuda de otros colegas expertos en el tema para la revisión previa antes de interponer la demanda. Un alto porcentaje de los entrevistados consideran que el recurso debe ser más flexible en virtud de la importancia judicial y legislativa que este recurso implica.

-

Consideran que debe haber reformas judiciales tendientes a mejorar el acceso judicial al Recurso de Casación, esto en derecho al derecho a la tutela judicial efectiva por parte del accionante.

El 70% de personas encuestadas, desconocen sobre el dogmatismo jurídico que se está desarrollando tanto a nivel internacional como local, situación que de igual manera es de prestar atención, en virtud que en un proceso judicial en un alto porcentaje concluye en la Corte Nacional por la interposición del Recurso de Casación. Por lo que nos da a pensar que la mayoría por la complejidad del recurso se enfoca estrictamente en el contenido exegético de las causales establecidas en la ley, descociendo las reformas que de a poco se están implementando y su origen.

De los entrevistados fueron muy pocos, el 20 % ha escuchado de manera básica esta teoría, así mismo por cuestiones académicas más que por el ejercicio de la profesión. Por lo que se demuestra que el estudio de la dogmática y jurisprudencia en el país es escaso, y seguimos con el estudio exegético y literal de la ley.

El 70% de personas encuestadas, consideran que es importante una reforma en la que se incorporen las nuevas teorías dogmáticas que desarrollen el instituto procesal de la casación, y de esta manera adecuar el sistema de casación en el país a la filosofía jurídica de garantismo y respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Pasando la casación del irrestricto cumplimiento de la ley al irrestricto cumplimiento de las normas constitucionales.

## **4.2. Limitaciones**

No se puede sacrificar la justicia por la tecnicismos jurídicos arcaicos o sistemas rígidos caducos que fueron fruto de un momento histórico que emerge en el siglo decimonónico y que en la actualidad deben ser reformado, tanto por el avance dinámico social que demanda las

-

actualizaciones de los sistemas e instituciones jurídicas, como por el mandato constitucional de adecuar todo el sistema jurídico al espíritu constitucional. De esta manera no se puede negar el acceso a la justicia ni tampoco se puede legalizar vulneraciones del derecho por la razón de estricto cumplimiento de legalidad.

Es preciso unificar en el Estado la interpretación jurisprudencial de las leyes, como suele decirse unificar la jurisprudencia, Esa función unificadora de la jurisprudencia esta en conexidad a la Corte de Casación, la cual por tanto esta llama a defender no solo la igualdad de todos los ciudadanos ante la misma ley, también la unidad de derecho objetivo nacional quedando amenazada y destruida por la superposición sobre la ley nominalmente única, de numerosas interpretaciones judiciales contemporáneas ya de suyo perjudicial pero más terribles todavía como fuente de perturbación de la jurisprudencia futura. (Calamandrei, 1959, pág. 15). La casación es un recurso donde no solo resuelves el caso concreto, sino que dejas las bases jurisprudenciales con carácter vinculante para la aplicación de punto de derecho en situaciones o casos similares, es así como cumple no solo su función judicial sino legislativa, de sentar las bases futuras para la aplicación de una jurisprudencia acorde a la realidad nacional y ajustada a los preceptos constitucionales.

#### **4.3. Líneas de investigación**

Este trabajo se realizó la investigación de campo mediante encuestas, entrevistas, la observación, con la finalidad de reunir criterios sobre el grado de conocimiento de la problemática jurídica de la falta de aplicación de las nuevas tendencias dogmáticas del Recurso de Casación. La seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva como derechos constitucionales

-

deben primar ante la aceptación, trámite y resolución por parte de los Jueces de la Corte Nacional. El principio de agotamiento de las capacidades de revisión debe primar cuando exista una grave vulneración de derechos Constitucionales dentro de la sentencia impugnada, y según el caso concreto se debe ampliar la capacidad de conocimiento más allá de la casuística señalada en la norma procesal.

#### **4.4. Aspectos relevantes**

El funcionamiento de la Corte de Casación esta en estricta relación con la disciplina de la interpretación judicial de las leyes que en la práctica se suele llamar por antonomasia la jurisprudencia. Por lo tanto no solo se debe enfocar en la aplicación del principio de agotamiento de las capacidades de revisión para el caso concreto, y así obtener una sentencia o resolución justa. Sino que se debe tener en cuenta de la capacidad hermenéutica que tienen los jueces nacionales y del poder vinculante de las decisiones cuando esta se constituye en jurisprudencia. Por eso es la importancia de la realización de resoluciones justas acorde a las nuevas corrientes filosóficas jurídicas que hacen que la aplicación del factor justicia sea el más correcto e idóneo.

El recurso de casación fundado en errores in iudicando in iure esta formalmente constituye una querrela nullitatis, esto es como una impugnación que típicamente estaría destinada a hacer valer, no los vicios de juicio, sino los vicios de actividad atinentes al proceso. (Calamandrei, Casación Civil, 1959, pág. 41). Muchas veces los juicios vienen de la actividad judicial y de la mala interpretación y aplicación de normas por parte de los jueces, esto se debe a factores internos como el educativo, académico, etc y a factores externos como la presión mediática o la corrupción, por lo tanto no se puede vulnerar derechos por tecnicismos jurídicos, sino que en caso de evidente violación de derechos se debe agotar las capacidades de revisión para adecuar los hechos al derecho que corresponda.

## **CAPÍTULO V**

### **5. PROPUESTA**

#### **5.1. ANTEPROYECTO DE LEY REFORMATORIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**

Que la Constitución del Ecuador en vigencia desde el año 2008, promulga una nueva filosofía de respeto y garantías de los derechos humanos, promulgando un catálogo de derechos

-  
acorde a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, reconocimiento al Ecuador como un estado de derechos y justicia;

Que el artículo 11 de la Constitución de la Republica, en su numeral 9, señala que el más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

Que en el caso ecuatoriano el artículo 11 de la Constitución de la República establece una nueva teoría jurídica de los derechos, estableciendo en el numeral 6 que en el sistema jurídico todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía;

Que el artículo 172 de la Constitución de la República ordena que los jueces y juezas administren justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley;

Que la resolución N° 07-2017, sentencias en mérito de la casación, de la Corte Nacional de Justicia, dentro de sus considerandos establece: "...si bien en sus orígenes el recurso de casación tenía como únicos propósitos la anulación de las sentencias proferidas con violación a las reglas del derecho objetivo y la garantía de la obediencia a la ley, (función nomofiláctica), así como la unificación de la jurisprudencia (función uniformadora), con el transcurrir del tiempo y debido a las mutaciones sufridas por el Estado de derecho al transformarse en Estado constitucional, estos propósitos han ido variando progresivamente, incorporando nuevas realidades jurídicas.

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

Que la Corte Constitucional, en el caso 290-09-EP, sentencia N° 003-10-SEP-10, a la teoría alemana de la *Leistung. Váhigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión), que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación.

Que el reconocimiento mediante sentencia que hace la Corte Constitucional de la Teoría alemana *Leistung. Váhigkeit*, plasma normativamente esta teoría dogmática y le da el nivel jerárquico de constitucional y de carácter vinculante como todas las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

Que el artículo 184 de la Constitución de la República establece las funciones fundamentales de la Corte Nacional de Justicia entre las que se destaca por su importancia “conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley”

Que existe dudas, sobre el alcance del artículo 273 del COGEP, respecto de si debe o no considerar los hechos preestablecidos en el proceso y valorar las pruebas legalmente actuadas, y en qué momento se debe hacerlo;

Que la resolución N° 07-2017, en su Artículo 6, señala: Para efectos de la presente resolución se entenderá que la interpretación legal correcta de la expresión técnica “en mérito de los autos” abarca el análisis de la demanda, contestación, excepciones y la valoración de la prueba.

Que, el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución manda que ninguna norma jurídica restrinja el contenido de los derechos, ni de las garantías constitucionales;

Que, es indispensable que las instituciones procesales se ajusten a la Constitución y a los Tratados y Convenios Internacionales de los cuales el país es Estado parte, de manera que la legislación sea coherente con el contenido de derechos constitucionales vigentes en el país; y, En uso de sus atribuciones constitucionales y legales expide la siguiente:

## **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:**

**Art. 1.-** Agréguese después del artículo 266 el siguiente artículo innumerado:

“Art. 266 A.- Principios del recurso de casación. El recurso de casación se regirá por los siguientes principios:

1. Admisibilidad.- Se debe garantizar el acceso judicial al recurso de casación precautelando el respeto a la tutela judicial efectiva, debiéndose cumplir con los presupuestos objetivos establecidos en la norma, excluyendo cualquier tipo criterio subjetivo de admisibilidad por parte del o los jueces de admisión.
2. Constitucionalidad.- La institución jurídica procesal de la casación, debe de precautelar la garantía y cumplimiento de los derechos constitucionales, por lo tanto la función de la casación es el irrestricto cumplimiento de la norma en adecuación al espíritu garantista de derechos y justicia establecida en la Constitución.
3. Agotamiento de las capacidades de revisión.- Los jueces de la Corte Nacional tienen la potestad jurídica de valorar las pruebas y los hechos que las partes hayan alegado y que consten en autos, con la finalidad de agotar la potestad de revisión, con el objetivo de establecer sentencias justas acorde a los derechos de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Se excluye la prueba que se haya reproducido en aplicación del principio de inmediación dentro del proceso judicial.
4. Desarrollo jurisprudencial.- Con el agotamiento de las capacidades de revisión por parte de los jueces de casación, conlleva a la emisión de sentencias más apegadas al valor justicia, lo que implica el desarrollo de jurisprudencia con el carácter vinculante que establezcan una correcta congruencia en la aplicación de las normas jurídicas y el respeto de los derechos fundamentales.

**Art. 2.-** Sustitúyase el artículo 270 por el siguiente:

“**Art. 270.-** Admisibilidad del recurso. 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 si el recurso cumple los requisitos formales previstos en este Código.

Si el proceso se eleva en virtud de recurso de hecho, dentro del mismo término, examinará si el recurso de casación fue debidamente interpuesto, en cuyo caso concederá el recurso de casación.

Si se inadmite el recurso de casación o el de hecho, se devolverá el proceso al órgano judicial respectivo.

Si se admite el recurso de casación se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia”.

**Disposición transitoria.-** Los procesos, que se encuentren en trámite, seguirán sustanciándose conforme a las reglas del procedimiento vigente al tiempo de su inicio y hasta su conclusión, sin perjuicio del respeto a la tutela judicial efectiva, previstas en la Constitución de la República.

**Disposición final.-** Esta ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

## **5.2. OBJETIVO.**

Realizar una reforma normativa al Código Orgánico General del Procesos, donde se incorpore y regule la aplicación del principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el recurso de casación, señalando los alcances y límites de este principio.

### **5.3. Justificación:**

Para lo cual se establezcan principios jurídicos que determinen claramente el valor axiológico que se pretende alcanzar con la incorporación de estos principios en la norma objetiva. De esta manera se organiza, se estructura y se moderniza la figura jurídica de la Casación.

Se habla de organizar y estructurar ya que existe normativa jurídica sea en resoluciones y sentencias de la Corte Suprema de Justicia y en la actual Corte Nacional de Justicia, que se encuentran emitidas pero que no están organizadas adecuadamente lo que genera la aplicación incorrecta por parte de los operadores de justicia, y la emisión de sentencias incongruentes, donde unas dan paso al agotamiento de la revisión, otras que limitan el agotamiento de la revisión y otras que rechazan rotundamente la aplicación del agotamiento de la revisión por parte de los jueces de Casación.

La modernización de las instituciones jurídicas acorde a la realidad nacional jurídica que vivimos y la adecuación normativa a la Constitución de la Republica como norma suprema, es uno de los objetivos fundamentales, ya que deben de existir sentencias judiciales que en todos los niveles e instancias jurídicas sean congruentes al espíritu normativo constitucional. De esta manera generar resoluciones y jurisprudencia que respete el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y que genere seguridad jurídica. De esta manera se cumpliría axiológicamente con la funcionalidad pro constitucionales y con los principios jurídicos plasmados en la norma adjetiva poder tener un acceso más eficaz y los jueces poder ejercer un control de legalidad y constitucional más adecuado para la expedición de sentencias apegadas al valor justicia.

## CONCLUSIONES

El desarrollo del principio del agotamiento de las capacidades de revisión en el Recurso de Casación tiene como finalidad regular legalmente la aplicación de este principio que de manera tácita se ha estado incorporando en la normativa interna, sea con la aplicación dogmática, o con el reconocimiento jurídico a través de resoluciones y sentencias tanto de la Corte Nacional de Justicia, como por la Corte Constitucional. El desarrollo jurídico de las normas siendo el derecho una ciencia cultural, está inmersa a cambios y reformas que se adecuen al dinamismo social, por esta razón, al encontrarnos en un estado constitucional de derechos y justicia, donde el garantismo jurídico domina las instituciones jurídicas infraconstitucionales, se debe adecuar contextualmente todas las instituciones dogmáticas y procesales al espíritu constitucional. De esta manera, la casación deberá cumplir ya no solo la función nomofilática de adecuamiento y respeto irrestricto a la ley, sino que deberá progresar y adecuarse a tener una función pro constitucional.

La regulación se haría a través de la implementación de los principios jurídicos que se desarrolló en el capítulo cinco de la propuesta al proyecto de reforma del Código Orgánico General de Procesos, en razón de adecuar la institución jurídica de la Casación a los postulados desarrollados en la Constitución de la República, renovando así su funcionalidad teleológica, teniendo una base axiológica de manera clara y debidamente normada en la norma adjetiva correspondiente.

La norma jurídica al igual que la sociedad debe evolucionar y la Casación no puede tener en la actualidad la rigidez y finalidad implementada hace casi aproximadamente un siglo. En el año 2008 el Ecuador hizo una reforma de ciento ochenta grados en relación al reconocimiento de los derechos y las garantías para su efectivo cumplimiento, por lo tanto es un mandato constitucional el acoplamiento de todas las instituciones jurídicas al espíritu constitucional. Y, la casación al ser la institución jurídica más importante dentro del campo jurídico no puede ser la

excepción, teniendo en cuenta que además de la función de control judicial, también tiene la función de desarrollo jurisprudencial, por lo tanto la relevancia en importancia legislativa de la existencia de sentencias justas que constituyan precedente vinculante.

## RECOMENDACIONES

- Que la aplicación del principio de agotamiento de las capacidades de revisión del recurso de casación sea implementado en la normativa adjetiva para que se aplique por parte de los operadores de justicia con la finalidad del amparo a la Tutela Judicial efectiva y a la seguridad jurídica.
- Que la admisión al recurso de casación sea flexible, libre de cualquier criterio subjetivo de admisibilidad.
- Que la casación cumpla su función pro constitucional de respeto a los derechos fundamentales, evolucionando así su función nomofilática o de estricto cumplimiento de la ley.
- Que se socialice a los profesionales del derecho y operadores de justicia sobre las nuevas reformas e implementaciones axiológicas jurídicas que van a optimizar el desarrollo procesal del recurso de Casación

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, C. (Junio de 2010). El influjo del pensamiento de Rousseau, Marat y Robespierre en los fundamentos intelectuales, ideológicos y jurídicos del Terror Revolucionario Francés. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 211.

Andrade, S. (2005). *La Casación Civil en el Ecuador*. Quito: Andrade y Asociados.

Aragón, M. (2007). La Constitución como paradigma. En M. Carbonell, *Teoría del Neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. (pág. 37). Madrid: Trotta.

Asamblea Nacional (2014) Código Orgánico Integral Penal, Quito, Registro Oficial, suplemento 180 , 10 de febrero del 2014. Vigente al 10 de agosto del 2014.

Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador, Montecristi. Registro Oficial 449, 20 de octubre del 2008.

Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito. Registro Oficial No. 544, 9 de marzo del 2009.

Asamblea Nacional (2015) Código Orgánico General del Procesos. Quito. Registro oficial, suplemento 506, 22 de mayo del 2015.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mediante resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, vigencia 23 de marzo de 1976.

Ávila, R. (2012). *Evolución de los Derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano* . Quito : Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón

Bolívar .Bajac, M. (2009). *Implementación del Recurso Extraordinario de Casación* . Paraguay: Universidad Nacional de Asunción.

Bernal, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Colombia : Universidad Externado de

Colombia.

Bernal, C. (2012). Relación entre el control de constitucionalidad y el Control Político: El Caso de Colombia . En H. Campos, Control Consttucional y Activismo Judicial (pág. 21).

Perú: ARA.

Bolívar, L. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles . Madrid : TRotta .

Calamandrei, P. (1959). Casaciòn Civil. Buenos Aires: Ediciones juridicas Europa America.

Calamandrei, P. (1959). Casaciòn Civil. Buenos aires: ediciones juridicas europa amèrica.

Carbonell, M. (2007). Teoría del Neconstitucionalismo . Madrid : Trotta .

Carbonell, M. (2010). Neoconstitucionalismo y Derecho Fundamentales . Quito : Cevallos

Castro, C. (2010). Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008. Quito :

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .

Castro, N. (2011). El precedente constitucional vinculante para el Ecuador . Quito : CEP.

Cebrian, J. (1998). La red. Madrid: Taurus.

Código de Procedimiento Civil . (1970). Casación Decreto 1400. Bogota: Comisión Asesora de Gobierno.

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (1969) Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969. Costa Rica. Vigencia 18 de julio de 1978.

Corte Constitucional de Justicia, Sentencia N. o 003-10-SEP-CC CASO N. o 0290-09-EP.

Resolución 07-2017 de la Corte Nacional de Justicia

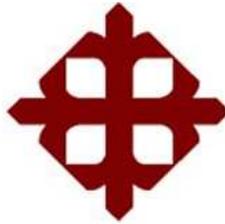
Corte Constitucional Colombia . (2011). Sentencia CT372/11. Bogotá: Corte Constitucional

Dalmau, R. M. (2010). Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y

- reforma constitucional. En S. Andrade, & L. Ávila , La transformación de la justicia (pág. 275). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ernesto, S. (2013). Casación Platonica.
- Española, R. A. (s.f.). avance a la 23 edición. .
- Fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina “Caso Casal” año 2005, Causa No. 1681, Robo simple en grado de tentativa, resuleto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 20 de septiembre del 2005.
- Fenech, M. (1965). Derecho Procesal Penal. Madrid: Labor S.A.
- Ferrajoli, L. (2006). Derechos y Garantías . En M. Carbonell, Enseñanza del Derecho (pág. 11). Mexico : Porrúa.
- García, G. (1994). La Casación en Materia Civil. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Guastini, R. (2001). La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. México : UNAM.
- Hinojosa, A. (2002). Medios Impugnatorios en el proceso Civil. Lima: Gaceta Jurídica.
- Kant, I. (1985). Critica de la razón pura.
- Kaufmann, A. (1998). La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad . Bogotá : TEMIS.
- Luis Cueva Carrión. (2014). El debido proceso. Quito : Cueva Carrión
- Palacios. (2001).
- Pazmino, P. (2012). Ensayos Constitucionales . Quito : Corte Constitucional .
- Peces-Barba, G. (1999). Derechos Sociales y positivismo jurídico. . Madrid : Dukinson.
- Peña, A. (1997). La garantía en el EStado Constitucional de derechos. Madrid : Trotta.

- Peña, M. (1997). La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Madrid: Trotta.
- Rua, F. d. (1996). Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires: Librería jurídica Valerio.
- Salcedo, e. (2010). Casación platónica.  
Sentencia 180-14-SEP-CC, Caso N.º 1585-13-EP (Constitucional 22 de octubre de 2013).
- Silva, C. (2010). La garantía de los derechos . Quito : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .
- Sousa, B. d. (2009). El Estado Plurinacional puertapara una sociedad democrática. Quito: Abya Yala.
- Velasco, F. (1994). La Casación Civil . DERECHO - Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 52.
- Zaidan, S. (2012). Neoconstitucionalismo. Teoría y Práctica en el Ecuador . Quito : Cevallos .

## ANEXO PREGUNTAS DE ENCUESTA



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

### **ENCUESTA DIRIGIDA A LOS DEFENSORES PUBLICOS Y ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE GUAYAQUIL**

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil desarrolla el programa académico de la Maestría Mencionen Derecho Procesal, y promueve la investigación sobre:

“El principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el recurso de casación”

La encuesta está dirigida a Jueces, Fiscales, Defensores Públicos y Abogados en el libre ejercicio de la ciudad de Guayaquil

¿Conoce cuáles son las finalidades del Recurso de Casación?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Conoce cuáles son las causales para que proceda el Recurso de Casación?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Conoce cuáles son las clases de vicios que el Recurso de Casación corrige?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Conoce cuál es procedimiento a seguir para la interposición de un Recurso de Casación?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Considera usted que la casación es un recurso demasiado técnico?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Le han inadmitido algún recurso de casación?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Considera que el recurso de casación debe ser más flexible?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Tiene conocimiento de las nuevas tendencias dogmáticas y normativas que se están implementando en la actualidad en el Recurso de Casación?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿A escuchado sobre la teoría *Leistungsfähigkeit*, o del “agotamiento de la capacidad de revisión en el Recurso de Casación?

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )

¿Está de acuerdo en que se reforme normativamente para que se incorpore en la norma procesal las nuevas tendencias dogmáticas como la teoría *Leistungsfähigkeit* para que este instrumento procesal se adecue a la norma constitucional vigente? Explique su respuesta.

Totalmente en desacuerdo ( )

En desacuerdo ( )

Ni de acuerdo ni en desacuerdo ( )

De acuerdo ( )

Totalmente de acuerdo ( )



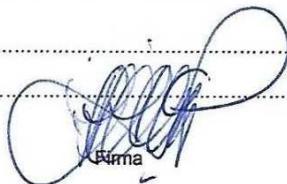
VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR	
Nombre: Loa Pristina López Galarza	
Cédula N°: 0914771548	Fecha: 12 de noviembre 2019
Profesión: Abogada	
Dirección: Edificio Gran Pasaje, sexto piso, 601.	

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia jurisprudencial	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Argumentación	X				
Hermenéutica	X				
Moralidad social	X				

Fuente (Obando, 2019)

Comentario:.....  
.....

  
Firma



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, José Andrade Rivera, con C.C: # 0922594304, autor del trabajo de titulación: *El principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el recurso de casación*. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 28 de noviembre de 2019

f. \_\_\_\_\_

Nombre: José Luis Andrade Rivera

C.C: 0922594304

**REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

FICHA DE REGISTRO DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	El principio de agotamiento de las capacidades de revisión en el recurso de casación.		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Andrade Rivera, José Luis		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Dra. María Isabel Nuques Martínez. PhD; Dr. Ernesto Salcedo Ortega		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	27 de Noviembre 2019	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	83
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	La casación como un medio eficaz para la tutela judicial efectiva		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Casar, jurídico, revisión, flexibilidad, constitucional, evolución, reforma, Legal, revision, flexibility, constitutional, evolution, reform,		

**RESUMEN/ABSTRACT**

*Antecedentes:* En este trabajo investigativo vamos a encontrar el análisis de la institución jurídica de la casación, y de las nuevas corrientes dogmáticas de aplicación, sobre todo del principio de agotamiento de las capacidades de revisión del recurso de casación o teoría *Leistungsfähigkeit*, que es una teoría jurídica doctrinaria originaria de Alemania, donde se instaura un nuevo método de resolución de los conflictos judiciales que conciben los jueces de Casación, y que en Sudamérica fue aplicado por primera vez en Argentina en el año 2005, en la sentencia "Casal y otros". Después analizamos el desarrollo de sentencias y resoluciones tanto de Corte Nacional como de Corte Constitucional y demostramos que existe el reconocimiento interno de aquella teoría, pero que no se encuentra regulada en la normativa procesal de la manera más adecuada, por lo tanto provoca el desarrollo de sentencias con varias incongruencias entre las unas y otras. En el desarrollo metodológico nos podemos percatar en el capítulo de los resultados, que a pesar del reconocimiento dogmático existente, hay un alto porcentaje de desconocimiento sobre la doctrina que estamos investigando por parte de la mayoría de profesionales entrevistados. Realizamos como propuesta un proyecto de reforma del Código Orgánico General de Proceso, donde implementamos la teoría *Leistungsfähigkeit*, teniendo como base axiológica el desarrollo de principios jurídicos que queremos implementar para la consideración y el desarrollo procesal del recurso de casación.

<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0990016411	<b>E-mail:</b> itercriminispp@hotmail.com
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre:</b> Obando Ochoa Andrés Isaac	
	<b>Teléfono:</b> 0992854967	
	<b>E-mail:</b> ing. obandoo@hotmail.com	
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>		
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>		
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>		
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>		