



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

TITULO DE LA TESIS:

“LA CASACIÓN PLATÓNICA”

Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en
Derecho Procesal

ELABORADO POR:

Dr. ERNESTO SALCEDO ORTEGA

Guayaquil, a los 10 días del mes de Junio del 2013

SISTEMA DE POSGRADO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Dr. Ernesto Francisco Salcedo Ortega**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Procesal.

Guayaquil, a los 23 días del mes de abril del 2013

DIRECTORA DE TESIS

Dra. Teresa Nuques Martínez

REVISORES:

Dr. Nicolás Rivera

Dr. Christian Viteri López

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, Ernesto Francisco Salcedo Ortega

DECLARO QUE:

La Tesis “La Casación Platónica” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, 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 23 días del mes de Abril del 2013

EL AUTOR

Dr. Ernesto Salcedo Ortega

YO, Ernesto Francisco Salcedo Ortega

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: “La Casación Platónica”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 23 días del mes de Abril del 2013

EL AUTOR

Dr. Ernesto Salcedo Ortega

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	6
EL PROBLEMA	6
I.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
I.1.1. Antecedentes	6
I.1.2. Descripción del Objeto de Investigación	8
I.1.3. Consecuencias.....	9
I.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	10
I.2.1. Formulación del Problema.....	10
I.3. OBJETIVOS	11
I.3.1. Generales	11
I.3.2. Específicos	12
I.4. JUSTIFICACIÓN	12
I.5. DELIMITACIÓN	13
CAPÍTULO II	14
MARCO TEÓRICO.....	14
FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA.....	14
PRIMERA PARTE	14
MARCO HISTÓRICO DE LA CASACIÓN.....	14
1.- Evolución Histórica	14
1.1. Derecho Romano.....	14
1.2.- Derecho Germano	16
1.3.- La Querella Nullitatis	17
1.4.- El Derecho Francés	17
1.4.1.- Los Etablissements de Saint Louis	17
1.4.2.- Cartas de Cancillería.....	18
1.4.3.- Las ordenanzas.....	18
1.4.4.- El Conseil Du Roi	19
1.4.5.- La Revolución Francesa.....	19
1.4.6.- El Decreto Fundacional del Tribunal de Casación	20
1.4.7.- El Referé Legislatif.....	21
1.4.8.- La era napoleónica y el Código Civil francés.....	22
1.5.- Origen de la Casación en el Ecuador	23
SEGUNDA PARTE	24
COMENTARIOS GENERALES SOBRE LA CASACIÓN.....	24
1.- Concepto de Casación.....	24
2.- La Casación como Recurso Extraordinario	26
3.- Finalidad del Recurso de Casación	28
4.- Características del Recurso de Casación	30
5.- Principios Procesales que influyen en el Recurso de Casación	31
6.- Sistemas de Casación.....	33
7.- Diferencias entre Casación Civil e Instancia	35
8.- Procedencia del Recurso de Casación	42
8.1.- Casación contra Sentencias y Autos que ponen fin a procesos de conocimiento	42
8.2.- Casación sobre providencias dictadas en la fase de ejecución del fallo ...	45
9.- Efectos de la Interposición del Recurso de Casación	46

10.- La caución como requisito para obtener la suspensión de la ejecución del fallo impugnado	48
11.- La Sentencia Ejecutada frente a un Recurso de Casación que la Nulita....	54
12.- Efectos de la Imposibilidad de Restituir las Cosas al estado en que se encontraban antes de la Ejecución de la Sentencia Nulitada por la Corte de Casación	57
TERCERA PARTE.....	59
LAS CAUSALES DE CASACIÓN.....	59
1.- PRIMERA CAUSAL: Los Vicios o Errores In Iudicando.....	59
1.1.- Violación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios	63
2.- SEGUNDA CAUSAL: Violación de Normas Procesales que Informan Nulidad.....	67
2.1.- Principios procesales que regulan la nulidad procesal.....	69
2.2.- Finalidad de la declaratoria de Nulidad Procesal.....	70
3.- CAUSAL TERCERA: Violación Indirecta <i>In Iudicando</i>	72
3.1.- Justificación de la Violación Indirecta <i>in iudicando</i> como causal de casación	74
3.2.- Naturaleza de la Causal Tercera	80
4.- CAUSAL CUARTA: Vicios de Ultra Petita, Extra Petita o Infra Petita....	82
5.- CAUSAL QUINTA: Defectos en la Estructura del Fallo, Contradicción o Incompatibilidad	86
5.1.- Formas en que puede incurrirse en la causal Quinta	87
5.2.- La Falta de Motivación	89
CUARTA PARTE.....	91
GENERALIDADES SOBRE LA	91
CASACIÓN PLATÓNICA.....	91
1.- El porqué se denomina “PLATÓNICA” a esta especie de casación	93
2.- Importancia de la Casación Platónica.....	95
3.- El Orden Público.....	98
4.- El Ius Constitutionis	102
5.- La Casación Platónica como Medida para Mejor Resolver.....	106
6.- Deber de los Tribunales de Casación a Ejercer de Oficio	117
7.- Críticas al Instituto de la Casación de Oficio	120
8.- La Casación Platónica por Errores <i>IN PROCEDENDO</i>	132
8.2.1.- El control de logicidad en las resoluciones judiciales	142
8.2.2.- El error <i>In Cogitando</i>	145
9.- La Casación Platónica por errores <i>IN IUDICANDO</i>	148
9.1.- Necesidad de creación de la casación de oficio en la resolución de los aspectos de fondo	151
9.2.- Cómo debe operar la casación de oficio por aspectos de fondo	153
9.3.- Errores de procedibilidad comunes en el memorial de casación civil....	154
9.4.- Los errores <i>In Iudicando</i> en la casación de oficio por aspectos de fondo	158
9.5.- Algunas modalidades de comisión <i>In Iudicando</i>	161
9.6.- La motivación por aspectos de fondo, en las resoluciones casadas de oficio	164
LA HIPÓTESIS	166
Variable Independiente	167
Variable Dependiente.....	167
CAPÍTULO III.....	168

METODOLOGÍA	168
III.1. Modalidad de la Investigación	168
III.1.1. Enfoque	168
III.1.2. Aspecto Esencial de la Investigación	168
III.2. Unidades de Observación, Población y Muestra.....	169
III.3. Instrumentos de Recolección de Datos	171
III.3.1. Métodos Empíricos	171
III.3.2. Métodos Teóricos.....	172
III.4. Procedimiento de Investigación	172
CAPÍTULO IV	174
ANÁLISIS DE RESULTADOS	174
IV.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	174
IV.1.1. Base de Datos.....	174
IV.1.2. Análisis y Discusión de Resultados	174
IV.1.3. Análisis de las Entrevistas realizadas a expertos	199
IV.1.4. Respuestas a Preguntas de Investigación.....	202
IV.1.5.- Verificación de la Hipótesis o de la Pregunta a Contestar	207
CAPITULO V	211
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	211
V.1. Conclusiones	211
V.2. Recomendaciones.....	223
BIBLIOGRAFÍA	225

INTRODUCCIÓN

El Recurso de Casación es un instituto de elemental valía en el Derecho Procesal por su significado mismo y por la función que cumple. Su principal propósito consiste en aquello que el maestro **Alsina** definió como “*el restablecimiento del imperio de la ley*”, esto es, el amparo, la protección y la defensa de la vigencia de la ley, que se traduce en **nomofilaxis**.

Fue el maestro **Calamandrei** quien adoptó el término “nomofiláctico” para referirse a los fines del recurso de casación, proclamando que este recurso extraordinario tiene por objeto controlar el exacto y estricto sometimiento de las resoluciones judiciales a las leyes. Por lo tanto, el recurso de casación busca la recta, verdadera, acertada y uniforme aplicación de las leyes y de las doctrinas jurisprudenciales, por lo que su finalidad trasciende los intereses de las propias partes procesales.

La nomofilaquia, que como hemos anotado significa la tutela de la ley, no constituye en realidad el único fin de la casación, pues tal recurso procura también la unificación de la jurisprudencia. No se trata de objetivos opuestos o apartados, sino que más bien concurren en una misma función, permitiendo que ambos se compenetren y compaginen, en consideración a que con la uniformidad de la jurisprudencia se consigue igualmente la correcta aplicación de la ley.

A su vez, la labor de uniformar la jurisprudencia, establece un mecanismo de aplicación obligatoria de la doctrina legal, facultad que le es atribuida a los órganos de casación. La doctrina legal se constituye por aquellos precedentes jurisprudenciales reiterados, con decisiones unívocas en torno a temas con similitudes fácticas, y que por tanto tienen fuerza de ley.

Podemos inferir entonces, que el recurso de casación contiene dos características fundamentales que permiten distinguirlo de cualquier otro medio de impugnación. En primer orden, es un recurso gobernado por el interés público

para atender también intereses particulares, procurando con ello contribuir a la tan anhelada consecución de la seguridad jurídica, y luego, en segundo orden, es considerado un recurso extraordinario.

Nuestra Corte Nacional de Justicia, como máximo organismo de administración de justicia en el Ecuador, es el ente competente para resolver los recursos de casación, correspondiéndole examinar la actividad jurisdiccional impugnada, con facultades para verificar si la ley que debe ser aplicada en cada caso concreto, fue o no observada por la autoridad judicial de instancia que expidió la decisión.

Ahora, si la principal función de la casación radica en el restablecimiento de la ley, es innegable que dentro de sus objetivos se involucra la defensa de los derechos y garantías fundamentales -que implica el respeto a las reglas del debido proceso-, en consideración a que tales garantías además de estar consagradas en nuestra carta magna, constituyen hoy en día derechos humanos reconocidos como tales en Tratados Internacionales.

Toda esta labor de restauración del ordenamiento jurídico, es efectuada por la corte de casación dentro de un contexto de facultades restringidas y limitadas por la propia ley de la materia, como por ejemplo, sólo pueden actuar si el recurso de casación está técnicamente formulado y cumple con los presupuestos exigidos por la ley especial que lo regula; y luego, de ser el caso, deben resolver el recurso exclusivamente amparándose en las causales invocadas por el agraviado o recurrente, no pudiendo pronunciarse sobre ningún otro punto, por más evidente que aparezca del fallo impugnado.

En consideración a las características extremadamente restringidas de nuestro recurso de casación civil, ocurre que en muchas ocasiones nuestros propios tribunales de casación priorizan el formalismo y la rigurosidad del recurso por encima de preservación de la ley, lo que configura un atentado contra la propia naturaleza del recurso y un contrasentido a los propósitos y finalidades de la casación.

En efecto, en nuestro régimen de casación civil, la Sala especializada de la Corte Nacional sólo puede fundar su resolución en función de aquellos puntos que sustentan el reclamo del recurrente, estando imposibilitados de resolver aspectos ajenos al recurso, esto es, no pueden considerar en su resolución asuntos no reclamados, ni denunciados como infringidos por el casacionista. En definitiva, su grado de competencia está restringido a lo que expresamente ha propuesto el agraviado en su casación.

Esta realidad, obedece a las características de la casación en el Ecuador. Por un lado su carácter es **extraordinario**, en consideración a que su acceso es restringido y limitado, únicamente procede cuando se han agotado todos los recursos ordinarios; luego, es de **derecho estricto**, y por tanto se encuentra subordinado a la observancia de requisitos técnico-jurídicos, muy precisos y complejos.

El exagerado formalismo del recurso extraordinario en mención, constituye la principal fuente de críticas de la institución, y el punto de partida de nuestro estudio titulado *casación platónica*. Lastimosamente apreciamos con natural insatisfacción cómo muchos recursos de casación nacen condenados al fracaso, porque quienes los formulan no observan con fidelidad los requisitos técnico-jurídicos que lo recubren, permitiendo con ello -ante la inercia de nuestros tribunales de casación- legitimar resoluciones viciadas con notorias infracciones.

Por ello, creemos que la implementación de un nuevo modelo de casación -al que hemos denominado *casación platónica*- podría representar un mecanismo legal para remediar los desajustes que presenta nuestro actual sistema de casación civil, evitando que resoluciones judiciales que ostensiblemente contravienen expresas disposiciones legales, no puedan ser saneadas o corregidas como consecuencia del formalismo desmesurado que engloba a nuestro régimen de casación civil.

Con este objeto, en el primer capítulo EL PROBLEMA configuramos un verdadero planteamiento de la problemática, determinando factores estructurales, intermedios e inmediatos de la situación en análisis, los cuales tratarán sobre la

factibilidad de que en nuestro país se aplique un mecanismo de casación civil moderno, llamado casación platónica, que permitiría convertir a este instituto del derecho en un innovador instrumento que garantice mayor certeza y otorgue mayor efectividad de la tutela judicial. En base a esta idea formulamos el problema con inclusión de sus variables independientes y dependientes, lo que procuramos reflejar en los objetivos propuestos junto a la justificación y necesidad de implementar las ideas formuladas.

En el capítulo segundo MARCO TEÓRICO, iniciamos nuestro estudio revisando los antecedentes históricos de la casación, remontándonos a los orígenes del instituto desde el derecho romano, pasando por el derecho germano, su desarrollo en los tiempos de la Revolución Francesa, en la época de la colonia española, hasta arribar a su promulgación y entrada en vigencia en la República del Ecuador. Luego, nos introducimos en el estudio de las generalidades de la casación, conceptualizando dicho recurso, y demarcando su significado etimológico, sus características, sus finalidades, los sistemas de casación que existen en el derecho comparado, sus diferencias con otros institutos similares, explicando por último los motivos y efectos de su procedencia. Posteriormente, nos dedicamos al análisis de cada una de las causales de casación, explicando con detenimiento cómo se formula el recurso en aquellos casos en que una resolución adolece de vicios *in iudicando* -violación de normas sustantivas o de precedentes jurisprudenciales obligatorios- e *in procedendo* -violación de normas procesales o garantías del debido proceso-. Finalmente, abordamos todo lo relacionado con la casación platónica, refiriéndonos en primer orden a las razones de tal denominación, a la importancia de su ejercicio y los criterios que nos llevan a concluir que se trata de una medida para mejor resolver.

En el capítulo tercero METODOLOGÍA desarrollamos las formas o los mecanismos por los cuales hemos podido arribar o emitir los criterios principales de nuestro estudio, los cuales están basados en métodos científicos ampliamente reconocidos, y que serán de utilidad para alcanzar con precisión los objetivos de esta investigación.

En el cuarto capítulo ANÁLISIS DE RESULTADOS trataremos todo lo relacionado con la recolección de la información y el análisis de los datos, los cuales provienen principalmente de documentos relacionados a legislación afín a la casación y a la rama del derecho civil, además de entrevistas realizadas sobre la temática a importantes profesionales del derecho. Con dicha información, llegaremos a verificar si los objetivos propuestos y las preguntas formuladas se han cumplido, y si hemos obtenido las respuestas indagadas.

En el capítulo quinto CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, mostraremos nuestras principales conclusiones respecto a la temática investigada, y además resumiremos importantes recomendaciones en torno al tema central de nuestro estudio.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

I.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

I.1.1. Antecedentes

Nuestro sistema de casación civil es extremadamente riguroso, caracterizado por excesivas formalidades, que constituyen indicativos claros de lo extraordinario de este recurso. Esta exigencia de presupuestos se manifiesta principalmente en el escrito de interposición del recurso, lo que conlleva a que -en la actualidad- la mayoría de los recursos de casación interpuestos en el Ecuador sean rechazados *in limine*, esto es, en el acto inicial del procedimiento casatorio. Por ello, en la práctica hemos comprobado que el exceso de requerimientos en la interposición del recurso de casación en la mayoría de los casos representan un óbice, un obstáculo, o en definitiva un estorbo, para que el instituto cumpla con su finalidad nomofiláctica, impidiendo que el máximo órgano jurisdiccional resuelva el aspecto de fondo del recurso.

Si el origen y desarrollo de la casación están ligados a intereses del Estado, como lo son el resguardo de la voluntad de nuestros legisladores y la correcta aplicación de la ley, entonces, es naturalmente obvio que la casación al defender la vigencia de la ley, procura también tutelar la soberana voluntad de los ecuatorianos. Por este motivo, es necesario poner un freno a tantos desfavores que producen los recursos mal interpuestos, que al ser rechazados *in limine* legitiman sentencias de tribunales de instancias, la mayoría de ellas viciadas con notorias infracciones de ley.

Por otra parte, la realidad de la casación civil en Ecuador, es que nuestros legisladores instituyeron la casación civil con una fisonomía extremadamente formalista, lo que en no pocas ocasiones ha impedido que la casación cumpla

cabalmente su rol de controlar la correcta observancia de las normas jurídicas. Otra de las manifestaciones de ese desmedido ritualismo, radica en que nuestro actual régimen de casación civil condiciona el rango de actuación de nuestros tribunales, puesto que al momento de resolver un caso sólo pueden considerar aquellos aspectos jurídicos alegados por los agraviados en su casación, debiendo analizar únicamente las causales por ellos invocadas, sin que les sea permitido revisar de oficio otras infracciones no mencionadas por los impugnantes, por más notorias que del fallo aparezcan.

Conocemos por principio general que la casación es un recurso extraordinario porque no implica un nuevo análisis de toda la controversia, sino únicamente el examen de la correcta aplicación procesal y/o sustantiva efectuada por el Tribunal a-quo en su sentencia de última instancia. Tal examen en principio, sólo debe hacerse en función de las causales expresamente invocadas por el recurrente en su casación; no obstante, consideramos que tal limitación podría atentar contra el verdadero espíritu de la casación -que consiste en fiscalizar la observancia de las leyes en las resoluciones judiciales-, aún si el interesado o casacionista omitiese mencionar algún quebrantamiento de ley en su memorial de recurso.

He aquí la importancia de aplicar la casación platónica, como un mecanismo vigilante para una correcta aplicación de la ley, aún de normas infringidas no alegadas por los recurrentes o interesados en la casación, por cuanto constituye un tema de interés público el mantenimiento de la seguridad jurídica o del orden jurídico por parte del Estado. Naturalmente que tal facultad oficiosa de los tribunales de casación, se debe extender a cualquier infracción de orden constitucional en una resolución, en consideración a la suprema jerarquía de nuestra carta magna en el ordenamiento legal.

Y es que en un Estado moderno, constituye un interés público la labor de administrar justicia, y la única vía segura para alcanzar dicho propósito es el establecimiento de la verdad de la controversia. Por ello, el juez debe contar con suficientes poderes jurisdiccionales, para pronunciarse aún de oficio sobre la

verdad del proceso con miras a un interés superior de justicia, sin importar si suple o no la incuria o inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.

Los poderes oficiosos que recomendamos, no son absolutos en definitiva. Creemos que nuestra Corte Nacional de Justicia como máximo órgano de justicia del Ecuador, debe estar facultada para pronunciarse respecto de aquellas infracciones que violan el orden público, y sobre todo respecto de aquellas vulneraciones de jerarquía constitucional, que por omisión no fueron denunciadas por el casacionista recurrente.

Dicha facultad de nuestra Corte Nacional, constituiría una potestad privativa “**ex officio**”, otorgándole autoridad suficiente para ejercer una **declaración oficiosa**. En principio, tal facultad debe ser meramente facultativa o discrecional, lo que implica un obrar de extrema cordura y prudencia, según el sano y equitativo arbitrio del tribunal de casación, en socorro de la justicia.

Algunos autores consideran que la oficiosidad de la casación civil no debe ser obligatoria, sino discrecional, libre o prudencial si se quiere, en primer orden por su carácter excepcional, y luego, porque si fuera obligatoria habría fuertes riesgos de que los tribunales de casación abusen de la medida, distorsionando el verdadero propósito de la casación.

Si bien consideramos que dicha facultad oficiosa de los tribunales de casación, debe aplicarse tanto para errores *in procedendo*, como para errores *in iudicando*, en ambos casos no debe aplicarse la misma regla, y en cada uno de ellos deben exigirse requisitos diferentes para el ejercicio de la casación platónica, en razón de su distinta naturaleza. En lo que respecta a los vicios *in procedendo*, la infracción de ley debe atentar contra el orden público, aunque tales vicios no hayan sido denunciados en el escrito de casación.

I.1.2. Descripción del Objeto de Investigación

El objeto de nuestro estudio entonces, estará dirigido a obtener un nuevo planteamiento científico-jurídico que nos permita sustentar la necesidad de

modernizar nuestra vigente Ley de casación civil ecuatoriana, implementando la figura de la casación de oficio, conocida como casación platónica. A lo largo de nuestro estudio, hemos procurado demostrar la trascendencia de la casación platónica para mantener la efectiva vigencia del principio de igualdad legal, y luego, la prevalencia del interés público, toda vez que el Estado no es indiferente a la solución de controversias judiciales.

Debido a la elevada misión jurisdiccional de nuestros magistrados de Corte Nacional, no nos aventuramos a recomendar la desformalización del recurso, ni tampoco a sugerir la simplificación de la casación, pero tampoco se puede permitir “que la justicia se siga sacrificando por la sola omisión de formalidades” en abierta violación del artículo 169 de nuestra Constitución de la República. Por ello, creemos pertinente la instauración en el Ecuador del instituto de la casación de oficio, con capacidad para resolver aspectos de fondo.

I.1.3. Consecuencias

La principal consecuencia del éxito de nuestro estudio, radica en que la instauración de la casación platónica permitirá afianzar la defensa de la ley, manteniendo la integridad del orden jurídico, salvaguardando la correcta aplicación de la ley a los fallos judiciales.

Respecto al interés privado de la casación civil, la casación platónica permitirá a las partes enmendar los agravios que hayan sufrido, mediante un servicio de justicia proactivo, más eficiente y más equitativo.

Finalmente, una consecuencia incuestionable radica en la recuperación de la confianza por parte de la opinión pública a la labor de nuestros órganos de administración de justicia, pues encontrar en la casación platónica una medida acertada para depurar errores existentes en fallos ejecutoriados, haciendo prevalecer la labor de la justicia por sobre las formalidades, implica un paso descomunal y atinado en beneficio de nuestra tan lastimada seguridad jurídica.

I.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

¿Es posible que la casación restablezca el derecho de los contendientes a pesar de que el recurso haya sido mal interpuesto?

¿Realmente nuestra casación civil cumple con el propósito para la cual fue creada?

¿Un recurso de casación negligentemente planteado podría legitimar una sentencia ilegítima?

¿Una casación de oficio afecta el principio de igualdad de los contendientes en un proceso judicial?

¿Los jueces de la Corte Nacional de Justicia podrían abusar de sus facultades al casar de oficio una sentencia?

¿Es más importante el interés privado de la casación, por sobre el interés público de la misma?

¿Es posible modernizar nuestra actual Ley de Casación Civil?

I.2.1. Formulación del Problema

¿Cómo aplicar el mecanismo de casación platónica en nuestro régimen de casación civil para convertir a este instituto del derecho en un moderno instrumento que garantice mayor certeza y otorgue una efectiva tutela judicial?

Variable Independiente: Aplicación de la casación platónica en nuestro régimen de casación civil, como forma de modernizar la administración de justicia en el Ecuador.

Variable Dependiente: Convertir a la casación civil en un moderno instrumento que garantice mayor certeza y otorgue una mejor y más efectiva tutela judicial.

Indicadores de la variable independiente:

- Restauración de la seguridad jurídica
- Mejora la defensa de la ley en nuestro derecho civil
- Modernización de nuestro régimen de casación civil
- Mayores facultades para nuestros Magistrados de la Corte Nacional
- Cumplimiento de los reales propósitos de la casación

Indicadores de la variable dependiente:

- Optimización de la administración de justicia
- Confianza y certidumbre en cada resolución que expida la Corte
- Mejor protección y amparo de derechos en nuestro sistema de justicia
- Efectiva y positiva tutela brindada por las autoridades judiciales de casación

I.3. OBJETIVOS

I.3.1. Generales

1. Determinar cómo el mecanismo de casación platónica en nuestro régimen de casación civil, podría instituir un nuevo y moderno método de administrar justicia, que permita alcanzar mayor certeza en las resoluciones judiciales, brindando una más efectiva tutela judicial a las personas.

2. Obtener un nuevo planteamiento científico-jurídico, dirigido a modernizar nuestra vigente Ley de casación civil ecuatoriana, implementando la figura de la casación de oficio, conocida como casación platónica.

I.3.2. Específicos

1. Descubrir la naturaleza real de nuestro actual sistema de casación civil ecuatoriana, y todo lo que tal instituto conlleva conforme a nuestra legislación vigente.
2. Identificar los poderes y facultades que actualmente poseen nuestros Magistrados de Corte Nacional, para efectos de ejercer el control de legalidad en cada una de las resoluciones impugnadas que resuelven.
3. Investigar la legislación extranjera en materia de casación civil, y establecer afinidades con nuestra vigente Ley de casación civil ecuatoriana.
4. Proponer la inclusión de una nueva normativa en nuestra actual Ley de casación civil, instaurando la casación platónica como herramienta para optimizar el control de legalidad de nuestros jueces de la Corte Nacional.

I.4. JUSTIFICACIÓN

Este análisis de la casación civil permitirá sembrar en nuestra sociedad jurídica, los primeros pensamientos destinados a una ulterior y no lejana modernización de la ley de la materia procurando instaurar la denominada casación platónica o sistema de casación de oficio. Servirá además como un instrumento de aprendizaje para estudiantes de derecho, que deseen involucrarse en el estudio de este fascinante instituto procesal, en consideración a que también

analizamos las características, finalidades e intereses de la vigente casación civil ecuatoriana.

Por último, se examina en este estudio el importante aporte que representaría para nuestra legislación local, la instauración de la casación platónica, como mecanismo eficaz para alcanzar la tan anhelada seguridad jurídica, y el restablecimiento de una tutela judicial realmente efectiva.

I.5. DELIMITACIÓN

Campo: Derecho Procesal

Área: Procedimiento Civil

Aspecto: Dogmático - Jurisprudencial

TEMA: La Casación Platónica

PROBLEMA: ¿Cómo aplicar el mecanismo de casación platónica en nuestro régimen de casación civil para convertir a este instituto del derecho en un moderno instrumento que garantice mayor certeza y otorgue una efectiva tutela judicial?

Delimitación Temporal: Abril del 2012 a Marzo del 2013

Delimitación Espacial: Las Salas de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA

PRIMERA PARTE

MARCO HISTÓRICO DE LA CASACIÓN

1.- Evolución Histórica

El conocimiento de los orígenes de los institutos del derecho permiten un mejor estudio, y facilitan la comprensión de los mismos, así como su investigación y práctica. En el caso del recurso de casación, muchos autores sostienen que tiene su fuente en la revolución francesa de 1789, sin embargo, bien vale la pena advertir que desde antes de la revolución francesa, existieron otras instituciones que, por tener alguna semejanza con la casación, sirvieron de pauta para la estructura jurídica de ésta.

Históricamente, su génesis se ubica a partir de la Edad Media, con ocasión del desarrollo de la proposición de Error y la Querrela o demanda civil.

1.1. Derecho Romano

En el Derecho romano se distinguieron tres sistemas procesales sucesivos. El primero, la *Legis Actionis*, instituido en la famosa Ley de las Doce Tablas; El segundo, fue el procedimiento formulario que derivó su nombre de un escrito llamado fórmula; y el tercero, la denominada *Extraordinaria Cognitio*, que se caracterizó por haber instituido recursos contra las sentencias. En los sistemas anteriores, cada sentencia expedida producía los efectos de cosa juzgada (*exceptio res iudicata*) y por lo tanto, no podía plantearse un nuevo juicio, ni objetarse tales

decisiones, si concurrían las características de identidad de personas (*eadem personae*), identidad de objeto o cosa que se pide (*eadem res*), e identidad de causa o fundamentos de hecho de la acción (*eadem causa petendi*).

Si bien en Roma nunca existió el recurso de casación, el sólo hecho de haberse creado la figura de la impugnación de una sentencia sentó las primeras bases para su posterior nacimiento. En este sentido, con el objeto de identificar los eventuales errores que podía cometer un juzgador, se empezó a distinguir en el proceso las denominadas “*quaestio iuris*” y “*quaestio facti*”, fundamental división del proceso romano clásico.

Es decir, en Roma así como ocurre hoy en día en el Ecuador, el juez debía establecer la certeza, tanto de la norma de derecho - *Quaestio Iuris* -, como de los hechos concretos - *Quaestio facti* -. Dicho de otro modo, en virtud de que todo silogismo resulta de sentar dos premisas, desde antiguo los jueces debieron establecer la certeza de ambas premisas, tanto de la mayor - norma jurídica aplicable -, como de la menor - hecho concreto -. La importancia de todo este influjo del derecho procesal romano, se extiende hasta nuestro Derecho de Casación actual, en donde resulta elemental la distinción entre las cuestiones de hecho, y las de derecho propiamente.

También consideramos importante mencionar como un antecedente del recurso de casación, el llamado recurso de nulidad por vicios de forma instituido en Roma, como un remedio tendiente a impedir que determinadas sentencias viciadas hagan tránsito de cosa juzgada. Por tanto, fueron los romanos los que establecieron el concepto de que una sentencia pronunciada contraviniendo las formas del proceso, no podía tener validez. Encontramos entonces, el primer antecedente de nulidad de sentencia por razones estrictamente procesales, tal como ocurre en el derecho de Casación moderno, que establece como una de sus causales los denominados errores *in procedendo*.

Pero los aportes de Roma a lo que hoy en día conocemos como recurso de Casación no quedó solamente en los errores *in procedendo*. En Roma surgió también un recurso de nulidad en contra de sentencias que violaban un derecho

por error de juicio, o error *in iudicando*, para lo cual se estableció un procedimiento. Se trataba de errores que daban acceso al recurso de nulidad cuando se desconocía un texto legal o se fallaba contra el *ius constitutionis*.

Esta nulidad *in iudicando* nació como producto de una necesidad política, dado que el rol del juez adquirió jerarquía de funcionario público, y como autoridad no podía infringir la voluntad de la ley. Encontramos entonces, en esta fase de evolución del derecho romano, el antecedente de la causal por error *in iudicando*, vigente en nuestros días en la Ley de Casación del Ecuador.

1.2.- Derecho Germano

En el antiguo derecho germano encontramos como antecedente de la Casación, un mecanismo procesal que los alemanes llamaron “*Urteilsschelte*”, que se interpreta como “desaprobación de la sentencia”.

La demanda en juicio era una especie de propuesta de sentencia. Si los jueces aceptaban esa propuesta de sentencia, debía obtenerse la aprobación del pueblo reunido (Asamblea Judicial), y sólo así la sentencia podía ser pronunciada. En definitiva, los miembros de la Asamblea Judicial tenían la última palabra, negando o aceptando la propuesta final de los jueces.

La “*Urteilsschelte*” no era en realidad un medio de impugnación de una sentencia, sino un medio para encontrar el contenido más correcto de una posible sentencia, que deberá ser pronunciada en el futuro. En este sentido, la “*Urteilsschelte*” era el único medio conocido por el derecho germano para impedir que una decisión injusta de los jueces se transforme en sentencia, con el riesgo de que si la “*Urteilsschelte*” no se ejercitaba la sentencia se volvía inmutable, aún cuando estuviese viciada de sustanciales errores.

El antedicho concepto de “*Urteilsschelte*” al entrar en contacto con la civilización romana se transformó poco a poco en la denominada “*apellatio*”, encontrando similitudes con la famosa *Lex Romana Visigothorum*, que permitía impugnar ante el superior una sentencia *contra legem*, quien de encontrar asidero

en esta impugnación remitía el proceso al juzgador que inicialmente dictó sentencia, para que él mismo corrija los errores. Encontramos en este procedimiento de impugnación, un antecedente más cercano del recurso de Casación.

1.3.- La Querella Nullitatis

La *querella nullitatis* fue un instituto sui géneris nacido en el siglo XII como una creación del derecho común italiano, producto de una fusión de ideas que, como acabamos de revisar, predominaron en el derecho romano y germánico. La *querella nullitatis* inobjetablemente constituía un medio de impugnación que permitía combatir sentencias nulas -según esta concepción, las sentencias viciadas de nulidad eran inexistentes-.

Este método de impugnación traía la característica de interponerse para ante el superior jerárquico, y operaba aplicando el principio de preclusión, esto es, en caso de no impugnarse la sentencia dentro de un tiempo predeterminado, la sentencia sea injusta o nula, causaba estado y surtía los efectos de cosa juzgada.

Esta *querella nullitatis* fue admitiendo la impugnación de sentencias por errores *in iudicando* (violación de derecho objetivo o norma expresa), por errores *in procedendo* (violación de normas procesales), y hasta incluso por errores *facti in iudicando* (por desconocimiento o contradicción de la prueba de los hechos), ligando entonces el *ius constitutionis* (interés público), y el *ius litigatoris* (interés privado o agravio) del derecho romano.

1.4.- El Derecho Francés

1.4.1.- Los Etablissements de Saint Louis

En Francia la historia del recurso de revisión y del de casación, no comienza sino hasta el reinado de San Luis IX, a mediados del siglo XIII. En virtud de que la población empezó a crecer, San Luis Rey creó un Consejo Asesor a quien delegó funciones de administración de justicia.

Con el tiempo aparecieron los Etablissements, que consistían en verdaderos recursos supremos en contra de sentencias expedidas por aquellos órganos encargados de administrar justicia. A través de este recurso, las partes invocaban directamente al Rey la revisión o anulación de la sentencia.

1.4.2.- Cartas de Cancillería

Posteriormente, la aparición de los Parlamentos como organismos autónomos jurisdiccionales, y su facultad de resolver en última instancia los negocios, supusieron la necesidad de garantizar mayor transparencia y seguridad en sus decisiones. Por tal motivo, se creó un sistema de quejas, que le permitía al Rey continuar interviniendo en la administración de justicia.

Por tal motivo se creó un órgano llamado “**Requetes de l’Hostel du Roy**”, que se encargaba de recoger las quejas para entregarlas al soberano. De este modo se crearon las Cartas de Cancillería – **Lettres de Chancellerie** -, con el fin de anular las decisiones irrevocables de los Parlamentos.

Las Cartas de Cancillerías constituían entonces un recurso por el cual las partes se dirigían al Rey para remover los efectos de cosa juzgada, respecto de una sentencia con errores *in iudicando*, errores *in procedendo* o por oposición de cosa juzgada y la equidad. Este mecanismo permitía al rey intervenir en la administración de justicia para reafirmar su derecho de juez supremo sobre las decisiones de los Parlamentos franceses.

1.4.3.- Las ordenanzas

Las ordenanzas tienen singular importancia en Francia, porque con ellas empieza a estructurarse el trámite que más adelante adoptará un recurso de casación. La Ordenanza del 23 de Marzo de 1302, estructura un recurso contra aquellas sentencias expedidas por los Parlamentos como remedio de *erreurs* que posteriormente tomará el nombre de *proposition d’erreur*. Aquí el recurso debía

plantearse fundamentadamente, y de ser procedente el Consejo del Rey debía invalidar el fallo y disponer que se tramite nuevamente el asunto.

Por el año 1331 Felipe Valois estableció una caución o consignación que debía realizar el recurrente para garantizar la indemnización de perjuicios a terceros ante el abuso del recurso. Nótese que este tipo de caución fue recogida por nuestra vigente Ley de Casación ecuatoriana.

Por razones históricas, es válido mencionar que la Ordenanza francesa de 1667, se estableció con características muy propias de la casación civil, convirtiéndolo en un recurso restringido y limitado.

1.4.4.- El Conseil Du Roi

En el siglo XVI las diferencias entre la monarquía y los parlamentos se comenzaron a acentuar. La idea de impugnación de sentencias tenía un tinte más político que de administración de justicia, y consistía en un arma importante para controlar los desmanes del parlamento. Este sistema de impugnación de sentencias era administrado por el Consejo del Rey, que consistía en un organismo no jurisdiccional dependiente del Rey con facultades para dejar sin efecto decisiones de los parlamentos.

En este contexto, del antiguo Consejo del Rey *-Conseil Du Roi-* nació un órgano autónomo, denominado *Conseil étroit o privé* (Consejo Privado), que en 1578 se dividió en dos secciones: El Consejo de Estado para los asuntos políticos y el Consejo de las partes *-Conseil des parties-* para los temas judiciales de naturaleza privada. El *Conseil des parties* entonces, gozaba de facultades rescisorias o de anulación de sentencias, disponiendo el reenvío a otro tribunal para nuevo juzgamiento. La idea de Casación empezaba ya a tomar forma.

1.4.5.- La Revolución Francesa

El Tribunal de Casación, en cuanto a institución jurídica se refiere, constituye una de las creaciones más notables de la Revolución Francesa. No se puede

desconocer la influencia que tuvo el *ancien regime* a través del *Conseil des parties* para la estructuración final del Tribunal de Casación, y por ende, del recurso de Casación.

El Tribunal de Casación de la Revolución Francesa, tenía la difícil labor de velar por la estricta observancia de las normas jurídicas que expresan la voluntad del pueblo como único soberano. En definitiva, el Tribunal de Casación surgió como una imperante necesidad de que el Poder Judicial fuese independiente del Poder Legislativo, así como del Ejecutivo. De ahí que la Casación es producto de la particular teoría revolucionaria consistente en la separación de poderes.

El afamado revolucionario **Maximilien de Robespierre**, en su discurso memorable del 25 de Mayo de 1790, señaló ante la Asamblea: *“Los tribunales se establecen con la finalidad de decidir las discusiones entre ciudadanos y ciudadanos; allí donde finaliza el poder judicial, comienza la autoridad del Tribunal de Casación. Es sobre el interés general, sobre el mantenimiento de la ley y la autoridad legislativa, sobre lo que debe pronunciarse el Tribunal de Casación. Dado que el poder legislativo no establece más que la ley general, cuya fuerza depende de su exacta observación, si los magistrados pudiesen sustituirla por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro de los principios de la legislación.”*¹

1.4.6.- El Decreto Fundacional del Tribunal de Casación

Con la expedición por parte de la Asamblea Constituyente de Francia, del Decreto de 27 de Noviembre de 1790 al 1 de Diciembre de 1790, se constituye la norma básica de la Casación francesa, creándose el Tribunal de Casación, cuya sede se estableció por primera vez en una antigua aula del Parlamento de París.

Pese a la denominación de “Tribunal”, y a la calificación de “Jueces” que el mencionado Decreto otorgó al mencionado órgano como a sus Magistrados, no

¹ Villabona Tolosa, Luis Armando. Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 2005, página 51.

significó la creación de un nuevo órgano jurisdiccional, ni tampoco de un órgano de última instancia. Por el contrario, los assembleístas atribuyeron al Tribunal de Casación funciones distantes de las de simples administradores de justicia. La finalidad característica del instituto consistía en defender al Poder Legislativo del abuso de poder de ciertos jueces, y la de garantizar la máxima observancia de las normas jurídicas, en salvaguarda del respeto a la Constitución de Francia.

En definitiva, el organismo encargado de la casación, no fue un organismo judicial, sino un instituto encargado de defender la ley. En el ejercicio de sus actividades, los “Jueces” de Casación no entraban a analizar el fondo del asunto -entiéndase litigio-, sino que su función consistía en controlar los “Juzgamientos”, de aquellas sentencias que hayan causado estado y firmeza, en fin, ejecutoria.

Los vicios no podían ser más que errores *In Iudicando*, esto es, cuando existía alguna contravención expresa al texto de la ley. El Tribunal de Casación entonces, estaba llamado a dejar sin efecto ciertas decisiones judiciales, pero no a corregirlas, ni a reformarlas. De considerarse con lugar la Casación, el Tribunal remitía nuevamente el expediente al órgano jurisdiccional, para que vuelva a sentenciar *-secundum jus-* conforme a derecho.

1.4.7.- El Referé Legislatif

Naturalmente, la actuación inicial de los “Jueces” de Casación resultó un tanto compleja, pues debían discernir no la letra de la ley, sino su contenido y alcance, por lo que sus facultades debían estar directamente involucradas con el Poder Legislativo.

En tal virtud, el propio Decreto Fundacional de Casación creó en sus artículos 12 y 21 un instituto jurídico conocido como *REFERÉ LEGISLATIF*, o instituto de interpretación auténtica -realizada por vía Legislativa-, cuyo propósito consistía en aclarar una ley oscura o dudosa. Este mecanismo se denominó “interpretación auténtica”, la cual tenía carácter obligatorio para los jueces, en sus decisiones judiciales posteriores.

En este sentido, el Tribunal de Casación actuaba de puente entre el Juez y el Legislador. Cuando se hacía la consulta al legislativo, el trámite del proceso de casación se suspendía, mientras se efectuaba la interpretación legislativa por parte del Parlamento. Este mecanismo subordinaba el poder judicial al legislativo.

1.4.8.- La era napoleónica y el Código Civil francés

El Código Civil Francés -también llamado Código de Napoleón o Código Napoleónico-, ha sido uno de los Códigos Civiles más influyentes del mundo, y además, casi en su totalidad acogido por nuestro Código Civil ecuatoriano. Este código fue aprobado por la Ley del 21 de Marzo de 1804 durante el gobierno de Napoleón Bonaparte.

En esta nueva etapa jurídico-política de Francia, se eliminó el *Referé* de carácter legislativo, quedando la interpretación en manos de los jueces, transformándose la Casación en una institución eminentemente jurisdiccional. A partir de entonces, es el juez el encargado de encontrar el sentido o razón en la ley, función interpretativa que debe ejercer en cada caso en concreto.

Por el año 1837, época de absoluta predominancia de la burguesía francesa, se promulgó una ley conocida como la Ley del 1 de Abril de 1837, que configuró definitivamente a la casación como un recurso o medio de impugnación de naturaleza jurisdiccional. En esta ley se establece formalmente que el recurso de casación debe velar por la unidad jurisprudencial y la uniformidad de la interpretación y aplicación del derecho en la administración de justicia. A partir de entonces el denominado Tribunal de Casación tomó el nombre de Corte de Casación.

Por tanto, la Corte de Casación dejó de ser un órgano auxiliar del Poder Legislativo, convirtiéndose en un verdadero organismo jurisdiccional, encargado de velar por la correcta interpretación y aplicación de la ley, ubicándose en la cima de todos los demás órganos de administración de justicia, situación que se mantiene hasta nuestros días en nuestra vigente Ley de Casación del Ecuador.

1.5.- Origen de la Casación en el Ecuador

El Ecuador nació como Estado unitario en el año 1830, época en que la Asamblea Nacional Constituyente reunida en Riobamba expidió la Primera Carta Magna. Sin embargo, aún antes de aquella fecha el Libertador Simón Bolívar había presentado a consideración del Congreso Constituyente de las Provincias del Alto Perú -hoy República de Bolivia-, un proyecto de Constitución, cuyo artículo ordinal IX, del artículo 105, estableció como funciones del Tribunal Supremo de Justicia: “Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes de Justicia”. Aún cuando no se menciona el término casación, no hay duda que dicha disposición normativa se constituyó en el primer acercamiento legal a lo que hoy conocemos como Casación.

Nuestro primer Código de Enjuiciamiento Civil ecuatoriano promulgado el 8 de Noviembre de 1831 consagraba el denominado recurso de nulidad, el cual debía ser sustanciado por la Alta Corte -antecedente de la Corte Nacional de Justicia- en aquellas demandas de cuantías mayores. Dicho recurso de nulidad procedía ya sea porque la sentencia estuviere afectada por vicios *In Procedendo*, como por vicios *In Iudicando*, observándose su peculiar similitud con nuestro actual recurso de casación.

No obstante, lamentablemente este recurso de nulidad -verdadero antecedente de la casación en el Ecuador-, desapareció cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial, decretada el 10 de septiembre de 1843, le atribuyó a la entonces Corte Suprema de Justicia la facultad de órgano de tercera y última instancia.

Sin embargo, mucho tiempo hubo de pasar para que el Ecuador acoja formalmente el recurso de casación en materia civil. Así, nuestra Corte Suprema de Justicia -hoy Corte Nacional de Justicia- se convirtió en Corte de Casación en virtud de las reformas constitucionales de 1992, hecho que motivó la promulgación definitiva de nuestra ley de Casación a través de su publicación en el Registro Oficial No. 192 del 18 de Mayo de 1993. Mediante esta ley, se implementó el recurso de casación en la materia civil, mercantil, administrativa y

laboral. En materia penal, el recurso ya existía con suficiente antelación desde el año 1928, en virtud de las últimas reformas al Código de Enjuiciamiento en materia criminal.

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS GENERALES SOBRE LA CASACIÓN

1.- Concepto de Casación

La palabra Casación, proviene del verbo latino *CASSARE* que significa casar, abrogar, derogar, anular o deshacer. Para otros autores, proviene del verbo francés *CASSER* que significa quebrar o romper.

Para comprender con exactitud el concepto de casación, es preciso consultar las definiciones que sobre el mismo tema han establecido reconocidos tratadistas de talla nacional como internacional. El profesor colombiano, **Tolosa Villabona**, definió a la casación de la siguiente forma: *“El recurso de casación forma parte del derecho de impugnación. Es extraordinario, discrecional, reglado y taxativo. Pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal. Se deriva del verbo francés CASSER, que significa casar, anular, romper o quebrar.”*²

El jurista español **Manresa**, por su parte, definió a la casación como un recurso que busca *“enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas y trámites más esenciales del juicio”*

² Villabona Tolosa, Luis Armando. Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 2005, página 39.

El reconocido autor italiano **Piero Calamandrei**, definió al recurso de casación como *“Un derecho de impugnación concedido a la parte vencida para hacer que la Corte de Casación anule, no toda sentencia injusta, sino solamente aquella cuya injusticia en concreto se demuestre fundada en una errónea interpretación de la ley.”*³

En la doctrina nacional, destaca el criterio de **García Feraud**, para quien: *“La casación surge como un recurso que pretende defender al derecho objetivo contra cualquier tipo de abuso del poder desde el ejercicio de la Potestad Jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido llamada por algunos tratadistas como nomofilaquia, que naturalmente se refiere a eso, a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada; pero no desde un punto de vista exclusivamente general, sino de la defensa del derecho objetivo desde el ángulo de una situación subjetiva, si se quiere de una situación de derecho subjetivo. Otra de las finalidades que persigue el recurso de casación es la uniformidad jurisprudencial y, naturalmente, hacia ese punto se dirigen los esfuerzos del mayor número de legislaciones que recogen este tipo de recurso. En el Ecuador, la ley que acaba de ser puesta en vigencia recoge esta inquietud y la encontramos en el artículo 19 de la Ley, cuando de la triple reiteración de un fallo de casación, que se convierte en un precedente jurisprudencial, obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes...”*⁴

En nuestro concepto, el recurso de casación constituye un medio de impugnación que custodia la defensa de la ley, a través de un estricto control -a petición de parte afectada- a las decisiones de los jueces, procurando que sólo administren justicia con apego a la constitución y demás leyes vigentes. En este contexto, la Corte de Casación es la encargada de establecer la jurisprudencia aplicable a cada caso, fijando con ello la interpretación que debe hacerse a los textos legales, enmendando o corrigiendo las infracciones de ley en que hubieren incurrido los tribunales de justicia en la sustanciación o resolución de los juicios.

³ Calamandrei, Piero. Casación Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, página 17.

⁴ García Feraud, Galo. La Casación en Materia Civil, en La Casación, Estudios sobre la Ley No. 27, cit., p. 45.

2.- La Casación como Recurso Extraordinario

Sobre este tema, es importante conocer la opinión del profesor uruguayo **Véscovi**, quien refiriéndose a la diferencia entre los recursos ordinarios de los extraordinarios, manifestó: *“Los recursos son ordinarios por su calidad de normales dentro de un proceso y porque le otorgan un poder mayor (más amplio) al órgano jurisdiccional encargado de resolverlo; a diferencia de los extraordinarios que son excepcionales y limitados, además, exigen que su interposición sólo ocurra por motivos determinados y concretos”*⁵.

La doctrina y la jurisprudencia identifican a la casación como un recurso extraordinario debido a su carácter excepcional. Para su admisibilidad, es necesario que primero se agoten los medios de impugnación ordinarios, esto es, el recurso vertical de apelación e incluso otros medios de impugnación horizontales, si fuere del caso.

El reconocido jurista español **De La Plaza**, acogiendo este criterio respecto al recurso de casación, expuso: *“... puede ser calificado de extraordinario, porque, en relación con los demás, sólo se autoriza por motivos preestablecidos, que (...) constituyen un número clausus, y que no pueden ser ampliados ni extendidos por interpretación analógica; y, porque además, también en contraste con los recursos ordinarios, limita los poderes del tribunal ad-quem, obligado a decidir dentro del círculo que el recurso le traza y que no es posible rebasar”*⁶

Su excesivo formalismo revela otro motivo para considerar este recurso como extraordinario. En efecto, la casación exige el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales que ineludiblemente deben respetarse, so pena de ni siquiera resultar admitido o calificado. En esencia, la casación es un recurso extraordinario puesto que se interpone respecto de sentencias que han causado estado, o se han constituido en cosa juzgada, en virtud de que han sido expedidas por Tribunales ordinarios de última instancia.

⁵ Véscovi, Enrique. Los Recursos Judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1988, página 66.

⁶ De La Plaza, Manuel. La casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 35.

Luego, es extraordinario también por tratarse de un recurso limitado, esto es, no procede contra cualquier resolución judicial, sino solamente respecto de aquellas mencionadas en el artículo 2 de la Ley de la materia, que se resumen en las siguientes: a) Procede contra sentencias y autos que pongan fin a procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Provinciales, por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo; y, b) Procede igualmente, respecto de providencias expedidas por dichos tribunales, en las fases de ejecución de sentencias de conocimiento, cuando tales providencias hayan resuelto asuntos esenciales no controvertidos en el juicio, o hayan resultado temas no decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.

También se considera un recurso limitado porque aquella parte que haya resultado agraviada, sólo puede fundar la casación en aquellas causales que taxativamente establece la ley, y ni aún así, cuando ese mismo afectado no hubiere apelado de la sentencia de primera instancia, ni se hubiere adherido al recurso de apelación de la contraparte, si la sentencia que fuere susceptible del recurso de casación, es confirmatoria en todas sus partes al fallo de primera instancia.

Sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de nuestra ex Corte Suprema de Justicia, opinó en uno de sus fallos⁷ lo siguiente:

“CUARTO.- Sin embargo de lo expresado la Sala estima que el recurso de casación es un recurso extraordinario y de alta técnica jurídica, por medio del cual se enfrenta a la sentencia que se impugna con el ordenamiento jurídico, por lo cual, para que prosperen las causales invocadas por los recurrentes, éstas deben estar contenidas en el escrito de interposición del recurso de la forma en que la ley, la doctrina y la jurisprudencia lo determinan...”

⁷ 22-I-2008 (Resolución No. 04-2008, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 375, 7-VII-08)

En cuanto a los Magistrados de Casación, sus facultades y atribuciones también son restringidas, y están determinadas únicamente por lo que señala la propia Ley de Casación.

3.- Finalidad del Recurso de Casación

No podríamos entender la finalidad del recurso de casación sin referirnos a su **función nomofiláctica**, o de defensa de la ley, para lo que originalmente desde los tiempos de la Revolución Francesa fue creada. La palabra nomofilático proviene de dos palabras griegas, *nomos*, que significa gobierno, regla o ley, y *philasso* que significa cuidar o guardar.

El deber de velar por la vigencia de nuestro ordenamiento legal le corresponde a nuestro máximo órgano de administración de Justicia, representado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a través del recurso de casación. De ahí que podemos afirmar que la principal finalidad de la casación -de naturaleza pública- consiste en la defensa de la ley, esto es, velar por el irrestricto respeto al marco jurídico establecido, a través de un control jerárquico y jurídico sobre la actividad de los jueces de grado inferior.

De este principal deber, se derivan otros propósitos o fines del instituto de casación, como por ejemplo, su **función uniformadora de jurisprudencia**. Recordemos que la jurisprudencia es una verdadera fuente del derecho, que contribuye a la correcta aplicación de las normas. El valor de la jurisprudencia no radica en la aplicación mecánica de la norma jurídica que realiza el juez, pues la norma contempla la hipótesis del caso en modo claro, sino en aquellas ocasiones en las que el Derecho Positivo resulta insuficiente y surge la actividad creadora del juez.

La uniformidad de la jurisprudencia es una necesidad social y un arma importante para alcanzar la seguridad jurídica. La uniformidad permite una consonancia de la jurisprudencia en general, y fija los lineamientos que debe seguir un pronunciamiento judicial en torno a posteriores casos con idénticos

presupuestos fácticos. Se trata de un importante instrumento para alcanzar la igualdad ante la ley, y procurar con ello la seguridad jurídica.

Nuestra Corte ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en uno de sus fallos expedidos por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil⁸, refiriéndose a la finalidad de naturaleza pública del recurso de casación, expuso:

“... Es un recurso acusadamente público ‘el designio fundamental que se persigue es por una parte, conseguir que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente; por otra, mantener la unidad en las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para todos los que integran el cuerpo social. El interés del particular actúa al servicio del interés público, aunque frecuentemente, y en último término, reciba los beneficios de esa cooperación’...”

Pero la casación también tiene una finalidad de naturaleza privada, al procurar la reparación integral de los agravios que la sentencia impugnada le pudiese causar a la parte procesal recurrente. De hecho, en virtud de la iniciativa de la parte procesal afectada, como proponente o recurrente de la casación, es que las Salas de Casación pueden ejercer el control de la legalidad y la unificación de la jurisprudencia.

El español **De La Plaza**, en relación a la finalidad de naturaleza privada de la casación, expuso: *“... el interés privado se reconoce y tutela en cuanto coincide con aquel especial interés colectivo que es la base de la institución, pero no más allá de él. El particular que recurre estimulado por su propio interés, se convierte, casi sin darse cuenta, en un instrumento de la utilidad colectiva del Estado, el cual, a cambio del servicio que el recurrente presta a la consecución de un interés público, encuentra en la sentencia basada en un error de derecho,*

⁸ 9-V-1996 (Expediente No. 2-95, Primera Sala, R.O. 982, 5-VII-96)

la posibilidad de obtener una nueva resolución favorable a su interés individual.”⁹

4.- Características del Recurso de Casación

En cuanto a las principales características del recurso, anotamos las siguientes:

a) Es un recurso de **carácter público**, en virtud de que merced a la función de nomofilaxia y unificación de la jurisprudencia, coadyuva a la seguridad jurídica y protege el interés social.

b) Es un recurso **extraordinario**, por cuanto su acceso es limitado y restringido, procede cuando se han agotado todos los recursos ordinarios, y por norma general no se pronuncia sobre los hechos, sino sólo sobre el derecho.

c) Es un **recurso vertical**, en virtud de que siempre será resuelto por un órgano jerárquicamente superior -Corte Nacional de Justicia-, respecto de aquél órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada.

d) Es un recurso de **derecho estricto**, por su aplicación restringida y porque se encuentra subordinado a la observancia de requisitos técnico-jurídicos muy precisos y complejos.

e) Es un **recurso personalísimo**, por cuanto sólo puede aprovecharse de tal, aquella parte procesal que haya recibido agravio en la sentencia o auto, siempre que hubiere apelado de la sentencia de primera instancia y que además la sentencia de segunda instancia hubiere confirmado íntegramente el primer fallo. Por tanto, este recurso no puede ser planteado por terceros que no hubieren intervenido en el proceso, ni siquiera cuando aleguen que la

⁹ De La Plaza, Manuel. La casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 34.

resolución impugnada les estuviere ocasionando algún agravio o perjuicio;
y,

f) Es un **recurso positivo y negativo** según el caso. Sobre el tema, el profesor peruano **Hinostroza** expuso: *“Es positivo porque en virtud de ella el tribunal supremo puede, en ciertos casos, reformar o sustituir la resolución impugnada; es, además, un recurso negativo porque dicho órgano jurisdiccional, en determinados supuestos, simplemente anula o deja sin efecto la resolución recurrida...”*¹⁰

5.- Principios Procesales que influyen en el Recurso de Casación

Los principios procesales nos permiten estudiar la finalidad de los procesos judiciales y de sus instituciones, en nuestro caso del recurso de casación. Facilitan el correcto entendimiento del trámite de un proceso, o como en el caso que nos ocupa, del trámite del recurso de casación. Además, nos permiten comprender cuál es la finalidad de los institutos procesales.

Enumeramos a continuación, los principios procesales que regulan nuestro recurso de casación civil:

5.1.- Principio Dispositivo.- De acuerdo con este principio, la Corte de Casación sólo puede conocer aquello que las partes han impugnado en su recurso de casación, por lo que a contrario sensu, aquellos aspectos de la sentencia que no fueron impugnados, se entienden admitidos y deben tenerse por exactos y firmes. Creemos, sin embargo, que la influencia del principio dispositivo en la casación civil ecuatoriana no debe ser absoluto, y que en determinados y excepcionales casos la Corte Nacional bien podría obrar de oficio -rectificando aspectos no impugnados por el agraviado-, si en el fallo impugnado encontrare errores que afecten el debido proceso, derechos humanos o a la propia constitución, siempre que no se trate de errores *in iudicando*.

¹⁰ Hinostroza Minguez, Alberto. Medios impugnatorios en el proceso civil, Gaceta Jurídica Editores S.R.L.

5.2.- Principio del Interés Público.- En la casación, como ya lo hemos mencionado, prima el interés público por encima de los intereses de las partes procesales. La Casación, por tanto, vela más por la colectividad que por los que intervienen en el proceso, en virtud de que para la sociedad es de elemental importancia una correcta interpretación y aplicación de la ley en todos los procesos judiciales, tornándose esencial la uniformidad de la jurisprudencia como guía para todos los actos de la administración de justicia.

5.3.- Principio de Taxatividad.- También mencionamos en un párrafo anterior que el recurso de casación sólo se puede formular por aquellas causales que en forma expresa y taxativa constan en el artículo 3 de la Ley de la materia. En este sentido, la casación civil es un sistema de impugnación “**números clausus**” y de interpretación restrictiva, esto es, no cabe en ella la interpretación analógica o extensiva, que consiste en extender el alcance de la norma a supuestos no comprendidos expresamente en su texto.

5.4.- Principio del Interés Particular.- Además del interés público que contiene la esencia de la casación, también procura la reparación integral de los agravios que la sentencia impugnada le hubiere podido causar a la parte procesal recurrente. La casación entonces, armoniza perfectamente tanto el principio de interés público -defensa de la ley- como el de interés privado -intereses particulares de las partes procesales-, buscando restablecer los daños que la parte afectada hubiere sufrido a través de una sentencia viciada.

5.5.- Principio del Agravio.- Este principio significa que solamente aquella parte procesal que ha sufrido daños irreparables en una sentencia de última instancia, estará legitimada para plantear un recurso de casación. Este medio de impugnación, entonces, se enmarca en aquello que la doctrina denomina “**Ius litigatoris**”, que consiste en la tutela o amparo de los legítimos derechos de las partes involucradas en un juicio.

5.6.- Principio de Legalidad.- En la Casación civil rige la legalidad por cuanto el ejercicio de los Magistrados de Casación está limitado a lo expresamente previsto en la Ley de la materia. Además, por mandato de la propia

Ley de Casación, el ámbito de competencia y discusión del asunto sometido a Casación lo fija expresamente el agraviado, de tal manera que no pueden resolver en base a otras causales no invocadas por la parte recurrente¹¹.

5.7.- Principio de Trascendencia.- La trascendencia implica que el error denunciado en la sentencia a través de una de las causales de casación, sea de tal importancia que afecte el verdadero sentido de una norma, o el espíritu de la ley. Significa que tal error en la sentencia atenta contra la seguridad jurídica y contra el derecho a una tutela judicial efectiva, verdadera esencia del debido proceso.

5.8.- Principio de Presunción de Legitimidad.- Las sentencias expedidas por la Corte de Casación están investidas, como reflejo de la soberanía del Estado, de dos presunciones: la presunción de legitimidad y la presunción de certeza. La presunción de certeza o veracidad de una sentencia, significa que su contenido es correcto, y es consecuente con la verdad procesal y una eficiente administración de justicia. La presunción de legitimidad se funda en la razonable suposición de que el fallo se ajusta a las normas constitucionales y demás normas jurídicas vigentes al tiempo en que se expide la sentencia. En la actualidad, una sentencia de casación puede quedar sin efecto, y por ende podrían revocarse los efectos de presunción antes señalados, a través de un recurso extraordinario de protección consagrado en nuestra Carta Magna, siempre que el fallo de casación hubiere vulnerado derechos constitucionales u otras normas del debido proceso.

6.- Sistemas de Casación

Andrade Ubidia explica con precisión que existen tres sistemas de casación: el sistema de reenvío, el sistema mixto y el sistema de casación por vicios *In Iudicando*. En su libro, “La Casación Civil en el Ecuador”, expuso lo siguiente: *“Existen tres sistemas diferentes de casación: a) El de reenvío, adoptado por el ordenamiento francés en que el tribunal de casación al admitir el recurso anula*

¹¹ Como se sabe, el órgano judicial revisor tiene límites para conocer y resolver un recurso vertical que le hubiere subido en grado, límites que reconoce también el derecho comparado. Tales límites se refieren al hecho de que un órgano superior no puede someter a examen asuntos que no han sido expresados como agravios por el recurrente, en alusión al célebre aforismo *tantum devolutum, quantum appellatum*.

la resolución impugnada y, por regla general, devuelve (reenvía) el proceso al tribunal Ad Quem, sea para que vuelva a sustanciar tal causa en caso de existir vicio In Procedendo, sea para que dicte nueva sentencia si existe vicio In Iudicando; b) El que admite el recurso únicamente para los vicios In Iudicando, como ocurre en la Ley Española de Enjuiciamiento Civil del 2000 en que tan sólo se pueden casar los fallos fundándose “como motivo único en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (artículo 477) y en caso de admitirse el recurso, el mismo tribunal de casación dicta la resolución de fondo (artículo 487). Mientras que, para los vicios de procedimiento, se haya previsto el recurso extraordinario por infracción procesal; y, c) El que se podría denominar Mixto, que suprime el reenvío cuando se casa por razones de fondo, por lo que el Tribunal de Casación a más de casar la resolución impugnada dicta el fallo de instancia, mientras que mantiene el reenvío cuando se casa la sentencia por vicios de procedimiento que provocan nulidad insanable.”¹²

El **sistema de reenvío** en algunos países tiene un tratamiento diferente al de Francia, tomando el nombre de **sistema de casación múltiple**, en virtud de que en un mismo proceso judicial pueden admitirse sucesivos recursos de casación. Según este método, la Corte de Casación casa y luego reenvía el expediente a un tribunal de la misma jerarquía de aquél cuyo fallo fue impugnado, para que vuelva a sentenciar. Si el tribunal que expide sentencia por segunda vez, otra vez incurre en vicios de forma, nuevamente el afectado podrá interponer recurso de casación respecto de ese fallo. Un ejemplo de país latinoamericano que sigue el sistema de reenvío o de casación múltiple, es Venezuela.

El Ecuador contempla el modelo mixto de casación, en virtud de que el trámite del recurso es breve -en teoría expedito-, y engloba como causales tanto los vicios *In Iudicando*, como los vicios *In Procedendo*. Nuestra Corte Nacional de Justicia, sin embargo, no sólo es corte de casación, pudiendo en determinadas circunstancias actuar como Tribunal de instancia, en aquellos temas que resuelve en función de fueros especiales de altos funcionarios de Estado.

¹² Andrade Ubidia, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, Editorial Andrade & Asociados, Quito, 2005, páginas 44 y 45.

En el derecho comparado también se distinguen los sistemas de casación **abiertos** de los **cerrados**. En el sistema abierto el recurso de casación no está ceñido a formalismos técnicos, no está sujeto a causales prefijadas ni taxativas, y por ende es un recurso amplio en donde el Tribunal de Casación entra directamente a analizar las violaciones de ley denunciadas. El Uruguay es un ejemplo de país sudamericano que sigue el método de casación abierta.

Nuestro país, en cambio, está regido por un sistema de casación civil cerrado, pues las causales de casación están concretamente enumeradas en el artículo 3 de la Ley de Casación, en forma expresa, taxativa o si se quiere limitada. Por tanto, nuestro sistema de casación es definido por la doctrina como sistema *numerus clausus*, por cuanto la casación sólo puede fundarse en aquellas causas previstas en la Ley de la materia.

El sistema de casación *numerus clausus*, o cerrado, debido a su exigencia formalista, requiere que antes de entrar la Corte de Casación a analizar la pretensión de fondo del recurrente, se califique el recurso admitiéndolo a trámite o no admitiéndolo por falta de presupuestos técnicos. Por este motivo, un gran número de recursos de casación en el Ecuador son rechazados *in limine*, a través de una primera providencia de inadmisión, que impide a la Corte entrar a resolver el aspecto de fondo, situación que en la práctica suele convertirse en una especie de denegación de justicia, por la inadmisión de casaciones por aspectos meramente formales, frente a sentencias impugnadas que a todas luces -algunas de ellas- son manifiestamente fraudulentas e ilegítimas.

7.- Diferencias entre Casación Civil e Instancia

En el Ecuador, un proceso judicial puede tener una o máximo dos instancias, dependiendo de la actividad procesal de los contendientes, o de las características del proceso judicial, según el caso. Nuestro artículo 58 del Código de Procedimiento Civil, define a la instancia de la siguiente manera:

Art. 58.- “Instancia es la prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso. Ante el superior, la instancia empieza con la recepción del proceso, y termina con la devolución al inferior, para la ejecución del fallo ejecutoriado.”

La instancia entonces, consiste en el ejercicio de la acción judicial desde la demanda hasta la sentencia. En caso de existir recurso de apelación, se da paso a una segunda instancia, la que será sustanciada y resuelta por las Cortes Provinciales de Justicia. Cada instancia equivale a un grado jurisdiccional de diferente jerarquía.

Mientras la primera instancia inicia con demanda, la segunda y última instancia es provocada por la interposición de un recurso vertical, que puede ser un recurso de apelación o de hecho. La segunda y definitiva instancia por tanto, está íntimamente vinculada al derecho de impugnación del cual forman parte todos los recursos, sean verticales u horizontales, sean ordinarios o extraordinarios.

Nuestra Constitución garantiza el derecho a acceder siempre a una segunda instancia, considerando tal derecho como una irrefutable garantía del debido proceso, concordante incluso con expresos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, a los cuales el Ecuador se encuentra adscrito. Al respecto, el artículo 76, numeral 7, literal m), de nuestra carta magna, expone:

Art. 76.- “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

... m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el literal h), de su numeral 2), expone lo siguiente:

Art. 8.- “Garantías Judiciales:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

Según nuestra **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, el derecho de recurrir *“constituye un requisito esencial del debido proceso, y tiene además el carácter de inderogable, conforme a lo señalado en el artículo 27 (2) de la Convención”*¹³.

Ahora bien, vale la pena cuestionarse: **¿Cuál es el propósito de una segunda instancia?** La respuesta es simple, la segunda instancia es indispensable y constituye una garantía básica del debido proceso, pues permite -he aquí su propósito- la revisión integral del fallo de primera instancia, originando la posibilidad de reparar cualquier irregularidad presentada durante la sustanciación del proceso, o subsanar cualquier error de juicio o de juzgamiento, cuando tal error se produzca por equivocada aplicación de la ley, o al valorar aspectos probatorios respecto a los hechos que sustentan la causa.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reinaldo Figueredo VS República Bolivariana de Venezuela, sentencia 13 de Abril del 2000, párrafo 129.

El tratadista argentino **Ibañez Frocham**, refiriéndose a la importancia de la segunda instancia, expuso: *“Nada puede llevar al espíritu del hombre mayor tranquilidad y sosiego que saber que sus conflictos serán resueltos por órganos jurisdiccionales sometidos, a su vez, a fiscalización de otros cuerpos de más alta jerarquía y de mejor capacidad técnica”*¹⁴.

La segunda instancia, en definitiva, obedece a la idea de depuración de un resultado procesal, esto es, permite purificar, acrisolar o perfeccionar una resolución judicial, dejándola libre de errores.

Ahora bien, el recurso de casación no es el pasaporte para una nueva instancia. El órgano competente para conocer y resolver los recursos de casación es la Corte Nacional de Justicia. No es un mecanismo de impugnación de procesos, sino únicamente de sentencias o autos definitivos. En términos generales para que una sentencia sea materia de casación debe haberse agotado la doble instancia (exceptuando los autos susceptibles de este recurso en fase de ejecución del fallo, o de las sentencias expedidas en una sola instancia por los Tribunales de lo Fiscal o Contencioso Administrativos). La principal diferencia entre órgano de instancia y órgano de casación, es que el primero -entiéndase los jueces de primer grado y las Cortes Provinciales-, se encuentra facultada para conocer los hechos y el derecho, mientras que el órgano de casación sólo está autorizado para conocer el derecho, corrigiendo o enmendando errores *In Iudicando* o *In Procedendo* que vicien la sentencia o auto definitivo impugnado.

Por tanto, la casación es el mecanismo de control de las sentencias expedidas en última instancia, por lo que su carácter extraordinario le faculta para corregir sentencias ejecutoriadas, y pasadas en autoridad de cosa juzgada. Así lo ha señalado nuestra ex corte Suprema de Justicia, en uno de sus fallos, según el siguiente texto¹⁵:

“TERCERO: El recurso de casación es operativo únicamente luego de que se haya producido la ejecutoria

¹⁴ Ibañez, Frocham. Tratado de los recursos en el proceso civil, Buenos Aires, 1957, página 99.

¹⁵ Expediente No. 161-96. Registro Oficial 67, 13-XI-96.

de la sentencia o auto de que se recurra y no antes... En la especie, el recurso de casación interpuesto fue presentado prematuramente, antes de que se ejecutorie la sentencia por lo que es improcedente...”

A diferencia de los órganos jurisdiccionales de instancia, las Cortes de Casación únicamente pueden conocer y resolver aquellos errores denunciados por la parte afectada en su recurso de casación, por lo que su margen de actuación es limitado. Esta situación, consideramos debe ser materia de estudio y de posteriores reformas, permitiéndose a los jueces de casación actuar de oficio respecto de ciertas infracciones de ley, que pese a no haber sido denunciados, afectan el orden público.

Nuestra ex Corte Suprema de Justicia¹⁶, a través de su sala Civil y Mercantil, sobre este tema expuso:

“La Corte – de Casación – no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente. En esto se diferencia de la apelación y por ello no se trata de otorgar una tercera instancia.”

Finalmente, a diferencia de las instancias, los jueces de casación no sólo que no pueden receptar pruebas, sino que les está vedado apreciar o valorar pruebas, facultades que sólo corresponden a los jueces de instancia.

Conviene anotar ahora, las principales diferencias que existen entre nuestro actual régimen de casación civil y el régimen de las instancias judiciales:

- La Casación Civil sólo tiene lugar cuando se impugna una sentencia o autos definitivos ejecutoriados, pasados en autoridad de cosa juzgada, dictados en procesos de conocimiento. Una instancia judicial, en cambio,

¹⁶ Expediente No. 456-98, Primera Sala, R.O. 43, 8-X-98.

se puede iniciar o por demanda, o cuando se impugna cualquier providencia que provoque agravio a las partes, en cualquier clase de procedimiento susceptible de apelación, y siempre que tal providencia no esté ejecutoriada;

- Los Tribunales de instancia deben decidir únicamente basándose en aquellos puntos que conformaron la litis de la controversia (pretensión y excepciones), y además resuelven incidentes. Las Salas de Casación, en cambio, sólo pueden fundar su resolución en aquellos puntos materia de la fundamentación de la casación, estando impedidos de resolver los puntos de la litis, y prohibidos de resolver incidentes;
- Nuestro régimen de casación civil es cerrado (*numerus clausus*), pues tal recurso sólo procede respecto de causales que en forma exclusiva y taxativa señala la ley de la materia. Las instancias judiciales por su parte, son abiertas, por norma general deben ser aceptadas y admitidas a trámite so pena de violar el derecho a la defensa de las partes. En materia de recursos, la instancia judicial está además amparada en el principio constitucional del doble conforme, que garantiza que una sentencia de primer grado sea revisada por un tribunal de segunda instancia;
- Nuestro régimen de casación civil -por norma general- no tiene efecto suspensivo, esto es, no impide la ejecución del fallo o auto definitivo impugnado, en virtud de que tal resolución ya está ejecutoriada. Para que surta el efecto suspensivo de la casación, debe el recurrente rendir caución en los términos del artículo 11 de la ley de la materia. Nuestro régimen de instancia, en cambio, contempla como generalidad el efecto suspensivo, y sólo por excepción lo limita al efecto devolutivo, por lo que en la mayoría de los casos no se puede ejecutar la resolución impugnada.
- El recurso de casación sólo podrá ser promovido por aquella parte procesal que haya recibido agravio en la sentencia o auto impugnado. En cambio, una instancia puede ser promovida por cualquier persona, y en concreto la segunda instancia, puede ser interpuesta (recurso de apelación o de hecho)

por las partes procesales y por cualquier persona que tenga interés inmediato y directo en el pleito.

- Nuestro régimen de casación no admite la adhesión al recurso según lo señala el artículo 4 de la Ley de Casación. En el régimen de instancia, la parte que no apeló del fallo o resolución, puede adherirse a la apelación de su contraparte, y si aquella desistiere de la apelación, la parte que se adhirió puede continuar la instancia.
- Los Tribunales de Casación no pueden solicitar ni receptor pruebas. Por su parte, los Tribunales de Instancia pueden receptor las pruebas que soliciten las partes (salvo ciertas excepciones en segunda instancia), e incluso pueden disponer la práctica de pruebas de oficio, como mecanismo para procurar el esclarecimiento de los hechos.
- Los Tribunales de Casación no están facultados para conocer un proceso judicial por concesión de consulta, en aquellas sentencias judiciales adversas a las instituciones del Estado. En cambio, las Cortes Provinciales como tribunales de instancia, están obligadas a resolver asuntos (de la misma forma como si se tratara de una apelación) por concesión de consultas, en aquellas decisiones contrarias a los organismos del Estado.
- Las sentencias de la Corte de Casación civil se publican sin excepción en el Registro Oficial, y constituyen precedente para la aplicación de la ley. De haber triple reiteración de un fallo de casación, constituirá precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para el propio Tribunal de Casación. Las sentencias de nuestros tribunales de instancia, no siguen este régimen.
- Finalmente, el régimen de casación tiene como principal objetivo salvaguardar el interés público, a través de la defensa de la ley, unificando jurisprudencia, y velando por el irrestricto respeto al marco jurídico establecido, a través de un control jerárquico y jurídico sobre la actividad de los jueces de instancia. En el régimen de instancia, predomina el interés

privado, pues se busca reparar aquellos gravámenes que hubiere sufrido el afectado en el fallo de primer grado.

8.- Procedencia del Recurso de Casación

8.1.- Casación contra Sentencias y Autos que ponen fin a procesos de conocimiento

Según lo señala el artículo 2 de la Ley de la materia, el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que ponen fin a los procesos de “conocimiento”, dictados por las cortes provinciales, y por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo.

Así también, procede en contra de providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en las fases de ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, que nunca fueron decididos en el fallo, o que contradigan lo ejecutoriado.

En forma expresa, el artículo 2 de nuestra Codificación de la Ley de Casación manifiesta:

Art. 2.- Procedencia.- “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.

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

No procede el recurso de casación de las resoluciones de los funcionarios administrativos, mientras sean dependientes de la Función Ejecutiva.”

Para comprender el alcance de esta norma, es imprescindible remitirnos al concepto de “juicio de conocimiento”, debiendo aclarar que nuestra legislación civil en ninguno de sus articulados define este concepto, siendo necesario acudir a la doctrina y a la jurisprudencia en búsqueda de su definición.

El autor boliviano **Quisbert**¹⁷ definió a los procesos de conocimiento como: *“Aquellos que resuelven una controversia sometida voluntariamente por las partes al órgano jurisdiccional y que se tramita sobre hechos dudosos y derechos contrapuestos, que debe resolver el juez declarando a quien compete el derecho cuestionado o la cosa litigiosa.”*

La doctrina peruana, en palabras del jurista **Zavaleta Carruteiro**¹⁸ también define al proceso de conocimiento considerándolo como: *“El proceso-patrón, modelo o tipo, en donde se ventilan conflictos de intereses de mayor importancia, con trámite propio, buscando solucionar la controversia mediante una sentencia definitiva, con valor de cosa juzgada que garantice la paz social.”*

En los procesos de conocimiento siempre hay cognición. Se entiende por cognición aquella fase del proceso en que el juez sustancia etapas con el fin de resolver el conflicto judicial a través de la expedición de una sentencia. En general, cuando hablamos de instancias nos referimos a procesos que se encuentran en fase de cognición. En los procesos de ejecución -en principio-, no existe la fase de cognición, en virtud de que el derecho -constante en títulos valores-, ya está declarado y por tanto decidido, motivo por el cual dichos procedimientos ejecutan directamente lo pretendido.

¹⁷ Quisbert, Ermo. Apuntes de Derecho Procesal Civil Boliviano. Sucre, Bolivia. Editorial USFX. 2010.

¹⁸ Zavaleta Carruteiro, Wilvelder. Código Procesal Civil, Tomo I. Piura, Perú. Editorial Rodhas. Cuarta Edición. 2002.

La Tercera Sala de lo Civil¹⁹ de nuestra ex Corte Suprema de Justicia, sobre el tema pronunció el siguiente y reiterado criterio:

“...TERCERO: Por lo tanto, a partir de la vigencia a la Ley Reformatoria a la Ley de Casación, esto es, del 8 de abril de 1997, no procede la interposición del recurso de casación respecto de las sentencias y autos que se dicten en otros procesos que no sean los de conocimiento resueltos en las vías ordinaria y verbal sumaria, como ocurre en el presente caso, ya que se trata de una sentencia dictada en juicio ejecutivo. La doctrina y la jurisprudencia así lo reconocen, Caravantes en su obra Tratado Histórico Crítico y Filosófico de los Procedimiento Judiciales, tomo 3, página 257, dice: "Por oposición y a diferencia de los proceso de conocimiento, el proceso ejecutivo no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por acto o en títulos de tal fuerza que determine que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea atendido". Por su parte, el tratadista Francisco Beceña en su obra "Los Procedimientos Ejecutivos en el Derecho Procesal Español", pág. 82-83, explica las diferencias entre los procesos de conocimiento y los procesos de ejecución, expresando en síntesis que en este último "su especialidad consiste" en que "en limine litis se decreta lo que en el procedimiento ordinario es contenido en la decisión final" añadiendo que: "en los procedimientos ordinarios las decisiones ejecutivas son siempre tomadas después de agotado el período de declaración y sin posibilidad de volverse a reproducir."

Si hubiere algún tipo de duda razonable respecto a la naturaleza de un proceso judicial, esto es, no se pudiera determinar con claridad si el proceso es de conocimiento o de ejecución, deberá entenderse que es de conocimiento, en virtud de que los procesos de ejecución son excepcionales, y están señalados

¹⁹ Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 10, págs. 2570.

expresamente por la ley. Nuestra ex Corte Suprema de Justicia²⁰, a través de una de sus Salas de lo Civil, también se manifestó en relación con este tema en los términos siguientes:

“... La Sala estima pertinente dejar sentado un principio fundamental: si se llega a dudar respecto de si un proceso es de conocimiento o de ejecución, se ha de entender que es de conocimiento, ya que los procesos de ejecución son excepcionales, proceden únicamente cuando la ley los establece y requieren de la concurrencia copulativa de un elemento formal, el título que por ser auténtico o gozar de la presunción de autenticidad permita establecer liminarmente que el derecho se haya declarado; y otro de fondo, esto es, que el derecho y la obligación correlativa sea clara, determinada, pura, líquida y de plazo vencido cuando lo haya o que se haya verificado el hecho futuro e incierto cuando sea condicional; en cambio, todos los demás procesos son cognocitivos.”

8.2.- Casación sobre providencias dictadas en la fase de ejecución del fallo

La finalidad de que el recurso de casación civil proceda respecto de providencias expedidas por las Cortes Provinciales, o por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales autos resuelven puntos esenciales no controvertidos, ni decididos o contradicen lo ejecutoriado, obedece a una necesidad de salvaguardar el instituto de la cosa juzgada, por lo que está destinado a impedir que los jueces alteren o interpreten arbitrariamente el contenido de las sentencias que ejecutan.

Es decir, existe este tipo de control de legalidad para preservar la autonomía e intangibilidad de la cosa juzgada, evitando que los jueces ejecutores al resolver aparentes puntos esenciales no controvertidos, o al interpretar la

²⁰ Registro Oficial 215, del 12 de Mayo del 2000. Juicio No. 107-00 (Municipio de Quito versus Córdova)

decisión que se ejecuta, incurran en el error de alterar, modificar o contrariar sustancialmente los efectos de la decisión definitiva. En síntesis, este motivo de procedencia procura evitar vulneraciones al orden público.

Ante la duda, respecto a si es preciso agotar todos los recursos ordinarios para interponer el recurso de casación por este concepto, debemos remitirnos al tenor literal del segundo inciso del artículo 2 ibídem, que expone:

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

La expresión: **“Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales...”**, hace referencia exclusiva a las Cortes Provinciales -antes Cortes Superiores-, y los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo, excluyendo a los jueces unipersonales de primera instancia, que son justamente los encargados de ejecutar los fallos al tenor del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, que expone:

Art. 302.- “La ejecución de la sentencia corresponde, en todo caso, al juez de primera instancia, sin consideración a la cuantía”.

Aquello significa -aún cuando atenta contra el principio de celeridad procesal- que deben agotarse los recursos ordinarios para recurrir vía casación una providencia expedida en fase de ejecución, debiendo primero ser conocida tal impugnación por la Corte Provincial, y luego -si una de las partes se creyere con derecho a casar tal decisión- sería procedente el recurso de casación.

9.- Efectos de la Interposición del Recurso de Casación

La regla general en materia de recursos verticales es que produzcan efectos devolutivos y suspensivos. Gracias al efecto devolutivo, el proceso judicial se eleva a un tribunal de grado jerárquico superior, con el propósito de revisar la sentencia o auto impugnado, ente que podrá modificarlo o ratificarlo según el caso. El efecto suspensivo, por su parte, detiene el progreso de la causa, suspende la competencia del órgano judicial que dictó la providencia impugnada, y particularmente, impide la ejecución del auto o sentencia recurrida.

En el caso de la casación, hemos analizado que se trata de un recurso extraordinario, y como tal tiene un régimen distinto a la generalidad de los recursos. La casación, por ejemplo, impugna un auto o sentencia -dictada en procesos de conocimiento- que ha surtido plenos efectos de cosa juzgada, esto es, la providencia impugnada siempre estará ejecutoriada (a excepción de que se case un auto dictado en la fase de ejecución de la sentencia), y en consecuencia -por norma general- no puede impedirse su ejecución.

La norma general en materia de casación civil, consiste en que el recurso sólo tiene efecto devolutivo pero no suspensivo. Así lo señala el artículo 10 de nuestra Ley de Casación, que establece lo siguiente:

Art. 10.- “Salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas, o el recurso haya sido interpuesto por los organismos o entidades del sector público, la admisión a trámite del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla.”

Esta peculiaridad del recurso de casación civil, obedece a la naturaleza del recurso, que impugna resoluciones que ya están ejecutoriadas, por haber sido expedidas por tribunales de última instancia. En definitiva, es coherente con el derecho a una tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 75 de nuestra Constitución, que exige entre otras cosas, que las ejecuciones de los fallos ejecutoriados sean eficaces y expeditos, en atención a que una **“justicia retardada”** equivale a **“justicia denegada”**.

La ejecución de la resolución impugnada por casación, **-aunque pueda tratarse de una ejecución provisional por aquello de que la casación una vez resuelta podría nulificar la sentencia impugnada y todo su proceso de ejecución-**, mantiene fidelidad con las modernas tendencias del derecho procesal, que procura darle mayor importancia y afianzamiento a las decisiones otorgadas por los jueces de instancia, evitando injustificadas dilaciones para el cumplimiento de un fallo ejecutoriado, y además por consideraciones al principio de celeridad procesal, tan venido a menos, y hoy en día consagrado en el artículo 20 de nuestro Código Orgánico de la Función Judicial.

Respecto al efecto suspensivo que el recurso de casación sí concede en procesos judiciales que versan sobre el estado civil de las personas, encontramos explicación en que tales sentencias son constitutivas, y por tanto implican una modificación de una situación jurídica preexistente, y la correspondiente constitución a una situación jurídica nueva. El único medio para ejecutarlos es que exista una sentencia que además de ejecutoriada esté absolutamente firme (el asunto debe estar absolutamente definido, y sin el riesgo de ser anulada tal sentencia por un tribunal de casación), a fin de evitar causar un daño irreparable a una de las partes. En este sentido se ha pronunciado la doctrina y legislación española.²¹

10.- La caución como requisito para obtener la suspensión de la ejecución del fallo impugnado

Nuestro régimen de casación civil en su artículo 11, exige como requisito *sine qua non* la consignación de una caución, que garantice los eventuales daños o perjuicios que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la parte no recurrente.

²¹ Art. 525 del Código de Enjuiciamiento Civil español: "Sentencias no provisionalmente ejecutables. 1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso ... "

Sobre la caución, en términos generales, el artículo 31 del Código Civil la ha definido en los siguientes términos:

Art. 31.- "Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca."

Siguiendo el concepto de caución antes aludido, y al concordarlo con el artículo 11 de la Ley de Casación, resulta evidente que en nuestro régimen de casación la caución tiene por objeto garantizar los posibles perjuicios que la demora en la ejecución de un fallo, ocasione a aquél litigante vencedor en la sentencia de última instancia.

No obstante, nuestro régimen de casación no acepta todos los tipos de caución determinados en el artículo 31 del Código Civil, por cuanto el artículo 11 de la Ley de Casación utiliza el término "**consignación**" para referirse a la rendición de una caución. La palabra consignación consiste en una entrega de "**dinero en efectivo**", por lo que la caución que pide el interesado sólo podrá rendirse en dinero en efectivo, cheque certificado o garantía bancaria, la que por su calidad de irrevocable, incondicional y de pago inmediato, equivale a dinero en efectivo. En este sentido, se ha pronunciado nuestra ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

La caución, en todo caso, procura evitar el abuso del recurso de casación. No se trata de una pena económica, ni de una sanción fiscal, sino de un mecanismo que -desde el punto de vista de la parte que no plantea la casación- permite la indemnización de aquellos perjuicios causados por la demora en la ejecución. En cambio, desde la óptica del recurrente, la caución sirve para evitar una injusticia, que podría configurarse al ejecutarse un fallo injusto, siempre que lo declare como tal el Tribunal de Casación al momento de resolver el recurso.

El jurisconsulto **Andrade Ubidia**, refiriéndose a la naturaleza de la caución en el recurso de casación, sostiene lo siguiente: "*...También podría ser una penalización patrimonial como mecanismo para desalentar la interposición de*

recursos que carezcan de base legal. En muchas ocasiones ocurre que la parte sabe que existe una sentencia ejecutoriada que le es adversa, estima si le conviene o no demorar su ejecución, hace un cálculo del costo, y si éste es muy bajo porque la caución es ínfima, o si se halla convencido de que le asiste la razón y que fue injustamente agraviado en el fallo de instancia, interpone el recurso y solicita que se suspenda la ejecución. La Ley, desde 1993, ha buscado evitar que se utilice el recurso en forma desviada, como un mecanismo de demorar la ejecución de las resoluciones, por ello sanciona a quien utiliza de esta manera al recurso, penalizándole a que pierda el importe de la caución, el que irá en beneficio de la contraparte. En la práctica, ha resultado un elemento disuasorio muy eficaz. De aceptarse esta interpretación no cabría que quien pagó la caución pretenda imputarla a la liquidación final ni que se reclame complemento o devolución por ninguna de las partes. Sin embargo, hay que recordar que nuestra legislación no contempla, en general, este tipo de penalizaciones patrimoniales, por lo que su establecimiento requiere de una norma muy clara y específica, y sería conveniente reformar la ley aclarándola, o que la Corte Suprema de Justicia dicte una resolución obligatoria especificando cuál es la naturaleza de la caución."²²

Ahora bien, para que la caución surta plenos efectos, es indispensable que reúna los siguientes requisitos:

- a) Que sea solicitada en forma expresa por el recurrente, esto es, no puede el órgano jurisdiccional ordenar su consignación de oficio;
- b) Que la caución sea solicitada en forma oportuna, esto es, dentro del término de cinco días, que empiezan a correr a partir de la notificación del auto o sentencia recurridos, o desde la notificación del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración; y,
- c) Lógicamente, que el recurrente consigne la suma establecida por la Sala de la Corte Provincial, o por los Tribunales Contenciosos Administrativos o Fiscales, según el caso, dentro del término de

²² Andrade Ubidia, Santiago. *La Casación Civil en el Ecuador*, pp. 311 Y 312.

tres días, los cuales empezarán a contarse a partir de la notificación del auto que concede el recurso de casación.

Lo anterior se concluye del contenido del artículo 11 de la Ley de Casación, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

El monto de la caución será establecido por el juez o el órgano judicial respectivo, en el término máximo de tres días y al momento de expedir el auto por el que concede el recurso de casación o tramita el de hecho; si la caución fuese consignada en el término de tres días posteriores a la notificación de este auto, se dispondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia o auto y en caso contrario se ordenará su ejecución sin perjuicio de tramitarse el recurso.

La Corte Suprema de Justicia dictará un instructivo que deberán seguir los tribunales para la fijación del monto de la caución, en consideración de la materia y del perjuicio por la demora."

La norma antes invocada ratifica lo anteriormente expuesto, en el sentido de que la caución en el Ecuador -en materia de casación-, tiene por finalidad evitar la ejecución de la sentencia impugnada. Esta suspensión de la ejecución será meramente provisional en caso de que el recurrente pierda la casación -en cuyo caso perderá el dinero caucionado-, o podría ser definitiva si el recurrente obtiene un resultado favorable en casación, en cuyo caso además recuperará el dinero caucionado.

El tratadista ecuatoriano **Cueva Carrión**, refiriéndose a los propósitos de la caución en el recurso de casación, comentó: *"...permite al justiciable que considere que el inferior hubiere cometido injusticia contra él, mantener las cosas en el estado en que se encontraban al momento de iniciar la contienda legal hasta que el asunto quede totalmente definido; es decir la caución impide la variación jurídica anticipada de los bienes y, de los derechos de los justiciables; con ella esta variación se da por una sola y definitiva vez; de no mediar ella, la variación se da por una sola y definitiva vez; de no mediar ella la variación se produce con la sentencia del inferior y si la Corte Suprema de Justicia concediere la razón a quien hubiere interpuesto el recurso de casación, nuevamente debe producirse otra variación del titular de bienes y derechos. Por lo tanto, la caución se ha establecido para evitar este juego que atenta contra la seguridad jurídica de la que debe gozar todo ciudadano que viva en un Estado regido por el Derecho."*²³

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que la caución actúa simultáneamente como un mecanismo de compensación para aquella parte procesal que obtuvo una sentencia justa y apegada a derecho en la sentencia de segunda instancia, y que por ende, no consideró necesario interponer un recurso de casación. Este efecto compensatorio de la caución opera, siempre que la Corte de Casación confirme la validez de la sentencia o auto definitivo de instancia (providencia impugnada), en cuyo caso corresponde entregar el valor de la caución a la parte procesal vencedora, la que sin duda ha resultado perjudicada por el tiempo que no pudo ejecutar su fallo - legítimo y justo - merced a la caución rendida en la casación interpuesta por su contendor.

El reconocido jurista colombiano **Azula Camacho**, en torno a la naturaleza garantista de la caución en la casación civil, comentó: *"... por regla general, permite darle cumplimiento a la sentencia recurrida y mientras se ventila el recurso, por cuanto considera que la decisión está amparada por una presunción de certeza que así al recurrente le corresponde desvirtuar, sin*

²³ Cueva Carrión, Luis. *La Casación en Materia Civil*, tomo 1, Quito, Editorial Ecuador, 1993, p. 104.

*lograrlo en la mayoría de las ocasiones, como lo demuestra la experiencia, por lo cual sería injusto retardar dicho cumplimiento, que implicaría perjuicios para la parte beneficiada con la decisión recurrida, salvo que el recurrente, como lo prevé la norma, las garantice mediante caución, cuyo monto ha de fijarlo el funcionario jurisdiccional.'*²⁴

Por lo tanto, para calcular el valor de la caución que debe rendir el recurrente, tomando en cuenta su función compensatoria, el órgano jurisdiccional competente debe considerar la cuantía de la obligación principal, incluyendo los frutos civiles y naturales que hubiera podido percibir el afectado mientras dure la sustanciación del expediente de Casación. Obviamente, el valor de la caución jamás podrá ser el mismo de la cuantía de la obligación principal reconocida en la sentencia impugnada, sino que el órgano jurisdiccional deberá determinar el valor de la caución de forma muy subjetiva, discrecional y estimativa, procurando no caer en excesos, así como evitar establecer valores extremadamente ínfimos. La suma debe ser en lo posible real, calculada en proporción a los posibles perjuicios que sufra la parte que no interpuso la casación.

Incluso, hay un sector de la doctrina -que no compartimos-, que señala que en aquellos casos en los que el valor de la caución resultare insuficiente -ya luego de resuelto el recurso de casación-, el afectado o vencedor del juicio, conserva su derecho para pedir por cuerda separada el pago completo de los perjuicios causados. Este criterio es sostenido por el jurista guayaquileño **Coronel Jones**, en los siguientes términos: "*... A lo dicho debemos agregar que siguiendo las normas generales del derecho común, que establecen que el acreedor debe ser indemnizado de todo perjuicio y quedar absolutamente indemne, si la caución resultare insuficiente, éste conserva el derecho para requerir el pago completo de los perjuicios causados (Código Civil 1599 y 1586.)*"²⁵

²⁴ 65. Azula Camacho, Jaime. *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed., p.464.

²⁵ Coronel Jones, César. "La Ley de Casación: estudio introductorio", en *La casación. Estudios sobre la Ley No. 27, promulgada en el registro oficial No. 192 del 18 de Mayo de 1993*.

Nos apartamos de este criterio, y no lo compartimos, sencillamente porque el tiempo que toma un recurso de casación en resolverse no depende directamente del recurrente, sino de la propia Sala de Casación, que no se sujeta a los términos establecidos en la ley de la materia, y en la gran mayoría de los casos soslaya el principio de celeridad procesal. En tal virtud, es responsabilidad del Tribunal de última instancia, ante quien se interpone el recurso, el encargado de fijar una caución juiciosa, sesuda y proporcionada, que permita al afectado compensarse de los perjuicios ocasionados.

Finalmente, solicitada y consignada la caución dentro del término de tres días que establece la ley de la materia, el órgano jurisdiccional deberá ordenar mediante auto interlocutorio la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida, por lo que la suma de dinero consignada permanece en garantía hasta que se resuelva la casación. Una vez resuelta la casación -o incluso si el recurrente de la casación desiste expresamente del recurso-, el proceso regresa hasta el órgano jurisdiccional que fijó el valor de la caución, y será dicho tribunal de última instancia el ente encargado de disponer la entrega de los valores caucionados al vencedor del recurso de casación.

Vale la pena recordar, como último punto, que el Estado ecuatoriano no está obligado a rendir caución, pues por expreso mandato del artículo 10 de la Ley de Casación, siempre que el Estado impugne una sentencia o auto definitivo por vía de casación los efectos serán suspensivos y devolutivos *ipso jure*, impidiéndose la ejecución del fallo adverso al Estado hasta tanto no se resuelva la casación.

11.- La Sentencia Ejecutada frente a un Recurso de Casación que la Nulita

Puede ocurrir también, que el recurso de casación sólo se conceda en el efecto devolutivo, esto es, cuando el recurrente no solicita rendir caución alguna, o cuando pidiéndola luego de ordenada su entrega, no consigna su valor o lo hace en forma insuficiente. En estos casos, la sentencia se ejecuta sin perjuicio de que el Tribunal de Casación -en caso de declarar con lugar dicho recurso- nulite posteriormente tal sentencia ejecutada.

Tres son, en todo caso, los posibles escenarios que pueden presentarse frente a un recurso de casación que sólo se concede con efecto devolutivo: a) Que el fallo de casación inadmita el recurso, o confirme la validez de la sentencia recurrida; b) Que el fallo de casación revoque o deje sin efecto, en forma parcial, la sentencia recurrida; y, c) Que el fallo de casación nulite completamente la sentencia impugnada.

- En el primer caso, cuando el recurso de casación es declarado sin lugar, o es inadmitido por la correspondiente Sala de Casación, se producen dos efectos: 1) Se confirma la sentencia impugnada, convalidándose la institución de la cosa juzgada sobre ella; y, 2) Se confirma, ratifica o revalida todo el procedimiento de ejecución de tal sentencia.

También puede ocurrir que la sentencia impugnada sea confirmada en todas sus partes, pero con otros argumentos esgrimidos por la Corte de Casación, lo que en doctrina se identifica como una de las modalidades de *casación platónica*. En el Ecuador, este tipo casación es muy poco común, debido a que el ámbito de acción de los Magistrados de Casación está restringido a los expresos fundamentos del recurso, estando incluso impedidos de aplicar el principio *Iura Novit Curia*. Sin embargo, a lo largo del presente análisis sobre casación platónica, encontraremos una notable influencia del principio *Iura Novit Curia*, en la labor de los Magistrados de Casación para ejercer como medida para mejor resolver la casación platónica o de oficio, fundado en el deber del juez de suplir las omisiones en derecho en que hubieren incurrido las partes, siempre que tales omisiones afecten disposiciones de orden público, o vulneren derechos reconocidos en la Constitución o en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

- En el segundo caso, esto es, cuando la casación es declarada con lugar parcialmente, subsiste en la sentencia impugnada todo aquello que el fallo de casación reconoció como válido, y en su defecto, se nulita todo aquello que la resolución de casación consideró violatorio de la ley. El

fallo que declara parcialmente con lugar un recurso de casación, quedará integrado o complementado, tanto por aquella parte de la sentencia impugnada que se declaró válida, como por aquellas modificaciones o aportes que en su parte motiva y resolutive haya adoptado el Tribunal de Casación.

Si la sentencia ha sido ya ejecutada, se convalidan aquellos actos ejecutados que tienen sustento en la parte del fallo confirmado, mientras que los otros actos de ejecución -ejecutados al tenor de aquella parte del fallo nulado por la Corte de Casación-, serán nulos de pleno derecho.

En aquellos casos en que la ejecución del fallo se hubiere suspendido -por haberse solicitado y rendido la caución oportunamente-, y el fallo de casación sea aceptado parcialmente, el mismo tribunal de instancia que recibió el valor de la caución, luego de recibido el proceso, deberá determinar el valor proporcional de la caución que será entregado al recurrente de la casación, así como la parte proporcional que corresponderá a la contraparte por los perjuicios que la demora en la ejecución de la sentencia **-en la parte confirmada-** le hubiere podido causar.

- En el tercer caso, cuando la casación es aceptada en todas sus partes -y la sentencia impugnada ha sido ejecutada-, se producen las siguientes consecuencias jurídicas: **1)** La anulación *ipso jure* del fallo impugnado a través del recurso de casación; **2)** Simultáneamente quedan anulados junto con la sentencia, todos los actos de ejecución del fallo. Naturalmente, cualquier acto de ejecución posterior a la notificación del fallo de casación, deberá tenerse por no realizado y estará viciado de nulidad absoluta; **3)** Como producto de la anulación de la sentencia impugnada, y de todos los posteriores actos de ejecución, el órgano jurisdiccional executor del fallo de casación -juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 302 del Código de

Procedimiento Civil²⁶-, deberá disponer la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de ser ejecutada la sentencia. En definitiva, se retrotraen las cosas al mismo estado en que se encontraban antes de la ejecución del fallo, de tal manera, que el ejecutante **-que no recibe una respuesta favorable del Tribunal de Casación-**, debe devolver lo recibido en virtud de la ejecución, como por ejemplo dinero, si la sentencia se refería a condena de algún valor pecuniario; **4)** También deberá el ejecutante -quien no obtuvo un resultado favorable en Casación-, luego de restablecidas las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución, pagar la correspondiente indemnización por todos aquellos gastos en que hubiere incurrido el recurrente -quien sí obtuvo resultado favorable en Casación- para revertir los efectos de la ejecución anulada, como por ejemplo: pagos por nuevas escrituras públicas, gastos notariales, gastos de Registro de la Propiedad, gastos de Registro Mercantil, pago de impuestos, gastos municipales, etcétera.

12.- Efectos de la Imposibilidad de Restituir las Cosas al estado en que se encontraban antes de la Ejecución de la Sentencia Nulitada por la Corte de Casación

Ahora bien, dentro del marco de posibilidades, puede ocurrir que una sentencia de casación resulte inejecutable, por cuanto luego de nulitar tanto la sentencia impugnada como los actos de ejecución de la misma, no se pueda realizar la correspondiente restitución -de modo parcial o total-, ya sea por desaparición o destrucción del bien litigioso, por ejemplo.

En estos casos, el restablecimiento se traduce en reparación económica, para lo cual se deberá considerar el valor del objeto materia del litigio, los intereses, las mejoras si existieren, e incluso los frutos. En este sentido se ha pronunciado la doctrina colombiana a través del tratadista **Murcia Ballén**, quien comentó: *“... como apenas es obvio, la parte que se benefició del cumplimiento*

²⁶ Art. 302.- “La ejecución de la sentencia corresponde, en todo caso, al juez de primera instancia, sin consideración a la cuantía.”

*anticipado de la sentencia, en el caso de la prosperidad del recurso, queda obligada a indemnizar el valor de los frutos, intereses y perjuicios que, justamente por el cumplimiento de una sentencia que más tarde deja de existir, haya dejado de existir o se le haya causado a la otra parte.*²⁷

Respecto a la indemnización que refiere la doctrina colombiana, consideramos que la misma es ilegítima, puesto que el ejecutante de un fallo impugnado por casación procede -con orden judicial- en ejercicio de un derecho que contempla la propia ley, y no se le puede imputar el pago de daños y perjuicios, pues su accionar estuvo avalado por providencias judiciales, y enmarcado dentro de lo que nuestra propia legislación permite.

Puede ocurrir también que el bien materia de litigio, terminada la fase de ejecución de una sentencia o durante el proceso de ejecución del fallo, haya sido enajenado a favor de un tercero, como podría ocurrir en un proceso de remate de bienes **-en caso de existir una sentencia que condene el pago de una obligación-**, o simplemente porque el ejecutante del fallo, luego de apropiarse del bien durante la ejecución del mismo, lo hubiere transferido a favor de un tercero. En estos casos, se presume la buena fe del tercero y por tanto, en principio, el recurrente de la casación **-a quien la sentencia de casación le otorga la propiedad del bien controvertido-** no podría iniciar acción reivindicatoria, ni acción de simulación, ni acción pauliana en contra del tercero de buena fe, conservando únicamente las acciones correspondientes por daños y perjuicios en contra del ejecutante o contraparte.

El problema es que nuestro régimen de casación no contempla disposiciones normativas que regulen las acciones a tomar para aquellos casos en que, pese a existir un fallo de casación, no sea posible revertir la ejecución del fallo impugnado. Las omisiones de nuestra ley de casación sobre el tema, repercuten en una clara muestra de inseguridad jurídica, además de vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva, en virtud de que resulta desventajoso para aquella parte procesal que finalmente obtiene una resolución de casación a favor,

²⁷ 94. Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de Casación, Civil*, página. 639

y que ya ha pasado por dos instancias previas, tener que volver a iniciar otras acciones legales, para hacer valer sus derechos obtenidos a través de un fallo de casación.

TERCERA PARTE

LAS CAUSALES DE CASACIÓN

1.- PRIMERA CAUSAL: Los Vicios o Errores *In Iudicando*

Los vicios o errores *In Iudicando* se refieren a errores por infracción de normas sustanciales o materiales, esto es, se refiere a errores en el juzgamiento del fondo de la controversia. Al respecto, la causal primera -refiriéndose a los errores *In Iudicando*- del artículo 3 de la Ley de Casación expone:

“... 1ra. Aplicación Indevida, Falta de Aplicación o Errónea Interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.”

Esta causal, contiene la llamada **violación directa** de la ley sustantiva, o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que hayan sido determinantes de su parte resolutive. Es decir, sobre esta causal existen dos hipótesis que pueden dar lugar a la interposición del recurso de casación, por un lado la violación de una ley sustantiva, y por otro lado la violación de jurisprudencia obligatoria.

El tratadista **Fornatti**²⁸ sobre el tema opina lo siguiente: “...*En resumen, el recurso de casación... debería admitirse cuando se trata de reparar el error ‘in iudicando’, que verse sobre la existencia o el significado de una norma jurídica sustancial, o sea (...), cuando se trate de la interpretación o inteligencia de una norma legal del derecho de fondo.*”

Por su parte el tratadista colombiano **Azula Camacho**²⁹ nos informa que: “*La actividad del juez se circunscribe a la administración de justicia, que supone la correcta aplicación del precepto al caso concreto debatido en el proceso. Quiere decir lo anterior que se aplica la disposición que regula la situación y no otra distinta y que si la norma es la correcta o indicada se le dé el alcance y contenido previstos. La inobservancia de cualquiera de esos aspectos determina la violación y configura la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea*”.

En similares términos **Ugo Rocco**³⁰ comentó: “... *con respecto a las normas de derecho sustancial, puesto que ellas regulan las facultades, los poderes, las obligaciones, las cargas de los sujetos de las relaciones de derecho sustancial de que se discute en el proceso, y puesto que el cometido y el fin de la actividad jurisdiccional consiste en declarar la certeza del derecho a través de un juicio lógico que se concreta en la sentencia de mérito, los errores in iudicando son errores de juicio, y en ellos, genéricamente determinados, entran todos los errores en que, en la aplicación e interpretación de las normas de derecho sustancial al caso concreto, puedan eventualmente incurrir los órganos jurisdiccionales decisores*”.

En resumen, un vicio o error *In Iudicando*, conocido también como violación de norma sustantiva o de derecho, se puede presentar de tres maneras: como la negativa a aplicar una norma, como la equivocada aplicación de una norma, o como la errada interpretación de una norma sustantiva.

²⁸ FORNATTI, Enrique. Estudios de Derecho Procesal. Librería Jurídica Valerio, Abeledo Editor. Buenos Aires, 1956, págs. 71 y 72.

²⁹ AZULA CAMACHO, Jaime. Teoría General del Proceso, Tomo II. Bogotá, Editorial TEMIS, 2000, p. 362

³⁰ ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen III. TEMIS - De Palma. Buenos Aires. 1976.

La **falta de aplicación o negativa a aplicar la norma**, supone que un texto perfectamente claro no es aplicado por el juez, lo que implica una transgresión directa de tal norma. **Véscovi**³¹ define este tipo de error de derecho de forma muy simple, señalando que *“es no aplicar la norma que corresponde al caso”*.

La **aplicación indebida o equivocada aplicación de la norma**, tiene como presupuesto la aplicación de una norma impertinente, que no debió aplicarse a un determinado supuesto fáctico. El jurista chileno **Paillas**³², la define así: *“La errada aplicación de la ley significa que esta norma -imperativa o prohibitiva- se aplicó a una situación de hecho que ella no debía regir.”*

La **errónea interpretación de una norma** implica que la norma aplicada es la adecuada, es la correcta, pero sin embargo de ello el juez le otorga un sentido que no tiene. En definitiva, el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, atribuyéndole a la norma un sentido y alcance distinto de aquél que previó el legislador. El jurista español **Guasch Fernandez**³³, refiriéndose al tema señaló: *“...cuando pese a aplicarse la norma correctamente, ha sido objeto de una errónea interpretación derivando consecuencias jurídicas diferentes a las que resultan de su texto basado en los cánones interpretativos.”*

Respecto a la forma en que se produce el error o vicio **In Iudicando** contemplado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de nuestro máximo organismo de justicia, ha dicho:

“Cuando el juzgador dicta sentencia y hace la valoración del material probatorio, luego de reducir los hechos a tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas que le son aplicables. A esta operación se le llama en la doctrina subsunción del hecho a

³¹ VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones DePalma, Buenos Aires. Pág. 256.

³² PAILLAS, Enrique. El recurso de casación en materia Civil, Editorial Jurídica Chile. Santiago. 2008. Pág. 132.

³³ GUASCH FERNANDEZ, Sergi. El hecho y el derecho en la casación civil. José María Bosch Editor. Barcelona. Página 204.

la norma. Una norma de derecho sustancial estructuralmente contiene dos partes: la primera, un supuesto de hecho, y la segunda un efecto jurídico. La primera parte, es pues, un supuesto, y la segunda una consecuencia, un efecto. Muchas veces una norma no contiene estas dos partes sino que está complementada con otra u otras normas, con todas las cuales se forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino el encadenamiento o enlace lógico de una situación específica concreta con la previsión abstracta genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento contemplado en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación se da en tres casos: 1.- Cuando el juzgador no subsume la situación fáctica específica y concreta en la norma o normas de derecho que corresponden, y que de haberlo hecho la parte resolutive de la sentencia hubiera sido distinta de la adoptada; 2.- Cuando el juzgador no obstante entender correctamente la norma la subsume en situaciones fácticas diferentes de las contempladas en ella, y 3.- Cuando el juzgador subsume el caso en la situación prevista por la norma, pero le atribuye a esta un sentido y alcance que no le corresponde...”

En relación a los vicios o errores **In Iudicando**, el tratadista colombiano **Azula Camacho**³⁴, ha mencionado lo siguiente: “...*La violación directa (de la ley) se presenta cuando el enfrentamiento ocurre entre la sentencia o la decisión del funcionario y la norma legal aplicable al caso, sin que en forma alguna obren los elementos probatorios.*

Si se tiene en cuenta que la sentencia es un silogismo, cuya premisa mayor está integrada por las disposiciones legales, la menor por los hechos debatidos, y de ambas resulta la conclusión, constituida por la decisión que se haya en la parte resolutive de la providencia, la violación directa puede tener efecto en cualquiera de las dos premisas.

³⁴ AZULA CAMACHO, Jaime. Teoría General del Proceso, Tomo II. Bogotá, Editorial TEMIS, 2000, p. 363.

Hay violación en la premisa mayor cuando se desconoce la norma o, a pesar de conocerla, se le resta validez o eficacia, que constituye la falta de aplicación; o bien, cuando, habiéndose escogido el precepto correcto, se incurre en equivocación como consecuencia de establecer el sentido o ámbito de su aplicación, que configura la interpretación errónea.

La violación se presenta en la premisa menor en el supuesto que haya equivocación en la ubicación de los hechos debatidos frente a los presupuestos abstractos que la ley consagra, con lo que se configura la aplicación indebida”.

En palabras del jurisconsulto ecuatoriano **Andrade Ubidia**³⁵: *“En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo.”*

1.1.- Violación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios

La jurisprudencia consiste en la interpretación de las normas jurídicas que realizan los órganos jurisdiccionales competentes mediante sentencias firmes y que han surtido el efecto de cosa juzgada. La jurisprudencia permite aclarar las lagunas que puede presentar la ley, y se crea en base a la concurrencia de resoluciones reiteradas respecto de asuntos similares, constituyéndose de este modo en una de las fuentes del derecho. El propósito de la jurisprudencia consiste en obtener una interpretación uniforme del derecho, como instrumento de obligada consulta para las autoridades judiciales que tienen el invaluable deber de administrar justicia. En este sentido, la jurisprudencia también actúa como fuente de producción de normas.

³⁵ ANDRADE UBIDIA, Santiago. La casación civil en el Ecuador. Andrade & Asociados Editores. Quito. Pág. 182.

Nuestra Ley de Casación, coherente con su propia finalidad uniformadora, reconoce la trascendencia de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho, protegiendo la fuerza vinculante que tienen los fallos reiterados para los tribunales y jueces de instancia. Por tanto, en el Ecuador los jueces de instancia no pueden desconocer casos análogos fallados por la Corte Nacional, lo que en doctrina toma el nombre de *precedente vertical*, como tampoco pueden desconocer sus propios precedentes, escenario que en la doctrina ha tomado el nombre de *precedente horizontal*.

El autor peruano **Sánchez-Palacios Paiva**³⁶, sobre la temática explicó: *“No se trata que la jurisprudencia resulte en la formación de un nuevo “jurgentium”, a la manera romana, sino en descubrir por el análisis de las Ejecutorias Supremas, aquellos conceptos jurídicos, que merecen estabilizarse y fijarse de tal modo, que todas las instancias jurisdiccionales deban observarlos”*.

La doctrina ha clasificado a la jurisprudencia en tres grupos: a) La jurisprudencia como ciencia del derecho; b) La jurisprudencia como herramienta para la interpretación de las normas jurídicas; y, c) La jurisprudencia técnica.

La jurisprudencia como ciencia del derecho, ha sido objeto de múltiples definiciones. Así por ejemplo, al principio del Digesto, el célebre **Ulpiano** la definió así: *“Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia”*, que significa: “La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto”. En general, la jurisprudencia como ciencia del derecho representa el estudio de las normas e instituciones jurídicas que rigen en determinado Estado.

La jurisprudencia como herramienta para la interpretación de las normas jurídicas, consiste en aquella función de los jueces de encaminar o adecuar el derecho a las circunstancias fácticas y jurídicas otorgadas para su análisis y

³⁶ SANCHEZ-PALACIOS, Manuel. El Recurso de Casación Civil. Jurista Editores E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 145.

resolución. Tal función interpretativa debe garantizar, además de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, el acercamiento del derecho a las problemáticas sociales mediante la evolución de la jurisprudencia.

La jurisprudencia técnica es un concepto moderno que consiste en la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que rigen una sociedad, y en el estudio de cómo interpretar y aplicar las normas jurídicas que imperan en una comunidad.

En el Ecuador la jurisprudencia de casación es obligatoria cuando constituye un precedente de triple reiteración, criterio que se convierte en vinculante para todos los jueces de instancia en su labor de interpretar y aplicar las leyes, exceptuando a los Magistrados de la propia Corte Nacional. Al respecto, el artículo 19 de la Ley de Casación expone:

Art. 19.- “Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicios de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.

La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación. La Corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales. El Presidente de la

Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución.”

Nuestra ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, suele con frecuencia motivar sus decisiones, en base a precedentes jurisprudenciales dictados por sus propias Salas, como lo transcribimos a continuación en una resolución expedida por la Primera Sala de lo Civil:

“SEGUNDO.- En cuanto a la procedencia del recurso de casación en el caso sub júdice, no obstante tratarse de un juicio posesorio, este Tribunal expresamente declara que el recurso supremo y extraordinario es admisible en los juicios que se tramitan por amparo posesorio, como lo ha dicho en varias resoluciones (providencia inicial de 26 de enero del 2000, publicada en el Registro Oficial 27 del 29 de febrero del 2000; Resolución No. 98 de 7 de Marzo del 2001, providencia inicial publicada, en el Registro Oficial 325-S del 14 de Mayo del 2001; Resolución No. 77 de 22 de febrero del 2001, Registro Oficial 308 del 18 de Abril del 2001; y Resolución No. 395 del 14 de diciembre del 2001, R.O. 524 del 28 de febrero del 2002), “...pues el objeto de ellos es determinar la existencia de un hecho cual es la posesión y declarar los efectos jurídicos que se derivan de dicha situación fáctica, que se traducen en la tutela posesoria que el juez otorga.”

En cuanto a la triple reiteración, es fundamental destacar que la obligatoriedad de los jueces de instancia de aplicar en sus sentencias los fallos de triple reiteración expedidos por los tribunales de casación, no sólo se refiere a la parte resolutive de tales fallos, sino también a la parte considerativa o motiva, conocida en la doctrina como “*Ratio Decidendi*”, que traducido al castellano significa: “razón para decidir” o “razón suficiente”, en definitiva, “motivo principal de la sentencia”. Este concepto, entre los principales tratadistas de casación, ha tomado el nombre de *doctrina jurisprudencial* y constituye el fundamento primordial del fallo. Cuando se vulnera en una sentencia, entonces,

esta doctrina jurisprudencial de triple reiteración, nos encontramos ante un caso susceptible de casación atendiendo a la causal 1, del artículo 3 de la Ley de Casación.

Nuestro régimen de casación, al incluir a la jurisprudencia dentro de su esfera de control judicial, ratificó su principal objetivo de salvaguardar el interés público, no sólo tutelando la defensa de la ley, sino también su propia jurisprudencia, respetando los principios de igualdad, de seguridad jurídica y de confianza legítima en las decisiones jurisdiccionales.

2.- SEGUNDA CAUSAL: Violación de Normas Procesales que Informan Nulidad

La causal segunda, del artículo 3 de la Ley de Casación, expone:

“... 2da. Aplicación Indevida, Falta de Aplicación o Errónea Interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”.

Esta causal se refiere a aquellos vicios *In Procedendo* que generan nulidad en el procedimiento. La nulidad procesal es un estado de anormalidad procedimental, que produce una sanción jurídica como consecuencia de la invalidez de tal acto jurídico procesal. No obstante, mientras un acto jurídico procesal no haya sido declarado nulo por un juez competente, pese a estar viciado de nulidad, surtirá sus efectos.

En términos generales, la nulidad puede ser relativa o absoluta. La nulidad relativa es aquella que puede ser saneada o convalidada por la voluntad de las partes, de tal manera que dicho acto viciado de nulidad relativa va a producir plenos efectos jurídicos mientras no se declare su nulidad, o en su defecto, convalidado el acto se legitiman sus efectos así como los demás actos procesales

posteriores. En cambio, la nulidad absoluta refiere un vicio procesal relevante que no puede ser convalidado por la voluntad de las partes, en virtud de que protege un interés público, debiendo ser declarada de oficio por el juez. En ambas - nulidades relativa y absoluta- el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad. En la nulidad absoluta, que generalmente repercute en vulneración a normas del debido proceso -afectando el orden público- encontramos uno de los principales argumentos para la instauración de la casación de oficio o platónica, en los términos que más adelante desplegaremos.

Al respecto, el artículo 349 del código de procedimiento civil consagra lo siguiente:

Art. 349.- “Las juezas, jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 346, comunes a todos los juicios e instancias; siempre que pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de su nulidad y que no se trate de falta de jurisdicción.” (Falta de jurisdicción, Competencia de la Jueza o del Juez o tribunal, en el juicio que se ventila, Legitimidad de Personería, Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia, y Formarse el tribunal del número de juezas o jueces que la ley prescribe.)

La causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, señala que para que un vicio *In Procedendo* sea susceptible de casación, además de existir aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, tal situación debe provocar indefensión y haber influido en la decisión de la causa. Es fundamental destacar, que en caso de duda respecto a la nulidad o no de un acto procesal, debe optarse por la validez del acto, en virtud de que la ley

procesal tiende a dar continuidad y efectos jurídicos a los actos procesales, constituyéndose la nulidad en un último recurso.

2.1.- Principios procesales que regulan la nulidad procesal

Nuestros jueces de casación como máximas autoridades de administración de justicia, cada vez que conocen un asunto fundado en esta causal, deben velar por el respeto a la garantía jurisdiccional de defensa en el proceso, debiendo aplicar las normas relativas a la nulidad procesal con sujeción a los principios que la regulan. Estos son:

- **Principio de Trascendencia.**- En materia nulitativa es de vital jerarquía, en virtud de que requiere que el vicio sea de tal importancia, que impida al proceso cumplir su misión, esto es, que influya en la decisión de la causa, provocando indefensión en una de las partes. La trascendencia exige un agravio real: “no hay nulidad sin agravio”. Este principio se conecta con el principio de finalidad, que consiste en que la finalidad del acto se cumpla. Por regla general, si se concreta la finalidad de un acto no hay nulidad.
- **Principio de Especificidad.**- Llamado también principio de legalidad. De acuerdo con este principio, las causales de nulidad están señaladas taxativamente en la ley; no hay, pues, nulidad procesal si la ley no lo señala expresamente. En mérito a este principio se aplica el aforismo “*Pas Nullité Sans Texte*”, que significa: “No hay nulidad si la ley no prevé expresamente esa sanción”. Es importante señalar que el Ecuador -en materia de nulidades- sigue el régimen francés, que consiste en que los jueces no pueden declarar otras nulidades que aquellas previstas expresamente en la ley.
- **Principio de Conservación.**- Este principio consiste en que aquellos actos procesales declarados nulos, sólo afectan a los otros actos procesales que de él dependan. De esta manera, sólo se contagian los actos que siguen al acto nulo, no los anteriores. En definitiva, procura la conservación de los

actos procesales no afectados por la nulidad, pretendiendo reducir al mínimo la crisis procesal inherente a la declaración de nulidad.

- **Principio de Protección.**- Este principio descansa en la máxima “*Propiam Turpidenen Allegan Non Est Audiendus*”, que significa que aquella parte que ha dado lugar a la nulidad, no puede alegar en su provecho tal nulidad. En el derecho procesal rige también el principio de lealtad y buena fe en la conducta de las partes procesales que impide a un litigante que ha provocado la nulidad, beneficiarse de su propio acto. Por este motivo, el autor español **Díez Picazo**³⁷, en relación al tema comentó: “*El derecho que confiere la norma lo es a favor del inocente de toda culpa o dolo potenciándolo para protegerle contra las maniobras desleales de las personas capaces, aprovechándose de la inexperiencia o debilidad de aquél, con la finalidad de hacerlo víctima en sus relaciones jurídicas*”.
- **Principio de Convalidación.**- La convalidación constituye un elemento saneador de los actos viciados con nulidad. Una nulidad procesal debe ser declarada para salvaguardar el derecho constitucional a la defensa y el debido proceso, pero siempre que tal nulidad no haya sido saneada. En virtud de este principio, no obstante la existencia de irregularidades con categoría de nulidades absolutas, éstas se entienden purgadas cuando el perjudicado con ese vicio las consiente de manera tácita o expresa a fin de que el proceso siga su curso legal. No existe la convalidación en nulidades absolutas.

2.2.- Finalidad de la declaratoria de Nulidad Procesal

Concretamente la finalidad de las nulidades procesales consiste en salvaguardar la garantía constitucional de defensa en juicio. Con suma claridad **ALSINA** señaló: “*Donde hay Indefensión hay Nulidad... Si no hay indefensión, no hay nulidad*”. Aquello implica que la institución procesal de la

³⁷ Díez Picazo, Luís. Citado por Ticona Postigo en “Análisis y Comentarios al Código procesal Civil” (Tomo II), Editorial Grijley. Lima, Perú. 1996, pág. 745.

Nulidad Procesal consiste en “resguardar garantías constitucionales”. Como ejemplo citamos la apertura del término de prueba, siempre que hubieren de acreditarse hechos, que implica una solemnidad sustancial que de no disponerse influye en la decisión de la causa, provocando indefensión.

Otro ejemplo es la Ilegitimidad de Personería, que de producirse acarrea nulidad procesal. La ilegitimidad de personaría o falta de “*legitimatío ad processum*”, se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo (la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí mismo sin el ministerio o autorización de otra); 2) El que afirma ser representante legal sin serlo; 3) El que afirma ser procurador judicial y no lo es (Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio); 4) El Procurador Judicial cuyo poder es insuficiente; y, 5) El que gestiona a nombre de otro, y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación de gestiones.

La falta de citación al demandado también acarrea nulidad procesal. Por ejemplo en la citación por la prensa, deben cumplirse los presupuestos establecidos para esta clase de citación y debe existir un juramento que refiera la imposibilidad de citar al individuo, caso contrario se vulneraría el trámite previsto para esta clase de citación mediática.

La citación es un presupuesto procesal fundamental, por eso consta como una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad del proceso, siempre que no se haya convalidado o saneado, porque por regla general las nulidades procesales son susceptibles de convalidación. El Código de Procedimiento Civil ha previsto la citación por la prensa como un medio extremo cuando es imposible determinar la residencia del demandado, y por ello tiene requisitos específicos.

En cuanto a la nulidad del proceso por violación de trámite, éstos -los trámites o procedimientos- están determinados en la ley, y el juez debe velar para que se sigan por la vía señalada a fin de que no se perjudique a una parte procesal provocando indefensión, tomando siempre en cuenta que quien debe encaminar su

acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque ahí sí podría influir en la decisión de la causa. En cambio, no habría violación al derecho de defensa si, debiendo sustanciarse una pretensión en proceso abreviado, el actor escogiera la vía ordinaria o de lato conocimiento, en el que las partes tienen la posibilidad de defenderse en forma amplia.

3.- CAUSAL TERCERA: Violación Indirecta *In Iudicando*

La causal Tercera, del artículo 3 de la Ley de Casación expone:

“... 3ra. Aplicación Indevida, 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.”.

La causal tercera recoge la llamada **“violación indirecta”**. El recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el juez de instancia, al valorar incorrectamente medios de prueba. Esto no significa que nuestro sistema admita la alegación de error de hecho en la valoración de la prueba, en virtud de que nuestro régimen de casación pertenece al sistema de casación puro y no al ecléctico. En tal virtud, si se invoca la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, en la fundamentación se ha de demostrar con absoluta precisión el error *in iudicando* en que incurrió el juez, al no aplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Por lo tanto, en este tipo de infracción de ley, es imprescindible que el agraviado cite la disposición legal alusiva al valor del medio de prueba, y además, la norma sustantiva que resultó conculcada con el yerro de valoración probatoria. Además, el recurrente debe citar también -con claridad y precisión- las normas que el Juez debió aplicar de haber valorado bien la prueba.

Destacamos que el rol de simplemente valorar pruebas es competencia exclusiva de los jueces de instancia, salvo que durante la función de valoración o apreciación de pruebas el juez de instancia vulnere colateralmente una norma de derecho sustantivo, circunstancia que activa la facultad controladora de legalidad de la Corte de Casación. A propósito de lo expuesto, la Sala de lo Civil y Comercial de nuestra ex Corte Suprema señaló:

“...La doctrina de Casación Civil atribuye a la soberanía del tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. Esta soberanía implica que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el Tribunal de Instancia o su desestimación a considerarlos insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y no puede ser modificado por la Corte de Casación a menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca. El artículo 119 del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hayan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado.”³⁸

En la violación indirecta de ley sustantiva, se debe justificar el error *in iudicando* o la infracción de ley, pero en forma mediata, esto es, a través de la incorrecta apreciación que de la prueba hace el juez. En esta clase de vulneraciones indirectas de normas jurídicas sustantivas, el juzgador puede incurrir en dos tipos de yerros: a) **El falso juicio de legalidad**, que tiene lugar

³⁸ Gaceta Judicial XVI, número 4, pp. 894-895. Resolución de 31 de Octubre de 1995 (Rossova vs Fundación Amigos del Ecuador).

cuando la prueba es aportada con desconocimiento de las formalidades previstas en la ley. Nótese en esta modalidad de yerro, la importancia que tienen las reglas de oportunidad, producción, publicidad y contradicción de prueba, previstos desde el artículo 117 al 121 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano; y, b) **El falso juicio de convicción**, que radica en que el juzgador, o desconoce el valor que el legislador ha señalado para la prueba, o le confiere uno que no tiene. El falso juicio de convicción, como destaca el autor colombiano **Romero Monastoque**, se presenta *“cuando se desconoce las normas que tasan los medios de prueba, su valor o eficacia probatoria”*.³⁹

Colegimos entonces, en que la principal diferencia que existe entre la violación directa y la violación indirecta de una norma sustantiva, se estructura en que el segundo yerro gira alrededor del régimen que gobierna la prueba, mientras que la violación directa incurre directamente en la aplicabilidad o no de una norma jurídica sustantiva.

3.1.- Justificación de la Violación Indirecta *in iudicando* como causal de casación

En la violación indirecta *in iudicando*, la Corte de Casación debe corregir el error de derecho cometido por el juez de instancia, respecto de las normas que regulan el proceso de producción, solemnidad y evacuación de los medios de prueba, fiscalizando la juridicidad de todo el régimen probatorio, en consideración a que toda decisión judicial para que cobre validez jurídica debe sustentarse en pruebas legítimas, pertinentes y oportunas.

El tratadista chileno **Ortúzar Latapiat**, explicó que los errores de derecho por violación indirecta se producen *“...cuando la evaluación jurídica del medio riñe con las leyes reguladoras de la prueba, entendiéndose que este concepto no sólo está integrado por las normas que rigen la apreciación o valoración de pruebas, sino por todas aquellas que señalan los medios de prueba, determinan*

³⁹ Romero Monastoque, Jorge. “El recurso extraordinario de Casación en la legislación colombiana”. Santa Fe de Bogotá. Ediciones Ciencia y Derecho. 1994. Pág. 71

su eficacia o conducencia absoluta o relativa y fijan el mérito absoluto o relativo que debe o puede atribuírseles.”⁴⁰

3.1.1.- El falso juicio de convicción.- La convicción consiste en una actividad del raciocinio, mediante el cual el juez reconoce el valor que la ley le asigna a determinadas pruebas, así como el grado de eficacia que el legislador le ha conferido. Por ello, el falso juicio de convicción involucra necesariamente los mecanismos de valoración de prueba, provocado cuando el legislador le otorga a un medio de prueba un valor distinto del que la ley le asigna. Por ejemplo, la eficacia probatoria de un instrumento público está claramente determinado por la ley, estando impedido el juzgador de instancia apartarse de ese mandato. Según nuestros artículos 1717 del Código Civil ecuatoriano y 166 del Código de Procedimiento Civil, el instrumento público hace fe, aún contra terceros, el cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones en ella contenidas. Las mencionadas normas señalan:

Art. 166.- “El instrumento público hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.

En esta parte no hace fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.

Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil.”

Art. 1717.- “El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él, hayan hecho los

⁴⁰ Ortúzar Latapiat, Waldo, citado por Germán Pabón Gómez. “De la Casación y la revisión Penal”. Ediciones Doctrina y Ley. Santa Fe de Bogotá. 1999, pág. 238.

interesados. En esta parte no hace plena fe, sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.”

El mismo tipo de infracción se presentaría, por ejemplo, si el juez se opone a reconocer como elemento de convicción en su resolución, la eficacia y plena fe probatoria que nuestra ley le otorga a la confesión judicial⁴¹ legítimamente rendida en cuanto a la verdad de las pretensiones de una demanda. Así lo establecen los artículos 1730 del Código Civil y 143 del Código de Procedimiento Civil, que enuncian lo siguiente:

**Art. 1730.- “La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el artículo 1718, inciso primero, y los demás que las leyes exceptúen;
No podrá el confesante revocarla, a no ser que pruebe ser el resultado de un error de hecho.**

Art. 143.- “la confesión legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda, termina el juicio civil.”

⁴¹ Es tal la jerarquía que le da nuestro Código de Procedimiento Civil a la confesión judicial, que su práctica puede dirimir el pleito, y darlo por terminado, según lo expone el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil. La confesión judicial es una prueba plena por excelencia, así la considera además nuestra legislación procesal, sustantiva y aún nuestra jurisprudencia. Ahora bien, para que la confesión judicial surta el efecto de prueba plena, debe ser rendida ante juez competente, esto es, ante un juez de lo civil cuya competencia se haya radicado para conocer el juicio principal en donde se ha pedido la práctica de una confesión judicial. Además, dispone el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil, debe ser prestada en forma explícita y contener una contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados.

Similar situación, como error de falso juicio de convicción, se presenta en aquellos casos en que el juez sobredimensiona el valor de un medio de prueba, o lo subestima, como por ejemplo, otorgarle más valor probatorio a un documento privado frente a un instrumento público válido que contradice al primero.

Finalmente, para citar un último ejemplo de falso juicio de convicción, añadimos a continuación un fragmento de jurisprudencia expedida por la Primera Sala Civil de la ex Corte Suprema, que establece el criterio de que las declaraciones juramentadas que suelen rendir terceros ante notario, y que después son incorporados a los procesos judiciales como prueba, no constituyen medios de prueba legítimos. La Sala señala que tales declaraciones, además de haberse practicado sin previa orden de juez, no constan como modalidad de prueba testimonial, siendo ésta la única vía procesal y probatoria para el caso de terceros que deban coadyuvar con su testimonio al esclarecimiento de los hechos. El indicado precedente expuso:

“Se analizará el tema relativo a las certificaciones e informaciones extraprocesales emitidas por los particulares ajenos a la litis (...) conforme lo ha dicho este tribunal, en varios fallos como el No. 188-2000 de 28 de Abril del 2000, publicado en el Registro Oficial 83, del 23 de Mayo del 2000; el No. 96-2000 del 25 de febrero del 2000, publicado en el Registro Oficial No. 63 del 24 de Abril del 2000; el No. 723 del 17 de Noviembre de 1998, publicado en el Registro Oficial 103 del 7 de Enero de 1999; el No. 158 del 16 de Abril de 1997, publicado en el Registro Oficial 119 del 30 de Julio de 1997; y el No. 83-99 del 11 de febrero de 1999, publicado en el Registro Oficial No. 159 del 29 de Marzo de 1999, nuestra ley procesal consagra en forma taxativa los medios probatorios que pueden ser admitidos en un proceso y la forma legal de introducirlos al mismo (...) el artículo 125 (121) enumera los medios de prueba admitidos y en ninguna parte se menciona a las certificaciones e informaciones que otorgan extra-procesalmente los terceros respecto de la génesis de los negocios jurídicos de los que no han sido partes, o sea, de su celebración, modificación, traspaso o extinción; lo que sí pueden hacer los terceros es testimoniar dentro de un proceso acerca de lo que han visto u oído, y

deben hacerlo dentro del proceso a fin de que la contraparte pueda hacer valer su derecho a la contradicción, repreguntando a los testigos o tachándolos... admitir como válida una certificación o una información extendida extra-procesalmente por un tercero, sin dar la oportunidad a la parte contraria a ejercer su derecho de contradicción sería violar la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 24, No. 14 de la carta Política por inobservarse lo que establece el número 15, de la misma disposición constitucional, por lo que carecería de validez y eficacia. Al haber admitido el Tribunal Ad-Quem las declaraciones y certificaciones extraprocesales emitidas por terceros como pruebas válidas e idóneas para acreditar la existencia de un contrato válidamente celebrado entre el actor y el demandado ha transgredido lo que disponen los números 14 y 15 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, 125 (121) y 121 (117) del Código de Procedimiento Civil...”

3.1.2. El falso juicio de legalidad.- En el falso juicio de legalidad se debe considerar que nuestra ley también protege el desarrollo de producción de los medios de prueba, desde el punto de vista de su solicitud, oportunidad y práctica de las mismas. No olvidemos que la prueba válidamente hecha, es también una garantía jurisdiccional elevada a categoría de derechos humanos. Entonces, cuando una prueba es obtenida omitiendo los preceptos de elaboración, fabricación o producción de pruebas, que protegen la validez de las pruebas, tal yerro encuadra en la causal materia de este análisis.

En una declaración testimonial, por ejemplo, el juez de instancia sólo podrá valorar tal medio de prueba si su producción o elaboración se sujetó a las disposiciones que sobre su práctica contempla nuestro Código de Procedimiento Civil⁴², entre ellas, que sea el propio juez el que deba formular las preguntas con la mayor claridad posible.

⁴² Para que una prueba testimonial tenga valor legal, debe ser rendida bajo ciertas condiciones y tener ciertas características, que son: a) Tiene que ser rendida dentro de un proceso judicial, en presencia del juez que debe formular las preguntas. Por excepción, se permite la declaración testimonial fuera del proceso como acto preparatorio, diligencia en la cual toma el nombre de absolución de posiciones; b) Las preguntas no deben ser impertinentes, capciosas ni sugestivas. Además únicamente pueden contener un solo hecho; c) Las preguntas no deben pasar de treinta, y las que excedan de tal número se tendrán por no presentadas; d) No se permitirá que el testigo, para contestar a las preguntas lea ningún escrito, ni consulte con nadie. La excepción se presenta cuando tiene que declarar sobre libros

Al respecto, aportamos una jurisprudencia expedida por la Sala Civil de nuestra ex Corte Suprema de Justicia, que en su parte pertinente enuncia lo siguiente: *“...Nuestra ley procesal consagra en forma taxativa, los medios probatorios que pueden ser admitidos en un proceso y la forma legal de introducirlos al mismo, es decir, que el juez y las partes ni están en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar la convicción del juez respecto de los hechos discutidos, ni la forma de presentarlos ante el juzgador; por ello, si bien el juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según se lo dicte su sano criterio (sana crítica), eso no significa que pueda aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la ley como tales y siempre conforme a las normas establecidas para su actuación y valoración. Como ya lo manifestó anteriormente esta Sala “Las normas procesales son de orden público y obligatorio cumplimiento. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles o su mérito o valor, corresponde exclusivamente a la ley. Se trata de una materia jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso que está fuera de la libertad contractual.”⁴³*

En resumen, el yerro en la valoración de la prueba, ya sea que se presente por falso juicio de legalidad, o por falso juicio de convicción, debe vulnerar concomitantemente una norma sustantiva, pudiendo presentarse bajo cualquiera de las siguientes formas, siempre que por supuesto, influya en la decisión de la causa:

1. Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso, es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba;

de contabilidad o documentos semejantes; e) Toda declaración debe recibirse después del juramento del testigo, quien si no cree en Dios, puede jurar por su honor; f) El juez está obligado a explicar al testigo cada pregunta con la mayor claridad posible; y cuidará de que así mismo se escriban las contestaciones, guardando, además, orden y exactitud; g) Las personas que rindan declaración testimonial deben estar legalmente capacitadas, idóneas y sin tacha. h) La parte que necesite rendir prueba testimonial, presentará al juez la nómina de los testigos que deben declarar, y el interrogatorio según el cual deben ser examinados. El juez ordenará que la solicitud sea comunicada a la otra parte, para que ésta pueda pedir que tales testigos declaren también sobre otros hechos, haciéndolos constar en un interrogatorio. En ningún caso, se admitirá más de seis testigos para acreditar un hecho que debe probarse en juicio.

⁴³ Resolución No. 188-2000 del 28 de Abril del 2000. Registro Oficial 83, del 23 de Mayo del 2000.

2. Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso, que es de importancia para la decisión de la causa;
3. Cuando se valoran medios de prueba que no han sido presentados o practicados de acuerdo con la ley. Por ejemplo: si se valora una declaración de testigos que fue tomada por el amanuense y no por el juez.
4. Cuando no se valora un medio de prueba en la forma que señala la ley, es decir, con transgresión de la norma específica que la regula. Por ejemplo: admitir confesión judicial para acreditar la compraventa de bienes raíces, con transgresión del artículo 1718 del Código Civil que dispone que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad.

3.2.- Naturaleza de la Causal Tercera

Murcia Ballén indica que: *“El error en que pueda incurrir el Juzgador al valorar la prueba se presenta ‘cuando luego de darla por existente materialmente en el proceso’, pasa a ponderarla o sopesarla en la balanza de la ley, y en esta actividad interpreta desacertadamente las normas legales regulativas de su valoración. De ahí que la doctrina hable de vicio de valoración probatoria.”*

La valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulen expresamente la valoración de la prueba. Por tanto, el recurso que se sustenta en esta causal, debe cumplir las siguientes exigencias:

- Identificar el medio de prueba que, a juicio del recurrente, ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba;
- Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que considera ha sido transgredida;

- Demostrar, con un razonamiento lógico-jurídico concreto y exacto, en qué consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba; e,
- Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas - en forma indirecta-, por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de esa prueba.

En estos términos se pronunció la Primera Sala Civil y Mercantil de nuestro máximo tribunal de justicia, cuando en su parte pertinente expuso:

“...La valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulan expresamente la valoración de la prueba.- En esta virtud, el recurrente para que prospere su recurso de casación debe cumplir las siguientes exigencias: 1. Identificar el medio de prueba en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 2. Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que estima ha sido transgredida; 3. Demostrar, con razonamientos de lógica-jurídica completos, concretos y exactos, en que consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, y 4. Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, por carambola o en forma indirecta, por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba.”⁴⁴

Se debe entonces citar en el recurso de casación -respecto a esta causal- las normas relativas a la valoración de la prueba, es decir, aquellas que le obligan al

⁴⁴ Resolución 568 del 8 de Noviembre de 1999, juicio No. 109-98. R.O. 349 del 29 de diciembre de 1999.

juzgador de instancia la forma como debe valorar los medios de prueba aportados por la parte interesada, como por ejemplo la sana crítica. Luego, de encontrar el tribunal de Casación que se han infringido esas normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, este yerro en la valoración de la prueba debe haber conducido indirectamente a una equivocada aplicación de normas sustantivas en la parte resolutive de la sentencia, siendo este requisito **COPULATIVO Y CONCURRENTENTE**. Así se ha pronunciado reiteradamente la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de nuestro máximo organismo de justicia, conforme al tenor siguiente:

“...En los vicios de sentencia previstos en la causal tercera del artículo del artículo 3 de la Ley de Casación existen dos clases de violaciones: Violación de las normas procesales que regulan la valoración de la prueba, y violación de normas sustanciales o materiales, siendo las primeras el medio para que se produzca la violación de las segundas. No basta entonces identificar la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido transgredida, sino que en forma concurrente o copulativa debe identificarse la norma sustancial o material que como efecto de la violación medio ha sido transgredida...”⁴⁵

4.- CAUSAL CUARTA: Vicios de Ultra Petita, Extra Petita o Infra Petita

La causal Cuarta, del artículo 3 de la Ley de Casación expone:

“... 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.”

La causal cuarta recoge los vicios de ultra petita, de extra petita, y de citra petita o mínina petita. En el vicio de ultra petita o plus petitio el juez en sentencia

⁴⁵ Resolución 178 del 24 de Junio del 2003, juicio No. 19-2003 (Bravo vs Palma)

resuelve u otorga más de lo que le han pedido las partes. Cuando se decide algo que no ha sido materia del litigio, el vicio de la sentencia será de extra petita.

Recordemos que en materia procesal civil los jueces tienen un límite para expedir sus decisiones, pues sus resoluciones dependen de lo que el accionante les pide en una demanda, a título de pretensión o pretensiones, y además de lo que el demandado alega en su defensa a título de excepciones. Así, los jueces de lo civil, no pueden resolver temas que no les hayan sido propuestos o pedidos oportunamente por las partes, como tampoco pueden omitir pronunciarse sobre aquellos puntos que las partes han sometido a su decisión.

Cuando el juez omite o deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre alguna de las excepciones del demandado, se incurre en el vicio de citra petita, llamada también mínima petita. Estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación respecto a la parte dispositiva de la sentencia, con las pretensiones de la demanda, o a las excepciones propuestas, según el caso.

La Corte de Casación debe -a propósito de esta causal- al analizar el fallo impugnado, establecer o comprobar si la sentencia corresponde a las pretensiones del accionante contenidas en su libelo inicial, como también a las excepciones del demandado, y luego, a las reconvenciones y contestaciones a la misma, si fuere del caso.

En este sentido se ha pronunciado nuestro máximo tribunal de justicia, a través de múltiples y reiterados fallos expedidos por la Sala de lo Civil y Mercantil de nuestra ex Corte Suprema. En uno de ellos, refiriéndose al vicio de incongruencia en una sentencia, la Sala expuso:

“Referente al cargo del actor contra la sentencia en lo que atañe a la omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis puntualizada como cuarta causal el recurso en el artículo 3 de la Ley de Casación, es necesario señalar que es principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es

*consecuencia el que los jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en lo que quedó trabada la litis. Esto es, que sólo en la demanda y en la contestación a la demanda, se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia. En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad de entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión aducida en ésta y resuelta en aquella, pues que en la demanda se encierra la pretensión del demandante. El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse conformis libelo, ne eat iudex, ultra, extra o cita petita partium* y *tantum litigatum quantum iudicatum, iudex iudicare debet secundum alligata et probata*, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia.”⁴⁶*

En definitiva, la incongruencia puede ser positiva, negativa o mixta: es positiva cuando infringe el principio **Ne Eat Iudex Ultra Petita Partium**, que significa que la sentencia va más allá de lo que las partes pidieron; es negativa cuando infringe el principio **Ne Eat Iudex Infra Petita Partium**, esto es, cuando no se responde a todo lo peticionado; es mixta, cuando se vulnera el principio **Ne**

⁴⁶ Gaceta Judicial, Serie XVI. No. 4, pp. 895-896 (Rossova Vs Fundación Amigos del Ecuador)

Eat Iudex Extra Petita Partium, que se presenta cuando el juez en sentencia responde algo distinto a lo solicitado.

El artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, señala:

Art. 273.- “La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.”

Este principio, expuesto en el artículo 273 *ibídem*, se desarrolla en doble dirección:

- a) Que el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se le pide en la demanda, y sólo sobre lo que se le pide en el libelo de acción. El juez no puede resolver, ni debe preocuparse por aquellos elementos que no obran del proceso, en alusión al célebre principio **Quod Non Est In Actis Non Est In Mundo**, que significa lo que no consta en el proceso, ni si quiera existe para el mundo.
- b) Además, la regla de que el juez debe pronunciar sólo sobre lo que se le pide, es de ordinario expresada por medio de la máxima: **Sententia Debet Esse Conformis Libello**⁴⁷, por el cual está prohibido al juez, fallar sobre lo que no se demanda. Esta regla también se deriva del principio de que el ejercicio de la función jurisdiccional, en materia civil, se hace depender de la voluntad del particular, lo cual implica no sólo la obligación del juez de fallar sobre el fondo, cuando se le pide, sino también de no fallar si no se le pide

⁴⁷ El principio de congruencia tiene las siguientes manifestaciones: El objeto del proceso (*Thema decidendum*) lo fijan las partes y es dentro de esos límites como el Juez debe decidir; el Juez deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata et probata*) y; la sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado. En otras palabras el Juez debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más, esto es, conforme (congruente) con lo que le han solicitado las partes.

5.- CAUSAL QUINTA: Defectos en la Estructura del Fallo, Contradicción o Incompatibilidad

La causal Quinta del artículo 3 de la Ley de Casación expone:

“... 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley, o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”

Mediante esta causal nuestra ley de casación pretende sancionar decisiones judiciales que hubieren sido dictadas con omisión de aquellas exigencias que la ley establece para la validez de una sentencia. Entre los principales requisitos formales que debe contener un fallo, en cuanto a su forma de redacción encontramos los siguientes: a) Estar redactada en idioma español; b) La indicación del lugar y fecha; c) La designación del Tribunal o Juez que expide la decisión; c) Los nombres de los contendientes; d) El objeto de la controversia; e) La correspondiente firma del juez o magistrados, según el caso; y, f) La inclusión de la fórmula sacramental “Administrando Justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República”. Además de los requisitos formales antes indicados, la sentencia debe estar libre de raspaduras y enmendaduras no salvadas.

Esta causal prevé, además, los defectos que pudieren existir en la estructura de un fallo. La estructura de una sentencia está compuesta por tres partes bien definidas: a) la parte expositiva o enunciativa; b) la parte motiva o considerativa; y, c) la parte dispositiva, resolutive o decisión final.

En la parte expositiva, llamada también enunciativa, el juez hace mención de las partes y efectúa una relación sucinta de las cuestiones sometidas a su decisión, esto es, un resumen de los hechos afirmados por el actor y su pretensión; como también de los hechos afirmados y reconocidos por el demandado, con sus respectivas excepciones o mecanismos de defensa.

En la parte considerativa, motiva o de aplicación del derecho, el juez fundamenta su decisión. En otras palabras, el juez reconstruye los hechos en base al examen de las pruebas evacuadas. Una vez esclarecidos los hechos, establece cuál es la norma adecuada a los mismos, interpretándola y explicando la razón de su aplicación, lo que se conoce como motivación jurídica. Esta es la parte más importante de la sentencia, porque de ella deben surgir con claridad los motivos que ha tenido el Juez para formular su opinión, y en ella encontrarán las partes los fundamentos de la decisión adoptada.

La parte resolutive o dispositiva constituye la decisión del Juez. En ella, el Juez declara el derecho de las partes, condenando o absolviendo al demandado (o en su caso, al reconvenido), en todo o en parte, estableciendo las costas, regulando honorarios y declarando la temeridad o malicia de los litigantes o los profesionales intervinientes que hubieren incurrido en ella.

En cuanto a la manera en que los Magistrados de Casación deben obrar para determinar si se ha incurrido, o no, en la hipótesis de la causal quinta, es preciso entender que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta.

Una sentencia, entonces, no puede contradecirse a sí misma, como tampoco puede estar viciada de inconsistencias. Será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de las contradicciones o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.

5.1.- Formas en que puede incurrirse en la causal Quinta

El numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación señala dos vicios del fallo que pueden dar lugar a que sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal, como el que se omita la

identificación de las personas a quienes el fallo se refiere, en la enunciación de las pretensiones, en la motivación que se funda en los hechos y en el derecho (que habitualmente se consigna en los considerandos), o en la parte resolutive, en cuanto al lugar, fecha y firma de quien la expide; y, b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles.

Nuestra ex Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la procedencia de la causal quinta del artículo 3 de la ley de la materia, ha expuesto:

“... SEXTO.- La causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación establece como vicio in procedendo de la sentencia el que en su parte resolutive se adopten decisiones contradictorias o incompatibles. En relación con el fundamento de esta causal de casación Pedro Calamandri expresa: Aquí el defecto tiene precisamente su sede en aquel trabajo lógico que el Juez debe llevar a cabo en su mente a través de una serie de silogismos; pero más bien que en una inconciliabilidad entre premisas y conclusión, o en una contradicción entre las diversas premisas entre sí, el vicio lógico se ha manifestado aquí en la volición, en cuanto el juez, al mismo tiempo, ha querido y no querido, o sea, al mismo tiempo, ha establecido la certeza de la existencia de varias voluntades concretas de la ley que recíprocamente se anulan en la práctica...; puesto que su existencia produce no solamente un fallo injusto, sino un fallo prácticamente inactuable, este vicio puede ser considerado también como un error in procedendo, que vicia la sentencia como providencia del mismo modo que la absoluta falta de parte dispositiva la vicia como acto escrito (Cita de Humberto Murcia Ballén, en su obra Recurso de Casación Civil, Librería el Foro de la Justicia, Bogotá, 1983, Tercera Edición, Pág. 471.). Examinado el fallo expedido por la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil recurrido, se encuentra que en verdad está afectada del vicio contemplado en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. En efecto, por un lado la sentencia declara la nulidad del contrato de transacción celebrado entre la Cía E. y

el señor C.B. y, al mismo tiempo, condena a la Cía. E. a la restitución de cantidades de dinero a favor del señor C.B. por pagos indebidos originados en la misma transacción anulada... Por principio lógico, al declararse la nulidad de la transacción desaparecieron o se deshicieron las cláusulas que establecieron ese saldo deudor y la consiguiente obligación del señor C.B. de pagar ese saldo con las prestaciones especificadas en la misma transacción... Por lo dicho, la sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, al declarar la nulidad del contrato de transacción y, al mismo tiempo al condenar a la Cía. E. a restituir al señor C.B. cantidades de dinero por pago indebido originado en la misma transacción, adoptó decisiones contradictorias e incompatibles y, por consiguiente procede el recurso deducido por la Cía. E. S.A. por la causal antedicha.”⁴⁸

5.2.- La Falta de Motivación

Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutive. La falta de motivación tiene como efecto la anulación del fallo.

Cabe asimismo ese vicio, cuando los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al unísono, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal.

Para encontrar los yerros acusados el Tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive, sino también a la parte motiva, pues entre la una y la otra existe una relación de causa y efecto, de tal manera que forman una unidad.

⁴⁸ 13-VII-99 (Expediente No. 403-99, Primera Sala, R.O. 273, 9-IX-99)

Debe tomarse en cuenta que la motivación ha de reunir varios requisitos: ha de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica. El juez debe observar en la sentencia las reglas del correcto entendimiento humano, que presiden la elaboración racional de los pensamientos.

La motivación constituye una garantía de justicia, que asegura la publicidad de la conducta de los jueces, y el control ciudadano sobre el desempeño de sus funciones. Su finalidad es suministrar garantía y excluir arbitrariedades. Una sentencia no es un acto de fe, sino un acto de convicción razonada.

Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está en cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas fundamentales de lógica, la psicología y la experiencia.

El literal 1), del numeral 7, del artículo 76 de nuestra Constitución, sobre este tema manifiesta:

Art. 76.- “... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

También es significativo, para apreciar la trascendental influencia de la motivación en un fallo, y su estrecha conexión con la parte resolutive del mismo, recordar el contenido del segundo inciso del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil:

“... Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma”.

El vicio de la motivación puede producirse cuando existe un contraste entre los motivos que se aducen, o entre estos y la parte resolutive, de modo que, oponiéndose, se destruyen recíprocamente, y nada queda de la idea que se quiso expresar. La contradicción entonces, puede producirse entre los juicios antagónicos, cualquiera sea la parte de la sentencia en que estén formulados, porque ésta constituye una unidad lógico-jurídica, que no puede ser escindida, en cuanto a la motivación, en capítulos o ítems independientes.

CUARTA PARTE

GENERALIDADES SOBRE LA

CASACIÓN PLATÓNICA

Según lo hemos mencionado a lo largo de este trabajo, la casación desde sus orígenes ha tenido como finalidad controlar la legalidad de las resoluciones expedidas por las autoridades que ejercen la actividad de administrar justicia. Los jueces, en su tarea de resolver conflictos -por su naturaleza falibles- suelen incurrir en equivocaciones tanto de procedimiento como de juzgamiento. Luego, en vista de esta realidad social, con la finalidad de remediar eventuales injusticias perpetradas por los jueces en sus resoluciones firmes -que han causado estado- se

ha establecido el recurso de casación, concediéndose a la Corte Nacional como máximo organismo de justicia la facultad de corregir tales anomalías.

En el caso ecuatoriano, nuestros legisladores instituyeron la casación civil con una fisonomía extremadamente formalista, lo que en no pocas ocasiones ha obstado que la casación cumpla cabalmente su rol de controlar la correcta observancia de las normas jurídicas. Una de las manifestaciones de ese desmedido ritualismo, radica en que nuestro actual régimen de casación civil condiciona el rango de actuación de nuestros tribunales, puesto que al momento de resolver un caso sólo pueden considerar aquellos aspectos jurídicos alegados por los agraviados en su casación, debiendo analizar únicamente las causales por ellos invocadas, sin que les sea permitido revisar de oficio otras infracciones no mencionadas por los impugnantes, por más notorias que del fallo aparezcan.

En apoyo de esta tendencia reinante en nuestra legislación, el tratadista colombiano **Murcia Ballén** destacó lo siguiente: “...*La limitación de los poderes del juez de casación se traduce, en suma, en que a éste le está vedado revisar la sentencia recurrida por causales no invocadas, ni por fundamentos que la impugnación no trae, ni por errores que el recurrente no ha denunciado; y, en fin, que en su misión no le es dado alterar o modificar los hechos que como causa petendi de su específica y determinada pretensión impugnativa precisa y concreta al censor de su demanda, y sobre la cual el opositor al recurso ha ejercitado su defensa.*”⁴⁹

Existen razones de consideración jurídica profunda que nos permiten sustentar la importancia, jerarquía, e incluso la necesidad de que en algún futuro se implemente en nuestra legislación la casación platónica, dirigida a establecer la figura de la casación oficiosa, como mecanismo de acierto para mejorar la efectiva vigencia del principio de igualdad legal, y luego, por consideraciones de interés público, toda vez que el Estado no es indiferente a la solución de controversias judiciales.

⁴⁹ Murcia Ballén, Humberto. “Recurso de Casación Civil”. Sexta Edición. Bogotá. Edit. G. Ibañez. 2005. Pág. 54.

1.- El porqué se denomina “PLATÓNICA” a esta especie de casación

La denominación de esta especie de casación oficiosa tiene su origen en el filósofo griego Platón. En su libro la "República"⁵⁰, este autor desarrolla su teoría sobre la justicia concibiéndola como una virtud. Para Platón, todas las virtudes se basan en la justicia, y la justicia se basa en la idea del bien, que constituye la armonía del mundo.

Platón concluye que la justicia es un equilibrio natural sobre el cual debe inclinarse el hombre, afirmando que ésta se presente de dos formas, la justicia en general, que representa la virtud del orden; y la justicia social, que consiste en que cada ciudadano desempeñe su verdadero rol en sociedad con absoluta responsabilidad.

La casación platónica está ligada entonces al concepto de justicia, que supone la inclinación de otorgar a cada quien aquello que le corresponde o le concierne. 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, esto es, uniformar la interpretación de la ley, y de este modo,

⁵⁰Para Platón todas las virtudes se basan en la justicia; y la justicia se basa en la idea del bien, el cual es la armonía del mundo. Según este autor, únicamente son tres las virtudes: que son la prudencia, la templanza y la valentía. La prudencia es ser acertado en las deliberaciones. Esta virtud reside en el Estado, en aquellos magistrados que están encargados de su guarda. El valor es defender a la ciudad, la cual recae sobre los guardianes de la polis. La templanza es ser “dueño de uno mismo”, la cual concierne a la polis. La justicia es que cada uno haga realmente lo que tiene que hacer y atañe a toda la polis. La justicia es el principio mismo, virtud única de donde brotan las tres anteriores. Entonces la justicia consiste en el perfecto ordenamiento de las tres almas, es decir, cuando cada una desarrolla las virtudes que le son propias: el alma racional, la prudencia el alma concupiscible, la templanza el alma irascible, la fortaleza. Cuando estos presupuestos se dan, se llega a la felicidad a través de la virtud. No obstante, Platón mantuvo siempre la afirmación de que debe ser la razón la que gobierne y que el único medio que nos puede llevar a la justicia, y por tanto a la felicidad, es la educación. Para Platón el imperio de la justicia deviene necesariamente en la prevalencia de la felicidad. Por ello es que el Estado tiene como misión promover ambas cuestiones, sobre todo porque la felicidad en la cual desemboca la teoría platónica es la de la sociedad entera (haciendo abstracción de la felicidad personal o individual).

garantizar la correcta aplicación del derecho, velando por los intereses de la verdad procesal y de los litigantes.

Creemos, y exclamamos con alarma, que la forma en que administran justicia nuestras actuales Salas de Casación, constituye un contrasentido a los preceptos de la casación civil, y por ende un despropósito jurídico, pues en muchas ocasiones inadmitir un recurso de casación por no cumplir presupuestos de forma, legitimando con ello una sentencia que a todas luces pueda estar viciada de errores judiciales o, no menos grave, legitimar un fallo que pueda vulnerar alguna disposición constitucional, equivale a que sea nuestro máximo organismo de justicia el que haga efectiva en la práctica cotidiana aquel axioma que dice *“Inventa Lege, Inventa Fraude”*, que significa, *“Hecha la ley, hecha la trampa”*.

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de nuestra ex Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena al concepto de la casación platónica, y en uno de sus fallos señaló lo siguiente: *“...En definitiva, el recurso extraordinario debe operar de tal manera que sirva a las finalidades públicas y privadas. Con esto de ninguna manera se quiere decir que siempre ha de servir a unas y otras, ya que en ocasiones ocurre que la sentencia casada en su parte motiva o considerativa es errada, pero la resolutive en cuanto acepta o rechaza la pretensión del actor está conforme a derecho, caso en el cual debe casarse parcialmente el fallo impugnado y corregir los errores en la fundamentación. Los partidarios de la teoría privatista del recurso ciertamente que condenarán este tipo de casación platónica por considerarla ajena al fin real del recurso, esto es, la reparación del agravio sufrido por el recurrente... Con el siguiente ejemplo se aclara el punto: si en el proceso de instancia se rechazó la pretensión del actor aduciendo existir ilegitimidad de personería (falta de legitimación ad processum) y el actor impugna en casación alegando que no existe tal vicio, el Tribunal de Casación deberá admitir su demanda y revocar el fallo de instancia, pero al examinar el proceso encuentra que ha habido falta de legítimo contradictor (falta de legitimatio ad causam), porque, por ejemplo, siendo un caso de litis consorcio necesario no intervinieron todas las personas que debían hacerlo, se deberá*

rechazar la pretensión y dictar una sentencia inhibitoria. En cierta forma, se podrá decir que se está ante una casación platónica...»⁵¹

El afamado tratadista venezolano **Loreto**, criticando fuertemente las actuaciones de los tribunales de casación en su país, expresó lo siguiente: “...*El excesivo apego al principio de iniciativa de parte que gobierna todo el sistema del proceso civil, es llevado aquí a sus extremas consecuencias... Dejar en vigor una sentencia cuya parte dispositiva es el resultado de infracciones cometidas contra normas de orden público eminente, es dar al instituto de la casación una aplicación absurda, que ofende las entrañas más íntimas de la justicia. Constituye la más ostensible y condenable infracción de ley, que la corte está llamada a hacer respetar, advertir que el fallo de instancia ha sido dictado contra ius in thesi clarum, y, sin embargo, dejarlo subsistir...*”.⁵²

Entonces, como la noción del derecho -desde una perspectiva filosófica- no puede ser otra que la idea de justicia, y el derecho no puede estar justificado sino en la medida en que sirva al valor de la justicia, no encontramos mejor denominación para esta especie de casación oficiosa que el de “platónica”, por cuanto cristaliza el sentido de la institución que consiste en preservar la defensa objetiva de la ley. En este aspecto, es conveniente recordar las palabras del jurista alemán **Von Ihering**: “*Lesionado el derecho individual, queda lesionado el derecho total, y defender el Derecho en general, es también defender el derecho propio*”⁵³.

2.- Importancia de la Casación Platónica

Hemos sostenido que la casación es un recurso extraordinario porque no implica un nuevo análisis de toda la controversia, sino únicamente el examen de la correcta aplicación procesal y/o sustantiva efectuada por el Tribunal a-quo en su sentencia de última instancia. Tal examen en principio, sólo debe hacerse en función de las causales expresamente invocadas por el recurrente en su casación;

⁵¹ Registro Oficial No. 224-S, 29-IV-2010. Resolución No. 140-2008.

⁵² Loreto, Luis. “El Hecho y el Derecho en la casación Civil Venezolana”. Caracas, marzo de 1967.

⁵³ Von Ihering, Rudolph. “La lucha por el derecho”. Buenos Aires, 1959.

no obstante, consideramos que tal limitación -en algunos casos- podría atentar contra el verdadero espíritu de la casación -que consiste en fiscalizar la observancia de las leyes en las resoluciones judiciales-, aún si el interesado o casacionista omitiese mencionar algún quebrantamiento de ley en su memorial de recurso.

He aquí la importancia de aplicar la casación platónica, como un mecanismo vigilante para una correcta aplicación de la ley, aún de normas infringidas no alegadas por los recurrentes o interesados en la casación, por cuanto constituye un tema de interés público el mantenimiento de la seguridad jurídica o del orden jurídico por parte del Estado. Por lo demás, es obvio y natural que tal facultad officiosa de los tribunales de casación, se debe extender a cualquier infracción de orden constitucional en una resolución -así no sea denunciada-, en consideración a la suprema jerarquía de nuestra carta magna en el ordenamiento legal.

Y es que en un Estado moderno, constituye un interés público la labor de administrar justicia, y la única vía segura para alcanzar dicho propósito es el establecimiento de la verdad de la controversia. Por ello, el juez debe contar con suficientes poderes jurisdiccionales, para pronunciarse aún de oficio sobre la verdad del proceso con miras a un interés superior de justicia, sin importar si suple o no la incuria o inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.

Los poderes officiosos que recomendamos, no son absolutos en definitiva. Creemos que nuestra Corte Nacional de Justicia como máximo órgano de justicia del Ecuador, debe estar facultada para pronunciarse respecto de aquellas infracciones que violan el orden público, y sobre todo respecto de aquellas vulneraciones de jerarquía constitucional, que por omisión no fueron denunciadas por el casacionista recurrente.

Dicha facultad de nuestra Corte Nacional, constituiría una potestad privativa “**ex officio**”, otorgándosele autoridad suficiente para ejercer una **declaración officiosa**. En principio -en opinión de algunos autores-, tal facultad debe ser meramente facultativa o discrecional, lo que implica un obrar de extrema

cordura y prudencia, según el sano y equitativo arbitrio del tribunal de casación, en socorro de la justicia.

Otros autores consideran que la oficiosidad de la casación civil no debe ser obligatoria, sino discrecional, libre o prudencial si se quiere, en primer orden por su carácter excepcional, y luego, porque si fuera obligatoria habría fuertes riesgos de que los tribunales de casación abusen de la medida, distorsionando el verdadero propósito de la casación. Consideramos en todo caso, que tal facultad de nuestros magistrados de casación no tiene que ser observada ni como una simple “facultad discrecional”, ni como una “obligación”, sino como un deber de restablecer la justicia en cada caso particular.

Si bien consideramos que dicha facultad oficiosa de los tribunales de casación, debe aplicarse tanto para errores *in procedendo*, como para errores *in iudicando*, en ambos casos no debe aplicarse la misma regla, y en cada uno de ellos deben exigirse requisitos diferentes para el ejercicio de la casación platónica, en razón de su distinta naturaleza. En lo que respecta a los vicios *in procedendo*, la infracción de ley debe atentar contra el orden público, aunque tales vicios no hayan sido denunciados en el escrito de casación.

Destacamos y aclaramos, en todo caso, que el presente estudio no postula la idea de permitir a los tribunales de casación efectuar una revisión o nuevo estudio de todos los puntos debatidos en los grados anteriores del proceso, ni darle libertad a nuestros jueces de casación para que ellos escojan las normas que deban ser objeto de examen para verificar la legalidad de la sentencia. Ni menos implica la potestad oficiosa que recomendamos, que el tribunal de casación haga nuevas apreciaciones de hechos ni de pruebas. Nuestra conclusión es clara, y creemos que se debe facultar a la Corte Nacional para casar fallos viciados de infracciones que atentan contra el orden público y/o constitucional, aunque los interesados en el debate no los hubieren acusado en su recurso extraordinario.

Ahora bien, es preciso realizar un primer análisis en torno al alcance de las expresiones “infracciones de orden público” e “infracciones de orden constitucional”. Si tales locuciones estuvieren consagradas en algún articulado de

nuestra Ley de Casación, como resultado de alguna reforma legal, sería muy fácil comprenderlas con tan sólo invocar el numeral 2, del artículo 18 de nuestro Código Civil, que señala lo siguiente:

Art. 18.- “Los jueces no pueden denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

... 2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal;...”

Empero, para comprender el sentido natural y obvio de tales expresiones, según su uso general, es recomendable analizar las nociones fundamentales de orden público, y la trascendencia de nuestra normativa constitucional.

3.- El Orden Público

Algunos autores han denominado al orden público como el **“derecho justo”**. En palabras de **Planiol**, constituye el límite impuesto al derecho de contratar, y a los actos jurídicos en general. Estudiosos del derecho como **Rolando Tamayo y Salmorán**, han definido al orden público como *“aquellos principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos ni por aplicación del derecho extranjero”*.⁵⁴

Para el Diccionario Jurídico venezolano D & F, el orden público es *“el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente la organización de ésta, no pueden ser alteradas por voluntad de los individuos.”*⁵⁵

⁵⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Quinta Edición, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.

⁵⁵ Diccionario Jurídico venezolano D & F, pág. 57

La noción de orden público encuentra su génesis en el Derecho Romano, pasando luego al Código de Napoleón, extendiéndose luego por todo el sistema continental europeo hasta arribar a Latinoamérica. Para el célebre tratadista **Salvat** el orden público constituye un *“conjunto de principios que en una época y en una sociedad determinada son considerados esenciales para la conservación del orden social”*.

Podemos asegurar que el orden público representa un límite a través del cual se restringe la facultad de las personas para la realización o ejecución de ciertos actos, o se impide que ciertos actos jurídicos celebrados surtan efectos legales. Por tal motivo, el Estado, como órgano rector de las relaciones en sociedad, debe procurar un justo equilibrio a través de la expedición de leyes cuyo acatamiento prevalezca sobre la autonomía de la voluntad de las partes, sancionando aquellos actos jurídicos celebrados en inobservancia de tales normas con la nulidad absoluta. Por tanto, podemos afirmar que las normas de orden público son normas imperativas o absolutas. Estas ideas, concuerdan plenamente con el contenido del artículo 9 del Código Civil ecuatoriano, que señala:

Art. 9.- “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”

Aún cuando nuestro régimen de casación civil se rige en primer término por el principio dispositivo -no habría casación sin la iniciativa privada de cualquiera o de ambas partes-, por cuanto resulta ineludible el impulso de parte para activar la competencia de nuestros tribunales de casación, no es menos cierto que aquellas manifestaciones dispositivas de las partes encuentran un límite en el orden público. Es decir, el orden público actúa como un límite de la autonomía de la voluntad en virtud del cual resultan ineficaces aquellos petitorios procesales -entiéndase recursos de casación-, contrarios a los intereses colectivos de una comunidad, manifestados en principios y reglas de derecho.

Es incuestionable, por ejemplo, que el rol de uniformación de la jurisprudencia de la Corte Nacional tiene un alto interés social. Un precedente

jurisprudencial es una decisión previa que funciona como modelo para decisiones futuras. En el Ecuador se requieren fallos de triple reiteración para que aquellos precedentes sean vinculantes, de tal forma que los jueces utilicen esos precedentes para motivar asuntos futuros semejantes, constituyendo la jurisprudencia una fuente del derecho, como ocurre con la ley, la doctrina y la costumbre. En este sentido, resulta inevitable concluir el íntimo grado de relación que existe entre el deber de uniformar jurisprudencia de la Corte Nacional con el orden público, por su elevado nivel de utilidad social.

Para mencionar tan sólo uno de tantos precedentes, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de nuestra Corte Nacional de Justicia estableció -en un fallo que además se ha reiterado en otras múltiples resoluciones- que las normas procedimentales son de orden público, y que por tanto no es facultativo ni para las partes, ni para el propio juez, adoptar un trámite o vía distintos a los que contempla la ley para la solución de un litigio. Dicha jurisprudencia, en su parte pertinente expone: ***“QUINTA.-...Entendiéndose por acción el poder jurídico de acudir a los órganos judiciales para reclamarles la solución de un conflicto de intereses. Las normas procesales son de orden público y no quedan a discreción o libertad de los interesados o del Juez adoptar el trámite o vía procesal que crean conveniente.”***⁵⁶

Y es que si el recurso de casación procura atender la recta, verdadera y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales en las sentencias firmes dictadas por los tribunales de apelación, resulta notorio que una de sus funciones es brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, denotándose su especial vinculación con el orden público. El trasfondo del respeto al orden público implica ineludiblemente la defensa de los derechos humanos, y el sometimiento a la soberanía de todo un pueblo, lo que haría posible la construcción de una sociedad más justa y más solidaria.

De ahí que el orden público se expresa en aquellas normas que se dictan en interés de la sociedad, aún cuando aquellas también miren al interés individual.

⁵⁶ Resolución No. 419-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 144, 10-V-2011.

En cuanto a las características de aquellas normas que miran el orden público ubicamos dos elementos distintivos:

- a) Que no pueden ser derogadas por las partes por acuerdo de voluntades;
y,
- b) Que no se puede alegar válidamente el error de derecho si ha recaído sobre este clase de normas.

Es suficiente entonces, que la aplicación de una norma jurídica responda a un interés público, para entender que no puede predominar o prevalecer ni el interés privado, ni ninguna otra convención entre particulares. Por ejemplo, la cosa juzgada es un instituto procesal diseñado para que las decisiones de los jueces que se encuentren firmes y ejecutoriadas, alcancen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico consigue la terminación definitiva de las controversias y propugna un estado de seguridad jurídica. Las normas jurídicas que consagran la institución de la cosa juzgada alcanzan el grado de disposiciones de orden público por su importancia y trascendencia social. Así lo sostuvo -además- el célebre maestro colombiano **Devis Echandía**: *“Se trata de una institución de derecho público y de orden público, como lo son los de la acción, el derecho de contradicción y la jurisdicción, de las cuales es su resultado. La voluntad de las partes y del juez no influye para nada en la formación de la cosa juzgada ni en sus efectos. Es la voluntad del Estado, mediante la regulación legal, la que crea e impone la cosa juzgada como una calidad de ciertas sentencias, generalmente las proferidas en los juicios de contenciosos pero con las excepciones que la misma ley establece. Así, pues, definimos la cosa juzgada como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y algunas otras providencias que sustituyen aquella, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto.”*⁵⁷

Por tanto, la transgresión de normas de orden público acarrea la nulidad absoluta del acto jurídico -en el régimen de casación nos referimos a una

⁵⁷ Devis Echandía, Hernando. “Compendio de Derecho procesal”. Tomo I. Editorial ABC. Bogotá. 1985, pág. 495.

resolución o sentencia judicial-, que hubiere vulnerado tales preceptos, por lo que el orden público constituye un principio rector al momento de aplicar o interpretar la ley.

4.- El Ius Constitutionis

De acuerdo al lineamiento que sostenemos, consideramos que la Corte Nacional debe estar obligada a casar una resolución -aún de oficio- en caso de comprobar la existencia de infracciones constitucionales. Como sabemos, la constitución como fuente suprema de todo nuestro ordenamiento jurídico, ocupa la más alta jerarquía dentro de nuestra pirámide normativa, y a ella deben estar subordinados todos los actos jurídicos.

El principio de prevalencia o supremacía de la constitución está consagrado en el artículo 424 de nuestra carta magna, que consagra la siguiente disposición:

Art. 424.- “La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

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

La suprema prevalencia de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, se sustenta en que aquella funda el orden jurídico del Estado, instituyendo los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, y atribuyendo competencias para dictar normas, ejecutarlas, y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se suscitan en la sociedad.

La supremacía de la constitución se presenta como uno de los pilares de un Estado Social de Derechos, pues sujeta todas sus actuaciones al acatamiento de normas jurídicas, empezando por la cabal observancia de la constitución. En este contexto, referirnos a la constitución como norma jurídica suprema, equivale a otorgarle a dicha carta magna aplicación inmediata y eficacia directa.

Por lo tanto -siguiendo esta línea de pensamiento- la constitución aparece como el primer cuerpo de leyes que debe ser considerado por los jueces y tribunales de justicia para resolver controversias aplicando directamente sus normas. Por ello, en cada una de las controversias que resuelvan, los jueces deben aplicar la constitución y en cada caso concreto deben examinar si las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico se ajustan o no a la constitución.

Por otra parte, por aquello del control difuso de constitucionalidad, nuestros jueces además de administrar justicia en su materia o especialidad para la cual han sido dotados de competencia, son también y esencialmente jueces de constitucionalidad, por lo que están obligados a interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la constitución en cada caso que resuelvan. El autor peruano **Carrión Lugo**, sobre esta temática señaló: *“Las normas constitucionales, que conjuntamente con las demás normas inferiores constituyen el orden jurídico estatal, por razón de rango, por su carácter originario e incondicional o por su calidad de fuente de las demás normas, requieren de una técnica interpretativa especial, diferente de la que se utiliza en relación a las normas comunes, en las cuales se tiene como marco de interpretación precisamente la Constitución. Para estos efectos, esto es, para el control de la constitucionalidad de las normas comunes, se han diseñado dos tipos de control: uno extra-judicial (denominado también control concentrado de la constitucionalidad) y otro judicial (denominado también control difuso de la constitucionalidad).”*⁵⁸

Luego, si la constitución es la norma jurídica suprema, es igualmente cierto que dicho cuerpo de leyes ha de garantizar la unidad de todo el ordenamiento, por lo que la labor de unificar jurisprudencia se desempeña como

⁵⁸ Carrión Lugo, Jorge. “El Recurso de Casación en el Perú”. Edit. Grijley. Lima. 2003. Pág. 72.

una elemental forma de asegurar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. Encontramos en este detalle, una de las principales manifestaciones de la eficacia directa de la constitución.

El artículo 426 de nuestra Constitución refiere la temática abordada con la siguiente disposición:

Art. 426.- “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

Respecto a la aplicación directa de las normas constitucionales, es preciso remarcar que los jueces de instancia, al administrar justicia aplicando correctamente la ley o norma jurídica que corresponda, aunque no se trate de una norma contenida en la Constitución de la República, están ya cumpliendo a cabalidad con el mandato constitucional. De la misma forma, interpretar acertadamente una disposición legal, equivale a obedecer la Constitución. Aquello porque, los actos de las autoridades jurisdiccionales deben estar ajustados y sometidos a la Constitución, de tal manera que toda resolución debe estar fundada en la ley, para contribuir al orden y a la seguridad jurídica.

No se puede concebir la proclamación de un Estado social de derechos y justicia -como lo señala el propio artículo 1 de la Constitución ecuatoriana- sin el establecimiento de la seguridad jurídica, esto es, sin que exista un correcto sistema de legalidad sustentado en una Constitución democrática. Y es que en una nación democrática, el derecho nace no sólo por la creación de la ley, sino también por la instauración de jurisprudencia, como herramientas garantistas de las libertades civiles de los ciudadanos, y del propio Estado como tutor o protector de aquellos.

En cuanto a este tema, el tratadista alemán **Radbruch**, consideró que *“el derecho positivo busca tres objetivos a saber: la justicia, la seguridad y el orden o bien común, y de ellos tres, es la seguridad el primer valor que debe buscar el derecho.”* Para **Radbruch** la seguridad tiene tres aspectos distintos: *“...existe una seguridad por medio del derecho, que es la seguridad del orden jurídicamente establecido; una seguridad frente a la lesión jurídica, que es la que imparten los órganos de procuración de justicia y una seguridad en el derecho mismo, dentro de la que se encuentra la estabilidad del sistema normativo”*.⁵⁹

De esta manera, el sistema legal de un país democrático -como ocurre en el caso de Ecuador- se establece procurando certeza en las decisiones judiciales, contribuyendo a una seguridad ciudadana que se califica como jurídica, al emanar de actuaciones del propio Estado, mediante las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales de la República. Nótese en este complemento, la enorme vinculación de la seguridad jurídica como garantía del orden público, sobre el cual nos referimos en un acápite anterior.

Con los antecedentes anotados, resultaría un despropósito o una contradicción si se quiere, no extender a la casación platónica la nulidad de sentencias por vulneración del *ius constitutionis*. Nuestra Corte Nacional de Justicia, entonces, tiene como principal presupuesto la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico, esto es, siempre con

⁵⁹ Radbruch, Gustav. “Introducción a la Ciencia del Derecho”. Heidelberg. 1938.

atención preferente a la tutela de los derechos constitucionales, preservando el respeto de los principios y valores consagrados en la carta magna.

5.- La Casación Platónica como Medida para Mejor Resolver

Según lo hemos ya anotado, el sistema procesal constituye un medio para la realización de la justicia. Este propósito de alcanzar la justicia, únicamente es posible, cuando en un proceso judicial el juez emite una resolución acertada, esto es, que cumpla con la expectativa de certeza que los ciudadanos esperan de la denominada tutela judicial. Sólo podemos hablar de certeza, cuando las sentencias dictadas por los jueces cumplen con las expectativas que la población tiene de la justicia.

Luego, en esa búsqueda de la certeza jurídica, como elemento indispensable para procurar una tutela judicial verdaderamente efectiva, o para una real consecución de la justicia, es menester que -en ciertas ocasiones- los jueces empleen las denominadas **“medidas para mejor resolver”**.

Tradicionalmente estas medidas han sido conocidas en la doctrina como medidas para mejor **“proveer”**, en consideración a que en un principio fueron creadas especialmente para suplir los defectos probatorios de las partes procesales. No obstante, consideramos mucho más pertinente denominarlas **“medidas para mejor resolver”**, en atención a que en la actualidad alcanzan dimensiones superiores, pues su función no está limitada exclusivamente al derecho probatorio, sino en obtener el esclarecimiento de la verdad, de singular importancia para poder expedir una **“resolución justa”**. El tratadista **Sentis Melendo**⁶⁰, en su obra “El Proceso Civil”, expuso: *“Las medidas para mejor resolver, se han establecido a fin de darles (a los jueces), un poco de tranquilidad ante la gravedad de su función.”*

En el derecho de casación civil las “medidas para mejor resolver” se traducen en la necesidad de poner un **“remedio”** a las deficientes interposiciones

⁶⁰ **Sentis Melendo, Santiago.** “El Proceso Civil”, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1957, pags. 127 y ss.

en que puede incurrir cualquiera de las partes, respecto de un recurso eminentemente técnico. No obstante, para el manejo de estas medidas, es imprescindible que los jueces de casación comprendan cuál es el propósito de este medio de impugnación extraordinario, y cuál es su importancia, a fin de utilizar tales medidas en estricto provecho de la verdad procesal y de la justicia, y no convertir dichas medidas en un instrumento de abuso, en detrimento de expresas garantías constitucionales.

Sin duda, las medidas para mejor resolver, o capacidad para resolver de oficio en tratándose de la casación, aparecen como una fórmula, o receta, para suplir de alguna manera la “**negligente**” actuación del recurrente, cuando su recurso de casación no está dirigido a procurar una sentencia justa. Constituye un buen método, para que la consciencia del juzgador se vea libre de remordimientos, ante eventuales injusticias, generadas como consecuencia del excesivo rigor formalista que reviste el derecho de casación civil.

Ahora bien, analicemos a continuación cuáles son estas principales características que reúne el ejercicio de las denominadas **medidas para mejor resolver** en el derecho de casación:

5.1.- Exclusividad de los Jueces de la Corte Nacional.- Las medidas para mejor resolver en el derecho casatorio, naturalmente, son actividades que únicamente pueden ser ordenadas por las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia.

Nuestra Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional en el Ecuador. Tiene competencia sobre todo el territorio nacional y su sede se encuentra en la ciudad de Quito. A partir de la promulgación de la Constitución de la República del año 2008 actúa en reemplazo de nuestra ex Corte Suprema de Justicia.

Está integrada por 21 Magistrados, designados por períodos de nueve años, quienes cuando se reúnen conforman el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Entre ellos, eligen al Presidente de la Corte Nacional

que dura tres años en su mandato. De entre sus principales funciones, destacamos las siguientes⁶¹:

- Tienen competencia para conocer y resolver los recursos de casación, los de revisión, y los demás que establezca la ley;
- En caso de duda u oscuridad de leyes, expide resoluciones que normalmente son obligatorias, mientras no se disponga lo contrario;
- Desarrolla además, el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en fallos de triple reiteración;
- Conoce las causas que se incoan contra funcionarios públicos que gozan de fuero de Corte Nacional; y,
- Presenta proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

Ahora bien, cuando la Corte Nacional actúa como Corte de Casación a través de sus diferentes Salas especializadas de lo civil, penal, laboral, contencioso administrativa o contencioso tributaria, se erige como la principal responsable de las decisiones que toma en cada caso concreto. De no hacerlo con extrema sapiencia y prudencia, podría incurrir en **error judicial** o en **inadecuada administración de justicia**, circunstancias que conminarían al Estado ecuatoriano a indemnizar a los perjudicados, independiente de si existe grado de responsabilidad propia respecto de los operadores o agentes de justicia.

Entendemos por **error judicial** aquella equivocación con o sin dolo, cometida por jueces o fiscales durante el desarrollo y/o resolución de un proceso judicial. Para que se configure el **error judicial** debe existir una falta en materia de ley o de derecho, debiendo además sustentarse en una inexacta certidumbre jurídica.

⁶¹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 180.

En cuanto a la administración de justicia, recordemos que se trata de un servicio básico, público y fundamental que brinda el Estado, y que debe prestarse en condición de igualdad para todos, de oportunidad, de eficiencia y de calidad. De ahí, la responsabilidad del Estado en proveer una **adecuada administración de justicia** -como único encargado de tutelar derechos a través de los órganos jurisdiccionales- con arreglo al ordenamiento jurídico vigente, respetando y aplicando el debido proceso en cada uno de los conflictos judiciales sometidos a su consideración.

5.2.- Necesidad de emplearlas.- A propósito de la necesidad de instaurar la casación platónica en la legislación ecuatoriana, existe en la doctrina internacional una acalorada discusión en torno a si esta medida para mejor resolver debe ser una simple “facultad”, o debe tratarse como una “obligación” de los tribunales de casación.

Consideramos que dicha medida no debe ser optativa para los jueces de casación, pues no se trata de que puedan o no puedan, o de que quieran o no quieran casar una sentencia de oficio cuando sea patente o evidente el quebrantamiento del orden público o una vulneración de orden constitucional, en el caso de vicios *in procedendo*; o, en tratándose de errores *in iudicando*, cuando se afecte gravemente la parte resolutive del fallo, aún a pesar de que el recurso adolezca de errores técnicos en su interposición. En estos casos, se trata de un imperativo, de una obligación, pues la única forma de expedir una sentencia justa y equitativa en un caso determinado, gravita en la necesidad de esclarecer la verdad objetiva del conflicto judicial, como salvaguarda de certeza y de seguridad jurídica.

El tratadista venezolano **Grisanti Luciani**⁶², opinando sobre la temática que estamos abordando, en una de sus críticas a la simple facultad de casar de oficio prevista en la legislación de su país, señaló: “...*En tratándose de posibles infracciones de la naturaleza susodicha, y dada la facultad otorgádole, el Máximo Tribunal podría actuar en forma*

⁶² Grisanti Luciani, Héctor. La Casación de oficio, Revista de Derecho No. 57. Caracas. pág. 258.

positiva, o absteniéndose de decidir de esa manera, lo que no parece que teleológicamente alcance el fin al que parece aspira la ley, dada la formulación facultativa en que está expresada la normativa por el legislador. En estos términos, acaso hubiera sido más cónsono con la finalidad perseguida, el haberle impuesto a la Corte la obligación de casar el fallo en forma taxativa, y no de manera facultativa como la norma está expresada. Ante la advertencia hecha por la Corte de infracciones como las contempladas, debería la Ley ordenar casar el fallo en una manera terminante. No se persigue, así, resguardar las normas de orden público y constitucionales, si el mandato de la ley es una facultad o poder.”

Por lo tanto, la potestad de casar de oficio como medida para mejor resolver, no constituye un acto sujeto a la simple voluntariedad de los tribunales de casación, es mucho más que un simple compromiso, y lo entendemos en primer orden como una obligación de los tribunales casar *ex officio* cuando se detectan infracciones graves, como una necesidad para una correcta o adecuada administración de justicia.

Tampoco podemos desconocer la relación que encontramos entre la necesidad de casar de oficio -como medida para mejor resolver- y el principio *Iura Novit Curia*, que se caracteriza por el deber del juez de suplir las omisiones en derecho en que hubieren incurrido las partes. Sin duda, en nuestro esquema de casación platónica o de oficio, al tribunal de casación le corresponde suplir omisiones en derecho incurridas por el recurrente en su casación, lo que concuerda con el espíritu del *Iura Novit Curia*, y esa debe ser la intención del legislador al establecerlo, por la necesidad de arribar a la verdad objetiva de la controversia.

El autor argentino **Morello**, comentando sobre la importancia de que los tribunales de casación adopten un patrón de comportamiento más proactivo en su misión de administrar justicia, ilustró: “*El bastión del juez -ya lo hemos marcado- tampoco se fortifica en la “discrecionalidad” sino, inteligentemente, en una libertad razonada, controlable, y es la*

derivación de un balance prudente de contrapesos interiores que se asegura en una red de avance y contención: iura curia novit: activismo interpretativo; reglas modernas de la sana crítica, que lo instalan en otro registro en el que debe privar el equilibrio: congruencia, correspondencia, mantenerse en lo suyo, poderes expresos e implícitos, más los inherentes; una adecuada, prolija y completa motivación de los fallos, susceptibles, a su vez, de amplia posibilidad de impugnación seria, razonada (la doble instancia y una casación funcional e impulsora de las adaptaciones útiles).”⁶³

5.3.- Garantía para la vigencia de los derechos humanos.- En cuanto a esta característica, la casación platónica como medida para mejor resolver debe ser materia de una investigación no sólo prolija y exhaustiva, sino además objetiva. Desde el punto de vista objetivo, existe el riesgo de que ese poder del juez de disponer de facultades oficiosas en casación, se preste para abusos, excesos y arbitrariedades en perjuicio de una o de ambas partes procesales, y aún de la propia justicia, por lo que su establecimiento y ejercicio debe estar sujeto a requerimientos y presupuestos previos.

El vocablo “garantía” tiene dos acepciones: tutela y protección. Dentro de una significación sociológica la palabra garantía imprime una seguridad en el beneficiado. La casación platónica como medida para mejor resolver, constituye una garantía fundamental para las partes procesales y para la propia administración de justicia, pues su función radica en otorgar a favor de los litigantes la suficiente certidumbre, confianza o convicción de que el fallo o decisión del juez, será un fiel reflejo de la verdad procesal, esto es, que la sentencia será justa.

Para asegurar que esta garantía se cumpla sin excesos sin afectar el derecho a la defensa de las partes, ni violentar el debido proceso, la posibilidad de casar de oficio debe contener límites. En este sentido,

⁶³ Morello, Augusto. “Estudio de la casación civil española”. Lib. Editora Platense. La Plata. 2001. Pág. 162.

creemos que para casar de oficio por defectos *in procedendo*, la decisión impugnada debe repudiar disposiciones de orden público o normas constitucionales, a pesar de no haber sido denunciadas por el recurrente en su casación. En cuanto a vulneraciones *in iudicando*, la facultad oficiosa que proponemos contiene límites más marcados, pues se requiere que el recurso no haya sido técnicamente bien planteado, pero la infracción de ley debe ser tan incuestionable y grave, que el tribunal debe optar por casar de todas maneras el fallo -de oficio, en consideración a que en condiciones normales el recurso no debería ser admitido a trámite-, siempre que no se funde la resolución de casación en violaciones no alegadas por el agraviado.

Según nuestra ley de casación civil vigente, y conforme al principio de la congruencia -aún en el derecho casatorio-, una Sala especializada de la Corte Nacional -en los casos en que actúa como corte de casación- sólo puede pronunciarse y resolver un caso, en función de aquellos temas que han sido utilizados como sustento de la casación planteada por el recurrente. Es decir, la motivación del fallo -en nuestro sistema de casación actual- debe ser congruente o concordante con la casación planteada, y sólo debe estar correlacionada con los puntos, las infracciones o las vulneraciones denunciadas en el escrito de casación.

Tal limitación en nuestro sistema de casación actual, que ata de manos al tribunal en función de lo que el recurrente ha querido impugnar en su memorial de recurso, y que se ha mantenido como una regla fija desde la publicación de nuestra Ley de Casación en el Registro Oficial No. 192 del 18 de Mayo de 1993, encuentra hoy por hoy en el presente estudio, una innovadora y revolucionaria teoría, que ya existe en otras legislaciones de países hermanos no muy lejanos.

De hecho, en nuestra legislación ecuatoriana los tribunales y jueces tienen el deber de rehusarse a aplicar las reglas de la congruencia cuando comprueban que de hacerlo, podrían vulnerarse derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Si

esa es la corriente que mantienen nuestras modernas normas orgánicas y procesales, porque no promover cambios positivos en ese mismo sentido en nuestra ley de casación civil. Al respecto, el artículo 140 de nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, con especial atención a su inciso tercero, prorrumpo:

Art. 140.- “Omisión sobre puntos de derecho.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

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

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

El alcance de esta rutilante e innovadora disposición legal, surge como consecuencia del nuevo modelo jurídico adoptado por el Ecuador, consistente en la corriente neo constitucional, que se caracteriza por considerar a los derechos humanos como el eje central de nuestro sistema jurídico. Esta nueva corriente se funda en un constitucionalismo de principios, en donde predominan valores y principios por sobre la propia norma.

Tratemos de graficar esta excepcional situación con un sencillo ejemplo: El Banco PROBANCO interpone un recurso de casación civil respecto de una sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil del Guayas. La sentencia impugnada condena al Banco PROBANCO a resarcir a la compañía de Seguros ÉXITO C.A. el valor de USD \$ 5´.000.000.00 (Cinco Millones de Dólares) por concepto de daño emergente y lucro cesante. La Sala de casación observa que en la sentencia existe un vicio que no ha sido revelado por PROBANCO en su casación.

En concreto, el tribunal de instancia ha determinado el importe o suma de dinero materia de la indemnización sin explicar qué criterio utilizaron, o qué elementos han considerado para arribar a dicha suma, teniendo en cuenta que la cuantía de la demanda planteada por la compañía de Seguros Éxito C.A. es indeterminada.

En otras palabras, la Sala de casación -en el ejemplo señalado- detectó una falta de sustento que afecta la motivación de la sentencia. La motivación es uno de los requisitos de la sentencia, y actúa como la única garantía para proscribir la arbitrariedad, su función consiste en demostrar que se ha actuado o resuelto de forma racional, en virtud de que se entregan o sustentan razones capaces de sostener, en cada caso, las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos.

El deber de motivación -continuando con el ejemplo- no sólo que está contemplado en el literal 1), numeral 7, del artículo 76 de la Constitución, sino que además está consagrado en expresos Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, constituyendo además un requisito de validez de toda sentencia, cuya inobservancia atenta contra el orden público, sin dejar de lado que su omisión implica también una vulneración constitucional. En consecuencia, en este caso utilizado como ejemplo, bien cabría que el tribunal case de oficio la sentencia impugnada, disponiendo que la Sala de instancia competente corrija el vicio detectado.

Y es que si actualmente nuestra legislación permite, merced al prodigioso artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que un juez resuelva “**extra petita**” una determinada controversia, soslayando el mismísimo principio de la congruencia en casos extraordinarios, esto es, si en caso de no hacerlo se pondría en riesgo la posibilidad de vulneración de algún derecho constitucional, porqué no implementar el mismo lineamiento protector de derechos fundamentales en nuestro régimen de casación civil?

5.4.- Medida de Prevención de Derechos.- Otra característica importante, y de extrema valía, radica en que la medida para mejor resolver en el derecho casatorio, coadyuva a mantener la igualdad de las partes procesales, así como a prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.

Es importante destacar que la institución de la casación civil no sólo está al servicio de los intereses particulares de la parte procesal que se postula como interesada, sino que principalmente está al servicio de la administración de justicia, esto es, prevalece el interés colectivo o público, frente a las ventajas que puedan obtener los particulares.

En el actual sistema de casación civil ecuatoriano, el recurrente o litigante interesado en casación tiene libertad para invocar las causales que crea convenientes en su recurso y denunciar únicamente vicios o vulneraciones del fallo que le perjudican. Esto significa, que pueden existir vicios o infracciones en la sentencia impugnada que favorezcan sus intereses, y que al no ser denunciados en la casación jamás puedan ser examinados, corregidos o nulitados por una Sala especializada de la Corte Nacional, atentándose contra el verdadero propósito de la casación que consiste en la defensa de una correcta aplicación de la ley, para declarar la certeza de un derecho.

Creemos que la casación de oficio como medida para mejor resolver, supera aquella visión superlativamente privatista de nuestro actual sistema, en el que impera el interés particular por sobre el colectivo, y que además es proclive a egoísmos procesales, porque su actual regulación propende a que las partes únicamente aleguen en sus memoriales de casación aquellas infracciones contrarias a sus intereses, y no todas las vulneraciones legales que puedan afectar un fallo, convirtiéndose en un contrapunto de la buena fe, la equidad y la justicia.

Sobre la buena fe, el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial proclama:

Art. 26.- “En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.”

La norma antes indicada procura impedir el uso de una reiterada mala costumbre en la práctica procesal ecuatoriana, permitiendo sancionar a los litigantes que incurran en manifiesta mala fe. La casación de oficio como medida para mejor resolver, justamente procura garantizar la igualdad de las partes, destruyendo cualquier desventaja que pudiere sobrevenir al omitirse en los memoriales de casación infracciones de orden público o de naturaleza constitucional, provocada por la práctica desleal del o de los recurrentes.

Por último, resulta naturalmente lógico, que si la casación de oficio como medida para mejor resolver tiene por finalidad arribar a la verdad procesal, indudablemente que este mecanismo constituye un instrumento de enorme valía para prevenir y alcanzar la tan anhelada seguridad y certeza jurídica. Al respecto, el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, que consagra el principio procesal de seguridad jurídica, expone:

Art. 25.- “Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales

ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.”

6.- Deber de los Tribunales de Casación a Ejercer de Oficio

Sin duda la función de un tribunal de casación es en extremo delicada. Como administradores de justicia, se requiere que la ley dote a tales órganos de suficientes poderes para ejercer con real eficiencia su misión de vigilar y fiscalizar la observancia de las leyes. Como bien enseña el tratadista **Sentis Melendo**: *“El peligro más natural y frecuentemente relacionado con los poderes del juez está en el no ejercicio de ellos.”*

Obrar de oficio en casación civil no debería ser, en realidad, una mera facultad del tribunal, sino un deber. Constituye una facultad **“teleológica”⁶⁴**, en todo caso, de carácter insoslayable. Su objetivo consiste en procurar el restablecimiento de la justicia, mediante la adecuada aplicación en los fallos judiciales de la ley, evitando la impunidad de transgresiones no denunciadas por los recurrentes, contribuyendo con ello al orden y a la seguridad jurídica.

Si nuestro actual sistema de casación no nos asegura que nuestras Salas especializadas de la Corte Nacional amparen el exacto cumplimiento de la ley - por estar supeditada a los intereses de los recurrentes particulares- creemos necesaria una inmediata transformación con la innovadora figura de la casación oficiosa como medida para mejor resolver. El jurista peruano **Romero Montes** señala que *“...la Casación no sólo busca asegurar el exacto cumplimiento de la Ley, sino también que su cumplimiento sea uniforme, lo que se plasmará en la aplicación de criterios judiciales igualitarios. Se trata entonces de la creación de los precedentes judiciales que en su conjunto constituyen la jurisprudencia nacional.”⁶⁵*

⁶⁴ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II, Espasa, 1992. Teleología: “Doctrina de las causas finales.”

⁶⁵ Romero Montes, Francisco. “Derecho Procesal de Trabajo. Doctrina, Análisis y Comentarios de la Ley Procesal Trabajo No. 26636”; Lima: Edial – 1997. Pág. 170.

La casación como recurso es un medio de impugnación que aparece por una necesidad de defensa del abuso de autoridad. Sobre este aserto, el profesor **Neves Mujica** opina que *“...la Casación también pretende evitar arbitrariedades y homogenizar el criterio interpretativo, que se plasma en la seguridad jurídica”*⁶⁶. Por su parte, **Liebman** sostiene que *“...las impugnaciones son los remedios que la ley pone a disposición de las partes para provocar por medio del mismo juez o de un juez superior un nuevo juicio inmune del defecto del error de la sentencia anterior”*. Y añade *“...la probabilidad de obtener, con el ejercicio de tales remedios, una sentencia más justa es inherente al hecho mismo ya que la nueva sentencia se pronunciará en vía de control y un nuevo examen crítico de lo que se hizo en un anterior juicio; mas aun cuando el nuevo juicio se lleva a cabo por un órgano diverso y superior, compuesto por jueces seleccionados, que se supone son los autorizados a juzgar; o bien cuando se confía al mismo órgano –por el hecho de que se elimina preventivamente el inconveniente que puede haber inducido a error al juez, o bien porque se adquiera algunos elementos de cognición antes no conocidos o que no se pudieron considerar, o se utilizó un punto de vista anteriormente no considerado.”*⁶⁷

La recta administración de justicia aspira al **“establecimiento de la verdad”** como una exigencia de interés público. Ciertamente existe un elemental interés de la colectividad en que cada decisión judicial sea justa, y se acerque en lo posible a la verdadera relación jurídica. El punto es, que desde nuestra óptica, la casación civil ecuatoriana recibe una importante influencia del principio dispositivo, entendido como aquél que recomienda la suerte de un resultado judicial a la voluntad de las partes, lo que en muchas ocasiones opaca la certeza de las decisiones adoptadas.

En la doctrina existe una fuerte polémica en torno a la conveniencia de que los procesos judiciales se rijan en base al sistema dispositivo o al sistema inquisitivo. Los favorecedores del **principio dispositivo**, sostienen que en los

⁶⁶ Neves Mujica, Javier. “La uniformación jurisprudencial en el ámbito laboral”. En asesoría Laboral No. 36. Lima, 1993, pág. 20.

⁶⁷ Liebman, Enrico Tullio. “Manual de Derecho Procesal Civil”, trad. Santiago Sentis Melendo. EJE, 1980, pág. 440.

procesos civiles la actividad corresponde básicamente a las partes, pues predomina el derecho privado, es decir, los intereses de las personas por sobre los intereses del Estado, llegando al extremo de negarles a los jueces facultades oficiosas. Son justamente estos defensores a ultranza del principio dispositivo, quienes cuestionan la imparcialidad de los jueces cuando actúan de oficio, por considerar que atentan contra la voluntad de los particulares, provocando trabas y obstáculos a la labor de los jueces que procuran el establecimiento de la verdad en cada controversia.

Por otra parte, tampoco el **principio inquisitivo** debe tener una vigencia absoluta. Los defensores de este principio pregonan la necesidad de que el juez no tenga límites en la aplicación de sus poderes, lo que sin duda abriría las puertas para eventuales abusos, excesos, autoritarismos y arbitrariedades.

En el Ecuador, ni el principio inquisitivo, ni el dispositivo, se encuentran vigentes por completo, sino que se encuentran combinados en diferentes proporciones. En este sentido, si bien nuestra ley procesal está orientada mucho más al principio dispositivo, establece casos de excepción en los cuales otorga al juez potestades especiales para formar su propio convencimiento, aún con independencia de la voluntad de las partes, poderes que en algunos casos pueden servir para verificar hechos afirmados en el proceso, como también para apreciar la existencia de hechos nuevos. Este es el caso de las pruebas de oficio, por ejemplo.

Cuando decimos que nuestra casación civil, en los términos en los que está orientada, se encuentra limitada y restringida por cuanto sólo permite a los tribunales resolver y motivar su fallo únicamente en base a aquellas objeciones que el recurrente ha incluido en su recurso, sin que nuestros jueces de casación puedan pronunciarse sobre otras infracciones aún cuando resultan evidentes, nos referimos a una desatinada influencia del sistema dispositivo en nuestro régimen de casación civil.

Sin duda que la vigencia del principio dispositivo en nuestro régimen de casación civil es necesario, pues no de otro modo podría el tribunal de casación

conocer y resolver un asunto, sino fuera porque los únicos legitimados para interponer el recurso son los propios litigantes, cuando consideran que han sufrido un gravamen o perjuicio en la sentencia que impugnan. Pero no por ello debemos aceptar, que si una infracción en la sentencia es tan notoria al punto de quebrantar el orden constitucional, los Magistrados de casación deban estar excluidos de corregir o anular tal transgresión, por el sólo hecho de que el o los recurrentes omitieron denunciar tal violación.

Y es que por una simple noción de sensatez, si el litigante recurrente no denuncia en su recurso de casación alguna infracción que en caso de no rectificarse pudiere alterar el orden público, o lesionar normas constitucionales, sin que el Tribunal pueda actuar para corregir tal anomalía, estaríamos atentando contra la propia finalidad de nomofilaquia tan característica de la casación. En palabras del maestro **Calamandrei** *“la casación tiene una finalidad de nomofilaquia, es decir de defensa del derecho objetivo”*⁶⁸.

Por tanto, corresponde al Tribunal de Casación atender y satisfacer el deber de sanear tales transgresiones -esenciales- aún cuando no hayan sido mencionadas ni impugnadas en el escrito de casación, para que pueda imperar un efectivo control de legalidad y una correcta función unificadora de jurisprudencia. Luego, la casación de oficio también actúa para sancionar la **“incuria”**, la **“negligencia”** o la **“impericia”** de los recurrentes; así como la **“insuficiencia”** de los recursos de casación interpuestos por las partes, siempre que tales recursos cumplan con todas las formalidades de rigor. Las exigencias de la justicia actual impone a los juzgadores el ejercicio pleno de poderes procesales -medidas para mejor resolver-, con los límites y la prudencia de no lesionar las garantías de defensa de las partes, ni los valores o principios constitucionales supremos.

7.- Críticas al Instituto de la Casación de Oficio

En el Ecuador no existe el instituto de la casación de oficio, y por ende, prácticamente no existen estudios o aportes científicos sobre la temática. Por ello,

⁶⁸ Calamandrei, Piero. “La Casación Civil”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, Tomo I, Vol. I, pág. 85.

la gran mayoría de tratadistas se muestran conformes o satisfechos con los alcances de nuestra vigente Ley de Casación. Sin embargo, en otras legislaciones como la venezolana, la peruana o la chilena, sí existen comentarios y publicaciones relacionados con la temática, con exposiciones favorables y no tan favorables. Aquellos que se inclinan por cuestionar la importancia o trascendencia de la casación de oficio, consideran que dicho instituto podría vulnerar la garantía de imparcialidad de los tribunales de justicia, así como el derecho de igualdad de las partes, entre otros argumentos que abordaremos en breve.

En definitiva, el eje de las críticas en contra de la casación de oficio encuentra su fundamento en los siguientes puntos o reflexiones, que se resumen a continuación:

7.1.- Se piensa que la casación de oficio es “incompatible” con el principio dispositivo que predomina en el campo del proceso civil.-

De acuerdo con este postulado el tribunal de casación no puede actuar más allá de la voluntad de los recurrentes, quienes al momento de impugnar simplemente fundan su recurso en aquello que les perjudica, limitando la facultad revisora del tribunal a los agravios invocados por el impugnante. Se afirma además, que la casación civil es un instituto creado para revisar decisiones emanadas del proceso civil, en donde se discuten cuestiones netamente privadas o particulares.

El maestro **Piero Calamandrei**, defensor de la influencia del sistema dispositivo en el derecho casatorio proclamó: *“...así el derecho de casación de una sentencia se apoya sobre la existencia de una determinada violación de ley, la cual, cuando este derecho es hecho valer ante el juez, constituye la causa petendi de la acción de impugnación, esto es, uno de los elementos en los cuales la acción misma se individualiza y se hace reconocible frente a cualquier otra acción. Cada error de interpretación existente en la sentencia es el hecho constitutivo de un separado derecho de impugnación; y como el recurrente, al denunciar un determinado vicio de la sentencia, pretende con ello hacer valer del derecho de impugnación nacido de este vicio*

*singular, no podría la corte de casación anular la sentencia por un vicio diverso del denunciado, sin juzgar sobre una acción absolutamente diversa de la que se hace valer y sin incurrir por tanto en extra petita.”*⁶⁹

Consideramos, sin embargo, que la iniciativa oficiosa de los tribunales de casación, no afecta la libertad, ni la voluntad de los litigantes para interponer y fundamentar su recurso. Simplemente como una medida para mejor resolver, el juez coadyuva a las partes en la búsqueda de la verdad, como fin último de la justicia. En realidad, la libertad de los litigantes para impugnar y recurrir un fallo que les causa agravios se mantiene incólume o si se quiere indemne, no queda afectada en lo más mínimo.

Por último, aceptar la tesis de que los tribunales de casación sólo pueden fundar sus decisiones respecto de aquello que las partes quieren, o les solicitan, atenta contra el sentido deontológico de la tutela judicial en su labor estatal de administrar justicia, que implica la solución del conflicto instaurando la verdad procesal.

7.2.- La opinión de que los únicos interesados en la sentencia, son las partes.- Es verdad y lógico que las propias partes, al conocer y presenciar los antecedentes de su conflicto durante las fases procesales de instancia, se encuentran en mejores condiciones para acreditar ante el Tribunal de Casación los motivos o razones de su impugnación.

También es verdad que en el proceso civil el interés privado es una condición para el ejercicio de la acción, esto es, el sujeto debe hallarse en un estado de necesidad de tutela jurisdiccional que le obligue a solicitar la intervención del órgano judicial. La misma corriente opera respecto del recurso de casación civil, en cuanto a que son las partes procesales las únicas legitimadas para incoar el recurso cuando crean estar afectadas por algún error de derecho en la sentencia.

⁶⁹ Calamandrei, Piero. “La casación civil”. Tomo II. Pág. 173

Estamos de acuerdo que la sentencia es de sumo interés para las partes, pero dicho interés no les es exclusivo, pues el Estado es el principal interesado en que la resolución sea justa, velando por la correcta aplicación de la Constitución y demás leyes. Así lo señala además el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expone:

Art. 25.- “Principio de Seguridad Jurídica.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.”

La seguridad jurídica es un principio del derecho universalmente reconocido. El Estado como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, debe brindar las garantías necesarias para que las sentencias que expidan sus órganos de justicia se ajusten en todo momento a la constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello, sostenemos que la expedición de la sentencia de casación no sólo es de interés de los particulares, sino también del Estado, como ente encargado de procurar la solución de todos los conflictos judiciales, y restablecer la seguridad jurídica.

Al respecto, el tratadista peruano **Carrión Lugo** considera que la casación es un recurso que interesa más a la sociedad que al individuo, manifestando: *“Se señala esta nota característica por cuanto a la sociedad lo que le interesa fundamentalmente es la correcta interpretación y aplicación de la ley en abstracto por los organismos judiciales y, como consecuencia de ello, los jueces, en las resoluciones que emitan, deben observar criterios de decisión uniformes. En la*

*casación prima, pues, el interés público por sobre el interés de las partes...*⁷⁰

7.3.- Se cuestiona la confiabilidad del Sistema Inquisitivo.-

Consideran al sistema inquisitivo violatorio del debido proceso, y destacan la necesidad de un sistema dispositivo más moderno y eficaz, con principios claros, que garantice un proceso justo, con reglas concretas y con una estricta distribución de roles.

De acuerdo con este punto de vista, el marco de acción de los tribunales de casación está sometido exclusivamente a aquello que los recurrentes solicitan, de tal manera que el rol del máximo organismo de justicia siempre estará supeditado a la voluntad de las partes. Con mayores argumentos en el caso de la casación civil -como ya lo hemos destacado- que por tratarse de un instituto del proceso civil, se sujeta a ciertas características del derecho privado, en donde predominan los intereses de los litigantes por sobre los intereses del Estado.

Este sector de la doctrina, contrario a cualquier iniciativa del juez, considera que otorgarle a un juez sea de casación o no, poderes de oficio, podría circunscribir la actividad del juzgador dentro de una especie de **“autoritarismo”** procesal.

En el caso de Ecuador, nuestra legislación civil no reconoce una vigencia absoluta del sistema dispositivo, y si bien prevalece tal sistema, existen modernas disposiciones legales con el carácter de orgánicas, que otorgan facultades inquisitivas u oficiosas a nuestros jueces. Aunque estas nuevas y rutilantes disposiciones legales no aplican para nuestro régimen de casación, consideramos que si constituyen interesantes antecedentes para una ulterior modernización de nuestra vigente ley de casación civil. Así, por ejemplo, el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su segundo inciso, le reconoce a los jueces poder suficiente

⁷⁰ Carrión Lugo, Jorge. “El recurso de Casación en el Perú”. Edit. Grijley. Lima. 2003. Pág. 56.

para decidir sobre derechos, aún no planteados por los litigantes, cuando se trata de impedir la vulneración de alguna garantía jurisdiccional. La mencionada disposición, proclama:

Art. 19.- “...Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuere expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo...”

Lo anterior nos demuestra que en el Ecuador no rige el principio dispositivo de manera absoluta, predominando el modelo mixto o “**neo inquisitivo**”, también conocido como modelo “**dispositivo moderado**”, por su combinación con el sistema inquisitivo. Si bien nuestra ley procesal está más orientada al principio dispositivo, establece casos de excepción en los cuales otorga al juez potestades especiales para formar su propio convencimiento, aún con independencia de la voluntad de las partes. Creemos que esta corriente debe regir también en nuestra ley de casación civil, esto es, conservar la necesidad del impulso de parte recurrente para activar la competencia de nuestros jueces de casación -como aporte del sistema dispositivo-, dejando a salvo el poder/deber de nuestros tribunales de casación -como contribución del sistema inquisitivo-, para corregir infracciones esenciales de orden constitucional aunque no hayan sido invocadas por las partes interesadas.

El autor colombiano **Morales**, señala que “*el principio dispositivo priva, pues en este campo transfiere el interés de las partes de los fines a los medios de la justicia, ya que cuando ellas pretenden lograr un bien particular, se convierten en vehículo del interés público al cual se subordina el privado. Por esta causa, el interés privado se tutela en cuanto coincide con el público*”. El mismo autor agrega: “*Así las cosas, el interés público prevaleciente en materia de casación se complementa con*

el privado, que viene a ser el complemento para que aquél opere, y por ese motivo, al hablar de un recurso extraordinario, se dice que persigue la unificación de la jurisprudencia nacional y la enmienda de los agravios inferidos a las partes, aunque esta última faz sea secundaria, pero al mismo tiempo el motor para llegar a la finalidad principal.”⁷¹

7.4.- La tesis de que la casación civil sólo tiene un carácter privado.- Este razonamiento se origina con la concepción privatista del proceso, que consideraba al proceso civil como una especie de cuasi contrato **-la litis contestatio-**, y por tanto de interés exclusivo de las partes, visión ampliamente superada en nuestro derecho contemporáneo, pues el desarrollo del proceso importa al Estado, quien finalmente es quien administra justicia. Es verdad que las partes tienen especial interés en la causa, pero la resolución final en cambio, es una obligación que siempre corresponde al Estado. Al respecto, el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, expone:

Art. 28.- “Principio de Obligatoriedad de Administrar Justicia.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute los juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

⁷¹ Morales Molina, Hernando. “Técnica de Casación Civil”, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963, pág. 42 y 43.

Ahora bien, sin duda que la casación civil persigue un interés privado, que se traduce en el beneficio particular que busca el recurrente con la interposición de su recurso, cuyo ejercicio es indispensable para que el tribunal de casación conozca del asunto. Es decir, no hay posibilidad alguna de que una Sala o Tribunal de Casación resuelva un caso, mientras no acuda a ellos un litigante agraviado que considere que sus derechos han sido lesionados en una sentencia.

En resumen, ese interés privado del recurrente es necesario para poner en movimiento la actividad jurisdiccional de la Corte Nacional, y busca reparar los agravios particulares inferidos por la sentencia impugnada.

Entonces, que la casación civil tiene un carácter privado sí, es indudable, pero tal carácter privado es secundario porque también existe un carácter público, que consiste en la tutela de la ley y en la unificación de su interpretación. Este último carácter fue identificado por el insigne **CHIOVENDA** como interés general o interés de la ley, así: *“de un lado, al interés general de la observancia de la ley como norma abstracta por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto que se admite un recurso en exclusivo interés de la ley”*.⁷²

El tratadista colombiano **Murcia Ballén**, sobre la temática que abordamos señala: *“...el recurso de casación se ha establecido principalmente en interés público, porque mediante él no se permite revisar la situación de hecho del proceso, sino solamente la cuestión de derecho, que es la que en último término interesa a la sociedad. Son la tutela del derecho objetivo, y la unificación de su interpretación, dicese, los objetos que constituyen el fin esencial de la casación; y se agrega*

⁷² Chiovenda, José. “Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Tercera Edición. Madrid. Edit. Reus. 1944, pág. 496.

que, en este recurso, el interés privado del particular agraviado con la sentencia constituye un fin secundario.”⁷³

Por su parte, el especialista **Loza Pintado** refiriéndose a los intereses de la casación, manifestó: *“Como recurso o remedio procesal, la casación opera en dos campos concomitantes: el del interés social o público y el del interés privado. Desde el punto de vista social o público, pretende tutelar y garantizar la vigencia permanente de la ley, constituyéndose en una especie de contralor de la potestad pública de juzgar. En el ámbito del interés privado o particular, propende a la correcta administración de la justicia y precautela al individuo frente al juzgador, en los casos de violación de la norma jurídica o la jurisprudencia legalmente aceptada.*”⁷⁴

En conclusión, ni en la casación civil ni el procedimiento civil en la fase de instancias es exclusivo el interés privado, pues al lado de este se encuentra un interés social, con carácter público, que consiste en el deber del juez de instaurar la verdad en cada expediente judicial que conoce. Y es que la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material, que constituye el sentido de toda administración de justicia, y está por encima de cualquier interés de las partes⁷⁵.

7.5.- Se piensa que la casación de oficio atenta contra el principio constitucional de igualdad de las partes procesales.- Los críticos

⁷³ Murcia Ballén, Humberto. “Recurso de Casación Civil”. Sexta Edición. Bogotá. Edit. G. Ibañez. 2005. Págs. 87 y 88.

⁷⁴ Loza Pintado, Eduardo. “La Casación en el Proceso Civil”. Quito. 1990, pág. 29.

⁷⁵ **Como destacara Calamandrei en 1943: "de la consideración de la jurisdicción, también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta reconocer el carácter público de la función jurisdiccional para deber considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en el que el juez asiste como espectador impasible ...el juez, también en el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como un negocio privado, cuya suerte puede abandonarse al interés individual de los contendientes; por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solícita aplicación de la ley al caso concreto".**

también consideran que con la vigencia de las medidas para mejor resolver, se atenta contra el derecho constitucional de igualdad -la doctrina internacional habla de derecho a la igualdad de armas- que el Estado debe garantizar a ambos litigantes durante el desarrollo del proceso.

Según este razonamiento se piensa que un tribunal de casación al resolver de oficio podría terminar favoreciendo a una de las partes, fundando su fallo en base a una infracción que no fue denunciada en el memorial de casación y cuya rectificación -sostienen los fustigadores de la casación oficiosa- en realidad sólo podía ser pedida o solicitada por el litigante recurrente que pudiere resultar favorecido por tal invocación, vulnerándose el principio de **“igualdad de armas”**.

Este postulado crítico considera, además, que el principio de “igualdad de armas” se rompe por cuanto el tribunal de casación se involucra en la causa, con una decisión que terminará favoreciendo a una de las partes, mediante un pronunciamiento que no era materia del recurso, ultrajando el principio de la congruencia. El tratadista **Palomo Vélez**⁷⁶, en su obra “El debido proceso de la garantía constitucional”, comenta: *“Por persistir en privilegiar más la justicia subjetiva de la meta por sobre la legitimidad objetiva del método de procesamiento, lo cual derivará siempre en arbitrariedad.”* En otras palabras este autor, aludiendo al profesor **Alvarado Velloso**, postula la necesidad, como garantía constitucional, de buscar la justicia en el **“método”** y no en la **“meta”**, por ser lo único verdaderamente accesible a los hombres.

El profesor argentino **Alvarado Velloso**⁷⁷, en una conferencia pronunciada en el Congreso colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Colombia, el 7 de septiembre del 2005, comentó: *“La vigencia de la calidad referida a la imparcialidad del juzgador hace que él deba*

⁷⁶ PALOMO VÉLEZ, Diego, “El debido Proceso de la garantía constitucional”, Ius et Praxis, 2005, vol. 11, pág. 313-317.

⁷⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La imparcialidad judicial y la Función del Juez en el proceso civil”, Conferencia pronunciada en el Congreso colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Colombia, el 7 de septiembre del 2005.

abstenerse de realizar de cualquier forma las tareas propias de las partes litigantes: pretender, afirmar hechos litigiosos, introducir nuevas cuestiones luego de trabada la litis y probar oficiosamente los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbadamente no puede ser suplida por el conocimiento personal que el juez tenga del asunto a fallar.” Sostiene Velloso, que la eventual desigualdad entre las partes, no debe ser paliada por el juez, sino por otras vías legales, como por ejemplo, la designación, por parte del Estado de **defensores “Ad-Hoc”**, o de **asesores jurídicos** muy bien preparados que sean un soporte de los Abogados de las partes, y que procedan con “eficiencia” en causas en las que se tutelan derechos de aquellos sectores más vulnerables, tales como cuestiones de niñez y adolescencia, cuestiones laborales, de familia e incluso asuntos penales. Según Velloso, nunca el juez puede intervenir de manera oficiosa, pues de lo contrario desnivelaría la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real. Lo que consigue el juez, según Velloso, es desequilibrar la balanza de la justicia, y hacer ilegítima su sentencia.

Es innegable que las diligencias dispuestas por un tribunal de casación para mejor resolver, van a producir un resultado distinto, de lo que el o los recurrentes pretendieron al momento de impugnar el fallo. Sin embargo, creemos pertinente mencionar y recordar una vez más, que el sentido de las medidas para mejor resolver en casación civil, radica en evitar una transgresión del orden público, o un atentado contra disposiciones constitucionales, aunque ninguno de los recurrentes haya solicitado tal enmienda o reparación, permitiéndole a nuestro máximo organismo de justicia expedir una sentencia justa. En consecuencia, la casación oficiosa, no afecta la igualdad de las partes, ni el debido proceso, ni al juez natural e imparcial, cualidades esenciales del magistrado. Su objetivo es complementar e integrar la convicción del juez, estableciendo la verdad de la controversia y respetando el derecho a la defensa de las partes.

No debemos olvidar que la principal obligación del juez es su deber de administrar justicia, y justamente la institución de casación civil de

oficio procura atenuar el sistema dispositivo, y conseguir el fin último del derecho, que consiste en arribar a la verdad y a la justicia. En este punto, es valioso recordar las palabras del célebre tratadista **Ramiro Podetti**, para quien *“la verdad no puede ser separada de la justicia y ésta no puede dejar de buscar la verdad”*.

7.6.- Se postula, finalmente, que la casación de oficio como medida para mejor resolver, viola la garantía de imparcialidad del juzgador.- La crítica más acentuada de la doctrina, está ligada a la idea de que casar de oficio afecta a la garantía de imparcialidad que debe caracterizar a todo juzgador. Considera este sector de la doctrina, que para evitar que se rompa esa imparcialidad, es recomendable que el juez de casación asuma una conducta pasiva.

Esta objeción se manifiesta en el sentido de que las partes envueltas en un conflicto de intereses privados deben ser libres de configurar el alcance de sus petitorios así como de sus impugnaciones, del tal manera que al tomarse una decisión judicial sobre un aspecto no solicitado por las propias partes, se desfavorece a una de ellas en socorro del otro litigante, provocándose un desgarró al principio de neutralidad del juzgador⁷⁸.

El requisito de imparcialidad del juez resulta en sumo grado de especial interés para las partes procesales, no sólo se erige como una garantía del debido proceso que el juez se trate de una persona desinteresada en la causa, sino que además busca que la controversia se decida en base a un criterio objetivo e imparcial. Este criterio de objetividad implica que el juez se comprometa con el cumplimiento integral de sus funciones, debiendo aplicar el derecho objetivo al caso concreto, sin que ninguna circunstancia extraña y ajena al proceso influya en su decisión.

⁷⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. “Tratado Teórico Práctico de derecho civil”, Tomo VII, página 749.

Podemos afirmar entonces, que el principio de imparcialidad del juez tiene doble dimensión: por un lado, es una norma del debido proceso, fundamental para una correcta administración de justicia; mientras que por otro lado, constituye una garantía para las partes procesales, como soporte de su derecho a la defensa, que les permitirá acceder a una decisión justa.

Y es que actuar en forma imparcial -como lo exige la constitución- no significa que el juez de casación deba “hacerse de la vista gorda” en temas de orden público, legitimando o aprobando con su falta de pronunciamiento una infracción de naturaleza constitucional, situación que resulta incoherente con nuestro sistema jurídico. Los asuntos de orden público, no pueden entonces entregarse a la voluntad de las partes, porque no son derechos de libre disposición.

Por ello, cuando un tribunal de casación decide resolver una decisión en base a criterios no solicitados ni pretendidos por los impugnantes en su recurso, no es para favorecer o perjudicar a una de las partes, sino para salvaguardar la seguridad jurídica, cumpliendo su misión reparadora del derecho, y evitando además atropellos al orden constitucional.

8.- La Casación Platónica por Errores *IN PROCEDENDO*

Conforme lo hemos mencionado, la casación está llamada a cumplir una misión trascendente para la justicia. Su denominación, que significa “nulidad” en sentido técnico-jurídico, procura la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y contribuye a unificar la jurisprudencia, asegurando la igualdad de las personas ante la ley. La Corte Nacional, como único órgano competente, no entra a juzgar la totalidad del litigio sino sólo la sentencia, con el afán de corregir eventuales errores jurídicos cometidos por los jueces de instancia.

La sentencia puede contener vicios o defectos, como producto de inexactitudes o falibilidades en que puede incurrir cualquier juzgador. Luego, el papel de la casación gravita en enderezar aquellas violaciones que antiguamente se conocían como *vitium in iudicando* -violaciones de normas sustantivas que

permiten resolver aspectos de fondo- y *vitium in procedendo* -quebrantamiento de leyes de procedimiento-, corrigiendo y reparando aquellos errores, de tal suerte que se cumpla con la voluntad de la constitución y de la ley, y no sólo con la voluntad de los contendientes.

Por lo tanto, la casación de una sentencia civil debe operar, aún de oficio, si se produce alguna vulneración de norma jurídica *stricto sensu* -siempre que sea esencialmente grave, o afecte el orden público o la Constitución de la República- en cualquiera de las tres formas que menciona nuestra ley de casación: la negativa a aplicarla, la errada aplicación y la equivocada interpretación. En palabras del jurista chileno Paillas, estas tres formas de infracción de ley consisten en lo siguiente: *“La negativa a aplicar la ley supone que un texto perfectamente claro y que no necesita interpretación especial ha sido directamente transgredido. La errada aplicación de la ley significa que esta norma -imperativa o prohibitiva- se aplicó a una situación de hecho que ella no debía regir. La errada interpretación de la ley supone que el texto que debe aplicarse se presta a controversia y que la decisión impugnada adoptó una interpretación que la Corte de Casación considera que no se ajusta al sentido real del texto: es un error en la deducción de consecuencias legales respecto de los hechos comprobados.”*⁷⁹

En consecuencia, la necesidad de que prevalezca la voluntad de la constitución y de la ley, por sobre la voluntad de las partes procesales, o recurrentes, es precisamente el principal soporte y fundamento para la instauración de la casación platónica. No podemos, entonces, restringir la facultad de la Corte Nacional de enderezar fallos esencialmente viciados, por el simple hecho de que los recurrentes pretendan “convalidar” tales vicios o defectos, omitiendo denunciar tales infracciones en sus memoriales de casación.

Y aún así, no pretendemos sostener que las Cortes de Casación deben pronunciarse sobre todas las infracciones no denunciadas por los impugnantes en sus recursos, sino sólo respecto de aquellas transgresiones que violen el orden

⁷⁹ Paillas, Enrique. “El recurso de casación en materia civil”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008. Pág. 132.

público, o desatiendan alguna norma constitucional, en tratándose de vicios *in procedendo*. No hacerlo implicaría un dislate o despropósito, pues la Corte Nacional como máximo organismo de justicia, debe velar por el respeto a la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico, siempre con atención preferente a la tutela de los derechos constitucionales, preservando el respeto de los principios y valores consagrados en la carta magna.

Con los antecedentes anotados, mencionamos algunos casos -sino los más importantes- en que el control casatorio debe ejercerse, aún de oficio, por tratarse de infracciones que atentan contra el orden público, o porque perturban derechos constitucionales. Entre ellos, destacamos los siguientes:

8.1.- Control casatorio de oficio, en caso de violación de normas que garantizan el derecho al debido proceso.- El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, que aseguran un resultado justo o equitativo al final de todo proceso judicial.

La Revolución francesa, con su “*Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano*”, proclamada el 26 de Agosto de 1789, bajo la redacción de Mirabeau, Mounier y el abate Sieyés, decanta y consolida la noción del debido proceso que hoy rige en casi todos los países del mundo. Incluso, las garantías del debido proceso catalogadas como garantías de derechos humanos, están consagradas en varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por el Ecuador, tales como: La declaración de los derechos humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948, el Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de diciembre de 1966, La convención sobre los derechos del niño aprobada el 20 de noviembre de 1989, entre muchos otros.

Nuestra constitución en su capítulo VIII, bajo el Título “Derechos de Protección”, a partir del artículo 75 hasta el 82 inclusive, consagra

las normas del debido proceso conocidas también como garantías constitucionales, o también derechos fundamentales. De hecho, desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y la Quinta Enmienda, se puede decir que todas las constituciones del mundo consagran la garantía del debido proceso con el carácter de derecho fundamental. Como señaló el maestro uruguayo **Couture**: *“A partir de la Enmienda V la fórmula law of the land, transformada ya en due process of law, comenzó su recorrido triunfal por casi todas las constituciones del mundo y en especial las americanas. El concepto “procedimiento legal” fue considerado desde entonces como la garantía esencial del demandado, de la cual ninguna ley podrá privarle.”*⁸⁰

En la actualidad, la doctrina moderna y la jurisprudencia internacional identifican una doble naturaleza del debido proceso: la orgánica y la procesal. La primera comprende las garantías relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, competencia, responsabilidad, entre otras facultades. Por su parte, la naturaleza procesal, en palabras del maestro italiano fundador de la corriente garantista **Ferrajoli**, comprende: *“Las garantías relativas a la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios y demás actos de instrucción, la publicidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos judiciales, etc.”*⁸¹

En general, el control casatorio que se ejerce sobre la gran mayoría de garantías del debido proceso se refiere a infracciones de forma, conocidos como errores *in procedendo*, que dada su trascendencia

⁸⁰ Couture, Eduardo. “Estudios de Derecho Procesal Civil”. Tomo I. págs. 50 y 51

⁸¹ Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón” – Teoría del garantismo penal. Págs. 539 y 540.

suelen afectar al orden público. En definitiva, el control casatorio en esta especie de infracciones tiene por objeto subsanar los vicios causados restableciendo las formas del juicio.

Por su parte, el jurista español **Guzmán Fluja**, recogiendo las ideas de **Satta** y **Calamandrei**, anota lo siguiente: “...*en la gran mayoría de los casos en los que se produce una infracción de ley procesal, y desde luego si se trata de propios errores in procedendo, difícilmente puede justificarse que el recurso de casación cumpla una exclusiva misión de uniformar la jurisprudencia, porque se trata de preceptos que normalmente no implican interpretación: se aplican o se inaplican, se cumplen o se incumplen, pero difícilmente pueden existir discrepancias judiciales sobre su sentido o significado.*”⁸²

Naturalmente que para hablar de afectación al orden público, los errores o vicios *in procedendo* deben ser trascendentes. La trascendencia significa que para que sea objeto de casación, tales violaciones deben afectar el derecho a la defensa de cualquiera de las partes o de ambas en un procedimiento. En palabras del tratadista argentino **Falcón** “...*Este llamado principio de trascendencia, significa que no es posible nulidad alguna sin que exista desviación importante que afecte la defensa en juicio y que exista interés jurídico en la declaración derivada del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular.*”⁸³

Entonces, los vicios deben ser substanciales o trascendentes y, si se trata de errores en que incurrió el juez, éste debe haber tenido la posibilidad de comprobar su inobservancia. El autor chileno **Pailas**, abundando sobre los errores de procedimiento añade: “*Los vicios pueden ser cometidos en la conformación del tribunal, en la falta de comunicación del proceso al ministerio público, en el desarrollo*

⁸² Guzmán Fluja, Vicente. “El recurso de casación civil”. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.

⁸³ Falcón, Enrique. “El sistema y las nulidades”. Revista de Derecho Procesal 2007-1. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2007.

irregular de los debates, en el quebrantamiento de las reglas sobre publicidad de la audiencia, o pueden ser vicios relativos al pronunciamiento de la sentencia y su redacción, etc. Se presume que las formas del procedimiento han sido observadas, salvo prueba en contrario.’’⁸⁴

En todo caso, toda vulneración al debido proceso trae como consecuencia la nulidad de lo actuado a partir de la consumación del vicio o error. Consideramos que en estos casos debe procederse aún de oficio, siendo deber de la Corte Nacional de Justicia la observancia del debido proceso, pues representaría un desacierto gravísimo el pretender uniformar jurisprudencia con fallos que son consecuencia de vulneraciones a garantías constitucionales, transgresiones que no podrían ser subsanadas por así haberlo querido los recurrentes. Tal situación sencillamente implicaría un contrasentido a los fines de la casación, por lo que insistimos, infracciones procesales que afectan bienes jurídicos como la publicidad, la jurisdicción, la competencia, o la motivación de las resoluciones judiciales, etcétera, bien pueden ser objeto de una casación civil de oficio.

Grafiquemos con un claro concepto el caso de una vulneración al derecho de todo ciudadano a ser juzgado únicamente por un juez competente. En palabras de Alsina, la competencia es *“aquella aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado”*. Este principio se constituye en un elemento medular del debido proceso, en la medida que se desarrolla y estructura el postulado constitucional establecido en el literal k), del numeral 7, del artículo 76 de nuestra Constitución de la República.

La necesidad de la existencia de un juez natural implica específicamente la prohibición de crear jueces, juzgados y tribunales de excepción, o de desconocer la competencia de la jurisdicción

⁸⁴ Paillas, Enrique. “El recurso de casación en materia civil”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008. Pág. 140.

ordinaria. La garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previo a una persona, sino la seguridad de un juicio imparcial y con **plenas garantías de defensa** para el procesado.

La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de nuestra Corte Nacional de Justicia, refiriéndose a la competencia como garantía del debido proceso, en un fallo bastante ilustrativo -en la parte que nos atañeseñaló: “...*Precisamente, en uno de los fallos de triple reiteración a los que se refiere el Tribunal ad quem, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado: ‘La competencia del juez es un presupuesto procesal, es decir una formalidad necesaria para iniciar y tramitar válidamente un proceso. Según nuestra legislación procesal es una solemnidad sustancial, cuya omisión ocasiona la nulidad de lo actuado, siempre que dicha violación hubiere influido o pudiere influir en la decisión de la causa (Arts. 355, regla segunda, 358 del Código de Procedimiento Civil). Sobre la sanción procesal por falta de sorteo previo, hay doctrinas contrapuestas: una que sostiene que el sorteo es un modo de distribución de los juicios que en cierto sentido afecta el orden público y su omisión ocasiona nulidad absoluta, que debe ser declarada de oficio o a petición del interesado. Otra, que sostiene que el sorteo para radicar la competencia preventiva del juez es sólo una medida de economía tendiente a regular una adecuada distribución del trabajo cuando en el mismo lugar existen dos o más jueces competentes para conocer de un asunto, y la infracción de dicha regla no conlleva la nulidad procesal si no causa indefensión. A esta tesis se adhiere la Segunda Sala de la Corte Superior de Babahoyo en la sentencia impugnada por la recurrente. Esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia estima que la irregularidad procesal de avocar el conocimiento de una causa sin previo sorteo en los casos de competencia preventiva conlleva la nulidad de lo actuado siempre que hubiere influido en la decisión de la causa. En otras palabras,*

cuando esa irregularidad tenga consecuencias procesales de tal magnitud que lesionen o menoscaben el derecho de defensa y el debido proceso, que son los elementos rectores que han de examinarse en cada caso...’’⁸⁵

8.2.- Control casatorio de oficio, de la Logicidad en la motivación de las Resoluciones Judiciales.- Aunque la motivación también implica una norma del debido proceso, creemos pertinente dedicarle un capítulo especial por su trascendencia. Motivar significa explicar la razón o el motivo que ha llevado a una autoridad a tomar una decisión. La exigencia de una acertada fundamentación en los fallos judiciales, tiene por objeto no sólo garantizar los intereses de las partes en el proceso, sino que trasciende a los intereses de todo Estado de derechos y de justicia. Al parafrasear al gran jurisconsulto romano **Javolenus** con su máxima: *“Omnia definitio in jura civilis periculosam est”*, que significa toda definición en derecho es peligrosa, nos percatamos de la necesidad e importancia que ejerce la casación civil en el control de la logicidad y su correspondiente motivación de las resoluciones jurisdiccionales.

De acuerdo con el literal 1), del numeral 7, del artículo 76 de la Constitución, es obligación constitucional irrefutable del juez, y de todos los órganos de la administración pública, fundamentar y motivar sus resoluciones. Todos los actos emanados de una autoridad legítima y competente tienen que ser por tanto motivados, esto es, fundamentados.

La obligación de motivar aparece en las constituciones democráticas para tutelar a los ciudadanos frente al poder estatal. Sin embargo, además de esta garantía se apunta también a un principio jurídico político que expresa la necesidad de controlar y fiscalizar los actos administrativos o del Estado, a cargo del propio pueblo,

⁸⁵ Resolución No. 260-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 169, 15-VII-2011

depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos. El literal 1), del numeral 7, del artículo 76 de nuestra Constitución, señala:

Art. 76.- “... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

La motivación, entonces, es una garantía fundamental de las personas, que busca asegurar que las resoluciones tomadas en los procesos judiciales no sean arbitrarias. En este sentido, la motivación aparece como un mecanismo legal que nos protege contra abusos, y autoritarismos, y he ahí su relación con el derecho a la defensa. Uno de los elementos de esta tutela judicial efectiva, está constituido por la motivación, como una herramienta, convertida en derecho fundamental, destinada a precautelar o defender a los individuos contra abusos de funcionarios públicos.

La Sala Civil, Mercantil y de Familia de la Corte Nacional de Justicia, ejerciendo su deber de fiscalizar la correcta motivación de los fallos de instancia expresó en uno de sus recientes fallos -en la parte que nos corresponde-, lo siguiente: “...*Es indispensable que los funcionarios judiciales expliquen y fundamenten sus decisiones’ (Teoría General del Proceso, págs. 74-75), es decir en estricta interpretación judicial de la norma constitucional, la motivación conlleva la observancia de tres requisitos consecuentes: 1. Los*

hechos o acontecimientos que irrumpen en la existencia y han sido incluidos en el proceso constituyendo la verdad procesal u objeto de resolución, determinados en la misma resolución; 2. La norma o precepto jurídico aplicable a aquellos hechos o que los subsume; y, 3. La explicación de pertinencia de éstos a aquellos que no son sino las razones, fundamentos o motivos por los cuales una norma jurídica o normas jurídicas determinadas se aplican a los hechos también determinados en el fallo. En la especie, se aprecia que la sentencia impugnada cumple con el requisito esencial de la motivación, pues el fallo señala hechos, normas jurídicas y explicación de pertinencia de estas a aquellos, sin que se aprecie inclusive que el razonamiento efectuado sea arbitrario o absurdo. La violación de este principio en modo alguno se da porque no se hayan considerado otros hechos que los recurrentes indican obran del proceso, pues analizarlos sería tanto como efectuar una reapreciación de las actuaciones procesales y por tanto entrar en el campo del extinto recurso de tercera instancia. La motivación no se ve afectada porque sus conclusiones sean divergentes o contrarias con las pretensiones de los recurrentes, sino que exige que toda resolución como acto jurídico procesal, mantenga orden y cohesión lógico jurídica, explicitando los motivos de la decisión que permitan a las partes y la sociedad en general fiscalizar el accionar jurisdiccional y ejercer los derechos procesales entre ellos el de impugnación...»⁸⁶

Por lo tanto, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un requisito intrínseco para su validez. Una resolución no motivada o insuficientemente motivada, es una resolución nula y contraria a Derecho, al infringir directamente un mandato constitucional. Al informar el ejercicio de la función jurisdiccional y por tratarse de un derecho fundamental, traspasa el interés de los justiciables, elevándose a categoría de norma de orden público.

⁸⁶ Resolución No. 44-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 122, 21-II-2011

8.2.1.- El control de logicidad en las resoluciones judiciales

En el Ecuador la valoración de los elementos probatorios y las conclusiones a que ha llegado el juzgador sobre dicha valoración no son cuestionables mediante la casación civil, debido a que se trata de una facultad propia de los órganos de instancia, sin embargo, el mecanismo lógico que el juez de instancia utiliza para emitir su decisión, si es objeto de control mediante el recurso de casación. Es decir, la casación civil debe operar aún de oficio cuando exista una incoherencia o contradicción entre la fundamentación de un fallo y la parte dispositiva de una sentencia.

Podemos definir al control de logicidad como la labor a cargo de la Corte de Casación, de evitar que las sentencias de los órganos de instancia se dicten sin esbozar un correcto razonamiento que sustente la resolución final, basado en las reglas de la lógica y de la experiencia. El control de la logicidad representa, en consecuencia, un elemento connatural a los fines de la casación civil.

Así, si un juez de instancia omite hacer mención en su fallo de todos los medios de prueba aportados por los litigantes, cuando nuestra ley procesal lo conmina a ello en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, mencionando sólo aquellos medios de prueba que le permiten arribar a su decisión, estaría vulnerando el principio de verificabilidad, atentando contra la logicidad de la fundamentación. De la misma forma, si el juez de instancia transcribe solamente los medios de prueba, sin verter la valoración que sobre ellos le corresponde efectuar, vulnera de igual manera la logicidad del fallo.

El autor argentino **Peyrano**, en relación a la importancia de que el recurso de casación vigile la logicidad en la motivación de

las resoluciones judiciales, anota lo siguiente: *“Hoy se habla sin embarazos del control de logicidad de las resoluciones judiciales y de la posible impugnación de éstas a raíz de violaciones cometidas contra las leyes del buen pensar. Tanto es así que, recientemente, uno de los temas centrales de un certamen científico -Terceras Jornadas de Derecho Procesal desarrolladas en Barcelona, entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 1990- fue el recurso de casación y el control sobre el razonamiento jurídico. Vale decir que se está revalorizando el rol que le incumbe cumplir a la Lógica Formal en el recinto de lo jurisdiccional, y específicamente en el de la confección de las decisiones judiciales. Y está bien que así sea puesto que, por ejemplo, las motivaciones contradictorias entre sí determinan que, en los hechos, la resolución respectiva carezca de debida fundamentación pese a las apariencias.”*⁸⁷

Piero Calamandrei es el autor de la expresión “control de logicidad de las resoluciones judiciales”. Este afamado jurista italiano comentó: *“...la sentencia es un juicio lógico, esto es, un acto de la inteligencia. El Estado cuando ha investido al juez del poder soberano de proclamar autoritariamente lo que en el caso concreto quiere la ley, ha confiado al juez como una provisión de potestad de mando, de la que el juez puede hacer uso en cada caso para formular en concreto la voluntad que en la ley está expresada solamente en forma hipotética y abstracta; el Juez no se sirve de esta provisión durante el desarrollo de la actividad lógica que precede a su pronunciamiento; mientras se limita a razonar, se sirve solamente de la facultad de raciocinio que es necesaria y suficiente a todo intérprete que ha de enfrentar un hecho específico y concreto con el hecho hipotético y abstracto descrito por la ley; pero cuando de su argumentación de intérprete que razona nace finalmente una conclusión, solamente*

⁸⁷ Peyrano, Jorge. “Acerca de la lógica de la argumentación jurídica”. I curso Taller en Materia Procesal Civil para Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima, 1996, pág. 34.

entonces, como órgano del Estado, impone a este producto de una argumentación lógica, el sello de autoridad del Estado y, solamente entonces, dejando de lado los instrumentos de lógica jurídica que le han servido hasta aquel momento para seguir adelante en su trabajo, pone en práctica el poder del mando, que hasta aquel momento tenía en reserva, para transformar en voluntad del Estado el producto de su razonamiento, para infundir oficialmente en aquella conclusión de un silogismo común el espíritu de la autoridad, que puede hacer de ella una sentencia.»⁸⁸

Nuestra ex Corte Suprema de Justicia, en uno de sus tantos fallos reiterados, describió la importancia de que los tribunales de casación ejerzan control de logicidad para constituir una correcta motivación de las resoluciones judiciales. En este sentido, la ex Primera Sala de lo Civil se pronunció así: *“...La motivación de la sentencia constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los 'considerandos' de la sentencia... la valoración de las pruebas y la determinación de conclusiones inferidas de ellas, es potestad soberana del Tribunal de mérito. El Tribunal de Casación sólo puede controlar si esas pruebas son válidas (legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescritas; en una palabra; si la motivación es legal. Fuera de este límite, el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación... La motivación, para ser lógica, debe responder a las referidas leyes que presiden el entendimiento humano. Deberá tener, por tanto, las siguientes características: 1) Debe ser coherente... 2) La motivación debe ser derivada, es decir, debe respetar el*

⁸⁸ Calamandrei, Piero. “Estudios sobre el proceso civil”. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pág. 467 y 468.

principio de la razón suficiente... Para ello la motivación debe ser concordante: a cada conclusión afirmada o negada, debe corresponder convenientemente un elemento de convicción del cual se pueda inferir aquélla. Como explica Núñez, el elemento probatorio mencionado por el juez debe referirse a lo que se pretende probar. No existiría esa concordancia, cuando se invocara, v. gr., una partida de nacimiento para probar la existencia del matrimonio o muerte de la víctima. Para que esa concordancia pueda existir, el razonamiento o la convicción debe derivar de elementos verdaderos y suficientes. La motivación debe ser verdadera, o auténtica, no falsa. Se viola esta regla cuando se basa en elementos probatorios inexistentes o falseados en su contenido o en su significado. En una palabra, no se debe apoyar en antecedentes inexactos o alterados. Una interpretación o utilización arbitraria de la fuente de convencimiento, conduce a la falsa motivación de la sentencia, como el caso de extraer un cargo delictuoso de una manifestación testimonial que no lo contiene... 3) Finalmente, la motivación debe ser adecuada a las normas de la psicología y la experiencia común...»⁸⁹

También los autores argentinos **González Novillo** y **Federico Figueroa**, opinaron sobre el control de logicidad lo siguiente: *“La fundamentación de la sentencia exigida por la ley y la constitución tiene como estructura los razonamientos realizados, con arreglo a las pruebas incorporadas al proceso, en los cuales el tribunal finca su conclusión, la cual, por la vía del recurso de casación, puede ser sometida al control de logicidad de aquella motivación.”*⁹⁰

8.2.2.- El error *In Cogitando*

⁸⁹ Expediente No. 96-2000, Primera Sala. R.O. 63, 24-IV-2000.

⁹⁰ González Novillo, Jorge y Figueroa Federico. “El recurso de casación en el proceso penal”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 75.

Algunos autores como **Guirardi**, han denominado a los vicios de razonamiento de un juez como errores *in cogitando*. El vicio *in cogitando* se refiere a errores contenidos en la resolución, cuyo razonamiento viola las reglas de la lógica en su estructura. Es esencial entonces que nuestros tribunales de casación, aunque sea de oficio, ejerzan control sobre los errores *in cogitando* en que pueden incurrir los jueces de instancia respecto de sus razonamientos. El antes mencionado autor argentino, sobre el tema explicó: *“Por los casos que llevamos mencionando, advertimos que si falta la fundamentación, la sentencia tiene un vicio. Este vicio aparece analizando las formas de razonar de un juez. Se habrá visto también que, a veces, la fundamentación existe, pero es defectuosa. Puede ser dogmática, puede ser aparente, como cuando se dice que el derecho es vida y sobre esa aserción se pretende fundamentar un aspecto importante de un fallo. En otro caso, la fundamentación, si bien existe, se estima que es insuficiente, es decir, el razonamiento del juez no alcanza a mostrar los pasos mentales que dio para llegar a su conclusión... En suma, lo que se quiere con la fundamentación de las sentencias, es que queden bien en claro dos principios, que le he llamado de la siguiente manera: de la verificabilidad y de la racionalidad. El principio de la verificabilidad es un principio que los epistemólogos, en el orden de las ciencias naturales, exigen a los científicos para aceptar las conclusiones a las cuales llegan. El científico tiene la obligación de explicar el experimento para que cualquiera lo pueda comprobar. Lo mismo debe ocurrir en el orden jurídico con relación a la sentencia que el juez formula. Cualquier jurista debe estar en condiciones, ante los razonamientos esbozados, de comprobar su solidez lógica, en el caso de que se trata”*.⁹¹

⁹¹ Ghirardi, Olsen. “El razonamiento débil”. Alveroni Ediciones. Córdoba. 1993. Pág. 49.

No podemos desconocer, en todo caso, que la motivación tiene que apoyarse en elementos probatorios legalmente aportados al proceso, y que tales medios de prueba deben responder a la normatividad procesal que regula sus formas esenciales para su validez jurídica. Luego, lo que juzga la casación civil es la estricta aplicación de las leyes de la lógica que muchas veces se pueden alterar por una exagerada rigurosidad, o cuando el juez actúa con precipitación, arrebatos, obsesiones, prejuicios o intereses personales, errores que emanan de la propia naturaleza humana del juzgador.

Como nos enseñaba el afamado jurista uruguayo **Couture**: *“La sentencia no es un pedazo de lógica, ni es tampoco una pura norma. La sentencia es una obra humana, una creación de la inteligencia y de la voluntad, es decir, una criatura del espíritu del hombre.”*⁹² Esto significa que todo juez resuelve en el contexto de sus propias circunstancias, lo que hace más susceptible la posibilidad de error en la difícil labor de motivar. El autor peruano **Carrión Lugo**, también comentando sobre este pormenor opina lo siguiente: *“...No se puede negar, por tanto, que hay una estrecha relación entre el razonamiento y la situación en que razona el juez pensante. Por eso es que en gran medida la corrección del razonamiento contenido en la resolución judicial depende de su adecuación a esas circunstancias. Si bien los principios lógicos, que son universalmente válidos, nos dan pautas, empero, el juez, en cada uno de sus actos de pensar imprime ideas, enjuiciamientos y opiniones que proceden en gran parte de sus propios conocimientos, intereses e intenciones, así como de las circunstancias sociales, históricas y físicas en que actúa. El razonamiento del juez será correcto si, por un lado, observa los principios lógicos, y por otro lado, toma en consideración las condiciones, las circunstancias y los distintos*

⁹² Couture, Eduardo. “Introducción al estudio del proceso civil”, De Palma, Buenos Aires, 1988, 2da. Edición, pág. 73.

*factores que circundan la materia objeto del juzgamiento, sin dejar de lado naturalmente sus conocimientos personales, sus experiencias, los precedentes, etc.”*⁹³

En resumen, podemos afirmar que existe falta de motivación en una resolución judicial cuando se producen dos manifestaciones: 1. Cuando existe una falta de motivación propiamente dicha; y, 2. Cuando existe una defectuosa motivación, la que se puede presentar en tres escenarios procesales: 2.1. Por motivación aparente; 2.2. Por motivación insuficiente; y, 2.3. Por motivación defectuosa.

La motivación será aparente cuando se funda en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos. La motivación será insuficiente cuando el razonamiento del juez no alcanza para justificar los alcances de su decisión. Finalmente, la motivación es defectuosa, cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia, incurriendo en lo que se denomina *error in cogitando* o de incoherencia.

Entonces, respecto al denominado error *in cogitando*, si el razonamiento efectuado por el juez de instancia es contradictorio a la resolución tomada, habrá una motivación defectuosa, incorrecta, o si se quiere inválida, ocasionando la nulidad absoluta de la decisión judicial.

9.- La Casación Platónica por errores *IN IUDICANDO*

No podemos desconocer -y así lo hemos manifestado a lo largo de este estudio- que nuestro sistema de casación civil es extremadamente riguroso, caracterizado por excesivas formalidades, que constituyen indicativos claros de lo extraordinario de este recurso. Esta exigencia de presupuestos se manifiesta

⁹³ Carrión Lugo, Jorge. “El recurso de casación en el Perú”. Edit. Grijley. Lima. 2003. 2da. Edición. Págs. 177 y 178.

principalmente en el escrito de interposición del recurso, lo que conlleva a que -en la actualidad- la mayoría de los recursos de casación interpuestos en el Ecuador sean rechazados *in limine*, esto es, en el acto inicial del procedimiento casatorio. Por ello, en la práctica hemos comprobado que el exceso de requerimientos en la interposición del recurso de casación, en la mayoría de los casos representan un óbice, un obstáculo, o en definitiva un estorbo, para que el instituto cumpla con su finalidad nomofiláctica, impidiendo que el máximo órgano jurisdiccional resuelva el aspecto de fondo del recurso.

Si el origen y desarrollo de la casación están ligados a intereses del Estado, como lo son el resguardo de la voluntad de nuestros legisladores y la correcta aplicación de la ley, entonces, es naturalmente obvio que la casación al defender la vigencia de la ley, procura también tutelar la soberana voluntad de los ecuatorianos. Por este motivo, es necesario poner un freno a tantos desfavores que producen los recursos mal interpuestos, que al ser rechazados *in limine* legitiman sentencias de tribunales de instancias, la mayoría de ellas viciadas con notorias infracciones de ley.

Qué solución proponemos...?? Simple. Debido a la elevada misión jurisdiccional de nuestros magistrados de Corte Nacional, no nos aventuramos a recomendar la desformalización del recurso, ni tampoco a sugerir la simplificación de los mismos, pero tampoco podemos permitir “que la justicia se siga sacrificando por la sola omisión de formalidades” en abierta violación del artículo 169 de nuestra Constitución de la República. Por ello, creemos pertinente la instauración en el Ecuador del instituto de casación platónica, con capacidad para resolver también aspectos de fondo. La propia constitución proscribire la prevalencia de las solemnidades por sobre la majestad de la justicia, al establecer en el artículo 169 *ibídem* lo siguiente:

Art. 169.- “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido

proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado a través de una multiplicidad de fallos reiterados respecto a la prevalencia de la justicia, por encima de ritualidades o formalismos procesales. Este axioma de raigambre constitucional está por encima de cualquier norma procesal e incluso prevalece sobre las disposiciones especiales de la ley de casación civil. El indicado órgano judicial, pronunció lo siguiente: **“SÉPTIMO.- El hecho de no haberse seguido el procedimiento riguroso y formalista para la designación y posesión del perito encargado de la prueba de sangre acerca de la histocompatibilidad genética ya referida, no es causal de descalificación por la seriedad científica de la prueba producida a través de la Cruz Roja Ecuatoriana que es un organismo del Estado y que goza de respetabilidad intachable. Además, sobre el punto la entonces Corte Suprema de Justicia en el fallo pronunciado el 8 de noviembre del 2001 en la Resolución No. 367-2001 dentro del juicio No. 192-2001 de la ex Primera Sala de la materia, abordó sobre el particular pronunciándose a favor de la justicia por sobre ritualidades formalistas o, lo que es lo mismo, que no se debe ‘...sacrificar la justicia por la mera omisión de formalidades’ (G. J., Serie XVII, No. 8, pp. 2264 y 2265); y, reiterando el valor y respetabilidad científica de la prueba moderna de ADN, el más alto Tribunal de Justicia de Casación del país, en fallos de triple reiteración, publicados en la G. J. No. 1, Serie XVII en sentencia expedida el 11 de febrero de 1999 en el proceso de casación No. 190-99, publicado en el R. O. No. 159 de 29 de marzo de ese mismo año, relevó la obligatoriedad de la prueba en cuestión para el juzgador. Y, como para que no quedase duda alguna acerca de la primacía del principio de justicia por sobre las ritualidades o formalidades, la actual Constitución de la República del Ecuador lo destaca y remarca en el artículo 169 cuando proclama que el ‘sistema procesal es un medio para la realización de la justicia... No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades’. Por las consideraciones expuestas, esta Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS**

*LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa la sentencia de la que se ha recurrido. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.*⁹⁴

9.1.- Necesidad de creación de la casación de oficio en la resolución de los aspectos de fondo

Entre las principales razones que anotamos como sustento de la casación de oficio por cuestiones de fondo mencionamos las siguientes: a) La necesidad de mejorar la efectiva tutela del servicio de administración de justicia; b) Restaurar la vigencia del principio de igualdad legal para las partes; y, c) Precautelar el interés social, como fundamento de orden público, en virtud de que el Estado no es ajeno a la solución de las controversias judiciales.

Desde el punto de vista del interés público de la casación, la instauración de la institución en comento permitirá afianzar la defensa de la ley, manteniendo la integridad del orden jurídico, salvaguardando la correcta aplicación de la ley a los fallos judiciales. Respecto al interés privado de la casación civil, la casación de oficio permitirá a las partes enmendar los agravios que hayan sufrido, mediante un servicio de justicia proactivo, más eficiente y más equitativo.

De cualquier manera, -dejamos constancia desde ya- que no todo error de derecho debe originar la actividad y procedencia del instituto, sino sólo aquellos errores o infracciones de ley que influyan sustancialmente en la decisión final.

Ahora bien, es importante también establecer el modo en que deben operar las facultades oficiosas por cuestiones de fondo de nuestros tribunales de casación. En la praxis, debe ejercerse únicamente en aquellos casos en que el recurso de casación civil no haya reunido todos los requisitos técnicos de formalidad. En estos casos, la Sala de Casación antes de rechazar el recurso por defectos de formalización, deberá observar si la violación de ley denunciada -en el malhadado escrito de casación- ha influido substancialmente, o no, en la parte resolutive de la sentencia. Si la infracción de ley es grave, al punto de haber

⁹⁴ Resolución No. 291-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 170, 19-VII-2011

influido en la decisión final la corte de casación deberá actuar de oficio, emitiendo una sentencia que resuelva correctamente el aspecto de fondo.

Es decir, la casación de oficio sólo podrá tener lugar si la naturaleza de las infracciones legales que denuncia el impugnante, son trascendentes, graves o manifiestas, esto es, que sean influyentes o substanciales en la decisión de la causa. En estos casos, la corte 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. En resumen, lo que determina la procedencia de la casación civil de oficio, por errores *in iudicando*, es el carácter de *decisoria litis* de la norma infringida, esto es, que sea de *“aquellas con arreglo a las cuales debe fallarse el juicio, porque sólo ellas pueden influir de un modo substancial en lo dispositivo del fallo”*.⁹⁵

Pero, ¿cómo determinar si una infracción de ley influye, o no, en la decisión de una causa...??. Para establecerlo, es necesario ponderar o discernir si la resolución habría sido diferente en caso de no incurrirse en tal infracción de ley. En otras palabras, la vulneración de derecho debe ser de tal magnitud que de no haber ocurrido, sea dable entrever que la controversia se hubiera resuelto en otra forma. Finalmente, para colegir si un error de derecho “influye” en la decisión final, es preciso que exista un nexo causal entre la equivocación del juez en la aplicación o interpretación de la ley, y la solución dada al caso concreto sometido a su decisión. Dicho nexo causal debe ser determinante, pues no de otro modo puede entenderse la expresión “substancial”.

La Corte de casación debe descifrar, si la infracción de ley que quedaría impune por los defectos formales de la interposición del recurso, es tolerable en el aspecto social, y en el aspecto jurídico; debe desentrañar si al no obrar de oficio, se consumaría una injusticia evidente o subsistiría un pésimo precedente. Al respecto, el reconocido tratadista chileno **Troncoso Martinic**, en su obra “Casación en el Fondo Civil y Casación Oficial”, expuso lo siguiente: *“Podría*

⁹⁵ Espinoza Solis de Ovando, Alejandro. “De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil”. Sexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1985. Pag. 177.

*afirmarse a modo de hipótesis, que en la práctica existe una limitación subjetiva, en tanto que para proceder de oficio la Corte requiere que el error de derecho sea craso y manifiesto”.*⁹⁶

En aquellos casos en que se produce una violación de norma jurídica, sin el talante suficiente para producir un cambio diametral en la solución concreta del conflicto, no cabría la medida extrema de casar oficiosamente como mecanismo para mejor resolver.

9.2.- Cómo debe operar la casación de oficio por aspectos de fondo

Consideramos, como punto de partida, que el primer elemento para que opere la casación civil de oficio por cuestiones atinentes al fondo de la resolución, consiste en que el recurso planteado por el agraviado esté viciado con defectos en su formalización. Como segundo elemento, sostenemos que ese recurso mal planteado debe impugnar un fallo por violación de normas que afectan la parte dispositiva del fallo, entiéndase aspectos de fondo, y no sólo sustentarse en vulneraciones de normas *in procedendo*.

Respecto a este segundo requisito, creemos que si la Corte Nacional va a casar de oficio por cuestiones de fondo, es naturalmente lógico que el fundamento del recurso de casación -aunque esté defectuoso- se refiera a errores *in iudicando* que hayan atentado contra la decisión de mérito, pues si el impugnante solamente funda su casación en aspectos de forma, no podría la Corte de Casación hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Y es que, en la forma en que abordamos la temática, es el recurrente -como ocurre en la casación civil común- quien fija los límites del tribunal de casación para proceder de oficio como medida para mejor resolver, por aspectos de fondo. Por lo dicho, si hubiere errores *in iudicando* no impugnados por el recurrente, la Corte Nacional no podrá ni de oficio, pronunciarse sobre tales vicios, por muy injustos que parezcan. Con ello, procuramos mantener la influencia del principio

⁹⁶ Troncoso Martinic, Pedro. “Casación en el Fondo Civil y Casación Oficial”. Edit. Jurídica Chile. Santiago. 1992.

dispositivo en nuestro régimen de casación civil, y no correr el riesgo de dotar a los Magistrados de casación de herramientas inicuas o proclives a arbitrariedades.

De esta manera, en el mismo fallo la Sala de Casación deberá hacer mención a dos cuestiones, por un lado, respecto a la falta de requisitos de procedibilidad del recurso interpuesto, y los motivos por los cuales se decide subsanar tales errores; y por otro, el pronunciamiento que resuelve de oficio el aspecto de fondo de la casación, en los términos en que fue planteado por él o los agraviados.

En consecuencia, la Corte Nacional podrá casar de oficio una sentencia por errores *in iudicando*, pero no podrá alterar: **a)** Aquella parte de la sentencia que el recurrente no impugnó; y, **b)** Ni los fundamentos, o expresión de motivos, esgrimidos por el agraviado en su casación, respecto de aquél fragmento de la sentencia que sí fue impugnada.

En último lugar, como tercer presupuesto, mantenemos la opinión de que la infracción de ley denunciada por el agraviado -en su inconsistente escrito de interposición- influya directamente en la decisión de la causa. Es decir, lo que amerita la medida extrema para mejor resolver, es la transgresión del orden jurídico, pero “siempre que” esta infracción influya substancialmente en la resolución de la sentencia.

El Magistrado chileno **Muñoz Gajardo**, comentando sobre la facultad de ponderación y determinación de la gravedad de la infracción que debe ejercer la Corte de Casación, expuso: “...*La corte de casación deberá limitarse al establecimiento, ponderación y determinación de la causa de casación en el fondo, y una vez acordada su existencia, no podrá sino casar oficiosamente el fallo que está conociendo y respecto de cual desechó la impugnación por defectos de interposición*”.⁹⁷

9.3.- Errores de procedibilidad comunes en el memorial de casación civil

⁹⁷ Muñoz Gajardo, Sergio Manuel. “La Casación en el Fondo de Oficio en Materia Civil”. Memoria de la Prueba. Universidad Católica de Valparaíso. 1984. Pág. 57.

El artículo 6 de nuestra vigente ley de casación civil, señala los requisitos que debe contener todo escrito de interposición de este recurso. La mencionada norma expone lo siguiente:

Art. 6.- “Requisitos formales.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

- 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;**
- 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;**
- 3. La determinación de las causales en que se funda; y,**
- 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso”**

No pretendemos que se reforme, modifique o derogue parcialmente esta disposición. Creemos que la formalidad del recurso debe mantenerse, con la salvedad eso sí, de que cuando el caso lo requiera, no se sacrifique la justicia por omisión de formalidades.

Entre los defectos más comunes encontramos aquellos recursos que omiten determinar en forma categórica la ley o las normas jurídicas que se suponen quebrantadas. Suele ocurrir también, que los agraviados no realizan una correcta proposición del recurso, que se traduce en una incorrecta fundamentación del mismo. También se sostiene en nuestra Corte Nacional, que un recurso de casación suscrito “ofreciendo poder o ratificación de gestiones del agraviado”, o suscrito sin autorización por un Abogado que no venía desempeñando el patrocinio en las etapas de instancia debe ser rechazado por improcedente.

La Corte Nacional, en un reciente fallo expedido por la Sala Civil, Mercantil y de Familia, refiriéndose a los errores de fundamentación del recurso, expuso lo siguiente: *“Es tarea del recurrente colocar o más bien encasillar su argumentación de ataque a la sentencia que espera sea casada, en la causal que*

corresponde, lo que se conoce como la adecuada y correcta proposición del recurso; pues de lo contrario nos enfrentamos a una suerte de anarquía jurídica, en la cual, quien; recurre podría hacer una serie de exposiciones, argumentos y alegaciones, muchas veces inconsistentes y, el Tribunal de Casación tendría que a su vez, escoger que es lo que puede servir como sustento del recurso y buscar en qué causal encasillarla, lo cual, desde luego no es su tarea.- Al respecto, Humberto Murcia Ballén nos dice: ‘Y como el Tribunal de Casación, como tal, tiene limitados sus poderes por los ,términos, en que se planteó el recurso, la formalización o fundamentación se convierte en la piedra angular en que ha de apoyarse, principalmente, el éxito de esta especial impugnación. Debido, pues, a la gran trascendencia que la demanda de casación tiene en la decisión del recurso, y considerando, además, que éste no implica una tercera instancia del proceso, ese libelo debe estructurarse con sujeción a los requisitos, de forma, y de todos los principios que informan su técnica, pues sólo así puede, además de admitirse, conducir a la Corte a su estudio casación en donde ostensible y protuberantemente falla la gran, mayoría de los abogados, que confunden este especialísimo recurso con uno cualquiera de instancia al desconocer los principios que informan su técnica.’ (Recurso de Casación Civil, Sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, págs. 669, 670 y 671). Por las consideraciones que anteceden, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de casación interpuesto por Margarita Mercedes Pérez del Pozo y no casa la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guaranda- Sin costas ni multas.- Notifíquese y devuélvase.’”⁹⁸

Creemos que, en ciertos casos, la falta de fundamentación del recurso de casación podría ser subsanable, siempre que a pesar de una inadecuada proposición del recurso, la Corte de Casación pueda determinar sin mayor

⁹⁸ Resolución No. 366-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 170, 19-VII-2011.

dificultad el grado de influencia de la infracción de ley. En estos casos, consideramos que la Corte podría ejercer la facultad oficiosa por aspectos de fondo, como mecanismo de mejor resolver.

Así también, son bastante recurrentes ciertos fallos de la Corte Nacional y de nuestra ex Corte Suprema de Justicia, que rechazan *in limine* por falta de procedibilidad los recursos de casación, por haber sido suscritos por Abogados no autorizados. A continuación transcribimos uno de los tantos fallos expedidos en este sentido, no sin antes enunciar nuestra inconformidad, pues estos son típicos casos en que nuestra Corte hace prevalecer la omisión de formalidades, por sobre la justicia. La Sala Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos reiterados sostuvo lo siguiente en su parte pertinente: “**SEGUNDO.- La providencia que niega la admisibilidad del recurso en cuestión, lo hace alegando que no es procedente el recurso de casación ‘interpuesto con la sola firma del abogado que ha estado o está interviniendo en calidad de tal en las instancias ordinarias, aún suscribiendo el escrito que lo contiene con la expresión de ‘a ruego del peticionario firma su abogado autorizado u otra equivalente...’. Al respecto, la Sala tal como lo ha venido sosteniendo en numerosos fallos, considera que el escrito contentivo del recurso de casación está bien deducido aun cuando solo conste la firma del abogado defensor del recurrente, siempre que lo haga a su ruego y que haya venido actuando como defensor de la misma parte, debidamente autorizado, lo cual no se ha dado en la especie, pues el abogado Jorge Merchán si bien ha sido autorizado por la parte demandada, no interpone el recurso de casación a ruego de la parte recurrente. Este criterio no sólo es de esta Sala, sino que el Tribunal en Pleno así lo resolvió en sesión de 14 de enero de 1998, resolución promulgada en el Registro Oficial N° 243 de 26 de enero del mismo año. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de hecho al que se refiere la presente providencia. Notifíquese y devuélvase.’”⁹⁹**

Hay ciertos eventos, como el de la jurisprudencia que acabamos de citar, en que nuestra Corte Nacional, actúa más como una corte calificadora de

⁹⁹ Resolución No. 141-98, Primera Sala, G.J. S. XVI, No. 14, p. 3894, Fallo de Triple Reiteración

requisitos de procedibilidad, que como órgano restablecedor de derechos haciendo prevalecer el respeto de la ley. Un escrito de casación que omita individualizar el proceso -cuando resulta sencillo descubrir el proceso del cual proviene la sentencia impugnada-, o que es suscrito por un profesional del derecho que comparece como agente oficioso -siempre que en forma inmediata y sucesiva sea ratificada su gestión- bien podría ser subsanado siempre que no contemple otros vicios, permitiendo así que la Corte de Casación cumpla sus reales propósitos.

9.4.- Los errores *In Iudicando* en la casación de oficio por aspectos de fondo

Aunque las causales de casación están claramente determinadas en el artículo 3 de la ley de la materia, y no obstante que ya nos hemos referido a ellas en acápites pasados, creemos pertinente realizar un breve análisis de las infracciones de ley más comunes, sobre las cuales puede operar la casación de oficio por cuestiones de fondo. Para ello, rememoramos el concepto de ley que consagra el artículo 1 del Código Civil, definiéndola como **“...una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite”**.

La casación civil, y en concreto la casación civil de oficio, -por norma general- sólo puede corregir errores de derecho, y no errores de hecho. Un error de hecho es una equivocación del juzgador con respecto a las pruebas consideradas, que afecta la motivación fáctica de la sentencia. Este tipo de error se ocasiona cuando un juez de instancia aprecia indebidamente los hechos materia de la litis. Los jueces de instancia son los únicos que tienen competencia para apreciar los hechos controvertidos, mientras que a los tribunales de casación les está vedada esta facultad. Ergo, el error de hecho -salvo excepciones- no constituye una infracción de ley, y no puede por tanto servir de sustento a una casación.

Vélez Mariconde, explica que *“el error de hecho no abre jamás la vía de casación. La corte no puede corregir un pretendido error sobre el examen y la evaluación de los medios de prueba o sea sobre la comprobación positiva o negativa de los hechos materiales y psíquicos... Todo ello es materia que*

resuelve definitivamente el tribunal cognitivo o de sentencia y que a la Corte le está vedada. Su misión es de valoración jurídica.”

Los componentes del error de hecho son: los hechos, las pruebas y la valoración de la prueba. Para el tratadista chileno **Espinoza Solís de Ovando** *“...el tribunal de casación sólo está facultado para determinar si se ha aplicado o interpretado correctamente el derecho, el error de hecho no constituye infracción de ley y, por ende, no puede motivar la casación.”*¹⁰⁰

No compartimos los criterios absolutistas de los mencionados autores, pues en ocasiones un error de hecho afecta la motivación de una sentencia, perpetrando atentados o infracciones de ley, lo que amerita el control de logicidad y de motivación de la sentencia por parte del tribunal de casación. Salvando esta consideración, la casación civil cabe contra sentencias viciadas con errores de derecho, careciendo la Corte Nacional de facultades para alterar los hechos establecidos en la sentencia recurrida, toda vez que ello corresponde a los jueces de grado inferior.

En todo caso, consideramos que para los efectos del recurso de casación, los únicos hechos que tienen importancia son aquellos que se encuentran establecidos en la sentencia recurrida, sin que tengan relevancia alguna los hechos materia de la “causa petendi” o que han sido objeto de la controversia, que al haber sido apreciados por el juez de instancia, no fueron considerados en la sentencia.

Entonces, cuando nos referimos a errores de derecho, aludimos a infracciones o transgresiones de ley. La infracción de una disposición legal no implica solamente la transgresión de una norma jurídica propiamente dicha, sino además la vulneración de otros institutos con patrones equivalentes. Consideramos que dentro del concepto de infracción legal, se comprenden las violaciones de las siguientes normas:

¹⁰⁰ Espinoza Solís de Ovando, Alejandro. “De los recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil”. Sexta Edición. Editorial Jurídica Chile. Santiago. 1985, pag. 166.

1. Las normas de la Constitución de la República, como ley suprema del Ecuador, en cuanto determina el ordenamiento jurídico de nuestro país, regulando la organización de los poderes públicos y sus competencias, y los fundamentos de la vida económica y social de los ecuatorianos. Además, como antecedente histórico ya descrito en acápites precedentes, el resguardo de la Constitución fue la principal razón para la creación del instituto de la casación;
2. Las disposiciones contenidas en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, a los cuales el Ecuador se halle suscrito, que comprenden las instituciones relativas a bienes primarios o básicos inherentes a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, como garantías para una vida digna.
3. Las normas sustantivas, conocidas por la doctrina como normas de fondo, que consisten en aquellas disposiciones -de diversa jerarquía jurídica- que establecen derechos y obligaciones para los ciudadanos. Las definimos como aquellas en virtud de las cuales se declara, crea, modifica o extingue una relación jurídica concreta. Generalmente están contenidas en códigos generales, leyes especiales, o incluso en Tratados Internacionales;
4. Las leyes extranjeras, pero siempre que la ley ecuatoriana se remita a ellas. Esto, porque entonces se trataría de una especie de nacionalización del texto legal extranjero, de modo que si el juez no lo aplica deja de aplicar una norma jurídica ecuatoriana. Aunque estos casos son poco comunes, citamos como ejemplo el artículo 16 del Código Civil ecuatoriano, que señala que los requisitos y solemnidades externas de un instrumento público celebrado en nación extranjera, se sujetará a la ley de ese país. Esta es una clara remisión de nuestra ley nacional a disposiciones extranjeras. Dicha disposición de nuestro Código Civil expone:

Art. 16.- “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

5. Finalmente, también tienen equivalencia de ley por sus efectos, los decretos con fuerza de ley, y los decretos leyes. Un decreto ley es una norma con rango de ley, emanada del poder ejecutivo, sin que necesariamente medie intervención o autorización previa de la Asamblea legislativa. En algunos casos, se dictan por consideraciones de urgencia.

No pueden considerarse como normas sustantivas, ni como infracciones de ley, las vulneraciones cometidas en contra de ordenanzas, reglamentos, o normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria de que están investidos ciertos funcionarios públicos, o cuyo principal propósito es el de facilitar el cumplimiento de una ley o de otra disposición administrativa. Tampoco se consideran normas sustantivas los Acuerdos Ministeriales, ni los Dictámenes de la Contraloría o de la Procuraduría General del Estado.

9.5.- Algunas modalidades de comisión *In Iudicando*

Ya hemos revisado que al resolver un proceso, el juez de instancia puede cometer dos clases de errores, uno de ellos vulnera garantías procesales, y el otro se presenta cuando el juez se equivoca al apreciar o aplicar el derecho sustancial o sustantivo. El error *in iudicando* o de juzgamiento sólo se puede producir cuando el juez dirime el conflicto, ya sea porque elige mal la norma aplicando un texto impertinente, o bien porque omite aplicar la norma que corresponde, o incluso porque aplicando la norma correcta le otorga una interpretación que no tiene.

Justamente para corregir este tipo de errores, la casación debe actuar resolviendo el aspecto de fondo, como mecanismo para sanear violaciones de normas sustantivas. Existen tres formas muy comunes de comisión *in iudicando*, todas ellas previstas en nuestra ley de casación en diferentes circunstancias: la falta de aplicación de ley, la aplicación indebida de ley, y la errónea interpretación de ley. Analicemos brevemente cada uno de ellas:

- a) **La violación de ley, o falta de aplicación de una ley.-** Se refiere a la inobservancia, desobediencia u omisión en la aplicación de una norma jurídica. El agraviado debe demostrar ante todo la existencia de la norma y su vigencia. Luego, en la fundamentación de su casación, deberá demostrar la pertinencia de la norma cuya omisión denuncia, justificando la sujeción de la norma a los hechos controvertidos.

- b) **La interpretación errónea de ley.-** Esta infracción consiste en aplicar la norma jurídica pertinente, acertada o adecuada, pero otorgándole un sentido que no le corresponde. El juzgador de instancia le da un alcance, o un sentido diferente al previsto por el legislador. En palabras del jurista chileno **Florencio Infante** interpretar la ley *“es fijar su sentido y alcance”*.

Los cánones de interpretación de ley son reglas, pautas o principios que el estatuto jurídico entrega a los jueces para guiarlos en su tarea de desentrañar la voluntad de la ley. Entre los cánones más básicos, encontramos los dos primeros numerales del artículo 18 del Código Civil, que expresan:

Art. 18.- “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

1ª. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención es espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

2ª. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”

El afamado tratadista chileno **Alessandri Rodríguez**, sobre el tema, explicaba lo siguiente: *“Cuando la ley está concebida con palabras tan claras, que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador, no debemos eludir su tenor literal a pretexto de penetrar su espíritu. Y es natural: el pensamiento se exterioriza con palabras; si aquél se hace visible claramente con éstas, debe estarse al tenor literal de la ley. Lo contrario equivaldría a suponer que el legislador no sabe manifestar sus ideas, que es incapaz de acoger las palabras reveladoras de su pensamiento; en resumen, que no sabe expresarse. Y esto es inconcebible en quien hace las leyes”*.¹⁰¹

- c) **La Indebida Aplicación de ley.-** La infracción *in comento* consiste en una aplicación de ley en el caso concreto, pero en forma errada porque el juzgador debía aplicar otra que nunca aplicó. En definitiva, el juzgador subsume los hechos en una norma impertinente, o lo que es lo mismo, se equivoca en la aplicación de la norma.

El autor chileno **Infante Díaz**, explicando la indebida aplicación de la ley señaló: *“si se aplica una norma inexistente, se viola la existente; si por el contrario se aplica una norma existente, a casos que ella no rige, se viola también la ley que rige dicho caso.”*¹⁰² En similares términos, el

¹⁰¹ Alessandri Rodríguez, Arturo. “Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos del Derecho”. Cuarta Edición. Editorial Nascimento. Santiago, 1935.

¹⁰² Infante Díaz, José Florencio. “Causales de Casación de Fondo en Materia Civil”. Pag. 81.

célebre jurista **Chiovenda**, comentó: “*se hace aplicación de ella a un hecho que no está regulado por ella, o se aplica de forma que se llega a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley.*”¹⁰³

En el caso de indebida aplicación de ley, el agraviado debe señalar en su casación porqué razón la norma objetada es impertinente, y los motivos por los que considera que su aplicación no corresponde a los hechos controvertidos. Además, debe indicar cuál es la norma que sí se adecua a la relación fáctica materia de la litis, y cómo tal aplicación modificaría el sentido de lo resuelto.

9.6.- La motivación por aspectos de fondo, en las resoluciones casadas de oficio

La Corte para proceder de oficio debe hacer constar en la parte considerativa del fallo de casación la circunstancia de haber encontrado errores *in iudicando* en la sentencia de instancia, destacando que tal medida para mejor resolver se ejerce en consideración a la acentuada influencia que tal vulneración de ley tuvo en la decisión de instancia. Debe pues, dejar constancia de los motivos que determinan el ejercicio de la facultad oficiosa.

Nótese que, para la procedencia de la casación de oficio, es indefectible y necesario que el error *in iudicando* detectado influya sustancialmente en la parte dispositiva del fallo. Recordemos que una sentencia está compuesta de tres partes bien definidas: a) la parte expositiva o enunciativa; b) la parte motiva o considerativa; y, c) la parte dispositiva, resolutive o decisión final.

1. En la parte expositiva, llamada también enunciativa, el juez hace mención de las partes y efectúa una relación sucinta de las cuestiones sometidas a su decisión, esto es un resumen de los hechos afirmados por el actor y su pretensión; como también de los hechos afirmados y

¹⁰³ Chiovenda, Giuseppe. “Principios de Derecho Procesal Civil”. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1922.

reconocidos por el demandado, con sus respectivas excepciones o mecanismos de defensa.

2. En la parte considerativa, motiva o de aplicación del derecho, el juez fundamenta su decisión. En otras palabras, el juez reconstruye los hechos en base al examen de la prueba evacuada -fundamentación fáctica-; y una vez esclarecidos los hechos, establece cuál es la norma adecuada a los mismos, interpretándola y explicando la razón de su aplicación, lo que se conoce como motivación jurídica. Esta es la parte más importante de la sentencia, porque de ella deben surgir con claridad los motivos que ha tenido el Juez para formular su opinión, y en ella encontrarán las partes los fundamentos de la decisión adoptada; y,
3. La parte resolutive o dispositiva, que constituye la decisión del Juez. En ella, el Juez declara el derecho de las partes, condenando o absolviendo al demandado (o en su caso, al reconvenido), en todo o en parte, estableciendo las costas, regulando honorarios y declarando la temeridad o malicia de los litigantes o los profesionales intervinientes que hubieren incurrido en ella.

Cuando indicamos que el error *in iudicando* debe influir en la decisión de la causa, nos referimos a aquella parte de la sentencia que identificamos como resolutive o dispositiva. Generalmente, el error *in iudicando* se presenta en la parte considerativa del fallo, porque es en este fragmento de la sentencia donde se da la conexión íntima y necesaria con la parte dispositiva, formando con la parte resolutive un todo inseparable.

En todo caso, la motivación de una sentencia casada de oficio por errores *in iudicando*, debe contener lo siguiente:

- a) Detallar cuál o cuáles son las normas legales infringidas, con precisión de ley, artículo e inciso; cómo se cometió la infracción, esto es, si hubo falta de aplicación, aplicación

indebida o errónea interpretación, y por último cuáles son las normas legales verdaderamente aplicables y la forma en que debieron ser subsumidas; y,

- b) Luego, la Corte de Casación debe mencionar expresamente de qué manera el *error iudicando* influyó sustancialmente en la parte dispositiva del fallo de instancia, esto es, “***dar cuenta del vínculo causal entre la aplicación errónea del derecho y la solución de la controversia, demostrando como de haber aplicado o interpretado correctamente la ley, la solución habría variado.***”¹⁰⁴

Es importante destacar, que si la Corte Nacional en un futuro próximo tuviera la facultad de casar de oficio, desde ningún punto de vista aquello equivaldría a una potestad arbitraria, pues si de la propia ley germina tal imperio, al ser otorgado por el derecho representaría un ejercicio legítimo. Tal libertad para casar de oficio, sería confiada nada menos que por y para el servicio del derecho. Por lo demás, recuérdese que esta facultad no se confía a cualquier tribunal sino a la Corte Nacional, el máximo tribunal de justicia en el Ecuador, tanto en jerarquía académica, como por la experiencia que debe distinguir a sus miembros.

En definitiva, el ejercicio de la casación de oficio permitirá restablecer la vigencia de la ley. Se trata del ejercicio de una medida extrema para deshacer el error y restablecer el orden legal, de modo que al no mediar se consagraría una inequidad. Una sentencia con vicios *in iudicando* contraría la ley y por ende el orden social. Para suprimirla se otorga a los particulares el derecho a impugnarla por medio del recurso de casación; y cuando aquello no alcanza o no es suficiente, el legislador debe permitir obrar a la Corte Nacional de *motu proprio*.

LA HIPÓTESIS

¹⁰⁴ Muñoz Gajardo, Sergio Manuel. “La Casación en el Fondo de Oficio en Materia Civil”. Memoria de la Prueba. Universidad Católica de Valparaíso. 1984

Si nuestros Magistrados de casación requieren de mejores armas jurisdiccionales para ejercer con verdadera eficacia el control de legalidad en cada una de las sentencias que conocen, la instauración de la casación platónica aparece como la solución más recomendable.

Variable Independiente

La instauración de la casación platónica constituye la mejor arma jurisdiccional para ejercer con verdadera eficacia el control de legalidad.

Variable Dependiente

El control de la legalidad de las sentencias que conocen nuestros Magistrados de casación, debe ser reforzado mediante herramientas modernas y efectivas.

Indicadores de la variable independiente:

- Los límites, características y efectos de la casación platónica
- El diseño de un planteamiento de casación platónica acorde a nuestra legislación vigente, como mecanismo para optimizar la administración de justicia
- La importancia y trascendencia de la casación platónica como instrumento de seguridad jurídica

Indicadores de la variable dependiente:

- El alcance del control de legalidad que deben ejercer los Magistrados de casación;
- Las herramientas o armas jurisdiccionales que poseen en la actualidad nuestros Magistrados de casación, para ejercer el referido control de legalidad

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

III.1. Modalidad de la Investigación

III.1.1. Enfoque

Investigación de categoría cualitativa, porque involucra básicamente el análisis de textos y documentos. También se aplica la categoría interactiva por cuanto se analizan opiniones de expertos respecto a la materia objeto de esta investigación.

III.1.2. Aspecto Esencial de la Investigación

Estudio de la normatividad, porque corresponde al análisis del recurso de Casación.

El tipo de investigación jurídica al que corresponde este trabajo es jurídico-descriptivo y jurídico-propositivo.

Es un tipo de investigación jurídico-descriptivo porque aplica el método analítico a un tema específico.

Es un tipo de investigación jurídico-propositivo porque sugiere nuevos planteamientos en nuestro régimen de casación.

El presente trabajo de investigación, por su naturaleza jurídica, es de carácter descriptivo, propositivo y explicativo.

Las etapas de planificación, organización, ejecución y evaluación de la investigación jurídica en referencia, se realiza sobre las bases de las orientaciones y principios del método científico, expresado mediante la interacción de los procesos de análisis y síntesis, de lo abstracto y

concreto, del ascenso y descenso de la construcción del conocimiento científico.

Los métodos especiales, particulares, de apoyo a la presente investigación están integrados por métodos empíricos y teóricos. Respecto a los métodos teóricos destacamos el método histórico y el método lógico, y sobre este último, utilizamos el método inductivo, deductivo y analítico.

III.2. Unidades de Observación, Población y Muestra

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRA
Códigos y Leyes	<p style="text-align: center;">32</p> <p>Artículos 2, 3, 4, 6, 10, 11 y 19 de la Ley de Casación Civil</p> <p>Artículos 1, 9, 18, 31, 1717, 1718 y 1730 del Código Civil del Ecuador</p> <p>Artículos 20, 23, 25, 26, 28 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial</p> <p>75, 76, 169, 424, 426, Constitución de la República del Ecuador</p> <p>58, 115, 273, 143, 166, 273, 302 y 349 del Código de Procedimiento Civil</p>	<p style="text-align: center;">32</p>
Jurisprudencia	<p style="text-align: center;">12</p> <p>-Resolución No. 04-2008, Segunda Sala de lo Civil</p>	<p style="text-align: center;">12</p>

	<p>y Mercantil;</p> <p>-Expediente No. 2-95, Primera Sala;</p> <p>-Expediente No. 456-98, Primera Sala;</p> <p>-Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 10, págs. 2570;</p> <p>-Gaceta Judicial XVI, número 4, pp. 894-895;</p> <p>-Resolución No. 366- 2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia;</p> <p>-Resolución No. 260- 2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia;</p> <p>-Resolución No. 44- 2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia;</p> <p>-Gaceta Judicial, Serie XVI. No. 4, pp. 895-896;</p> <p>-Expediente No. 403-99, Primera Sala, R.O. 273, 9-IX-99;</p> <p>-Resolución No. 419- 2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de</p>	
--	--	--

	Justicia, E.E. 144, 10-V-2011; -Resolución No. 291-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 170, 19-VII-2011.	
Doctrina	74 Opiniones de afamados tratadistas y expertos del derecho de España, Colombia, Bolivia, Chile, Perú, Venezuela, Argentina, Ecuador, Alemania, Italia, México y Uruguay.	74
T. Internacionales	1 Convención Americana sobre Derechos Humanos	1
Entrevistas a Expertos en Derecho Casatorio	2 Dr. Jaime Ortega Trujillo Ab. Juan Carlos Vivar	2

III.3. Instrumentos de Recolección de Datos

III.3.1. Métodos Empíricos

Utilizamos el mecanismo de observación documental para obtener toda la información relacionada con la materia de nuestro estudio.

Particularmente, hemos hecho uso de los siguientes medios documentales:

- Fichas técnicas de registro con antecedentes históricos;
- Fichas hemerográficas locales e internacionales;
- Fichas cybergráficas sobre la casación en el derecho comparado;
- Entrevistas utilizando la técnica de juicio de expertos;
- Cuestionario de entrevistas a los doctores Jaime Ortega Trujillo, y Juan Carlos Vivar.
- Fichas bibliográficas de textos doctrinarios sobre la casación civil, y;
- Escalas de registro de fallos expedidos por nuestra ex Corte Suprema de Justicia, y por nuestra actual Corte Nacional.

III.3.2. Métodos Teóricos

El objeto de nuestra investigación se exploró por métodos teóricos, destacando el método histórico, y el método lógico, este último mediante procedimientos deductivos, inductivos y analíticos.

III.4. Procedimiento de Investigación

1. Estudio teórico conceptual y metodológico técnico de la investigación jurídica.
2. En virtud de los obstáculos que presenta nuestra práctica forense de casación, para obtener fallos completamente afines a la intención de la propia ley, se analizó el tema que es materia de la presente investigación científica, proponiendo una solución dinámica a dichos problemas.
3. Cimentamos el marco de referencia del trabajo de investigación, para luego enunciar el problema: análisis legal, problemática actual, delimitación del objeto de la investigación, preguntas significativas, justificación y objetivos.

4. Dentro del marco teórico y la formulación de pregunta de investigación del proyecto se recolectó información proveniente de códigos y libros, se extrajo las teorías más importantes, para luego consultar fuentes bibliográficas, precedentes jurisprudenciales, y entrevistar a especialistas del derecho.
5. Se formuló la metodología que se empleó en el proyecto de investigación, misma que radica en un estudio general y amplio de nuestro régimen de casación, para luego relacionarlo con las características propias de la casación platónica.
6. Se emitieron conclusiones personales y se presentaron recomendaciones como consecuencia de esta investigación, así como soluciones prácticas para mejorar la administración de justicia en el área de la casación civil.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

IV.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Esta investigación se realizó mediante el estudio y análisis de fuentes documentales, utilizando la técnica de la observación documental, relacionada con la casación civil en el Ecuador y en países con legislaciones afines. Además obtuvimos un interesante aporte -merced a sendas entrevistas- de expertos jurídicos ecuatorianos, especialistas en casación y en derecho procesal.

IV.1.1. Base de Datos

Ley de Casación	Artículos 2, 3, 6, 8, 16 y 19
Constitución de la República	Artículos 75, 76, 169, 424 y 426
Código Orgánico de la Función Judicial	Artículos 19, 25, 28 y 140
Código de Procedimiento Civil	Artículos 58, 115, 143, 273, 302 y 349
Código Civil	Artículos 1, 9, 18 y 31
Convención Americana D. Humanos	Artículo 8

Además, colaboraron en nuestro análisis de resultados las interesantes opiniones de los expertos en derecho el Dr. Jaime Ortega Trujillo, y el Ab. Juan Carlos Vivar, quienes expresaron su pensamiento a través de entrevistas realizadas en torno a la casación platónica.

IV.1.2. Análisis y Discusión de Resultados

Iniciaremos nuestro análisis y discusión de resultados, con la observación de las normas constitucionales, y las principales consideraciones que de ellas se derivan en apoyo de la casación platónica.

El artículo 75 de la Constitución de la República señala lo siguiente:

Art. 75.- “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

El análisis de la presente norma contempla una correlación entre la tutela judicial efectiva, cuyo concepto comprende, y la casación civil oficiosa o platónica. La tutela judicial equivale a un deber del Estado de amparar a las personas en sus derechos cuando éstos resulten desconocidos o vulnerados, protección que debe otorgarla de una manera rápida y eficaz. El Estado es el único que ejerce o permite el ejercicio de este derecho, cuyo único beneficiario es la sociedad, a través de los órganos jurisdiccionales establecidos para brindar el servicio público y básico de administrar justicia.

Del análisis de esta disposición colegimos los siguientes factores:

- a) El derecho gratuito e inalienable de todas las personas, de acceder a los órganos jurisdiccionales, sin restricciones, a solicitar el amparo de sus derechos;
- b) El derecho a obtener una sentencia de fondo y justa, debidamente motivada, dentro de un tiempo razonable; y
- c) El derecho a que las decisiones del juzgador se cumplan, es decir, que se ejecuten en la forma que determina la ley.

El modelo de casación materia de nuestro ensayo jurídico está íntimamente relacionado con el concepto a una tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 75 antes referido. Se presenta como un medio de impugnación también gratuito de todas las personas que hubieren obtenido una sentencia ilegítima por parte de alguna autoridad jurisdiccional.

Luego, el fin último de la casación es obtener una sentencia de fondo, legítima y justa, restableciendo el derecho, y enderezando el error judicial existente en beneficio del interés público, y del interés privado del agraviado. Por ello, encontramos en esta norma un contenido claro que resume los mismos propósitos de la casación platónica, y consideramos que esta disposición constituye uno de los principales soportes o sustentos para instaurar la casación platónica en nuestro país.

Recordemos que el deber del Estado de administrar justicia, o de ejercer una tutela judicial sobre los derechos de las personas, exige la observancia de ciertas garantías mínimas de eficacia, como la imparcialidad del juez, la celeridad procesal, el respeto al derecho a la defensa de las partes, el estricto sometimiento a la normativa jurídica vigente, que resumen los mismos principios que protege el instituto de la casación.

Por su parte, el literal l), numeral 7), del artículo 76 de la Constitución de la República, consagra el siguiente texto:

Art. 76.- "... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

Esta disposición consagra uno de los deberes que más influyen en el derecho casatorio, esto es, el deber de motivar las decisiones judiciales. La motivación implica una norma del debido proceso, y por ello debe ser observada con mayor rigor y esmero por los Magistrados de la Corte Nacional, como el más grande organismo de administración de justicia.

Motivar significa explicar la razón o el motivo que ha llevado a una autoridad a tomar una decisión. La exigencia de una acertada fundamentación en los fallos judiciales, tiene por objeto no sólo garantizar los intereses de las partes en el proceso, sino que trasciende a los intereses de todo Estado de derechos y de justicia.

De acuerdo con el literal 1), del numeral 7, del artículo 76 de la Constitución, es obligación incontrovertible para cualquier juez, y en general, para todos los órganos de la administración pública, fundamentar y motivar sus resoluciones. Todos los actos emanados de una autoridad judicial y competente tienen que ser por tanto motivados, esto es, fundamentados.

Esta disposición constitucional es de enorme valía dentro de la estructura deductiva de la casación platónica, pues uno de los presupuestos o garantías de sensatez del instituto, consiste precisamente en motivar las resoluciones que se fundan en decisiones oficiosas, amparándose en la aplicación de la casación platónica.

Además, dentro de las causales en que se puede fundar un recurso de casación, consideramos al control de logicidad como una de las más comunes causas, que envuelve precisamente la obligación de motivar correctamente una resolución judicial, como mecanismo de frenar el riesgo de una arbitrariedad por parte de nuestros jueces de casación.

Otra disposición de singular importancia como fundamento de la casación platónica está contenida en el artículo 169 de la Constitución de la República, que expresa:

Art. 169.- “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Es innegable -y así lo hemos manifestado a lo largo de este estudio- que nuestro sistema de casación civil es extremadamente riguroso, caracterizado por excesivas formalidades, que constituyen indicativos claros de lo extraordinario de este recurso. Esta exigencia de presupuestos se manifiesta principalmente en el escrito de interposición del recurso, lo que conlleva a que -en la actualidad- la mayoría de los recursos de casación interpuestos en el Ecuador sean rechazados de plano, por el sólo hecho de no reunir presupuestos de forma. Por ello, en la práctica hemos comprobado que el exceso de requerimientos en la interposición del recurso de casación, en la mayoría de los casos representa un impedimento o un inconveniente para que el instituto cumpla con su finalidad de defensa de la ley.

Consideramos que esta norma, contenida en el artículo 169 de la Constitución de la República, es tal vez una de las más lesionadas y vulneradas de nuestro ordenamiento jurídico, por la indiscriminada forma en que la Corte de Casación rechaza recursos por defectos de forma. La indicada norma acentúa que “No debe sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades”, siendo este axioma precisamente el que más se pretende salvaguardar a través de la casación platónica.

Luego, la indicada norma también señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. En este sentido, es preciso recordar que el origen de la casación está ligado a intereses del Estado, que se resume en la correcta aplicación de la ley, por lo que, la casación al defender la vigencia de la ley, tutela la soberana voluntad de los ecuatorianos, que no puede ser otra que proferir justicia en cada caso concreto.

Lo anterior va de la mano con el papel de un juez en su función de administrador de justicia. Su principal deber consiste en dictar una sentencia justa, o al menos lo más justa posible, y para ello debe utilizar todos los medios que la propia ley le franquea. En la práctica, nuestros jueces olvidan que **“el proceso es al derecho, lo que la cirugía a la medicina”**, por ello, una sentencia sólo será eficaz, cuando alcance para ambas partes procesales el máximo grado de satisfacción.

También merece especial atención el contenido del artículo 424 de la Constitución de la República, que dispone lo siguiente:

Art. 424.- “La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

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

Esta norma contempla el llamado principio de prevalencia o supremacía de la constitución, y consiste en que de la propia Constitución se origina todo el ordenamiento jurídico de un Estado, de tal manera que las restantes leyes dependen de ella.

Tiene una íntima conexión con la casación platónica, pues dicho instituto postula una administración de justicia más semejante, y más coherente con el propio mandato constitucional, convirtiéndose en un instituto propulsor y generador de seguridad jurídica.

La supremacía de la constitución se presenta como uno de los pilares de un Estado Social de Derechos, pues sujeta todas sus actuaciones al acatamiento de normas jurídicas, empezando por la cabal observancia de la constitución. En este contexto, referirnos a la constitución como norma jurídica suprema, equivale a otorgarle a dicha carta magna aplicación inmediata y eficacia directa.

Siguiendo esta línea de pensamiento, si la constitución aparece como el primer cuerpo de leyes que debe ser considerado por los jueces y tribunales de justicia para resolver controversias aplicando directamente sus normas, y el modelo de casación platónica que postulamos representa el sistema que más se ajusta a los requerimientos de la constitución, pues es claro concluir, que este es el sistema que más conviene aplicar a los tribunales de nuestro máximo órgano de justicia.

Finalmente, la casación platónica propugna la unidad de todo el ordenamiento jurídico a través de su labor de unificar jurisprudencia, por lo que su ejercicio importa una efectiva manera de asegurar el cumplimiento de los designios de la Constitución, encontrando en este complemento una manifestación directa de la íntima conexión entre dicho instituto y nuestra carta magna.

El artículo 426 de la Constitución de la República también es esencial en el desarrollo de la casación platónica. Dicha norma expone:

Art. 426.- “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

Es preciso subrayar que cualquier juez dentro de su labor de administrar justicia, al aplicar la Ley de Casación, o incluso cualquier otra norma sustantiva o adjetiva, siempre que tal aplicación sea la correcta o la que corresponda según el caso, aún cuando no se trate de una norma contenida en el texto de la Constitución, se encuentra cumpliendo a cabalidad con el mandato constitucional.

De igual manera, interpretar acertadamente una disposición legal -aunque no sea de aquellas que están incluidas dentro del texto constitucional- equivale a obedecer la Constitución. Ello, en razón de que los actos de las autoridades jurisdiccionales deben estar ajustados y sometidos a la Constitución, de tal manera que toda resolución debe estar fundada en la ley, para contribuir al orden y a la seguridad jurídica, siendo ésta la principal carta de presentación de la casación platónica.

No podríamos idear un Estado social de derechos y justicia, sin realizar esfuerzos por instaurar seguridad jurídica en nuestro país, lo que se consigue únicamente con normas que faciliten la labor de administrar justicia. No en vano, las sentencias que emite nuestra Corte Nacional de Justicia constituyen jurisprudencia vinculante como herramientas garantistas de las libertades civiles de los ciudadanos, y del propio Estado como tutor o protector de derechos.

La Casación platónica entonces, altamente concordada con el artículo 426 de la Constitución, procura la certeza en las decisiones judiciales, contribuyendo a una seguridad general que se traduce en jurídica, mediante resoluciones motivadas de los jueces y tribunales de casación. Mediante la casación platónica, los Magistrados recuperan sus facultades de **“dirigir”**, **“regentar”**, **“administrar”** o

“**conducir**” el proceso judicial, potestades que se encuentran en un segundo plano con la aplicación de nuestra ley de casación civil, vulnerándose nada menos que el mandato constitucional.

Por su parte, el artículo 9 del Código Civil, de cuyo contenido destacamos una inseparable vinculación con la casación platónica, señala:

Art. 9.- “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”

Sostenemos que la casación está llamada a cumplir una misión trascendente para la justicia. Como sabemos, una sentencia puede contener vicios o defectos, como producto de inexactitudes o falibilidades en que puede incurrir cualquier juzgador. Luego, el papel de la casación gravita en enderezar aquellas violaciones, de tal suerte que se cumpla con la voluntad de la constitución y de la ley.

Por lo tanto, si se produce alguna vulneración de norma jurídica, que sea esencialmente grave, o afecte el orden público o la Constitución de la República, nos encontramos frente a un típico caso que prohíbe la ley, y sus efectos o consecuencias no pueden contener valor alguno, ni tenerse como válidas.

En consecuencia, ante la premura de que no se continúen legitimando sentencias que por mandato del artículo 9 del Código Civil son nulas, por contrariar el orden público, o la constitución, o cualquier otra disposición legal expresa, consideramos imprescindible la instauración de la casación platónica.

Adicionalmente, en atención a que el recurso de casación procura atender la recta, verdadera y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales en las sentencias firmes dictadas por los tribunales de apelación, resulta patente que una de sus principales funciones se constituye por no convalidar sentencias que de suyo deben ser declaradas nulas, al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 9 del Código Civil. Lo anterior, por cuanto la mayoría de las veces, la

transgresión de normas acarrea la nulidad absoluta del acto jurídico, refiriéndonos con ello a sentencias, para el caso de la casación civil.

El artículo 166 del Código de Procedimiento Civil también nos resulta muy pertinente para explicar la importancia de la casación platónica. Señala la mencionada norma lo siguiente:

Art. 166.- “El instrumento público hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.

En esta parte no hace fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.

Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil.”

Recordemos -previo a introducirnos en la relación de esta norma con la casación platónica-, que un instrumento público es un documento otorgado por algún órgano del Estado, es decir, por servidores públicos, investidos por la ley de una presunción de autenticidad, o de fe pública. Si el documento es otorgado por un notario, toma el nombre de escritura pública y debe incorporarse en un registro público llamado protocolo. La escritura pública es un instrumento que debe ir revestido de solemnidades especiales, atribuidas por la ley para la validez de estos actos.

La norma materia de nuestro análisis nos enseña que la fe pública que caracteriza a los instrumentos públicos, sólo se refiere al hecho de haberse

otorgado el instrumento y a la fecha en que se celebró el contrato, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.

Su relación está determinada por los tipos de yerros jurídicos en que puede incurrir un juzgador, entre ellos, el falso “juicio de convicción”, o error del juez en reconocer el valor que la ley le otorga a un medio de prueba. Entre las funciones de la casación platónica está el corregir errores de esta naturaleza, que implica una vulneración al régimen que gobierna la prueba, como paso previo a justificar el yerro de una norma sustantiva.

El falso juicio de convicción, entonces, involucra necesariamente los mecanismos de valoración de prueba, provocado cuando el legislador le otorga a un medio de prueba un valor distinto del que la ley le asigna. En este sentido, si la eficacia probatoria de un instrumento público está claramente determinada en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, no podrá ningún juez otorgarle un valor diferente, y si ello ocurre, se podrá enmendar dicho error a través de la casación platónica.

También el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, nos permite hacer una estrecha correlación con los fines de la casación, y con una de sus causales. La referida disposición señala:

Art. 117.- “Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.”

Esta norma hace referencia a varios principios del derecho probatorio, entre ellos al principio de oportunidad de prueba, y al de formalidad y legitimidad de la prueba. El principio de formalidad y legitimidad de prueba nos indica que la práctica de pruebas debe sujetarse a formas y solemnidades establecidas en la ley, sin perjuicio además, de que las pruebas deben provenir de parte legítima, esto es, de quienes ostentan la calidad de partes procesales.

Si bien nuestro régimen de casación civil no contempla la posibilidad de que los Magistrados de la Corte Nacional vuelvan a valorar aquellas pruebas aportadas en las fases de instancia, nuestra propia ley señala que si pueden nulificar un fallo cuando un tribunal inferior ha vulnerado preceptos aplicables a la valoración de la prueba, y dentro de esas formas de vulneración de tales preceptos encontramos al denominado “falso juicio de legalidad”, que tiene lugar cuando la prueba es aportada con desconocimiento de las formalidades previstas en la ley

En el falso juicio de legalidad se debe considerar que nuestra ley también protege el desarrollo de producción de los medios de prueba desde el punto de vista de su solicitud, oportunidad y práctica de las mismas. No olvidemos que la prueba válidamente hecha es también una garantía jurisdiccional elevada a categoría de derechos humanos. Entonces, cuando una prueba es obtenida omitiendo los preceptos de elaboración, fabricación o producción de pruebas, que protegen la validez de las pruebas, tal yerro encuadra en una de las causales de casación, siendo perfectamente viable la nulidad de dicha resolución.

En una declaración testimonial, o en una confesión judicial, por ejemplo, el juez de instancia sólo podrá valorar tal medio de prueba si su producción o elaboración se sujetó a las disposiciones que sobre su práctica contempla nuestro Código de Procedimiento Civil, entre ellas, que sea el propio juez el que deba formular las preguntas con la mayor claridad posible.

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el literal h), de su numeral 2), expone lo siguiente:

Art. 8.- “Garantías Judiciales:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

La correlación de esta disposición de naturaleza extraterritorial con la casación civil, se cimenta en la calidad de ésta última como medio de impugnación, esto es, como recurso extraordinario.

El fundamento de los recursos radica en la innegable posibilidad de que los autos, sentencias o decisiones judiciales en definitiva, contengan errores o injusticias, involuntarias o intencionadas, pues el juez es un ser humano, y como hombre es por naturaleza falible.

Los recursos aparecen, entonces, como mecanismos para combatir actos antijurídicos. En el caso de la casación platónica, ésta combate resoluciones judiciales -autos o sentencias- que han sido expedidas en flagrantes violaciones de expresas normativas constitucionales, adjetivas o sustantivas.

Entonces, con el empleo del recurso de casación se pretende la justa aplicación de la ley y el restablecimiento del derecho conculcado a la parte procesal perjudicada, para que se revoque, modifique o anule una resolución judicial. En este sentido, la casación surge como un verdadero medio de defensa, por cuanto permiten al litigante perjudicado ejercer un mecanismo de defensa frente a actuaciones equivocadas del juzgador de instancia. En otros términos, la facultad de emplear un recurso de casación, emerge cuando el funcionario que administra justicia incumple con su deber de decidir las controversias *secundum jus*, es decir, cuando no resuelve conforme a derecho.

Luego entonces, cuando el juez no cumple con su deber de resolver *secundum jus*, genera el error *in iudicando*, en el que únicamente puede incurrir el juzgador por ejercer el poder de administrar justicia. También puede ocurrir que el juzgador se equivoque en la aplicación de la ley procesal, lo que se conoce como error *in procedendo*, lo que podría conllevar a la nulidad de dicho proceso judicial. Tanto los vicios *in iudicando* como los errores *in procedendo*, se remedian merced a la casación, que justamente ha sido creado por el legislador

para hacer efectivos dos derechos de las personas que intervienen en un proceso, su derecho de impugnar u objetar una decisión judicial; y, por otro lado, el derecho de ejercer su legítimo derecho a la defensa.

De esta forma, la norma internacional antes aludida destaca la importancia del recurso de casación, como una aplicación del derecho a la defensa, cuyo objeto está encaminado a remediar o corregir errores de los juzgadores, por cuya trascendencia consta como norma del debido proceso también en nuestra Constitución de la República.

Nuestras normas orgánicas también contribuyen enormemente al análisis de la casación platónica. El artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en sus dos primeros incisos expone:

Art. 19.- “Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuere expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo...”

En referencia a este artículo esbozamos la opinión de que nuestra casación civil, al igual de lo que ocurre en los procesos civiles y constitucionales, está regulada por el sistema dispositivo, lo que implica depender de la voluntad de un afectado para dar inicio al trámite de casación, y provocar la intervención del órgano jurisdiccional.

Conocemos que en el proceso civil el interés privado es una condición para el ejercicio de la acción, esto es, el sujeto debe hallarse en un estado de necesidad de tutela jurisdiccional que le obligue a solicitar la intervención del órgano judicial. La misma corriente opera respecto del recurso de casación civil, en cuanto a que son las partes procesales las únicas legitimadas para incoar el recurso cuando crean estar afectadas por algún error de derecho en la sentencia.

Luego, en nuestro régimen de casación civil, el tribunal no puede actuar más allá de la voluntad de los recurrentes, quienes al momento de impugnar simplemente fundan su recurso en aquello que les perjudica, limitando la facultad revisora del tribunal a los agravios invocados por el impugnante. He aquí una de las principales propuestas de cambio que propugnamos a través de la casación platónica.

Es decir, en nuestro actual sistema, el margen de actuación de los tribunales de casación está sometido exclusivamente a aquello que los recurrentes solicitan, de tal manera que el rol del máximo organismo de justicia siempre estará supeditado a la voluntad de las partes. Con más razón en el caso de la casación civil que por tratarse de un instituto del proceso civil, se sujeta a ciertas características del derecho privado, en donde predominan los intereses de los litigantes por sobre los intereses del Estado.

Sin embargo, el texto del segundo inciso del artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial nos demuestra que en el Ecuador, nuestra legislación civil no reconoce una vigencia absoluta del sistema dispositivo, y si bien prevalece tal sistema, existen modernas disposiciones legales con el carácter de orgánicas, que otorgan facultades inquisitivas u oficiosas a nuestros jueces. La norma sub júdice, constituye un interesante precedente legal en soporte de las finalidades últimas de la casación platónica.

Si en nuestra legislación procesal civil no rige de manera absoluta el modelo dispositivo, no tiene entonces porque predominar íntegramente en nuestro sistema de casación civil, siendo necesario crear un régimen de excepción que otorgue al juez potestades especiales que le permitan formar su propio

convencimiento, aún con independencia de la voluntad de las partes. La casación platónica, entonces, podría constituirse en el medio legal idóneo para corregir infracciones de ley esenciales aunque no hayan sido invocadas por las partes interesadas, o que, siendo invocadas estén contempladas en un memorial de recurso viciado por defectos en su formación.

El artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, expone lo siguiente:

Art. 25.- “Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.”

La redacción de esta norma es absolutamente concordante con las intenciones que plantea el sistema de casación platónica. Velar por la constante y fiel aplicación de la norma constitucional no es otra cosa que aplicar correctamente la ley, corrigiendo los defectos legales que pueda presentar una sentencia expedida por un tribunal inferior. Es decir, implica el ejercicio de los tribunales de casación de su función nomofiláctica, o de defensa de la ley, para lo que originalmente fue creada.

Precisamente, el deber de velar por la vigencia de nuestro ordenamiento legal le corresponde con mayor responsabilidad a nuestro máximo órgano de administración de Justicia, representado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a través del recurso de casación. La defensa de la ley, por tanto, implica velar por el irrestricto respeto al marco jurídico establecido, a través de un control jerárquico y jurídico sobre la actividad de los jueces de grado inferior.

De este principal deber, se derivan otros propósitos que guardan relación con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, como por ejemplo, su función uniformadora de jurisprudencia. Recordemos que la jurisprudencia es una verdadera fuente del derecho, que contribuye a la correcta aplicación de las

normas. El valor de la jurisprudencia no radica en la aplicación mecánica de la norma jurídica que realiza el juez, pues la norma contempla la hipótesis del caso en modo claro, sino en aquellas ocasiones en las que el Derecho Positivo resulta insuficiente y surge la actividad creadora del juez.

La uniformidad de la jurisprudencia es una necesidad social y un arma importante para alcanzar la seguridad jurídica. La uniformidad permite una consonancia de la jurisprudencia en general, y fija los lineamientos que debe seguir un pronunciamiento judicial en torno a posteriores casos con idénticos presupuestos fácticos. Se trata de un importante instrumento para alcanzar la igualdad ante la ley, y procurar con ello la seguridad jurídica.

Finamente, la redacción del artículo 25 *ibídem* nos debe recordar que en la casación, prima el interés público por encima de los intereses de las partes procesales. La Casación, por tanto, vela más por la colectividad que por los que intervienen en el proceso, en virtud de que para la sociedad es de elemental importancia una correcta interpretación y aplicación de la ley en todos los procesos judiciales, tornándose esencial la uniformidad de la jurisprudencia como guía para todos los actos de la administración de justicia.

El artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, también fue sustancial en nuestro análisis, al expresar lo siguiente:

Art. 28.- “Art. 28.- “Principio de Obligatoriedad de Administrar Justicia.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute los juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.”

El derecho de casación es la forma más encumbrada de administrar justicia, siendo ésta una de las principales funciones del Estado. La casación platónica está profundamente relacionada con la idea de justicia, que supone la inclinación de otorgar a cada quien aquello que le corresponde o le pertenece. 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. Procura certeza jurídica, que no es más que igualdad para todos, uniformando la interpretación de la ley, y de este modo, garantizando la correcta aplicación del derecho.

Sin embargo, la forma en que administran justicia nuestras actuales Salas de Casación, constituye un contrasentido a los preceptos de la justicia, pues en la mayoría de las veces inadmiten un recurso de casación por ausencia de presupuestos de forma, legitimando con ello sentencias viciadas con errores judiciales, aún cuando tales yerros -en determinadas ocasiones- vulneran disposiciones constitucionales. Corregir y enderezar esta inconducta generalizada, es justamente el principal cometido de la casación platónica.

La obligatoriedad de administrar justicia, en consecuencia, como mandato expreso del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, está representada en el deber del juez de instaurar la verdad en cada expediente judicial que conoce. Y es que la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material, que constituye el sentido de toda administración de justicia, y está por encima de cualquier formalidad o solemnidad exigida por leyes especiales.

El artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, también ha sido de monumental valía en el análisis de nuestro estudio. Dicho precepto legal indica lo siguiente:

Art. 140.- “Omisión sobre puntos de derecho.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

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

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

Esta innovadora disposición orgánica constituye, tal vez, el punto de partida de una época de reformas legislativas en donde bien puede tener cabida la casación platónica. Surge como consecuencia del nuevo modelo jurídico adoptado por el Ecuador, consistente en la corriente neo constitucional, que se caracteriza por considerar a los derechos humanos como el eje central de nuestro sistema jurídico. Esta nueva corriente se funda en un constitucionalismo de principios, en donde imperan y prevalecen valores y principios por sobre la propia norma.

En concreto, consideramos que el tercer inciso encaja perfectamente en la noción de casación platónica, que propaga la tesis de que el tribunal de casación no puede fundar su petitorio en alegaciones diversas de las alegadas por el recurrente en su memorial de recurso, salvo que tal omisión vulnere derechos reconocidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Con ello reforzamos la tesis de que el Ecuador no sigue íntegramente el sistema dispositivo, y que además el principio de la congruencia tampoco es absoluto y presenta una vital excepción para aquellos casos en que resulte lesionado la constitución, y con ello la seguridad jurídica.

Y es que si nuestra propia legislación permite, merced al prodigioso artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que un juez resuelva “extra petita” una determinada controversia, no hay motivo ni excusa para sostener que no se pueda continuar con el mismo lineamiento jurídico en nuestro régimen de casación civil, con la implantación de la casación oficiosa o platónica.

También fue materia de nuestro análisis el artículo 6 de nuestra Ley de Casación, cuyo tenor literal expone:

Art. 6.- “Requisitos formales.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

- 5. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;**
- 6. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;**
- 7. La determinación de las causales en que se funda; y,**
- 8. Los fundamentos en que se apoya el recurso.”**

La mencionada norma contempla los requisitos que debe cumplir el agraviado que pretenda hacer uso del recurso de casación. La estructura de los requisitos formales que exige la ley refleja su carácter extraordinario, técnico y restrictivo, además de particularidades obvias tales como la verticalidad y formalidad que le revisten.

Creemos que la formalidad del recurso debe mantenerse, pero siempre que, cuando la oportunidad lo requiera, no se sacrifique la justicia por la omisión de tales solemnidades. La fundamentación, por ejemplo, es vital para el sostenimiento del recurso, y debe constar en el mismo en que se lo interpone y ante el mismo órgano jurisdiccional de cuya resolución se recurre. Ahora, consideramos de todas maneras que la falta de fundamentación del recurso de casación podría ser subsanable, siempre que a pesar de una inadecuada

proposición del recurso, la Corte de Casación pueda determinar sin mayor dificultad el grado de influencia de la infracción de ley. En estos casos, pensamos que la Corte podría ejercer la facultad oficiosa por aspectos de fondo.

Nuestra Corte de Casación no debe relumbrar o destacar, como órgano depurador y calificador de recursos de casación, confundiendo administrar justicia con negar recursos por falta de requisitos de procedibilidad. Su función es muy superior, y consiste en restablecer los derechos lesionados, haciendo prevalecer el respeto de la ley.

El artículo 8 de la Ley de Casación resulta bastante pertinente para el diseño de las principales ideas de la casación platónica. Su tenor literal es el siguiente:

Art. 8.- “Cuando concurren las circunstancias señaladas en el artículo 7, el juez o el órgano judicial respectivo, dentro del término de tres días, concederá el recurso y notificará a las partes.

Concedido el recurso el mismo juez u órgano judicial dispondrá que se obtengan las copias necesarias para la ejecución de la sentencia o auto y, en la misma providencia ordenará que se eleve el expediente a la Corte Suprema de Justicia y las copias al juez u órgano competente para la ejecución del fallo.

Recibido el proceso y en el término de quince días, la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia examinará si el recurso de casación ha sido debidamente concedido de conformidad con lo que dispone el artículo 7, y en la primera providencia declarará si admite o rechaza el recurso de casación; si lo admite a trámite, procederá conforme lo previsto en el artículo 13; si lo rechaza devolverá el proceso al inferior.”

Esta es la norma que faculta -a las Salas de la Corte Nacional- a examinar si el recurso de casación subido en grado cumplió con los requisitos previstos en la ley de la materia. No nos oponemos a que la Corte Nacional también regule el cumplimiento de las formalidades exigidas, pero siempre teniendo en cuenta que tal actividad es supletoria de la principal razón por la cual están investidos de competencia en casación, cual es, velar por la restauración del derecho y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ejemplo, actualmente la gran generalidad de los recursos de casación interpuestos en el Ecuador no son admitidos por falta de formalidades, sin entrar a analizar si la sentencia efectivamente está viciada o no de errores judiciales. Por ello, sostenemos firmemente que el exceso de requerimientos en la interposición del recurso de casación, en la mayoría de los casos representa un inconveniente para que el instituto cumpla con su real finalidad.

Por ello, este artículo debería y podría ser más flexible -y sobre todo más claro- en el sentido de que la falta de presupuestos en la interposición del recurso no puede sacrificar los intereses de la justicia. Lo anterior por dos principales consideraciones, primero, por la necesidad de mejorar la efectiva tutela del servicio de administración de justicia, y segundo, para precautelar el interés social, como fundamento de orden público, en virtud de que el Estado no es ajeno a la solución de las controversias judiciales.

La casación platónica persigue la integridad del orden jurídico, salvaguardando la correcta aplicación de la ley a los fallos judiciales. Respecto al interés privado del instituto, la casación platónica permitirá a las partes enmendar los agravios que hayan sufrido, mediante un servicio de justicia proactivo, más eficaz y más equitativo.

Creemos, eso sí, que la casación platónica por defectos de norma sustantiva, debe operar únicamente en aquellos casos en que el recurso de casación civil no haya reunido todos los requisitos técnicos de formalidad. En estos casos, la Sala de Casación antes de rechazar el recurso por defectos de forma, deberá observar si la transgresión de ley sustantiva denunciada -en el

calamitoso escrito de casación- ha influido substancialmente, o no, en la parte resolutive de la sentencia. Si la infracción de ley es grave, al punto de haber influido en la decisión final la corte de casación deberá actuar de oficio, emitiendo una sentencia que resuelva correctamente el aspecto de fondo.

Es decir, 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.

El artículo 16 de la Ley de Casación, también ha sido objeto de un importante análisis. Dicha disposición expresa:

Art. 16.- “Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.

Cuando se trate de casación por la causal segunda del artículo 3, la corte Suprema anulará el fallo y remitirá dentro de un término de cinco días el proceso al juez u órgano judicial al cual tocaría conocerlo en caso de recusación de quién pronunció la providencia casada, a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho.”

La indicada norma establece el procedimiento que debe seguir la Sala de Casación cuando case un fallo impugnado por vicios en el procedimiento. La denominación “casación” significa “nulidad” en sentido técnico-jurídico.

El papel de la casación gravita en enderezar los errores judiciales cometidos por los jueces inferiores, o de instancia, corrigiendo y reparando aquellos yerros, de tal suerte que se cumpla con la voluntad de la constitución y de la ley, y no sólo con la voluntad de los contendientes. Por lo tanto, la casación de una sentencia civil debe operar, aún de oficio, si se produce alguna vulneración de norma esencialmente grave, que afecte el orden público o la Constitución de la República.

En consecuencia, la necesidad de que prevalezca la voluntad de la constitución y de la ley, por sobre la voluntad de las partes procesales, o recurrentes, es precisamente el principal soporte y fundamento para la instauración de la casación platónica. No podemos, entonces, restringir la facultad de la Corte Nacional de enderezar fallos esencialmente viciados, por el simple hecho de que los recurrentes pretendan subsanar tales vicios o defectos, omitiendo denunciar tales infracciones en sus memoriales de casación.

Luego, tampoco pretendemos sostener que las Cortes de Casación deben pronunciarse sobre todas las infracciones no denunciadas por los impugnantes en sus recursos, sino sólo respecto de aquellas transgresiones que violen el orden público, o desatiendan alguna norma constitucional, en tratándose de vicios de procedimiento. No hacerlo implicaría un dislate o despropósito, pues la Corte Nacional como máximo organismo de justicia, debe velar por el respeto a la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico, siempre con atención preferente a la tutela de los derechos constitucionales, preservando el respeto de los principios y valores consagrados en la carta magna.

Por último, no podíamos dejar fuera de nuestro análisis el contenido del artículo 19 de nuestra Ley de Casación, que señala:

Art. 19.- “Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en

la Gaceta Judicial o en otra publicación en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.

La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existen fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación. La corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales. El Presidente de la Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución.”

En el Ecuador la jurisprudencia de casación es obligatoria cuando constituye un precedente de triple reiteración, criterio que se convierte en vinculante para todos los jueces de instancia en su labor de interpretar y aplicar las leyes, exceptuando a los Magistrados de la propia Corte Nacional.

La triple reiteración, entonces, genera jurisprudencia vinculante. El propósito de la jurisprudencia consiste en obtener una interpretación uniforme del derecho, como instrumento de obligada consulta para las autoridades judiciales que tienen el sacrosanto deber de administrar justicia. En este sentido, la jurisprudencia también actúa como fuente de producción de normas.

Nuestra Ley de Casación, coherente con su propia finalidad uniformadora, reconoce la trascendencia de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho, protegiendo la fuerza vinculante que tienen los fallos reiterados para los tribunales y jueces de instancia. Por tanto, en el Ecuador los jueces de instancia no pueden desconocer casos análogos fallados por la Corte Nacional, lo que en

doctrina toma el nombre de precedente vertical, como tampoco pueden desconocer sus propios precedentes, escenario que en la doctrina ha tomado el nombre de precedente horizontal.

En cuanto a la triple reiteración, es fundamental destacar que la obligatoriedad de los jueces de instancia de aplicar en sus sentencias los fallos de triple reiteración expedidos por los tribunales de casación, no sólo se refiere a la parte resolutive de tales fallos, sino también a la parte considerativa o motiva. Este concepto, entre los principales tratadistas de casación, ha tomado el nombre de doctrina jurisprudencial y constituye el fundamento primordial del fallo.

La casación platónica, ratifica entre sus intereses y propósitos su elevada misión de salvaguardar el interés público, no sólo tutelando la defensa de la ley, sino también su propia jurisprudencia, respetando los principios de igualdad, de seguridad jurídica y de confianza legítima en las decisiones jurisdiccionales.

IV.1.3. Análisis de las Entrevistas realizadas a expertos

Se entrevistó al abogado **Juan Carlos Vivar**, catedrático universitario con experiencia en derecho de casación civil, al tenor del pliego de preguntas que a continuación se exponen junto a las respuestas conferidas por el antedicho profesional:

- **¿Cree usted que en el Ecuador la Casación Civil cumple con su verdadera función?**

Definitivamente no. Fue creada para que los Magistrados controlen la legalidad de las sentencias, y no tengamos sentencias viciadas con errores. Pero en la práctica la realidad es otra.

- **¿Qué recomendaría usted para que nuestra casación civil sea efectiva?**

Una reforma de ley. Es evidente que nuestra actual ley de casación está obsoleta y no va de la mano con los avances jurídicos que el mundo arrastra.

- **Ha escuchado hablar usted de la casación platónica?**

Si, existe en otros países. Pero no creo que nuestros jueces estén preparados para ejercer casación platónica, porque también se puede prestar para abusos.

- **Pero no cree usted que si nuestros jueces recibieran mayor preparación podría funcionar para bien la casación platónica?**

Indudablemente. Pero se requieren de muchos años de adaptación y preparación para que nuestros jueces apliquen correctamente ese sistema de casación.

El Abogado Vivar en la primera interrogante claramente refiere una realidad de nuestra práctica forense, tan mencionada a lo largo de nuestro estudio, que se resume en definitiva en el desprestigio de nuestro sistema judicial. Su pensamiento expresa la poca fe que los abogados de nuestro medio mantienen en la justicia ecuatoriana, y su desazón por la cantidad de sentencias viciadas con errores que se expiden en la actualidad. Respecto de la segunda interrogante el entrevistado reconoce la necesidad de un cambio inmediato en nuestro sistema de casación civil, y confiesa considerar a nuestra vigente ley de casación como un conjunto de normas obsoletas y poco modernas lo que concuerda con algunas de nuestras conclusiones en la presente investigación. En la tercera pregunta, el experto señala conocer el instituto de la casación platónica, y observa a nuestros jueces actuales, de quienes considera no están preparados para el ejercicio de la casación platónica, situación que concuerda con varios de nuestros asertos durante el desarrollo de esta investigación. Finalmente, en la pregunta cuatro, vemos la conexión con la pregunta que forma parte de EL PROBLEMA materia de nuestra investigación, por cuanto el experto admite que la casación platónica, bien

aplicada, podría resultar un mecanismo idóneo para garantizar mayor certeza y otorgar una mejor y más efectiva tutela judicial.

Así también, obtuvimos una importante entrevista del **Doctor Jaime Ortega Trujillo**, redactor de la actual ley de casación, y catedrático de Derecho Procesal Civil de la Universidad Católica, al tenor del pliego de preguntas que a continuación se exponen junto a las respuestas conferidas por el antedicho profesional:

- **¿Cree usted que en el Ecuador la Casación Civil cumple con su verdadera función?**

Lamentablemente no. No hay verdadero control de legalidad de sentencias en Ecuador.

- **¿Qué recomendaría usted para que nuestra casación civil sea efectiva?**

Una mayor preparación académica por parte de nuestros jueces. Considero que los procesos de selección de jueces en Ecuador no cumplen con su finalidad. Hay jueces que llegan a los cargos por afinidades políticas y no por meritocracia. Ahí se resume la principal enfermedad de nuestro sistema de justicia.

- **¿Ha escuchado hablar usted de la casación platónica?**

Si, entiendo que trata el poder de los jueces a ejercer de oficio ciertas facultades jurisdiccionales. Sería interesante si se instaurara el sistema de casación platónica en el Ecuador, pero no creo que sea la panacea tampoco. La principal razón es el material humano, prefiero una ley mala, antes que un juez malo.

- **¿Pero no cree usted que si nuestros jueces recibieran mayor preparación podría funcionar para bien la casación platónica ?**

Si, lógicamente que si, pero es un proceso que empieza en las escuelas, para cambiar la idiosincrasia de este pueblo. No basta con formación universitaria, el problema es mayor, es ético, es moral, tiene que ver con los principios que aprendemos desde niños, y que aplicamos de adultos, desde la función sea cual sea, que desempeñemos en la sociedad.

El Doctor Jaime Ortega en la primera interrogante fue categórico al señalar que la casación civil no cumple en el Ecuador con su verdadero propósito. Naturalmente, el experto se refiere a la función nomofiláctica o deber de defensa de la ley que corresponde ejercer a nuestros jueces de casación, y que en la práctica real no ocurre. En la segunda pregunta, el jurista remarca la necesidad de que nuestros jueces reciban mayor preparación académica, y recomienda mejorar los procesos de selección de las autoridades judiciales, para evitar la intromisión de la política en la justicia, opinión con la que concordamos plenamente, y así lo hemos enfatizado a lo largo de nuestro estudio. En la tercera pregunta, el especialista declara conocer en qué consiste la casación platónica, identificándola claramente con una especie de facultad oficiosa de los jueces de casación. Con suma objetividad afirma que la casación platónica tampoco es la panacea de la justicia en el Ecuador, y ello va de la mano con lo señalado en nuestro estudio en uno de nuestros apartados, pues consideramos también que si una autoridad judicial se deja llevar por los brazos de la corrupción, no hay sistema ni casación platónica o no que funcione. Finalmente, en la pregunta cuatro, apreciamos la vinculación de la pregunta que forma parte de EL PROBLEMA materia de nuestra investigación, al considerar el referido jurista que la casación platónica, sumado a una mejor formación ética de los administradores de justicia, permitiría garantizar mayor certeza en las decisiones judiciales y otorgar una mejor y más efectiva tutela judicial.

IV.1.4. Respuestas a Preguntas de Investigación

IV.1.4.1.- ¿Es posible que la casación restablezca el derecho de los contendientes a pesar de que el recurso haya sido mal interpuesto?

En nuestro actual régimen de casación civil tal eventualidad es imposible. De hecho en la práctica forense, y en los precedentes jurisprudenciales que mayoritariamente ha expedido la Corte Nacional sobre la temática es inviable. Sin embargo, en este punto consideramos que nuestro sistema de administración de justicia bien puede mejorar, permitiendo a través del sistema de casación platónica que sea posible restablecer el derecho aún pese a que el recurso no se sujete íntegramente a los requisitos que señala el artículo 6 de la Ley de la Materia.

Por tanto, restablecer el derecho pese a un recurso mal interpuesto, es factible en la casación platónica cuando existen transgresiones que violen el orden público, o desatiendan alguna norma constitucional, en tratándose de vicios de procedimiento. O, en tratándose de violaciones sustantivas, cuando pese a que el recurso esté defectuoso en su forma, la Sala llegue a la convicción que las transgresiones que denuncia el impugnante, son trascendentes, graves o manifiestas, o sea, que sean influyentes o sustanciales en la decisión de la causa.

IV.1.4.2.- ¿Realmente nuestra casación civil cumple con el propósito para la cual fue creada?

Hemos colegido a lo largo de nuestro análisis que desafortunadamente nuestro vigente recurso de casación civil no está cumpliendo con sus honorables propósitos. Recordemos que su principal propósito consiste en el restablecimiento del imperio de la ley, esto es, controlar el exacto y estricto sometimiento de las resoluciones judiciales a las leyes.

Luego, como segundo propósito aparece la labor de uniformar la jurisprudencia, delineando un mecanismo de aplicación obligatoria de la doctrina legal. La doctrina legal se constituye por aquellos precedentes jurisprudenciales reiterados, con decisiones unívocas en torno a temas con similitudes fácticas, y que por tanto tienen fuerza de ley.

Actualmente nuestra Corte de Casación prioriza el formalismo y la rigurosidad del recurso por encima de preservación de la ley, atentando contra la propia naturaleza del recurso, y es en este contexto que nos permitimos sugerir como innovación de nuestro régimen de casación civil, el instituto de la casación platónica.

Por ello, creemos que la implementación de un nuevo sistema de casación -al que hemos denominado casación platónica- podría representar un mecanismo legal para remediar los desajustes que presenta nuestro actual sistema de casación civil, evitando que resoluciones judiciales que ostensiblemente contravienen expresas disposiciones legales, no puedan ser saneadas o corregidas como consecuencia del formalismo desmesurado que engloba a nuestro régimen de casación civil.

IV.1.4.3.- ¿Un recurso de casación negligentemente planteado podría legitimar una sentencia ilegítima?

Aunque resulte un contrasentido a cualquier método de administración de justicia, en el Ecuador sí es posible que por interponer un recurso defectuoso, se niegue el trámite de la casación, legitimando con ello una sentencia viciada, fundada en errores judiciales y a todas luces injusta. En nuestro concepto aquello se traduce en denegación de justicia.

La casación platónica se opone justamente a esta equivocada praxis, pues consiste en un mecanismo que vigila la correcta aplicación de la ley, aún de normas infringidas no alegadas por los recurrentes o interesados en la casación, si llegare a tratarse la vulneración de alguna disposición constitucional. Se trata, pues, de un tema de interés público el mantenimiento de la seguridad jurídica o del orden jurídico por parte del Estado.

En nuestro criterio, la única vía segura para alcanzar el anhelado propósito de cumplir con las expectativas de seguridad jurídica de los

ciudadanos, es el establecimiento de la verdad en cada controversia. Por ello, el juez debe contar con suficientes poderes jurisdiccionales, para pronunciarse aún de oficio sobre la verdad del proceso con miras a evitar a toda costa, que se legitime una sentencia con claros vicios de ilegalidad, infestada de yerros judiciales.

IV.1.4.4.- ¿Una casación de oficio afecta el principio de igualdad de los contendientes en un proceso judicial?

Hemos concluido además, que aquella invención sin sustento de que la casación de oficio, o platónica, afecta el derecho de igualdad de los litigantes es un mito, mendaz e inexistente. Todo lo contrario, la casación platónica coadyuva a mantener la igualdad de las partes procesales, así como a prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.

Además, vale decir que la casación civil no sólo está al servicio de los intereses particulares de la parte procesal que impugna o que activa el recurso, sino que principalmente está al servicio de la administración de justicia, esto es, prevalece el interés colectivo o público, frente a las ventajas que puedan obtener los particulares.

A tal punto no se afecta el derecho de igualdad de las partes, que con el sistema de casación platónica se procura destruir cualquier desventaja que pudiere sobrevenir al omitirse en los memoriales de casación infracciones de orden público, provocada por la práctica desleal del o de los recurrentes. Luego, es lógico que si la casación platónica como medida para mejor resolver tiene por finalidad arribar a la verdad procesal, indudablemente que este mecanismo constituye un instrumento de enorme valía para prevenir y alcanzar la tan anhelada seguridad y certeza jurídica, en donde los principales beneficiarios son las partes procesales.

IV.1.4.5.- ¿Los jueces de la Corte Nacional de Justicia podrían abusar de sus facultades al casar de oficio una sentencia?

Consideramos que la casación platónica, al igual que ocurre en nuestro actual sistema de casación civil, si contempla el riesgo de que los Magistrados de Casación puedan abusar de sus facultades, pero en la misma proporción de riesgo como si en la justicia ordinaria pueda existir un juez parcializado con una de las partes, o proclive a actos de corrupción.

En otros términos, si hubiera alguna garantía que asegure que todos los jueces serán imparciales no habría tal riesgo, ni posibilidad alguna de que puedan abusar de sus facultades al casar de oficio un fallo, pero aquello es utópico en cualquier lugar del mundo.

El requisito de imparcialidad del juez resulta de especial interés para las partes procesales, no sólo se erige como una garantía del debido proceso que el juez se trate de una persona desinteresada en la causa, sino que además busca que la controversia se decida en base a un criterio objetivo e imparcial. La imparcialidad entonces, actúa como una garantía para las partes procesales, como sustento de su derecho a la defensa, que les permitirá acceder a una decisión justa.

Insistimos, el riesgo de que alguien abuse siempre estará latente, al igual que muchos otros riesgos de la vida cotidiana de cada ser humano, como el riesgo de chocar un vehículo en alguna avenida, o el riesgo de enfermar. Sin embargo, en esencia, cuando un tribunal de casación decide resolver una decisión en base a criterios no solicitados ni pretendidos por los impugnantes en su recurso, no es para favorecer o perjudicar a una de las partes, sino para salvaguardar la seguridad jurídica, cumpliendo su misión reparadora del derecho, y evitando además atropellos al orden constitucional.

IV.1.4.6.- ¿Es más importante el interés privado de la casación, por sobre el interés público de la misma?

A lo largo de nuestro estudio concluimos que la casación tiene una finalidad de naturaleza privada, al procurar la reparación integral de los agravios que la sentencia impugnada le ha causado a la parte procesal recurrente. Incluso, gracias a la iniciativa de la parte procesal afectada, como proponente o recurrente de la casación, las Salas de Casación pueden ejercer el control de la legalidad y la unificación de la jurisprudencia.

Pero este interés privado no es el único que conlleva la casación. Hemos dejado constancia que existe un interés colectivo tal vez de mayor pergamino y que consiste en el interés colectivo o público, por cuanto la casación coadyuva al interés social y a la seguridad jurídica.

Estamos convencidos por tanto, que el interés público está por encima de los intereses de las partes procesales. La Casación, vela más por la colectividad que por los que intervienen en el proceso, en virtud de que para la sociedad es de elemental importancia una correcta interpretación y aplicación de la ley en todos los procesos judiciales, tornándose esencial la uniformidad de la jurisprudencia como guía para todos los actos de la administración de justicia.

IV.1.4.7.- ¿Es posible modernizar nuestra actual Ley de Casación Civil?

Creemos que es urgente que se modernice nuestra actual Ley de Casación Civil. Consideramos que implementando el sistema de la casación platónica, se permitiría un mejor control de la legalidad sustantiva y constitucional, preservando el orden público y la seguridad jurídica. Después de todo, la casación es un instituto puesto al servicio de la justicia y de los ciudadanos, y debemos procurar mejorar nuestro sistema en forma paralela y constante con los avances que se suscitan en el devenir jurídico local e internacional.

IV.1.5.- Verificación de la Hipótesis o de la Pregunta a Contestar

Los resultados obtenidos del análisis documental, así como de las entrevistas elaboradas, están hondamente relacionados con los problemas formulados y con la hipótesis planteada al inicio de esta investigación. La hipótesis planteada fue la siguiente:

Si nuestros Magistrados de casación requieren de mejores armas jurisdiccionales para ejercer con verdadera eficacia el control de legalidad en cada una de las sentencias que conocen, la instauración de la casación platónica aparece como la solución más recomendable.

A lo largo de nuestro estudio quedó ampliamente comprobada la necesidad de que nuestros jueces de casación efectúen con mayor diligencia y efectividad un control de legalidad en la sentencias impugnadas con motivo de la interposición de recursos de casación. Aquello, en virtud de que en la mayoría de las ocasiones basta con un recurso mal interpuesto, para a propósito del artículo 8 de la Ley de Casación, denegar a trámite el recurso, quedando impedidos los propios Magistrados para revisar y corregir los defectos o vicios de que puede padecer el fallo impugnado.

Ante esta situación, contradictoria desde todo punto de vista con la propia naturaleza de este recurso extraordinario, demostramos que la instauración de la casación platónica aparece como la solución más recomendable, en consideración a que existen casos de excepción en los cuales, pese a encontrarnos frente a un recurso defectoso o mal interpuesto, la Corte de Casación se encuentra en el deber ineludible de actuar, ya sea que se trate de un vicio de procedimiento, o de algún yerro judicial por transgresión de norma sustantiva.

Hemos justificado nuestra **variable independiente**, en el sentido de que la casación platónica constituye la mejor arma jurisdiccional para alcanzar la tan ahelada seguridad jurídica, analizando todos los puntos que abarcaron sus indicadores, desde los antecedentes del recurso, hasta el estudio de sus límites, características y efectos.

Sobre la importancia y trascendencia de la casación platónica como instrumento de seguridad jurídica justificamos el instituto a lo largo de nuestro estudio, demostrando que dicha figura permitirá promover la efectiva vigencia del principio de igualdad legal, y con ello, elevar la calidad de nuestra administración de justicia, puesto que constituye un tema de interés público, que el Estado no sea indiferente a la solución de controversias judiciales.

Adicionalmente, hemos referido también un diseño de planteamiento de casación platónica conforme a nuestra legislación, como un mecanismo óptimo para mejorar la administración de justicia. Este esquema se divide en dos aspectos: a) por un lado respecto de aquellos casos en que exista la transgresión de una norma de procedimiento, o vicio *in procedendum*, en donde estimamos que la Sala puede casar una sentencia siempre que dicho fallo adoleciere de infracciones de orden público o atente contra expresas normas de la constitución, aunque él o los agraviados no las hubieren denunciado en su memorial de recurso; y, b) En segundo lugar nuestro esquema concluye que si el quebrantamiento de ley se refiere a una norma sustantiva o vicio *in iudicando*, aunque el recurso sea defectuoso, la Sala de Casación si puede invalidar el fallo, si llegare a comprobar ostensiblemente que tal infracción ha influido substancialmente en la parte resolutive del fallo impugnado. La Corte deberá hacer constar en el fallo de casación esta circunstancia y los motivos que la determinan, y dictará la sentencia de reemplazo que corresponda.

También acreditamos con suficiencia la **variable dependiente**, demostrando que la casación platónica surge como la herramienta más moderna y efectiva en el control de legalidad de sentencias de los Magistrados de Casación. Hemos señalado a lo largo de nuestro estudio que nuestro actual sistema casación contiene imperfecciones, que lo convierten en un método proclive a incurrir en error judicial, en denegación de justicia, o en inadecuada administración de justicia, circunstancias que conminarían al Estado ecuatoriano a indemnizar a los perjudicados, independiente de si existe grado de responsabilidad propia respecto de los operadores o agentes de justicia. En concreto, aquella sumisión de nuestro régimen de casación civil actual a las formalidades, solemnidades y requisitos

previstos en el artículo 6 de la ley de la materia, aún por encima de los intereses de la justicia.

La casación platónica, aparece como un método de control de legalidad más acorde a las exigencias de una administración de justicia de calidad, destacando que se trata de un servicio básico, público y fundamental que brinda el Estado, y que debe prestarse en condición de igualdad para todos. De ahí, la responsabilidad del Estado en instaurar la casación platónica como la herramienta o arma jurisdiccional que permite dotar a nuestros magistrados de casación de facultades suficientes para ejercer el control de legalidad que se les encomienda.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

V.1. Conclusiones

1. El derecho a una tutela judicial consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, coincide con la necesidad de una justicia civil moderna, caracterizada por la efectividad y por el respeto supremo a los derechos humanos. La tutela judicial efectiva como garantía máxima de la administración de justicia, mantiene una estrecha relación con el recurso de casación, por tratarse este último del medio de impugnación supremo de nuestra legislación civil, cuya competencia le corresponde a nuestro máximo órgano de justicia.
2. La efectividad de la tutela judicial civil en materia de casación, debe suponer un acercamiento de la justicia al agraviado, y aquello sólo es posible si se consigue depurar la existencia de óbices, impedimentos excesivos y trabas en el vigente procedimiento establecido en nuestra Ley de Casación Civil, con el objetivo común de que en cada controversia los tribunales de casación se encuentren facultados para expedir decisiones enteramente justas.
3. No podríamos entender la finalidad del recurso de casación sin referirnos a su **función nomofiláctica**, o de defensa de la ley, para lo que originalmente desde los tiempos de la Revolución Francesa fue creada. La palabra nomofiláctico proviene de dos palabras griegas, *nomos*, que significa gobierno, regla o ley, y *philasso* que significa cuidar o guardar.
4. El deber de velar por la vigencia de nuestro ordenamiento legal le corresponde a nuestro máximo órgano de administración de Justicia,

representado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a través del recurso de casación. De ahí que podemos afirmar que la principal finalidad de la casación -de naturaleza pública- consiste en la defensa de la ley, esto es, velar por el irrestricto respeto al marco jurídico establecido, a través de un control jerárquico y jurídico sobre la actividad de los jueces de grado inferior.

5. La doctrina y la jurisprudencia identifican a la casación como un recurso extraordinario debido a su carácter excepcional. Para su admisibilidad, es necesario que primero se agoten los medios de impugnación ordinarios, esto es, el recurso vertical de apelación e incluso otros medios de impugnación horizontales, si fuere del caso.
6. Su excesivo formalismo -que no compartimos- revela otro motivo para considerar este recurso como extraordinario. La casación exige el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales que ineludiblemente deben respetarse, so pena de ni siquiera resultar admitido o calificado el recurso. En esencia, la casación es un recurso portentoso puesto que se interpone respecto de sentencias que han causado estado, o se han constituido en cosa juzgada, en virtud de que han sido expedidas por Tribunales ordinarios de última instancia.
7. Sostenemos que la casación es un recurso extraordinario porque no implica un nuevo análisis de toda la controversia, sino únicamente el examen de la correcta aplicación de ley procesal y/o sustantiva efectuada por el Tribunal a-quo en su sentencia de última instancia. Tal examen en principio, sólo debe hacerse en función de las causales expresamente invocadas por el recurrente en su casación; no obstante, consideramos que tal limitación -en algunos casos- podría atentar contra el verdadero espíritu de la casación - que consiste en fiscalizar la observancia de las leyes en las resoluciones judiciales-, aún si el interesado o casacionista omitiese mencionar algún quebrantamiento de ley en su memorial de recurso.
8. La casación también tiene una finalidad de naturaleza privada, al procurar la reparación integral de los agravios que la sentencia impugnada le

podiere causar a la parte procesal recurrente. De hecho, en virtud de la iniciativa de la parte procesal afectada, como proponente o recurrente de la casación, es que las Salas de Casación pueden ejercer el control de la legalidad y la unificación de la jurisprudencia.

9. En la casación, en todo caso, prima el interés público por encima de los intereses de las partes procesales. La Casación, por tanto, vela más por la colectividad que por los que intervienen en el proceso, en virtud de que para la sociedad es de elemental importancia una correcta interpretación y aplicación de la ley en todos los procesos judiciales, tornándose esencial la uniformidad de la jurisprudencia como guía para todos los actos de la administración de justicia.
10. Nuestros legisladores instituyeron la casación civil con una fisonomía extremadamente formalista, lo que en no pocas ocasiones ha obstado que la casación cumpla cabalmente su rol de controlar la correcta observancia de las normas jurídicas. Una de las manifestaciones de ese desmedido ritualismo, radica en que nuestro actual régimen de casación civil condiciona el rango de actuación de nuestros tribunales, puesto que al momento de resolver un caso sólo pueden considerar aquellos aspectos jurídicos alegados por los agraviados en su casación, debiendo analizar únicamente las causales por ellos invocadas, sin que les sea permitido revisar de oficio otras infracciones no mencionadas por los impugnantes, por más notorias que del fallo aparezcan.
11. El Ecuador contempla un modelo mixto de casación, en virtud de que el trámite del recurso es breve -en teoría expedito-, y engloba como causales tanto los vicios *In Iudicando*, como los vicios *In Procedendo*. Nuestra Corte Nacional de Justicia, sin embargo, no sólo es corte de casación, pudiendo en determinadas circunstancias actuar como Tribunal de instancia, en aquellos temas que resuelve en función de fueros especiales de altos funcionarios de Estado.
12. Nuestro país está regido además por un sistema de casación civil cerrado, pues las causales de casación están concretamente enumeradas en el

artículo 3 de la Ley de Casación, en forma expresa, taxativa o si se quiere limitada. Por tanto, nuestro sistema de casación es también definido por la doctrina como sistema *numerus clausus*, por cuanto la casación sólo puede fundarse en aquellas causas previstas en la Ley de la materia.

13. Nuestra Ley de Casación, coherente con su finalidad uniformadora, reconoce la trascendencia de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho, protegiendo la fuerza vinculante que tienen los fallos reiterados para los tribunales y jueces de instancia. Por tanto, en el Ecuador los jueces de instancia no pueden desconocer casos análogos fallados por la Corte Nacional, lo que en doctrina toma el nombre de *precedente vertical*, como tampoco pueden desconocer sus propios precedentes, escenario que en la doctrina ha tomado el nombre de *precedente horizontal*.
14. Existen razones de consideración jurídica profunda que nos permiten respaldar la necesidad de una modernización en nuestra vigente Ley de casación civil ecuatoriana, dirigida a establecer la figura de la casación de oficio -conocida como casación platónica-, entre ellas, la efectiva vigencia del principio de igualdad legal, y luego, consideraciones de interés público, toda vez que el Estado no es indiferente a la solución de controversias judiciales.
15. En un Estado moderno, constituye un interés público la labor de administrar justicia, y la única vía segura para alcanzar dicho propósito es el establecimiento de la verdad de la controversia. Por ello, el juez debe contar con suficientes poderes jurisdiccionales, para pronunciarse aún de oficio sobre la verdad del proceso con miras a un interés superior de justicia, sin importar si suple o no la incuria o inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.
16. Sostenemos que dicha facultad oficiosa de los tribunales de casación, debe aplicarse tanto para errores *in procedendo*, como para errores *in iudicando*, aunque en ambos casos no debe aplicarse la misma regla, y en cada uno de ellos deben exigirse requisitos diferentes para el ejercicio de la casación

platónica, en razón de su distinta naturaleza. En lo que respecta a los vicios *in procedendo*, la infracción de ley debe atender contra el orden público, aunque tales vicios no hayan sido denunciados en el escrito de casación.

- 17.** Resultaría un despropósito o una contradicción si se quiere, no extender a la casación platónica la nulidad de sentencias por vulneración del *ius constitutionis*. Nuestra Corte Nacional de Justicia, tiene como principal presupuesto la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico, esto es, siempre con atención preferente a la tutela de los derechos constitucionales, preservando el respeto de los principios y valores consagrados en la carta magna.
- 18.** En el derecho de casación civil las “medidas para mejor resolver” se traducen en la necesidad de poner un remedio a las deficientes interposiciones en que puede incurrir cualquiera de las partes, respecto de un recurso eminentemente técnico. No obstante, para el manejo de estas medidas, es imprescindible que los jueces de casación comprendan cuál es el propósito de este medio de impugnación extraordinario, y cuál es su importancia, a fin de utilizar tales medidas en estricto provecho de la verdad procesal y de la justicia, y no convertir dichas medidas en un instrumento de abuso, en detrimento de expresas garantías constitucionales.
- 19.** Las medidas para mejor resolver, o capacidad para resolver de oficio en tratándose de la casación, aparecen como una fórmula, o receta, para suplir de alguna manera la negligente actuación del recurrente, cuando su recurso de casación no está dirigido a procurar una sentencia justa. Constituye un buen método, para que la consciencia del juzgador se vea libre de remordimientos, ante eventuales injusticias, generadas como consecuencia del excesivo rigor formalista que reviste el derecho de casación civil.
- 20.** La potestad de casar de oficio como medida para mejor resolver, no constituye un acto sujeto a la simple voluntariedad de los tribunales de casación, es mucho más que un simple compromiso, y lo entendemos en

primer orden como una obligación de los tribunales casar *ex officio* cuando se detectan infracciones graves, como una necesidad para una correcta o adecuada administración de justicia.

21. Obrar de oficio en casación civil no debería ser, en realidad, una mera facultad del tribunal, sino un deber. Constituye una facultad teleológica, en todo caso, de carácter insoslayable. Su objetivo consiste en procurar el restablecimiento de la justicia, mediante la adecuada aplicación en los fallos judiciales de la ley, evitando la impunidad de transgresiones no denunciadas por los recurrentes, contribuyendo con ello al orden y a la seguridad jurídica.
22. Tampoco podemos desconocer la relación que encontramos entre la necesidad de casar de oficio -como medida para mejor resolver- y el principio *Iura Novit Curia*, que se caracteriza por el deber del juez de suplir las omisiones en derecho en que hubieren incurrido las partes. Sin duda, en nuestro esquema de casación platónica o de oficio, al tribunal de casación le corresponde suplir omisiones en derecho incurridas por el recurrente en su casación, lo que concuerda con el espíritu del *Iura Novit Curia*, y esa debe ser la intención del legislador al establecerlo, por la necesidad de arribar a la verdad objetiva de la controversia.
23. Para asegurar que esta garantía se cumpla sin excesos sin afectar el derecho a la defensa de las partes, ni violentar el debido proceso, la posibilidad de casar de oficio debe contener límites. En este sentido, creemos que para casar de oficio por defectos *in procedendo*, la decisión impugnada debe desconocer disposiciones de orden público o normas constitucionales, a pesar de no haber sido denunciadas por el recurrente en su casación. En cuanto a vulneraciones *in iudicando*, la facultad oficiosa que proponemos contiene límites más marcados, pues se requiere que el recurso no haya sido técnicamente bien planteado, pero la infracción de ley debe ser tan incuestionable y grave, que el tribunal debe optar por casar de todas maneras el fallo -de oficio, en consideración a que en condiciones normales el recurso no debería ser admitido a trámite-,

siempre que no se funde la resolución de casación en violaciones no alegadas por el agraviado.

- 24.** En nuestra legislación los tribunales y jueces tienen el deber de rehusarse a aplicar las reglas de la congruencia cuando comprueban que de hacerlo, podrían vulnerarse derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Si esa es la corriente que mantienen nuestras modernas normas orgánicas y procesales, se deberían también promover cambios legales en ese mismo sentido en nuestra ley de casación civil.
- 25.** Si actualmente nuestra legislación permite, merced al prodigioso artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que un juez resuelva “extra petita” una determinada controversia, soslayando el mismísimo principio de la congruencia en casos extraordinarios, esto es, si en caso de no hacerlo se pondría en riesgo la posibilidad de vulneración de algún derecho constitucional, porqué no impulsar cambios positivos de similares características en nuestro sistema de casación civil..?
- 26.** Creemos que la casación de oficio como medida para mejor resolver, supera aquella visión superlativamente privatista de nuestro actual sistema, en el que impera el interés particular por sobre el colectivo, y que además es proclive a egoísmos procesales, porque su actual regulación propende a que las partes únicamente aleguen en sus memoriales de casación aquellas infracciones contrarias a sus intereses, y no todas las vulneraciones legales que puedan afectar un fallo, convirtiéndose en un contrapunto de la buena fe, la equidad y la justicia.
- 27.** Resulta naturalmente lógico, que si la casación de oficio como medida para mejor resolver tiene por finalidad arribar a la verdad procesal, indudablemente que este mecanismo constituye un instrumento de enorme valía para prevenir y alcanzar la tan anhelada seguridad y certeza jurídica.
- 28.** La recta administración de justicia aspira al “establecimiento de la verdad” como una exigencia de interés público. Ciertamente existe un elemental

interés de la colectividad en que cada decisión judicial sea justa, y se acerque en lo posible a la verdadera relación jurídica. El punto es, que desde nuestra óptica, la casación civil ecuatoriana recibe una importante influencia del principio dispositivo, entendido como aquél que recomienda la suerte de un resultado judicial a la voluntad de las partes, lo que en muchas ocasiones opaca la certeza de las decisiones adoptadas.

29. Sin duda que la vigencia del principio dispositivo en nuestro régimen de casación civil es necesario, pues no de otro modo podría el tribunal de casación conocer y resolver un asunto, sino fuera porque los únicos legitimados para interponer el recurso son los propios litigantes, cuando consideran que han sufrido un gravamen o perjuicio en la sentencia que impugnan. Pero no por ello debemos aceptar, que si una infracción en la sentencia es tan notoria al punto de quebrantar el orden constitucional, los Magistrados de casación deban estar excluidos de corregir o anular tal transgresión, por el sólo hecho de que el o los recurrentes omitieron denunciar tal violación.

30. Corresponde al Tribunal de Casación atender y satisfacer el deber de sanear tales transgresiones -esenciales- aún cuando no hayan sido mencionadas ni impugnadas en el escrito de casación, para que pueda imperar un efectivo control de legalidad y una correcta función unificadora de jurisprudencia. Luego, la casación platónica también actúa para sancionar la “incuria”, la “negligencia” o la “impericia” de los recurrentes; así como la “insuficiencia” de los recursos de casación interpuestos por las partes. Las exigencias de la justicia actual impone a los juzgadores el ejercicio pleno de poderes procesales -medidas para mejor resolver-, con los límites y la prudencia de no lesionar las garantías de defensa de las partes, ni los valores o principios constitucionales supremos.

31. La iniciativa oficiosa de los tribunales de casación, no afecta la libertad, ni la voluntad de los litigantes para interponer y fundamentar su recurso. Simplemente como una medida para mejor resolver, el juez coadyuva a las partes en la búsqueda de la verdad, como fin último de la justicia. En realidad, la libertad de los litigantes para impugnar y recurrir un fallo que

les causa agravios se mantiene incólume o si se quiere indemne, no queda afectada en lo más mínimo.

32. Cuando un tribunal de casación decide resolver una decisión en base a criterios no solicitados ni pretendidos por los impugnantes en su recurso, no es para favorecer o perjudicar a una de las partes, sino para salvaguardar la seguridad jurídica, cumpliendo su misión reparadora del derecho, y evitando además atropellos al orden constitucional.
33. Por lo tanto, la casación de una sentencia civil debe operar, aún de oficio, si se produce alguna vulneración de norma jurídica *stricto sensu* -siempre que sea esencialmente grave, o afecte el orden público o la Constitución de la República- en cualquiera de las tres formas que menciona nuestra ley de casación: la negativa a aplicarla, la errada aplicación y la equivocada interpretación.
34. La necesidad de que prevalezca la voluntad de la constitución y de la ley, por sobre la voluntad de las partes procesales, o recurrentes, es precisamente el principal soporte y fundamento para la instauración de la casación platónica. No podemos, entonces, restringir la facultad de la Corte Nacional de enderezar fallos esencialmente viciados, por el simple hecho de que los recurrentes pretendan “convalidar” tales vicios o defectos, omitiendo denunciar tales infracciones en sus memoriales de casación.
35. Toda vulneración al debido proceso trae como consecuencia la nulidad de lo actuado a partir de la consumación del vicio o error. Consideramos que en estos casos debe procederse aún de oficio, siendo deber de la Corte Nacional de Justicia la observancia del debido proceso, pues representaría un desacierto gravísimo el pretender uniformar jurisprudencia con fallos que son consecuencia de vulneraciones a garantías constitucionales, transgresiones que no podrían ser subsanadas por así haberlo querido los recurrentes. Tal situación sencillamente implicaría un contrasentido a los fines de la casación, por lo que insistimos, infracciones procesales que afectan bienes jurídicos como la publicidad, la jurisdicción, la

competencia, o la motivación de las resoluciones judiciales, etcétera, bien pueden ser objeto de una casación civil platónica.

- 36.** En el Ecuador la valoración de los elementos probatorios y las conclusiones a que ha llegado el juzgador sobre dicha valoración no son cuestionables mediante la casación civil, debido a que se trata de una facultad propia de los órganos de instancia, sin embargo, el mecanismo lógico que el juez de instancia utiliza para emitir su decisión, si es objeto de control mediante el recurso de casación. Es decir, la casación civil debe operar aún de oficio cuando exista una incoherencia o contradicción entre la fundamentación de un fallo y la parte dispositiva de una sentencia.
- 37.** En la actualidad, la mayoría de los recursos de casación interpuestos en el Ecuador son rechazados *in limine*, esto es, en el acto inicial del procedimiento casatorio. Por ello, en la práctica hemos comprobado que el exceso de requerimientos en la interposición del recurso de casación, en la mayoría de los casos representan un óbice, un obstáculo, o en definitiva un estorbo, para que el instituto cumpla con su finalidad nomofiláctica, impidiendo que el máximo órgano jurisdiccional resuelva el aspecto de fondo del recurso.
- 38.** Debido a la elevada misión jurisdiccional de nuestros magistrados de Corte Nacional, no nos aventuramos a recomendar la desformalización del recurso, ni tampoco a sugerir la simplificación de los mismos, pero tampoco podemos permitir “que la justicia se siga sacrificando por la sola omisión de formalidades” en abierta violación del artículo 169 de nuestra Constitución de la República. Por ello, creemos pertinente la instauración en el Ecuador del instituto de casación platónica, con capacidad para resolver también aspectos de fondo.
- 39.** Entre las principales razones que anotamos como sustento de la casación de oficio por cuestiones de fondo mencionamos las siguientes: a) La necesidad de mejorar la efectiva tutela del servicio de administración de justicia; b) Restaurar la vigencia del principio de igualdad legal para las partes; y, c) Precautelar el interés social, como fundamento de orden

público, en virtud de que el Estado no es ajeno a la solución de las controversias judiciales.

40. Desde el punto de vista del interés público de la casación, la instauración de la institución en comento permitirá afianzar la defensa de la ley, manteniendo la integridad del orden jurídico, salvaguardando la correcta aplicación de la ley a los fallos judiciales. Respecto al interés privado de la casación civil, la casación platónica permitirá a las partes enmendar los agravios que hayan sufrido, mediante un servicio de justicia proactivo, más eficiente y más equitativo.
41. Lo que determina la procedencia de la casación civil de oficio, por errores *in iudicando*, es el carácter de decisoria litis de la norma infringida, esto es, que sea de aquellas con arreglo a las cuales debe fallarse el juicio, porque sólo ellas pueden influir de un modo substancial en lo dispositivo del fallo.
42. La Corte de casación debe descifrar, si la infracción de ley que quedaría impune por los defectos formales de la interposición del recurso, es tolerable en el aspecto social, y en el aspecto jurídico; debe desentrañar si al no obrar de oficio, se consumaría una injusticia evidente o subsistiría un pésimo precedente.
43. Creemos que si la Corte Nacional va a casar de oficio por cuestiones de fondo, es naturalmente lógico que el fundamento del recurso de casación - aunque esté defectuoso- se refiera a errores *in iudicando* que hayan atentado contra la decisión de mérito, pues si el impugnante solamente funda su casación en aspectos de forma, no podría la Corte de Casación hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
44. En consecuencia, la Corte Nacional podrá casar de oficio una sentencia por errores *in iudicando*, pero no podrá alterar: a) Aquella parte de la sentencia que el recurrente no impugnó; y, b) Ni los fundamentos, o expresión de motivos, esgrimidos por el agraviado en su casación, respecto de aquél fragmento de la sentencia que sí fue impugnada.

45. Mantenemos la opinión de que la infracción de ley denunciada por el agraviado -en su inconsistente escrito de interposición- influya directamente en la decisión de la causa. Es decir, lo que amerita la medida extrema para mejor resolver, es la transgresión del orden jurídico, pero “siempre que” esta infracción influya substancialmente en la resolución de la sentencia.
46. Creemos que, en ciertos casos, la falta de fundamentación del recurso de casación podría ser subsanable, siempre que a pesar de una inadecuada proposición del recurso, la Corte de Casación pueda determinar sin mayor dificultad el grado de influencia de la infracción de ley. En estos casos, consideramos que la Corte podría ejercer la facultad oficiosa por aspectos de fondo, como mecanismo de mejor resolver.
47. Cuando indicamos que el error *in iudicando* debe influir en la decisión de la causa, nos referimos a aquella parte de la sentencia que identificamos como resolutive o dispositiva. Generalmente, el error *in iudicando* se presenta en la parte considerativa del fallo, porque es en este fragmento de la sentencia donde se da la conexión íntima y necesaria con la parte dispositiva, formando con la parte resolutive un todo inseparable.
48. Es importante destacar, que si la Corte Nacional en un futuro próximo tuviera la facultad de casar de oficio, desde ningún punto de vista aquello equivaldría a una potestad arbitraria, pues si de la propia ley germina tal imperio, al ser otorgado por el derecho representaría un ejercicio legítimo. Tal libertad para casar de oficio, sería confiada nada menos que por y para el servicio del derecho. Por lo demás, recuérdese que esta facultad no se confiaría a cualquier tribunal sino a la Corte Nacional, el máximo tribunal de justicia en el Ecuador, tanto en jerarquía académica, como por la experiencia que debe distinguir a sus miembros.
49. La Casación Platónica se inspira y se dirige en forma absoluta al interés de los justiciables, y de manera particular al interés de la sociedad entera. Se orienta a la creación de una doctrina jurisprudencial más atinada y

acertada, como guía para la aplicación e interpretación de las normas sustantivas y procesales, en términos de contribuir a la seguridad jurídica de la nación, mediante una oportuna evolución de la jurisprudencia.

V.2. Recomendaciones

En consideración a que -según los hemos remarcado a lo largo de nuestro estudio- los tribunales de casación en el Ecuador han sido instituidos para mantener la exacta observancia de las leyes, restableciendo el derecho que corresponda mediante el ejercicio de un control jurisdiccional sobre los fallos de instancia sujetos a dicho recurso, nos permitimos efectuar tan sólo las siguientes recomendaciones:

1. Que, en tratándose de errores in procedendo, las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en sus fallos de casación realicen un pronunciamiento expreso en aquellos casos en que la sentencia impugnada quebrante disposiciones de orden público o atente contra expresas normas de la constitución, aunque él o los agraviados no las denuncien en su memorial de recurso;
2. Respecto de errores in iudicando, en aquellos casos en que se desechare el recurso de casación por falta de presupuestos de admisibilidad, la Corte Nacional debe invalidar de oficio la sentencia recurrida si llegare a comprobar ostensiblemente que la sentencia impugnada fue dictada con infracción de norma sustantiva, siempre que tal infracción influya substancialmente en la parte resolutive del fallo impugnado. Recomendamos que la Corte haga constar en el fallo de casación esta circunstancia y los motivos que la determinan, para acto seguido dictar la sentencia de reemplazo que corresponda;
3. Siendo la honestidad un imperativo ético y de capital importancia en todo régimen de administración de justicia, consideramos oportuno, en consideración a lo extremadamente técnico y delicado del régimen de casación platónica, implementar una escuela de

formación de jueces exclusivamente para el área de casación. Ningún sistema judicial será eficaz, ni podrá brindar verdadera seguridad jurídica, si el personal humano que va a intervenir para otorgar el servicio de la administración de justicia, no está íntegramente preparado técnica, jurídica y moralmente para el ejercicio de su cargo; y,

4. Por último, aunque el presente estudio no ha tenido como propósito el de proponer un proyecto de reforma de ley, sí consideramos recomendable reformar con cierta inmediatez, y a corto plazo, nuestra vigente ley de casación civil, implementando facultades oficiosas parciales como las que hemos analizado en el presente estudio, como un paso significativo en las mejoras que requiere nuestro régimen de control de legalidad, y concretamente nuestra administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, Arturo. Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Nascimento. Santiago, 1935.
2. **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo. La imparcialidad judicial y la Función del Juez en el proceso civil. Conferencia pronunciada en el Congreso colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Colombia, el 7 de septiembre del 2005.
3. **ANDRADE UBIDIA**, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador. Editorial Andrade & Asociados, Quito, 2005, páginas 44 y 45.
4. **ANDRADE UBIDIA**, Santiago. *La Casación Civil en el Ecuador*, pp. 311 Y 312.
5. **ANDRADE UBIDIA**, Santiago. La casación civil en el Ecuador. Andrade & Asociados Editores. Quito. Pág. 182.
6. **AZULA CAMACHO**, Jaime. *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed., p.464.
7. **AZULA CAMACHO**, Jaime. Teoría General del Proceso, Tomo II. Bogotá, Editorial TEMIS, 2000, p. 362.
8. **AZULA CAMACHO**, Jaime. Teoría General del Proceso, Tomo II. Bogotá, Editorial TEMIS, 2000, p. 363.
9. **CALAMANDREI**, Piero. Casación Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, página 17.
10. **CALAMANDREI**, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pág. 467 y 468.
11. **CALAMANDREI**, Piero. La Casación Civil, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, Tomo I, Vol. I, pág. 85.

12. **CALAMANDREI**, Piero. La casación civil. Tomo II. Pág. 173.
13. **CARRIÓN LUGO**, Jorge. El recurso de casación en el Perú. Edit. Grijley. Lima. 2003. 2da. Edición. Págs. 177 y 178.
14. **CARRIÓN LUGO**, Jorge. El Recurso de Casación en el Perú. Edit. Grijley. Lima. 2003. Pág. 72.
15. **CARRIÓN LUGO**, Jorge. El recurso de Casación en el Perú. Edit. Grijley. Lima. 2003. Pág. 56.
16. **CHIOVENDA**, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1922.
17. **CHIOVENDA**, José. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Tercera Edición. Madrid. Edit. Reus. 1944, pág. 496.
18. **CORONEL JONES**, César. La Ley de Casación: estudio introductorio, en *La casación. Estudios sobre la Ley No. 27, promulgada en el registro oficial No. 192 del 18 de Mayo de 1993.*
19. **COUTURE**, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. págs. 50 y 51.
20. **COUTURE**, Eduardo. Introducción al estudio del proceso civil, De Palma, Buenos Aires, 1988, 2da. Edición, pág. 73.
21. **CUEVA CARRIÓN**, Luis. *La Casación en Materia Civil*, tomo 1, Quito, Editorial Ecuador, 1993, p. 104.
22. **DE LA PLAZA**, Manuel. La casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 35.
23. **DE LA PLAZA**, Manuel. La casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 34.
24. **DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. Compendio de Derecho procesal. Tomo I. Editorial ABC. Bogotá. 1985, pág. 495.

25. **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Quinta Edición, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.
26. **DICCIONARIO JURÍDICO VENEZOLANO**, D & F, pág. 57.
27. **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Vigésima Primera Edición, Tomo II, Espasa, 1992.
28. **DIEZ PICAZO**, Luís. Citado por Ticona Postigo en “Análisis y Comentarios al Código procesal Civil” (Tomo II), Editorial Grijley. Lima, Perú. 1996, pág. 745.
29. **ESPINOZA SOLÍS DE OVANDO**, Alejandro. De los recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil. Sexta Edición. Editorial Jurídica Chile. Santiago. 1985, pág. 166.
30. **ESPINOZA SOLÍS DE OVANDO**, Alejandro. De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil. Sexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1985. pág. 177.
31. **FALCÓN**, Enrique. El sistema y las nulidades. Revista de Derecho Procesal 2007-1. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2007.
32. **FERRAJOLI**, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal. Págs. 539 y 540.
33. **FORNATTI**, Enrique. Estudios de Derecho Procesal. Librería Jurídica Valerio, Abeledo Editor. Buenos Aires, 1956, págs. 71 y 72.
34. **GARCÍA FERAUD**, Galo. La Casación en Materia Civil, en La Casación, Estudios sobre la Ley No. 27, cit., p. 45.
35. **GHIRARDI**, Olsen. El razonamiento débil. Alveroni Ediciones. Córdova. 1993. Pág. 49.
36. **GONZÁLEZ NOVILLO**, Jorge; **FIGUEROA**, Federico. El recurso de casación en el proceso penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 75.
37. **GRISANTI LUCIANI**, Héctor. La Casación de oficio, Revista de Derecho No. 57. Caracas. pág. 258.

38. **GUASCH FERNANDEZ**, Sergi. El hecho y el derecho en la casación civil. José María Bosch Editor. Barcelona. Página 204.
39. **GUZMÁN FLUJA**, Vicente. El recurso de casación civil. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.
40. **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. Medios impugnatorios en el proceso civil, Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
41. **IBAÑEZ**, Frocham. Tratado de los recursos en el proceso civil, Buenos Aires, 1957, página 99.
42. **INFANTE DÍAZ**, José Florencio. Causales de Casación de Fondo en Materia Civil. Pág. 81.
43. **LIEBMAN**, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil, trad. Santiago Sentis Melendo. EJE, 1980, pág. 440.
44. **LORETO**, Luis. El Hecho y el Derecho en la casación Civil Venezolana. Caracas, marzo de 1967.
45. **LOZA PINTADO**, Eduardo. La Casación en el Proceso Civil. Quito. 1990, pág. 29.
46. **MORALES MOLINA**, Hernando. Técnica de Casación Civil, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963, pág. 42 y 43.
47. **MORELLO**, Augusto. Estudio de la casación civil española. Lib. Editora Platense. La Plata. 2001. Pág. 162.
48. **MUÑOZ GAJARDO**, Sergio Manuel. La Casación en el Fondo de Oficio en Materia Civil. Memoria de la Prueba. Universidad Católica de Valparaíso. 1984. Pág. 57.
49. **MUÑOZ GAJARDO**, Sergio Manuel. La Casación en el Fondo de Oficio en Materia Civil. Memoria de la Prueba. Universidad Católica de Valparaíso. 1984
50. **MURCIA BALLÉN**, Humberto. *Recurso de Casación, Cifil*, página. 639.

51. **MURCIA BALLÉN**, Humberto. Recurso de Casación Civil. Sexta Edición. Bogotá. Edit. G. Ibañez. 2005. Pág. 54.
52. **MURCIA BALLÉN**, Humberto. Recurso de Casación Civil. Sexta Edición. Bogotá. Edit. G. Ibañez. 2005. Págs. 87 y 88.
53. **NEVES MUJICA**, Javier. La uniformación jurisprudencial en el ámbito laboral. En asesoría Laboral No. 36. Lima, 1993, pág. 20.
54. **ORTÚZAR LATAPIAT**, Waldo, citado por Germán Pabón Gómez. De la Casación y la revisión Penal. Ediciones Doctrina y Ley. Santa Fe de Bogotá. 1999, pág. 238.
55. **PALOMO VÉLEZ**, **Diego**. El debido Proceso de la garantía constitucional, Ius et Praxis, 2005, vol. 11, pág. 313-317.
56. **PAILLAS**, Enrique. El recurso de casación en materia civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008. Pág. 132.
57. **PAILLAS**, Enrique. El recurso de casación en materia Civil, Editorial Jurídica Chile. Santiago. 2008. Pág. 132.
58. **PAILLAS**, Enrique. El recurso de casación en materia civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008. Pág. 140.
59. **PEYRANO**, Jorge W. Acerca de la lógica de la argumentación jurídica. I curso Taller en Materia Procesal Civil para Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima, 1996, pág. 34.
60. **PLANIOL**, Marcel; **RIPERT**, George. Tratado Teórico Práctico de derecho civil, Tomo VII, página 749.
61. **QUISBERT**, Ermo. Apuntes de Derecho Procesal Civil Boliviano. Sucre, Bolivia. Editorial USFX. 2010.
62. **RADBRUCH**, Gustav. Introducción a la Ciencia del Derecho. Heidelberg. 1938.
63. **ROCCO**, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen III. TEMIS - De Palma. Buenos Aires. 1976.

64. **ROMERO MONTES**, Francisco. Derecho Procesal de Trabajo. Doctrina, Análisis y Comentarios de la Ley Procesal Trabajo No. 26636; Lima: Edial – 1997. Pág. 170.
65. **ROMERO MONASTOQUE**, Jorge. El recurso extraordinario de Casación en la legislación colombiana. Santa Fe de Bogotá. Ediciones Ciencia y Derecho. 1994. Pág. 71.
66. **SANCHEZ-PALACIOS**, Manuel. El Recurso de Casación Civil. Jurista Editores E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 145.
67. **SENTIS MELENDO**, Santiago. El Proceso Civil, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1957, págs. 127 y ss.
68. **TRONCOSO MARTINIC**, Pedro. Casación en el Fondo Civil y Casación Oficial. Edit. Jurídica Chile. Santiago. 1992.
69. **VÉSCOVI**, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones DePalma, Buenos Aires. Pág. 256.
70. **VÉSCOVI**, Enrique. Los Recursos Judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1988, página 66.
71. **VILLABONA TOLOSA**, Luis Armando. Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 2005, página 51.
72. **VILLABONA TOLOSA**, Luis Armando. Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 2005, página 39.
73. **VON IHERING**, Rudolph. La lucha por el Derecho. Buenos Aires, 1959.
74. **ZAVALETA CARRUTEIRO**, Wilvelder. Código Procesal Civil, Tomo I. Piura, Perú. Editorial Rodhas. Cuarta Edición. 2002.