

Suplemento del Registro Oficial No. 21 , 23 de Junio 2017

Normativa: Vigente

Última Reforma: Suplemento del Registro Oficial 21, 23-VI-2017

**RESOLUCIÓN No. 07-2017
(FACULTAD DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS PARA DICTAR
SENTENCIA DE MÉRITO EN CASACIÓN)**

EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Considerando:

Que el 20 de octubre de 2008 entró en vigencia una nueva Constitución que estableció en el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia;

Que los Estados constitucionales, siendo Estados de derecho se diferencian de los demás estados liberales y democráticos por estar supeditada la actuación estatal a los mandatos expuestos de la Constitución y en particular a la defensa estricta de los derechos constitucionales;

Que en el caso ecuatoriano el artículo 3 de la Constitución de la República vigente dispone que son deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, entre los que se destaca el derecho a la tutela judicial efectiva;

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

Que de conformidad con lo previsto en el artículo 178 de la Constitución de la República, la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano de la justicia ordinaria, y como tal órgano de cierre de dicha jurisdicción;

Que es obligación de todos los jueces y juezas, garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos previstos en los artículos 75 de la Constitución de la República y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos;

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

Que si bien en sus orígenes el recurso de casación tenía como únicos propósitos la anulación de las sentencias proferidas con violación a las reglas del derecho objetivo y la garantía de la obediencia a la ley, (función nomofiláctica), así como la unificación de la jurisprudencia (función uniformadora), con el transcurrir del tiempo y debido a las mutaciones sufridas por el Estado de derecho al transformarse en Estado constitucional,

estos propósitos han ido variando progresivamente, incorporando nuevas realidades jurídicas;

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

Que este propósito se consigue, en el contexto de un recurso de casación, cuando una vez casada la sentencia o el auto definitivo, el tribunal de la Sala de la Corte Nacional de Justicia repara el derecho vulnerado; para lo cual la única alternativa lógica es dictar sentencia de mérito de acuerdo con las reglas del derecho objetivo y las reglas y principios que sustentan los derechos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Que en atención a esta nueva realidad, el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos reordenó las causales de procedencia del recurso extraordinario de casación, para hacerlas más claras y diferenciar sus efectos jurídicos, a efectos de compatibilizar las reglas de la casación con los principios del Estado constitucional;

Que el artículo 268 del COGEP estableció como primer caso la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales con la consecuencia de viciar el proceso de forma insubsanable¹;

1 La primera causal del artículo 268 del COGEP corresponde a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación de 1993.

Que el segundo caso del artículo 268 del COGEP, procede cuando la sentencia impugnada carezca de los requisitos legales necesarios para que una decisión judicial ordinaria sea tenida como sentencia o auto definitivo, en ella se tomen decisiones contradictorias con la parte considerativa de la sentencia, o se dicte una providencia indebidamente motivada;²

2 La causal segunda el artículo 268 del COGEP hace las veces de la antigua causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

Que el tercer caso del artículo 268 del COGEP dispone: “Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia”.³

3 Indudablemente la causal 3 del artículo 268 del COGEP representa una sustantiva mejora de la redacción de la antigua causal 4 de la Ley de Casación.

Que el cuarto caso del artículo 268 del COGEP, establece la procedencia del recurso: “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto”.⁴

4 Esta causal corresponde a la antigua causal tercera del artículo 16 de la Ley de Casación.

Que el quinto caso del artículo 268 del COGEP, procede “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto”.

Que el COGEP reordenó las causales de procedencia de la casación para aclarar el procedimiento a seguir y los efectos de casar una sentencia; estableciendo una diferencia sustantiva entre los efectos de la procedencia de la causal primera respecto de los efectos de las demás causales;

Que en el caso de que la sentencia o el auto definitivo sean casados en virtud de lo dispuesto en el caso primero, el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos es claro al definir que en este evento, una vez casada la sentencia la causa se devuelve al juzgado o tribunal de origen para que éstos vuelvan a tramitar el proceso desde el momento en que se generó la nulidad insubsanable;

Que en el caso de que la sentencia sea casada en aplicación de los otros casos, el artículo 273 numerales 2, 3 y 4 del COGEP, dispone claramente que es competente para dictar la sentencia sustitutiva el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, quien deberá casar la sentencia, y expedir la nueva resolución “en mérito de los autos”;

Que de acuerdo con las reglas de interpretación legal establecidas en el artículo 18 del Código Civil, aplicables para la interpretación del COGEP, la expresión “en mérito de los autos” sólo se puede entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; salvo cuando el propio legislador haya definido un significado especial para ciertas materias, caso en el cual se les dará en éstas su significado legal;

Que en mérito de los autos, es una expresión jurídica entendida por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia, como sinónimo de “lo alegado y lo probado”. Así de acuerdo con los numerales 2 y 3 del artículo 273 del COGEP, cuando el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia case la sentencia o auto impugnado, deberá expedir . una decisión en reemplazo tomando en cuenta los méritos existentes en el proceso.

Que la resolución del recurso extraordinario de casación tiene dos momentos o fases: la de la decisión de los jueces integrantes de la sala de casación sobre si se casa o no se casa la sentencia objeto de impugnación; y la fase del reenvío del expediente o de la expedición de la sentencia sustitutiva, según corresponda.

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

Que una interpretación legal adecuada de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 273 del COGEP conduce a que una vez casada la sentencia impugnada, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus funciones constitucionales

y legales, DEBE EXPEDIR EL FALLO que corresponda en mérito de los autos, en sustitución de la que fue casada; es decir según lo alegado y lo probado en el proceso, que implica el análisis de la demanda, contestación, excepciones y la valoración de las pruebas; y,

En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial;

Resuelve:

Art. 1.- Una vez admitido el recurso, para resolver sobre los cargos formulados a la sentencia de instancia, el tribunal de las Salas Especializadas de Casación no juzgará los hechos, ni valorará la prueba.

Tal prohibición no es aplicable en los casos establecidos en el artículo 273 numerales 2, 3, y 4 del COGEP, casos en los que una vez casada la sentencia de instancia, y para garantizar adecuadamente el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, los jueces y las juezas del Tribunal de las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia dictarán sentencia sustitutiva de la que fue impugnada y casada, y en ese caso deberán considerar los hechos de la demanda, la contestación, las excepciones y valorar la prueba. Esto último dependiendo de las infracciones calificadas en la etapa de admisión.

Art. 2.- En las causas que se tramiten en la Corte Nacional de Justicia por recursos de casación en los que aun deba aplicarse la Ley de Casación de 1993, codificada en el 2004, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del COGEP, y en caso de que la Sala de Casación decida casar la sentencia por las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la ley de casación, los integrantes de la sala deberán dictar una nueva sentencia o auto de mérito en los siguientes términos:

1. Cuando la infracción verse sobre la indebida aplicación, falta de aplicación, o errónea interpretación de normas de derecho se dictará sentencia, en mérito de los autos, corrigiendo el error de derecho.

2. Si el error consistiera en indebida aplicación, falta de y aplicación, o errónea interpretación de un precepto relativo a la valoración de la prueba, y que tal actuación hubiere causado la equivocada aplicación o la no aplicación de una norma sustantiva, se dictará la sentencia con fundamento en los hechos y las pruebas legítimamente actuadas y que obran en el expediente.

3. En caso de casar la sentencia de acuerdo a la causal quinta, se dictará una nueva sentencia corrigiendo los vicios de la incongruencia.

4. En el evento de que se case la sentencia impugnada en virtud de la causal quinta de la ley de casación, se anulará el fallo impugnado y se dictará la sentencia motivada, cumpliendo con los requisitos de fondo y forma de la sentencia.

Si existiere contradicción entre la parte considerativa y la resolutive de la sentencia en la nueva sentencia se corregirá el error asegurándose que la resolución guarde coherencia con la parte motiva.

Art. 3.- En el caso previsto en el artículo 273 numeral 2 del COGEP, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, casado el fallo, emitirá sentencia o auto corrigiendo el vicio y aplicando correctamente los principios y reglas de valoración

de las pruebas infringidas; y de ser necesario, se analizará los hechos y se valorará las pruebas.

Art. 4.- Casada la sentencia en aplicación del numeral 3 del artículo 273 del COGEP, los jueces y juezas del Tribunal de la Sala Especializada de Casación correspondiente, verificada la ocurrencia del vicio, dictarán una nueva sentencia “en mérito de los autos” corrigiendo el error de derecho y reemplazando los fundamentos jurídicos errados por los adecuados, según corresponda.

Art. 5.- Casada la sentencia por falta de motivación, el Tribunal de la Sala Especializada de Casación dictará sentencia debidamente motivada.

Art. 6.- Para efectos de la presente resolución se entenderá que la interpretación legal correcta de la expresión técnica “en mérito de los autos” abarca el análisis de la demanda, contestación, excepciones y la valoración de la prueba.

Art. 7.- La presente resolución tiene el carácter de general y obligatoria y rige mientras una ley específica sobre la materia no disponga en contrario; y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil diecisiete.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS RESPECTO DE LA FACULTAD DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PARA DICTAR SENTENCIA DE MÉRITO

ANTECEDENTES:

La Corte Constitucional a través de varias sentencias que resuelven las acciones extraordinarias de protección ha expresado: Los jueces de la Corte Nacional de Justicia, al resolver el recurso de casación, se encuentran impedidos de valorar las pruebas y calificar los hechos⁵, así como de verificar la vulneración de derechos constitucionales⁶. Para establecer lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico, resulta necesario abordar varias cuestiones. En primer lugar, la relación entre juez ordinario y Constitución ecuatoriana; luego, la posición constitucional de la Corte Nacional de Justicia; así como la función de la Corte Nacional de Justicia para resolver el recurso de casación; y, finalmente, la valoración de la prueba en el recurso de casación conforme nuestro ordenamiento jurídico.

5 Desde luego se trata de una afirmación absoluta; es decir, se sostiene que la Corte Nacional de Justicia bajo ningún hecho o supuesto puede valorar las pruebas: Corte Constitucional, entre otras sentencias: No. 131-15-SEP-CC; No. 036-16-SEP-CC; No. 038-16-SEP-CC; 045-16-SEP-CC No. 114-16-SEP-CC.

6 Corte Constitucional, sentencia No. 03-16-SEP-CC.

1. El juez ordinario frente a la Constitución ecuatoriana.

Desde el surgimiento del Estado moderno, la sociedad se encuentra regida por una Constitución, como norma básica y fundamental. Tal afirmación no resulta una cuestión menor, si entendemos que «Constitución» significa un sistema de normas establecidas,

que regulan tanto las relaciones entre las funciones y órganos del Estado, así como reconoce los derechos de los ciudadanos⁷.

7 Las ya clásicas expresiones acuñadas por la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dejan establecido de forma contundente que “[t]oda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”.

La aplicación de la Constitución por los «jueces ordinarios» es consecuencia tanto de la supremacía como de su calidad de norma jurídica. Señala la doctrina que “el principio de la supremacía de la Constitución constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental”⁸; y, es jurídica, porque como ha señalado García de Enterría “[e]n todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos”. De lo anotado se deriva, que la *Constitución* no sólo es norma, sino precisamente la norma fundamental del ordenamiento jurídico.

8 Segundo Linares Quintana, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, 3ra edición, 1981) 485.

Ello resulta claro en nuestro país, pues se ha determinado que la Constitución tiene carácter de «norma suprema» y, por lo tanto, «prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico» (Art. 424 CRE). De ahí que, si la Constitución de la República es la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las normas infraconstitucionales deben aplicarse respetando el contenido de las normas constitucionales; pues, el propio constituyente ha dispuesto que «las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica» (Art. 424 CRE).

La doctrina señala que la aplicación de la Constitución implica «eficacia normativa» de sus preceptos, así como «poder de conformación integrativa del resto del ordenamiento jurídico»⁹. Por ello, precisamente la aplicación de la Constitución es una de las cuestiones de mayor relevancia en un Estado Constitucional.

9 Manuel Aparicio López, “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del amparo constitucional”, en Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid: No. 3, 1989) 50.

Ahora bien, resulta oportuna una precisión. Una cosa es la aplicación de la Constitución por parte del juez ordinario en el ámbito de la sustanciación y decisión del proceso concreto; y, otra muy diferente el control de constitucionalidad de las leyes, así como el control de las decisiones dimanadas la justicia ordinaria que, en forma clara, se atribuye a la justicia constitucional. De manera que, si bien cabe aceptar ., que el control de constitucionalidad está reservada a la justicia constitucional; esa reserva no incluye cualquier forma de aplicación de la Constitución, pues las normas constitucionales no sólo vinculan a los integrantes de la justicia constitucional sino a *todos*: tribunales, autoridades, en definitiva, sujetos públicos y privados.

La *aplicación* de la Constitución por parte de los jueces ordinarios no implica control de constitucionalidad, sino dotarle de eficacia jurídica a sus disposiciones, conforme las exigencias del caso concreto. Después de todo, es el juez ordinario quien tiene contacto primario con los hechos y normas que determinan las decisiones que se deben tomar en respuesta a las pretensiones que se presentan ante los órganos de la justicia ordinaria.

Incluso, lo que en distintos ordenamientos jurídicos se conoce como la necesidad de agotar la vía previa, para acceder a la justicia constitucional, tiene sentido sólo si se entiende que la Constitución encomienda primariamente a la justicia ordinaria la tutela de los derechos, así como la aplicación de sus normas. En tal perspectiva, el juez ordinario no sólo está sujeto a la ley, sino sobre todo a la Constitución; por tanto, su función no debe limitarse a plantear la cuestión de constitucionalidad, sino que también debe aplicar la Constitución.

Ello resulta claro en nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución prescribe que jueces y jueces «aplicarán directamente las normas constitucionales» (Art. 426 inc. 1 CRE), así como el constituyente sitúa a la Constitución en la máxima escala del orden jerárquico de las normas (Art. 425 CRE), disponiendo la sujeción de personas, autoridades e instituciones a sus contenidos (Art. 426 inc. 1 CRE).

La aplicación directa de la Constitución es concordante con la concepción que el constituyente atribuye al juez ordinario. En el informe para primer debate de los textos correspondientes a la justicia ordinaria, se señala: “[...] en el presente articulado se recogen varias normas generales que son parte de la tradición constitucional ecuatoriana y que están encaminadas a fortalecer la independencia de los jueces; su dedicación a tiempo completo a juzgar, la sujeción absoluta a sus sentencias a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley”¹⁰.

10 Asamblea Constituyente, Informe de mayoría y minoría, para el primer debate de los textos constitucionales, referentes a: Justicia ordinaria..., 6.

La obligación de los «jueces ordinarios» de aplicar la Constitución no es una cuestión exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico; pues, diversos países en el escenario Iberoamericano, a través de sus Constituciones, establecen de forma expresa que los jueces integrantes del Poder Judicial -es decir los jueces ordinarios- al administrar justicia, están «sometidos a la Constitución y a la ley»¹¹. Pero no sólo eso, sino que, incluso en los países donde no se prevé de forma expresa la sujeción del juez ordinario a la Constitución, una amplia y consolidada práctica jurisprudencial ha ido estableciendo - hasta llegar a un consenso generalizado y ser hoy una práctica habitual- la obligación de los jueces ordinarios de aplicar las normas constitucionales¹².

11 La Constitución de Andorra establece que los jueces están «sometidos solo a la Constitución y a la ley» (parte final del Art. 85.1). La Constitución de Costa Rica determina que el «Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley» (Art. 154); y, de su parte la Constitución de El Salvador establece que los Magistrados y jueces son independientes «y están sometidos a la Constitución y a las leyes» (Art. 172 inc. 3). La Constitución de Guatemala determina que la justicia «se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República» (Art. 203 inc. 1), al tiempo que establece: «Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el

principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado» (Art. 204). Por su parte, la Constitución de Honduras determina que, la justicia se imparte gratuitamente en nombre del Estado por magistrados y jueces independientes, «únicamente sometidos a la Constitución y a las leyes» (Art. 303, inc. 1). La Constitución de Paraguay determina que «toda sentencia judicial deberá estar fundada en esta Constitución y en la ley» (Art. 256, inc. 2). La Constitución de Panamá, establece que los Magistrados y Jueces «son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y la ley» (Art. 210); pero los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de los recursos legales, las resoluciones referidas por aquellos. La Constitución de Perú expresa que la potestad de administrar justicia se ejerce «con arreglo a la Constitución y las leyes» (Art. 138); y, determina que el Estado garantiza a los magistrados su independencia, pues «sólo están sometidos a la Constitución y la ley» (Art. 146.1). De su parte, la Constitución de República Dominicana expresa que las y los jueces integrantes del Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles y «están sometidos a la Constitución y a las leyes» (Art. 151).

12 Por ejemplo, si bien la Constitución colombiana, en las normas correspondientes al Título de la Rama Judicial, prescribe: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado: “Son la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho”: sentencia C-836/01, de 9 de agosto. También la Constitución española establece que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial están “sometidos únicamente al imperio de la ley”; no obstante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, desde sus inicios, ha establecido que: “[...] los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia”: sentencia 15/1982, de 23 de abril.

En tal perspectiva, el juez al resolver el caso concreto no sólo debe observar el texto de la ley aprobada por el legislador democrático sino, sobre todo, respetar el contenido de lo previsto en la Constitución, incluso interpretar la ley de forma que mantenga concordancia con las normas constitucionales, esencialmente respetando los derechos; pues, si a la Constitución se le atribuye un estatus superior, y sus normas tienen carácter jurídico, no deben considerarse únicamente como parámetro de validez de la ley sino como normas básicas para cada una de las decisiones.

Por lo demás, nuestro constituyente establece de forma clara esa obligación de la aplicar

las normas constitucionales al administrar justicia ordinaria. Dentro de los principios de la Función Judicial se prevé: «*Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley*» (Art. 172 CRE). Es norma establece un mandato para los jueces, sean de primera instancia, de segunda instancia y, más aún, para los jueces de la Corte Nacional de Justicia; en el sentido de que los jueces ordinarios, no sólo pueden, sino que deben, aplicar la Constitución.

2. La posición constitucional de la Corte Nacional de Justicia.

En la actualidad, no sólo que la Constitución se ha convertido en el dispositivo fundamental para el desenvolvimiento de la sociedad, sino que todas las sociedades que se organizan como Estado constitucional instituyen una Función y/o Poder Judicial, al que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la resolución de los conflictos; instituyen autoridades para que juzguen y hagan ejecutar lo juzgado.

La búsqueda de justicia se sitúa no sólo como justificación legítima de las personas, sino también como objetivo fundamental de una sociedad civilizada¹³. Por ello, el constituyente ha establecido la Función Judicial¹⁴, precisando que «la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución» (Art. 167 CRE). De ahí que, potestad de administrar justicia, en lo que aquí interesa, constituye un resultado del ejercicio de la jurisdicción por parte de juezas y jueces, integrantes de la Función Judicial.

13 La naturaleza de la justicia ordinaria puede evidenciarse con claridad en los debates constituyentes, en cuanto la sitúan como el «valor fundamental» del Estado constitucional y «presupuesto ético de la democracia que garantiza convivencia pacífica y armónica»: Asamblea Nacional Constituyente, Informe de mayoría para primer debate de los textos constitucionales, referentes a los Principios de la Administración de Justicia (Montecristi: acta 036, Mesa constituyente No. 8, sesión de 17 de abril de 2008) 103.

14 Capítulo Cuarto correspondiente a la Función Judicial y Justicia indígena, Título IV correspondiente a la “Participación y Organización del Poder”.

De los principios que rigen la administración de justicia, debemos destacar el principio *unidad jurisdiccional*, según el cual «ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución» (Art. 168.3 CRE).

En aplicación de este principio, y conforme lo constante en las actas de la asamblea constituyente, se debe considerar “[...] dos aspectos de fondo: el de la exclusividad de la administración de justicia y, el de la unidad en los órganos que administran justicia en la justicia ordinaria”¹⁵. Desde luego, una interpretación sistemática del texto constitucional¹⁶ nos obliga a entender el principio de unidad jurisdiccional como garantía organizativa del derecho constitucional a «ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente», de cuyo contenido se deriva que «nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto» (Art. 76.7.k CRE). Por lo tanto, resulta claro que debe existir una Función Judicial a la que corresponda *exclusivamente* la administración de justicia ordinaria.

15 Asamblea Nacional Constituyente, Informe de mayoría para primer debate de los textos constitucionales, referentes a los Principios de la Administración..., 104.

16 Como es bien conocido, la Constitución es un texto plural; y, por lo tanto debe ser interpretado de manera sistemática (artículo 3.5 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). Desde esa perspectiva, utilizando la armonización como criterio de interpretación constitucional debe entenderse que el texto de la Constitución goza de unidad, de manera que no resulta posible entender o escoger caprichosamente solo una norma, bajo la consideración de que nos resulten favorable o desfavorable; por el contrario, a quien aplica las normas constitucionales le es exigible una comprensión integral de su contenido, esto significa que se debe tener en cuenta todos los mandatos, permisiones, prohibiciones, así como diseños institucionales y estructurales.

La Constitución de la República establece, también, que la Función Judicial se encuentra integrada por órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos (Art. 177 CRE). De tales órganos, la *administración de justicia* corresponde únicamente a «los órganos jurisdiccionales» que, por mandato expreso del constituyente, son: la Corte Nacional de Justicia, las cortes provinciales de justicia, los tribunales y juzgados establecidos en la ley, así como los juzgados de paz (Art. 178 CRE).

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Nacional de Justicia es un órgano que administra justicia ordinaria, en tanto tiene calidad de órgano jurisdiccional de la Función Judicial (Art. 178.1 CRE). Además, las normas correspondientes a su regulación están comprendidas en la sección denominada “Justicia ordinaria”¹⁷. No obstante, para determinar la posición o estatus que le otorga la Constitución a la Corte Nacional de Justicia, es necesario considerar:

17 Sección sexta “Justicia ordinaria”, Capítulo Cuarto correspondiente a la “Función Judicial y Justicia indígena”, Título IV correspondiente a la “Participación y Organización del Poder”.

a) Conforme las actas de la asamblea constituyente, en el informe para primer debate de los textos correspondientes a la justicia ordinaria, se establecía de forma concluyente que «la máxima instancia de la justicia ordinaria será la Corte Nacional de Justicia»¹⁸.

18 Asamblea Constituyente, Informe de mayoría y minoría, para el primer debate de los textos constitucionales, referentes a: Justicia ordinaria, Servicios Notariales y Registral y Garantías Constitucionales (Montecristi: acta 076, Mesa Constituyente No. 8, sesión del 4 de julio de 2008) 6.

b) La estructura de los órganos jurisdiccionales que integran el sistema de justicia ordinaria se ha establecido atendiendo a los órdenes jurisdiccionales (Art. 170 COFJ). Así, el fuero común corresponde (Art. 167 COFJ), en primera instancia, a los jueces y tribunales de primer nivel de conformidad con la especialización respectiva (Art. 167 COFJ); en segunda instancia, a las Cortes Provinciales de Justicia que conocen y resuelven los recursos de apelación conforme la especialidad; y, a la Corte Nacional de Justicia le corresponde resolver los recursos de casación (Art. 184 COFJ).

El recurso de casación es el último mecanismo de impugnación ante los órganos de la

justicia ordinaria. Si bien, se establece el recurso de revisión, éste debe ser resuelto también por la Corte Nacional de Justicia (Art. 184.1 CRE y Art. 184 COFJ), precisamente porque no existe otro órgano jurisdiccional “superior” en la justicia ordinaria, que no sea la Corte Nacional de Justicia.

c) La Constitución de la República establece como función de la Corte Nacional de Justicia conocer los recursos de casación. En el ámbito del derecho comparado, no sólo los ordenamientos procesales correspondientes en las distintas áreas especializadas, sino incluso la propias Constituciones, establecen que dicho recurso será conocido por el máximo órgano o el tribunal superior de la justicia ordinaria¹⁹.

19 Así por ejemplo, las Constituciones de Bolivia (Art. 184) y Colombia (Art. 235.1) establecen como atribución del Tribunal Supremo de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia respectivamente «actuar como tribunal de casación». En su caso, la Constitución de Perú establece que corresponde a la Corte Suprema de Justicia «fallar en casación» (Art. 141).

d) La Constitución confiere jurisdicción y competencia a la Corte Nacional de Justicia para conocer las causas que se inicien contra las y los servidores «que gocen de fuero» (Art. 184.3 CRE); es decir, se atribuye jurisdicción y competencia a órganos jurisdiccionales distintos del fuero común, en razón de la «jerarquía y responsabilidad administrativa» de las personas objeto del proceso (Art. 188 CRE).

No sólo que esta cuestión es concordante en el ámbito del derecho comparado tanto en las Constituciones de distintos países²⁰, como en los distintos ordenamientos procesales; sino que, incluso la jurisprudencia interamericana ha admitido «la designación del máximo órgano de justicia, a efectos del juzgamiento penal de altos funcionarios públicos»²¹.

20 Por ejemplo, la Constitución de Colombia establece atribución de la Corte Suprema de Justicia para juzgar a las Altas autoridades del Estado (Art. 235 numerales, 2, 3, 4 y 5).

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 88. Lo que debe destacarse aquí, es que en caso juzgamiento de Altas autoridades del Estado, suele atribuirse competencia al máximo órgano de justicia ordinaria.

Esto no hace otra cosa, que poner en evidencia que existe una práctica habitual y generalizada en los distintos ordenamientos jurídicos, que en razón del fuero, sea el máximo órgano de la justicia ordinaria el competente para juzgar estos casos.

e) La Constitución establece, también, que es función de la Corte Nacional de Justicia «desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración» (Art. 184.2 CRE).

Más allá de las reflexiones que correspondan respecto del sistema de precedentes jurisprudenciales; no cabe duda, que cuando el constituyente establece esta función pone especial atención en la posición jerárquica de la Corte Nacional de Justicia. No en vano, la propia Constitución señala que las sentencias emitidas por las salas especializadas,

obligan al Pleno de la Corte Nacional de Justicia a una deliberación, a fin de establecer «jurisprudencia obligatoria» (Art. 185 CRE).

f) Por último, el legislador -constitucionalmente habilitado por el constituyente conforme el Art. 184 CRE- a través del Código Orgánico de la Función Judicial establece que, al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, le corresponde «expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley». Desde luego, el legislador establece esta función, atendiendo la posición constitucional que el constituyente atribuye a la Corte Nacional de Justicia.

Pero la relevancia y posición que la Constitución otorga a la Corte Nacional de Justicia no se deriva únicamente de sus funciones, sino también por previsión de normas con rango constitucional, sobre el número de juezas y jueces, así como el establecimiento de los requisitos que deben cumplir sus miembros. Cuestiones que nos llevan a una conclusión clara e inevitable: la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano de la justicia ordinaria.

3. La Corte Nacional de Justicia y su función respecto del recurso de casación.

En muchos países, el conocimiento y resolución del recurso de casación *es función del máximo órgano de la justicia ordinaria*, y el Ecuador no constituye una excepción a esa práctica generalizada, pues la Constitución de la República establece como función de la Corte Nacional de Justicia conocer los recursos de casación (Art. 184.1 CRE).

Cierto es, que la casación tiene un significado etimológico, lingüístico y jurídico. Así por ejemplo, desde el punto de vista etimológico el término casación proviene del latín *cassare* que significa anular, deshacer; así como del adjetivo *cassus* cuyas derivaciones pueden entenderse como vano, sin valor, sin substancia²². También es cierto, que desde el punto de vista lingüístico, el significado del término casación no ha variado sustancialmente desde su utilización en el ámbito judicial, ya que se entiende como acción de anular; y, en el ámbito jurídico, por casación se entiende «la acción de anular y declarar de ningún valor ni efecto algún acto o instrumentos»²³.

22 Se dice que Virgilio usaba los términos cassus lumine para referirse al privado de luz: Miguel Raymundo, ?Nuevo diccionario latino español etimológico (Visor Libros, 1867, reeditado en 2001).

23 Joaquín Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia (París, Librería de Rosa, Bouret, 1851) 424. Rafael Martínez Morales, dice que la casación es una “instancia para anular una sentencia”: Diccionario Jurídico General (México: IURE editores, 2006) 144.

Ya desde una perspectiva procesal, la doctrina señala que se unen dos institutos: la casación y el recurso; de manera que, el recurso de casación se manifiesta como medio de impugnación en el ámbito jurisdiccional. Así lo ha señalado un tratadista de la talla de Alcalá Zamora y Castillo:

[...] el medio de impugnación que se traduce en el recurso extraordinario a través del cual se examina la legalidad de la actividad del juez en el procedimiento y en la sentencia que,

de ser acogido, puede producir el efecto de anular el fallo respectivo, ya sea para reponer el citado procedimiento o con el propósito de que pronuncie una nueva sentencia de fondo.

Desde luego, resulta innegable que la casación tiene un origen y sentido primario; pero también debemos resaltar que, desde su aparición en el ámbito judicial moderno, ha experimentado un largo proceso de evolución. En realidad los datos históricos, dependiendo si se consideran sólo las fuentes directas o también las indirectas, resultan abundantes o un poco restringidos.

Desde un punto de vista indirecto, la doctrina especializada ha señalado que se pueden encontrar instituciones cuya finalidad es idéntica al recurso de casación, tanto en la Antigua Grecia como en el Derecho Romano; o nexos con los medios procesales identificados en el Derecho Germánico. Más tarde, en el periodo medieval se ha identificado una fusión de los institutos de los derechos romanos y germánicos: en el Derecho italiano y alemán con la “querela nullitatis” donde incluso se llegaron a establecer Tribunales Supremos; o, en el derecho francés, primero con la *faussation de jugement*, y posteriormente con el *Parlament* y la facultad del soberano para anular las sentencias de los Parlamentos contrarias a la voluntad del rey²⁴. No obstante, existe consenso en la doctrina, respecto de que el recurso de casación que conocemos en la actualidad tiene su origen en la Francia Revolucionaria, exactamente a través del decreto de 27 de noviembre de 1790²⁵.

24 Las fuentes doctrinales sobre el origen y la evolución del recurso de casación son variadas. Para acceder a una de las fuentes mejor documentadas puede revisarse a Piero Calamandrei, La casación civil (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo I, Vol. I, 1945). Véase también una completa exposición del Magistrado Chileno Sergio Muñoz Fajardo, “Historia y naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación”, en El recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2013) 39 y ss.

25 Jordi Delgado Castro, “Historia de la Casación Civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso (Valparaíso: Semestre de 2009) 347-348. Piero Calamandrei dedica un amplio estudio, aunque con otros fines (la filosofía que inspiró a los revolucionarios), sobre la creación del Tribunal de Casación, su naturaleza y finalidades: La casación Civil (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo I, Vol. II, 1945)27-121.

No cabe duda que tanto el origen, la evolución, su etimología, así como el significado lingüístico o jurídico nos aportan una concepción del recurso de casación; así como el pensamiento de los diferentes autores que defienden una u otra posición sobre cómo entender el recurso pueden resultar no sólo necesarios sino también útiles. Sin embargo, desde el nacimiento del Estado moderno la regulación del recurso de casación *está determinada por el legislador*, esto significa, que el establecimiento de un «modelo» de recurso de casación -si es que el término cabe usarse- viene establecido, esencialmente, *por la ley*.

De ahí que, de acuerdo a lo previsto por la Constitución, la Corte Nacional de Justicia como máximo órgano de la justicia ordinaria, actúa como Corte de Casación a través del

recurso de casación en el ámbito jurisdiccional, correspondiéndole en definitiva *el control y la interpretación de la legalidad*. Pero no sólo eso, sino que incluso el legislador -atendiendo a esa posición que le otorga el constituyente- ha facultado al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, expedir resoluciones (*generales y obligatorias*) en caso de duda u oscuridad de las leyes (Art. 180.6 COFJ).

Dicho esto, cabe precisar que, de la regulación legal del recurso de casación, precisamente se deriva que -más allá de su origen francés- su naturaleza, límites o requisitos de forma específica en los diferentes países; pues de lo contrario, carecería de sentido, tanto la existencia de ley como el atribuir facultad definitiva, dentro del sistema de justicia ordinaria, a órganos como son las Cortes Supremas de Justicia²⁶, las Cortes de Casación²⁷, o los Tribunales Supremos de Justicia²⁸.

26 Existen Corte Supremas de Justicia, como máximo órgano de la justicia ordinaria, por ejemplo, en Colombia, Perú, Panamá, Costa Rica, República Dominicana.

27 Fundamentalmente, la Corte de Casación francesa y la Corte de Casación italiana.

28 Son ejemplos de ello el Tribunal Supremo Federal de Alemania; el Tribunal Supremo de Justicia español; y, en nuestro medio el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.

En esa línea, no cabe duda que a las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, mediante conocimiento del recurso de casación, les corresponde la aplicación e interpretación de la legalidad; actuación que, en todo caso, debe observar y cumplir el principio de *aplicación directa de la Constitución*. Así, la determinación de la naturaleza, requisitos, fines, límites y efectos del recurso de casación, en los casos concretos, le corresponde a la Corte Nacional de Justicia. Y, si como hemos establecido, la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano de la justicia ordinaria; ningún otro órgano, en nuestro sistema, puede atribuirse poder de corrección sobre la interpretación o aplicación de la ley. Ello no excluye, claro está, el control sobre el respeto al debido proceso u otros derechos constitucionales por parte de la Corte Constitucional a través de los mecanismos procesales correspondientes, como es el caso de la acción extraordinaria de protección.

4. La competencia de la Corte Nacional de Justicia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La Constitución de la República no sólo establece la justicia ordinaria sino también, en lo que aquí interesa, la justicia constitucional. Pero, si la Corte Nacional de Justicia tiene el estatus de máximo órgano de la justicia ordinaria, resulta razonable entender que la justicia constitucional no pueden consistir en una *«revisión»* de lo decidido por la justicia ordinaria, en el sentido como funciona una instancia superior.

Cierto es, que la Corte Constitucional goza de una especial posición como «máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional» (Art. 429 CRE) respecto de la justicia ordinaria; así como que, nuestro sistema de control de constitucionalidad es concentrado, atribuyendo únicamente a la Corte Constitucional competencia para la declaratoria de (in)constitucionalidad de las leyes (Art.436 numerales 2 y 3 CRE), o actos administrativos con efectos generales (Art. 436.4 CRE); en definitiva; para el control de constitucionalidad del sistema jurídico. También es cierto, que el constituyente ha establecido, dentro de las garantías jurisdiccionales, que «la

acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional» (Art. 94 CRE).

No obstante, debe tenerse en cuenta que la propia Constitución establece como requisito de la acción extraordinaria de protección que «el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución» (Art. 437.2 CRE); de lo cual resulta que no puede sostenerse que el constituyente hubiese deseado, mediante la acción extraordinaria de protección, otorgar a la Corte Constitucional una función de *corrección* respecto de las decisiones de la justicia ordinaria.

Ello ha de entenderse así, sobre todo, si se considera que los debates constituyentes correspondientes al texto del articulado para primer debate, expresaba en concluyente que “[c]uando el recurso extraordinario de amparo sea presentado para obstaculizar la justicia, retardar la ejecución de la sentencia o *como otra instancia más*, el juez que conozca deberá rechazar el recurso [...]” (cursivas fuera del texto)²⁹; y, en el informe para segundo debate, respecto al mismo tema, se precisaba:

29 Asamblea Constituyente, Informe de mayoría y minoría, para el primer debate de los textos constitucionales, referentes a: Justicia ordinaria, Servicios Notariales... 27.

[...] se recibieron las observaciones frente al Recurso Extraordinario de Protección, por lo que se añadió que se interpondrá ante la Corte Constitucional “en los casos y por las causas que establezca la ley”, con miras a que se precise estos estándares técnicos y su procedimiento. Con esta disposición se evitará los temores que la Corte Constitucional actúe como cuarta instancia³⁰.

30 Asamblea Constituyente, Informe de mayoría, para el segundo debate de los textos constitucionales, referentes a: Justicia Ordinaria, Servicios Notariales y Regístrales y Garantías Constitucionales (Montecristi: acta 084, Mesa Constituyente 8, sesión del 13 de julio de 2008) 127.

Conforme con lo expuesto, la naturaleza de la justicia constitucional, conforme lo previsto por el constituyente, no implica actuar como cuarta instancia, como medio de mera revisión de las decisiones de la justicia ordinaria; por el contrario, tanto el objeto como la naturaleza del control es diferente. Por ello es que, siguiendo a cierta doctrina, es posible sostener que la justicia constitucional «al actuar en el ejercicio de su actividad jurisdiccional lo hace dentro del campo del derecho constitucional»³¹. Pero no sólo eso, sino que además, desde una perspectiva institucional no existe una relación jerárquica entre la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional; esto significa, que ninguno de estos órganos de justicia puede atribuirse la calidad de superior jerárquico; por tanto «la jurisdicción constitucional no puede, de modo alguno, por su esencia misma, asumir la “suprema potestas”»³².

31 Rainer Grote, “Las relaciones de la jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia Alemana”, en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional (México: UNAM-Marcial Pons, 2008) 656.

32 Esta concepción respecto de la jurisdicción constitucional ha sido sostenida en la

doctrina alemana en los siguientes términos: “Dentro del ámbito jurídico-constitucional no existe entre los órganos una relación jerárquica, sino más bien relación de coordinación. El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional tribunal más entre los creados por la Ley Fundamental, a saber: asamblea general, consejo federal, gobierno federal, presidente de la Re pública. El Tribunal Constitucional tiene un estatuto jurídico-constitucional propio que no es inferior de modo alguno al que tiene la asamblea, el consejo, el presidente o el gobierno federal. Al mismo tiempo, la Ley Fundamental tampoco ha declarado la supremacía del Tribunal frente a otros órganos constitucionales [...]”: Ibidem, 657. También, en el ámbito de la doctrina española se sostiene: “[...] en cuanto a la posición institucional de este órgano constitucional, puede decirse, en términos gráficos, en lo que aquí importa, que el TC [Tribunal Constitucional] es un órgano que no es ni “superior” ni “inferior” al TS [Tribunal Supremo]: están en ámbitos distintos”: Pablo Gutiérrez de Cabiedes H, “El Tribunal Constitucional Español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional (México: UNAM-Marcial Pons, 2008) 678.

En tal perspectiva, no sólo resulta plausible, sino también necesario, establecer un ámbito de competencia entre cada orden jurisdiccional, con el objeto de evitar extralimitaciones, o incluso abusos. El objeto de las actuaciones de cada órgano debe verse determinada por la función, competencia y naturaleza institucional que la propia Constitución otorga tanto a la Corte Nacional de Justicia como a la Corte Constitucional, en sus respectivos ámbitos.

Esa actuación, que debe poner especial atención en las competencias de cada órgano, viene determinada, en primer lugar, por el carácter subsidiario de la acción extraordinaria de protección, lo cual significa, que debe plantearse una vez que se hayan «agotado todos los recursos en la justicia ordinaria»³³. Pero, la naturaleza de la acción extraordinaria de protección como último mecanismo de impugnación, no deben entenderse únicamente desde una perspectiva procesal, sino también desde una dimensión organizativa, como un medio de relación de la justicia ordinaria y constitucional. Sobre este aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, nos ilustra precisando:

33 Esta conclusión puede obtenerse sin ningún problema del artículo 437 de la Constitución y 85 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional que usa la expresión definitivos; pero más claramente, de lo previsto expresamente en el artículo 94 constitucional, que en lo pertinente previene: “El recurso -refiriéndose a la acción extraordinaria de protección- procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal...”, así como el artículo 61.3 de la Ley de Garantías.

(lo.) «El recurso de amparo se concede al ciudadano sólo y cuando otras posibilidades procesales para eliminar lo impugnado por el recurso han sido agotadas. Este recurso es un remedio jurídico último y subsidiario. El recurrente debe en primer lugar hacer todo lo posible, para que cualquier lesión de los derechos fundamentales sea remediada en el trámite ordinario. Está obligado a agotar todos los medios jurídicos y sólo entonces puede dirigirse al Tribunal constitucional.

(2o.) Por otra parte, el agotamiento de la vía jurídica ordinaria no es sólo requisito procesal; el principio de subsidiariedad contiene al mismo tiempo una expresión fundamental sobre la relación de los tribunales ordinarios respecto del Tribunal

constitucional. Según la distribución de competencias de la Ley fundamental, se atribuye en primer lugar a los tribunales de primera instancia la tarea de garantizar y asentar los derechos fundamentales. Así se expresa la importancia que la Constitución reconoce al poder judicial para decidir sobre derechos fundamentales».³⁴

34 Citado por, Christian Starck, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, en Revista Española de Derecho Constitucional (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 53, mayo-agosto de 1998) 13.

El carácter subsidiario del recurso de amparo no es exclusivo del sistema alemán, sino que también otros ordenamientos exigen el agotamiento de la denominada “vía previa” para acceder a la justicia constitucional a través del recurso de amparo, el equivalente desde una perspectiva general a nuestra acción extraordinaria de protección. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Andorra ha expresado estar “[...] consciente del hecho de que los tribunales de la jurisdicción ordinaria son los garantes primeros y fundamentales de los derechos constitucionales”³⁵; y, por su parte, el Tribunal Constitucional español, desde su jurisprudencia inicial, ha señalado que «la finalidad esencial del recurso de amparo» es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades «cuando las vías ordinarias han resultado insatisfactorias»³⁶.

35 Tribunal Constitucional de Andorra, recurs d’ampara 2011-34-RE, sentencia del 13 de julio del 2012.

36 Tribunal Constitucional de España, sentencia No. 1/1981, de 26 de enero

Pero la competencia de la justicia ordinaria y constitucional no sólo está determinada por estos factores sino también, por otros que podemos considerar objetivos; es decir, considerando la esencia misma de lo que corresponde a cada uno de los órdenes jurisdiccionales: el ordinario y el constitucional. La doctrina, con fundamento en la jurisprudencia constitucional comparada, ha señalado que en el marco del proceso concreto a la justicia ordinaria le corresponde:

«[...] la organización del procedimiento, la fijación y valoración de los hechos probados, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso concreto... son en principio cuestiones exclusivas de los tribunales penales y el control posterior por el Tribunal Constitucional Federal está excluido, a menos que haya sido lesionado el derecho constitucional específico»³⁷

37 Rianer Grote, “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia...”, 661. El jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán desde el año 1958 ha precisado: [...] si el tribunal ordinario ha juzgado correctamente la amplitud y la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil. De aquí se deriva al mismo tiempo el límite del control posterior: no es competencia propia del Tribunal Constitucional probar en toda su extensión si las sentencias de los tribunales civiles contienen un error jurídico; el Tribunal constitucional tiene exclusivamente que juzgar el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Derecho civil y hacer valer también aquí el contenido axiológico de los principios constitucionales. El sentido de la institución del recurso de amparo es que todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deben ser controlados desde el punto de vista de su adecuación a los derechos fundamentales (art. 90 de la ley del

Tribunal constitucional federal). Ni está el Tribunal constitucional federal llamado a actuar como instancia de revisión o superrevisión respecto de los tribunales civiles, ni puede, exceptuando el control general de tales decisiones, prescindir de conocer cuando aflore el desconocimiento de normas y criterios fundamentales”: caso Lüth de 1958, citado por Christian Starck, Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales (Madrid: Dickinson, 2011) 101.

Desde luego, no se trata de una posición aislada o excepcional, pues también la doctrina española ha señalado:

[...] no es función del TC establecer la interpretación o aplicación correcta de la ley (eso pertenece al ámbito de la legalidad, competencia exclusiva de los órganos del Poder Judicial o jurisdicción ordinaria); lo que corresponde es dilucidar, en su caso, si una interpretación es conforme a las exigencias constitucionales: o, de modo más preciso, cuando una determinada interpretación o aplicación es contraria a la Constitución.³⁸

38 Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, “El Tribunal Constitucional español...”, 683.

Estos criterios, aunque ajenos puede resultar útiles para establecer el objeto de cada órganos en nuestro sistema institucional; esencialmente, porque la posición constitucional de la Corte Nacional de Justicia determina su competencia para aplicar e interpretar la ley, así como para aplicar las normas constitucionales en el caso concreto, cuestión que debe ser respetada por las demás Funciones y Órganos del Estado. Sobre este tema, la jurisprudencia comparada nos ilustra al señalar:

El recurso de amparo no es, pues, un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico al caso: si lo fuera el Tribunal Constitucional se convertiría en un órgano de casación o de apelación universal y quedaría desvirtuada la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo [...]³⁹

39 Tribunal Constitucional español, sentencia 214/2007, de 8 de octubre. Desde luego se trata de una jurisprudencia reiterada, véase también, sentencia 82/2002, de 22 de abril (FJ 7); sentencia 224/2003, de 15 de diciembre (FJ 2); sentencia 29/2005, de 14 de febrero (FJ 4); sentencia 290/2006, de 9 de octubre (FJ 3); entre otras.

De lo anotado resulta claro que existen cuestiones que se encuentran excluidas de la competencia de la justicia constitucional; tales como, la aplicación e interpretación de la ley, la selección y determinación de los hechos; las cuestiones de procedimiento, así como la decisión de acoger o rechazar las pretensiones formulada en la demanda. No obstante, variadas actuaciones ponen en evidencia que, bajo la premisa de la vulneración de derechos, no sólo que otros órganos revisan las interpretaciones realizadas por las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia -máximo órgano de la justicia ordinaria-, sino que además se determinan la pertinencia y aplicabilidad de una u otra disposición legal en el caso concreto⁴⁰.

40 Ello puede evidenciarse en múltiples sentencias. Por ejemplo en la sentencia 018-11-SEP-CC. Dice la Corte Constitucional: “De lo expuesto se establece que cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa, es decir, cuando una persona sea la responsable de todos los asuntos y negocio de una empresa, será

mandatario y, por lo tanto, su relación con el mandante se regirá por el derecho civil; por el contrario, y como lo establece el segundo inciso del artículo 308 del Código del Trabajo, si el mandato se refiere al régimen interno de la empresa, el mandatario será considerado como empleado". En la sentencia No. 195-12-SEP-CC la Corte Constitucional expresa: "El fallo cita normas legales, mismas que no son pertinentes al caso sometido a conocimiento de los jueces accionados, pues si bien el artículo 253 (actual 274) del Código del Trabajo excluye del amparo de la contratación colectiva a los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo [...]".

En las sentencias No. 044-10-SEP-CC que incluso establece la aplicación del contrato colectivo por la Sala Laboral. Entre otras, sentencia No. 092-13-SEP-CC; No. 057-14-SEP-CC que cuestiona la aplicación del artículo 2214 del Código Civil. La sentencia No. 036-12-SEP-CC que determina aplicable al proceso, el inciso segundo del artículo 581, declarado inconstitucional mediante sentencia No. 031-10-SCN-CC.

Desde otra perspectiva, tanto en la justicia ordinaria como en la justicia constitucional el objeto del proceso es diferente. La justicia ordinaria, en el ámbito de un proceso concreto, a través de los juzgados, tribunales y salas especializadas en sus respectivas áreas especializadas y conforme su competencia, resuelven aceptando o negando lo que se haya solicitado en una demanda inicial (pretensiones conforme el objeto del proceso); en lo esencial porque sólo los órganos de la Función Judicial pueden administrar justicia ordinaria.

De su parte, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto conocer y resolver la violación del debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución; es decir, no debe resolverse sobre la pretensión del recurrente formulada ante los órganos de la justicia ordinaria, sino que se trata, más propiamente, de una función de control, en relación al respeto del debido proceso u otros derechos constitucionales.

De ahí que, en nuestro sistema constitucional, a través de la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional no podría llegar a resolver el fondo de la pretensión deducida ante los órganos de la justicia ordinaria, sino resolver sobre la vulneración de derechos constitucionales, o en su caso declarar que una interpretación resulta inconstitucional. Por supuesto, no se trata de una limitación exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico, ya que se pueden advertir ejemplos en otros países; así puede evidenciarse, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cuyo recurso de amparo es, en términos generales, el equivalente a nuestra acción extraordinaria de protección:

Una consideración superficial podría llevar tal vez a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia que puede ser más fácilmente asegurado por este Tribunal. Esta consideración es, no obstante, claramente engañosa, pues si bien es cierto que este Tribunal [Constitucional] no está atado por formalismos de ese género, no lo es menos que, aparte otras muchas consideraciones, *carece de las atribuciones que el art. 902 de la L.E.Cr., confiere a la Sala de Casación para dictar Sentencia sustitutiva de la anulada* (cursiva fuera del original)⁴¹.

41 *Tribunal Constitucional de España, sentencia 56/1982, de 26 de julio de 1982. Esta*

concepción no es ajena en la doctrina, la misma que ha señalado al respecto: “[...] el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios”: Raúl, Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional* (Madrid: Editorial Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982) 19.

Desde luego, estos criterios no sólo resultan útiles sino que también pueden aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, las actuaciones materiales demuestran que la Corte Constitucional, mediante una sentencia que resuelve una acción de incumplimiento de una sentencia que resuelve una acción extraordinaria de protección, ha acogido una pretensión deducida en el proceso marco de un proceso laboral, es decir en el ámbito de la justicia ordinaria, disponiendo de forma expresa que los nuevos jueces de la Sala de Casación, al dictar la nueva sentencia, deben ordenar el pago de una indemnización. En la parte dispositiva de la sentencia No. 001-16-SIS-CC, se expresa:

En atención y por efectos de la responsabilidad solidaria, los nuevos jueces designados deberán ordenar que la empresa TRIPLEORO C.E.M., satisfaga las indemnizaciones laborales desde que se benefició de la prestación de servicios de los trabajadores para el cumplimiento del contrato de asociación y con anterioridad a dicha fecha, al Municipio de Máchala, como patrono de la EXAEAM⁴².

42 Al respecto, resultan por demás oportunas las palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, que en un caso semejante ha reflexionado en los siguientes términos: «Las precedentes reflexiones nos llevan a reafirmarnos en nuestros criterios y en la necesaria defensa de la Ley que es el primer valladar que debe respetarse para la eficaz salvaguardia de la Constitución, con la esperanza de que el Tribunal Constitucional medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente que, con su repetición, sugeriría la concurrencia al menos de “culpa con representación” o dolo eventual».

Finalmente, están las decisiones de la Corte Constitucional que prohíben la valoración de la prueba, una prohibición que la jurisprudencia constitucional entiende es absoluta; estableciendo por la vía jurisdiccional, una suerte de delimitación de competencias que le corresponderían a la Corte Nacional de Justicia. En esa jurisprudencia, la Corte Constitucional no sólo determina que existe prohibición de valorar las pruebas o considerar los hechos por parte de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, sino que se afirma que se vulnera la independencia de los jueces de instancia (aunque no se señala en que forma)⁴³.

43 Entre otras, sentencia No. 038-16-SEP-CC; No. 028-14-SEP-CC; No. 114-16-SEP-CC; No. 036-16-SEP-CC; No. 131-15-SEP-CC.

Desde luego no sólo se trata de compartir o disentir respecto de la interpretación de una cuestión concreta (procede o no valorar prueba); sino que al establecer si al resolver el recurso de casación procede o no la valoración de la prueba, la consideración de los hechos, o la aplicación de las normas constitucionales en el caso concreto, la Corte

Constitucional se ocupa de una función propia de los órganos de la justicia ordinaria; pues ese análisis depende, esencialmente, de la regulación legal del recurso de casación - análisis que realizaremos más adelante-. Dicho en otros términos, esa jurisprudencia constitucional asume una función que les corresponde, *en forma exclusiva*, a la Corte Nacional de Justicia: la interpretación final de la legalidad; ya sea, a las Salas de Casación mediante el recurso jurisdiccional, como es la casación; o, en términos más amplios, a través de la resolución general y obligatoria para los casos de duda u oscuridad que corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Se trata, en definitiva, de descender al ámbito de la legalidad, pues el recurso de casación siempre se ha encontrado regulado por *ley* (antes en la Ley de Casación y ahora en el Código Orgánico General de Procesos).

Por lo demás, puede decirse que la competencia de la Corte Constitucional, en el marco de la acción extraordinaria de protección, está determinada por los hechos del caso concreto. Resulta conveniente decir, que debe observarse criterios de gradualidad, en la medida que la justicia constitucional no pretenda «*revisar*» las actuaciones y decisiones justicia ordinaria en función del desacuerdo del accionante, sino de controlar que los jueces ordinarios no vulneren derechos constitucionales o realicen interpretaciones contrarias a la Constitución. No debiendo olvidar, además, que también los jueces ordinarios están obligados a aplicar las normas constitucionales.

5. El recurso de casación y la valoración de la prueba.

Ya hemos expuesto, que la determinación de la naturaleza, requisitos, fines, límites y efectos del recurso de casación corresponde al ámbito de la legalidad; y, por ende, una interpretación final y definitiva sobre cómo entender las normas que lo regulan, corresponde a la Corte Nacional de Justicia, en tanto ostenta la calidad de máximo órgano de la justicia ordinaria.

La Constitución de 2008 establece de forma expresa que resolver el recurso de casación es función de la Corte Nacional de Justicia; sin embargo, esto no significa que la regulación del recurso de casación haya dejado de pertenecer al ámbito de la legalidad, pues, no sólo que continuó vigente la Ley de Casación -hasta hace poco- sino que en la actualidad, tal recurso, ha pasado a ser regulado por una nueva ley como es el Código Orgánico General de Procesos⁴⁴; es decir, *el recurso de casación está regulado por normas que pertenecen al ámbito de la legalidad*.

44 Artículos 266 y ss., del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506, de 22 de mayo de 2015.

Por otro lado, no está demás exponer que las reflexiones doctrinarias no constituyen, en sí mismas, elementos condicionantes de la naturaleza del recurso de casación en todos los ordenamientos jurídicos; pues, es la ley la que determina el ámbito de acción de las Salas de Casación; ello no sólo en el Ecuador sino casi en todos los países donde se ha previsto un recurso de casación. Tan importante es la regulación legal del recurso de casación en cada Estado, que la casación tiene sus notas definidoras, dependiendo de la ley en cada país⁴⁵. Ello puede advertirse no sólo en la actualidad, sino también en la evolución que ha experimentado tal institución desde su origen en la Francia revolucionaria; así por ejemplo, en atención a esa determinación legal, un sistema de justicia como el italiano, tuvo en un determinado momentos histórico, cinco Cortes de Casación regionales.

45 Así, en la actualidad una es la casación en Francia, otra en Italia, España, Colombia o Perú.

En esa línea, puede también hablarse de la experiencia francesa. Claro que, quien interpone un recurso de casación ante la *Cour de Cassation* francesa «debe establecer la no conformidad de la decisión impugnada con las normas de derecho», excluyendo toda discusión relativa a los hechos; pero, incluso en Francia, hoy la violación de la ley no sólo es relativa al propio texto de la ley -entendido como norma promulgada por el legislador-; sino también a los textos reglamentarios, a la costumbre, o los tratados internacionales, tanto en materia de derechos humanos como respecto de las normas de derecho comunitario provenientes de la Unión Europea. Es más, cuando se hace alusión a la falta de base legal de la sentencia, el control ejercido por la *Cour de Cassation* no se limita a una apreciación errónea de las normas de derecho por parte del juez de instancia, sino también los supuestos de falta de justificación de su decisión, a los casos en que se evidencia la desnaturalización de un escrito, a la falta de motivación o, incluso la falta de respuesta a las conclusiones. En definitiva, es la *Cour de Cassation*, mediante la aplicación e interpretación de las normas reguladoras del recurso, la que determina su ámbito de acción; considerando que no sólo actúa como mero órgano recursivo sino, ante todo, como máximo órgano de la justicia ordinaria⁴⁶.

46 Ello constituye tan sólo una visión general del recurso de casación francés.

Algo similar sucede en España. No sólo que inicialmente el recurso de casación fue adoptado de forma restringida, en las provincias de ultramar para los juicios de contrabando y defraudación, habiéndose consolidado -el sistema casacional- con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855⁴⁷; sino que, la casación española a jamás fue igual que la francesa; pues, basta una breve lectura y remisión a los datos históricos, para establecer que originariamente los motivos para fundar la casación no sólo se referían a la ley, sino también a la ((*doctrina admitida por los jurisprudencia de los Tribunales*)⁴⁸, e incluso yate *de recibimiento o la denegación de una diligencia de prueba* eran motivo o causal para fundamentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁴⁹. Pero no sólo eso, sino que el recurso de casación español ha experimentado numerosas reformas; entre las más importantes tenemos que en el año 1870 se establece que casada la sentencia por infracción de ley, ésta pasará al Tribunal Supremo, para que previa sustanciación y vista, se pronuncie el fallo conforme a derecho; en el año de 1878 se derogó la reforma de 1870; en el año de 1893 se establecen las normas sobre admisibilidad de los recursos; en el año de 1920 se incorpora la Sala de lo Contencioso Administrativo en el Tribunal Supremo.

47 La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, en su artículo 76 prescribía: “Contra las sentencias definitivas no se dará otro recurso que el Casación”

48 La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 prescribía: “Artículo 1012. El recurso de casación puede fundarse: En que la sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales”.

49 La Ley de Enjuiciamiento Civil prescribía: “Artículo 1013.

Puede igualmente fundarse en cualquiera de las causas siguientes: Ia. Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias de los que debieran haber sido citados para el juicio.

2a. Falta de personalidad en el litigante o en el Procurador que lo haya representado.

3a. Falta de citación para sentencia en cualquiera de las instancias.

4a. Falta de recibimiento a prueba en cualquiera de las instancias, cuando proceda con arreglo a derecho.

5a. Falta de citación para alguna diligencia de prueba, que haya podido producir indefensión.

6a. Denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión.

7a. Impotencia de jurisdicción, en los casos en que no haya sido el Tribunal Supremo quien hubiera resuelto este punto.

8a. Haber concurrido a dictar sentencia uno, o más Jueces, cuya recusación intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado siendo procedente.

9. Haberse dictado la sentencia por menor número de Jueces del señalado en la ley” (cursiva fuera del texto).

Desde luego, la Ley de Enjuiciamiento Civil establecía que Salas del Tribunal Supremo de Justicia debían conocer el recurso dependiendo de las causas que en se fundaba; así como los efectos que debían observarse en caso de procedencia o improcedencia.

Tampoco en la actualidad el recurso de casación español es único, ya que sus leyes procesales especiales establecen distintas regulaciones. Así, existe un recurso de casación regulado por la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa (Arts. 86 y ss.)⁵⁰; otro recurso de casación regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Arts. 477 y ss.)⁵¹; así como se prevé un recurso de casación regulado por la Ley de la jurisdicción social (Arts. 205 y ss.)⁵²

50 Ley 229/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Incluso, en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-administrativa español existían tres tipos de recurso de casación: a) un recurso de casación que podría denominarse general (Arts. 86 y ss.); b) un recurso de casación para la unificación de doctrina (Arts. 96 y ss.); y, c) un recurso de casación en interés de ley (Arts. 100 y ss.). Esta “clasificación” del recurso de casación en la jurisdicción Contencioso-administrativa ha sido sustituida por un solo recurso de casación mediante la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; reforma que ha entrado en vigor el 22 de julio de 2016.

51 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

52 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En el ámbito regional, Colombia tiene su propio sistema de casación. Ya su Código de Procedimiento Civil (ahora derogado) establecía como causal del recurso de casación «no estar la sentencia en consonancia con los hechos»⁵³, sino que, cuando se casaba la sentencia recurrida, se establecía que la Corte Suprema de Justicia «dictará la [sentencia] que debe reemplazarla»; pero no sólo eso, sino que incluso, establecía expresamente que «antes de dictar sentencia de instancia, la Sala [de la Corte Suprema de Justicia] podrá decretar pruebas de oficio, si lo estima necesario»⁵⁴. Ello no ha variado con la derogación

del Código de Procedimiento Civil, y la consiguiente promulgación del Código General del Proceso colombiano; ya que, más allá de mantener el recurso de casación por «no estar la sentencia en consonancia con los hechos» ha establecido que la Corte Suprema de Justicia «podrá casar la sentencia, aun de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, atenta contra los derechos y garantías constitucionales»⁵⁵ (cursivas fuera del original).

53 El artículo 368 del Código de Procedimiento Civil colombiano prescribía:

“Artículo 368. Causales. Son causales de casación:

1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial. La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.
2. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.
3. Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias.
4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357.
5. Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado”.

54 El Código de Procedimiento Civil de Colombia preveía: **“Artículo 375. Sentencia.** La Sala examinará en orden lógico las causales alegadas por el recurrente, y si hallare procedente alguna de las previstas en los numerales 1o, 2o, 3o y 4o del artículo 368, casará la sentencia recurrida y dictará la que debe remplazarla. Cuando prospere un cargo que sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, habrá lugar al estudio de los demás.

Antes de dictar sentencia de instancia, la Sala podrá decretar pruebas de oficio, si lo estima necesario.

Si la causal que prospera es la consagrada en el numeral 5o del artículo 368, la Sala decretará la nulidad y ordenará remitir el expediente al tribunal, para que éste o el juzgado, según el caso, proceda a renovar la actuación anulada.

La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria.

Si no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de rectificación doctrinaria”.

55 El Código General del Proceso prescribe:

“Artículo 336. Causales de casación. Son causales del recurso extraordinario de casación:

1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.
2. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.

3. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.

4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.

5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados.

La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las, que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales”.

Desde luego, el Código General del Proceso, dentro de las normas reguladoras de la sentencia que resuelve el recurso de casación, mantiene la facultad de la Corte Suprema de Justicia para dictar la sentencia de reemplazo, en caso de encontrar procedente el recurso de casación; así como la facultad para decretar pruebas de oficio, de estimarlo necesario. Pero no sólo eso, sino que se ha agregado una norma que establece la facultad de la Corte Suprema de Justicia para fijar una audiencia, donde «los magistrados podrán interrogar a los abogados sobre los fundamentos de la acusación [casacional] contra la sentencia»⁵⁶.

56 *El Código General del Proceso, respecto de la sentencia del recurso de casación establece:*

“Artículo 349. Sentencia. Una vez elaborado el proyecto de sentencia la Sala podrá fijar audiencia si lo juzga necesario. La audiencia se realizará bajo la dirección efectiva del Presidente de la Sala, quien podrá limitar las intervenciones de las partes a lo que sea estrictamente necesario. Los magistrados podrán interrogar a los abogados sobre los fundamentos de la acusación contra la sentencia. En la misma audiencia la Sala podrá dictar la sentencia si lo estima pertinente.

En la sentencia, la Sala examinará en orden lógico las causales alegadas por el recurrente. Si prospera la causal cuarta del artículo 336, dispondrá que según el momento en que ocurrió el vicio la autoridad competente rehaga la actuación anulada; si se acoge cualquiera otra de las causales, la Corte casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla. Cuando prospere un cargo que sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, procederá el estudio de las demás acusaciones.

Antes de dictar sentencia de instancia, la Sala podrá decretar pruebas de oficio, si lo estima necesario.

La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria. Si no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de que la demanda de casación haya suscitado una rectificación doctrinaria”.

En nuestro país, como es conocido, el recurso de casación nace con la expedición del Código Tributario el 23 de diciembre de 1975⁵⁷. Los supuestos -oportunidad y casos como lo llamaba el Código Tributario- en los que se podía fundar el recurso eran varios, entre los que destaca el no haberse considerado los hechos determinantes de la obligación tributaria o su exención, así como el haberse cometido error de derecho en la calificación de los hechos reconocidos en la sentencia⁵⁸. Ya en el ámbito de la justicia ordinaria, el recurso de casación se implementa -eliminando la tercera instancia- luego de la reforma

constitucional del año 1992⁵⁹, con la promulgación de una ley especial, denominada Ley de Casación⁶⁰,

57 El Código Tributario en su artículo 219 establecía: “La jurisdicción contencioso-tributaria se ejercerá por el Tribunal Fiscal, que actuará como órgano de única o última instancia, o como Tribunal de recurso jerárquico, de apelación o de casación, en los asuntos y casos que establece este Código”; y, de su parte el artículo 328 prescribía: “De las sentencias expedidas por una de las Salas del Tribunal Fiscal, podrá interponerse recurso ante el Tribunal de Casación, constituido por los magistrados de las Salas que no hubieren intervenido en la causa”. El Código Tributario fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 958, de 23 de diciembre de 1975.

58 Artículo 329 del Código Tributario de 1975.

59 Mediante Ley No. 20 del Congreso Nacional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 93, de 23 de diciembre de 1992, se reforma la Constitución Política del Estado. El artículo 1 de la reforma establecía en cambio de “Función Jurisdiccional” a “Función Judicial”. Particularmente la disposición Transitoria Primera disponía: “La Corte Suprema de Justicia está integrada por las Salas de lo Civil y Comercial, Penal, Social y Laboral, Fiscal, Administrativo y Constitucional, con cinco magistrados cada una”.

60 Ley de Casación publicada en el Registro Oficial No. 192, de 18 de mayo de 1993.

En cuanto a la valoración de la prueba, el legislador no había previsto una norma expresa; es decir, *nada decía* la ley de casación, ni permitiéndolo, ni excluyendo tal posibilidad a las entonces Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia. Claro que, cuando el legislador establece unas causales determinadas en las que debe fundarse el recurso (antes Art. 3 de la Ley de Casación; ahora Art. 268 COGEP), nos orienta a pensar que su intención no es someter al proceso a una mera decisión revisora por parte de las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia, sino a un control que se caracterice por ser más técnico y especializado.

Ante el silencio del legislador en la Ley de Casación fue consolidándose una posición jurisprudencial de la entonces Corte Suprema de Justicia, que negaba la facultad de las Salas de Casación para «revalorar la prueba», fundamentalmente, en aras de distinguir el recurso de casación de la tercera instancia. Esa jurisprudencia de la Salas Especializadas de la entonces Corte Suprema de Justicia, acogiendo determinadas posiciones doctrinarias, desde sus primeras sentencias había establecido un ámbito limitado de acción a través de este medio de impugnación jurisdiccional. Por ejemplo, puso de manifiesto la naturaleza de las causales en las que podía fundarse el recurso⁶¹, dejando claro que «la actividad jurisdiccional del Tribunal de Casación tiene que ceñirse a las causales invocadas como fundamento, sin que le sea permisible examinar de oficio otros aspectos que no han sido denunciados como motivo de ataque»⁶²; incluso se había afirmado «que la Casación no constituye una nueva instancia»⁶³, por lo que «no es materia de casación cualquier error de derecho»⁶⁴.

61 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia publicada en el Gaceta Judicial No. 2, Serie XVI, Año XCV, de 5 de abril de 1994, p. 462.

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Social y Laboral, sentencia publicada en la Gaceta Judicial No. 1, Serie XVI, Año XCV, de 2 de mayo de 1994, p. 118.

63 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Social y Laboral, sentencia publicada en el Gaceta Judicial No. 2, Serie XVI, Año XCV, de 11 de mayo de 1994, p. 2.

64 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Comercial, sentencia publicada en la Gaceta Oficial No. 2, Serie XVI, Año XCV, de 15 de noviembre de 1994, p. 255.

También esa jurisprudencia estableció que, el recurso de casación, tiene como propósito esencial atacar una sentencia o resolución, por lo que difiere de la tercera instancia donde bastaba la inconformidad de una de las partes⁶⁵; ello porque, la casación pretende la «defensa de la legalidad, pues, dirime la contradicción existente entre la ley y la sentencia»⁶⁶; y, en cuanto a la naturaleza del recurso, estableció que era «extraordinario, casuístico, de alta técnica jurídica, excepcional y formal»⁶⁷.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Laboral y Social, sentencia publicada en la Gaceta Judicial No. 3, Serie XVI, Año XCV, de 9 de febrero de 1995, pág. 386.

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia publicada en la Gaceta Judicial No. 11, Serie XVI, Año XCVII, de 27 de febrero de 1998, p. 2981.

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Laboral y Social, sentencia publicada en la Gaceta Judicial No. 8, Serie XVI, Año XCVII, de 15 de abril de 1997, p. 2180.

Claro que, ante una falta de posición expresa del legislador, las decisión adoptada por las sentencias de las Salas de Casación no pueden considerarse absolutas, ni inamovibles, sino únicamente como una opción de la jurisprudencia. Sin pretender negar el valor de la jurisprudencia en la consolidación de la seguridad jurídica y la garantía de los derechos, hemos de precisar también, que ese *valor* debe ser concebido en sus justos términos; pues, en nuestro sistema jurídico, incluso la «jurisprudencia obligatoria» (Art. 185 CRE) puede ser cambiada⁶⁸. De manera que, aun existiendo una jurisprudencia reiterada, ello no releva la facultad de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia para revisar su propia jurisprudencia, actualizándola a las exigencias del Estado constitucional, así como acoplarla a las circunstancias de la sociedad actual; menos aún afecta la facultad del Pleno del máximo órgano de justicia ordinaria para fijar una interpretación mediante la promulgación de una resolución general y obligatoria.

68 El artículo 185 de la Constitución establece, tanto los presupuestos para la adopción de la jurisprudencia obligatoria, como lo que debe observarse para el cambio de esa jurisprudencia: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones

jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.”

Tampoco podemos olvidar que, en la actualidad, los jueces ordinarios deben aplicar la Constitución, y eso implica que al resolver el recurso de casación deben observar tanto la ley como el contenido de las normas constitucionales así como la eficacia de los derechos de toda persona; y, ^^de otra perspectiva, que el ámbito concreto del recurso de casación está delimitado por la ley, de manera que la facultad de interpretar la regulación del recurso de casación corresponden al máximo órgano de la justicia ordinaria.

Luego debemos distinguir dos cuestiones: 1) la valoración de la prueba para resolver el recurso de casación; y, 2) la necesidad de la valorar la prueba para dictar sentencia de mérito una vez que la decisión impugnada (auto o sentencia definitiva) se haya casado.

La jurisprudencia de la entonces Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia, se han pronunciado, en el sentido de que en la etapa o fase en la que se juzga la procedencia del recurso de casación, las respectivas Salas no pueden juzgar los hechos o volver a valorar la prueba; es decir, la sentencia que resuelve el recurso de casación no puede reemplazar la convicción de los jueces de instancia por otra de los jueces de casación. Se trata, claro está, de una prohibición para realizar una valoración directa, que resulta aplicable exclusivamente en la etapa en que las Salas de Casación analizan y juzgan los cargos por los cuales el recurrente pretende que se case la sentencia.

En tal perspectiva, resulta cierto el impedimento de valorar directamente la prueba para resolver si el recurso de casación es procedente (para anular la sentencia); pero ello, *no implica ausencia absoluta de control jurisdiccional, mucho menos que las Salas de Casación estén impedidas de valorar prueba cuando se haya casado la sentencia*. Si consideramos que, nuestro ordenamiento procesal establece, en los artículos 115 del anterior Código de Procedimiento Civil⁶⁹ y ahora el 164 del COGEP⁷⁰, las reglas de valoración de la prueba, preceptos que contienen dos mandatos para el juzgador: el primero, el deber de apreciar la prueba en forma conjunta y completa; y, el segundo, que la apreciación debe realizarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica podemos identificar que el legislador ha previsto también una causal para demandar la aplicación de las normas reguladoras de la prueba. Así, el recurrente en casación puede plantear como acusación la infracción del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil o del artículo 164 del COGEP, en varios supuestos: i) porque no existe valoración de la prueba debidamente actuada ; ii) porque esta labor es incompleta, al haberse ignorado prueba aportada; iii) por invención de la prueba; iv) por ineficacia del medio o instrumento probatorio articulado; v) o cuando la valoración es contraria a los criterios de la lógica jurídica, coherencia, objetividad y razonabilidad, infringe las reglas de la sana crítica y deviene en absurda o arbitraria.

69 El Código de Procedimiento Civil prescribía: “Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”

70 El Código Orgánico General de Procesos prevé: “Art. 164.-Valoración de la prueba.

Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”

Las reglas de la sana crítica “[...] en cuya virtud, los jueces deben formar su convicción respecto de la prueba rendida, sin simples preceptos de sentido común los que solo se infringen cuando se los violenta hasta el absurdo [...]”⁷¹ establecen las reglas de la racionalidad en la valoración de la prueba, y cuando mediante el recurso de casación se denuncia esa infracción corresponde controlar que los resultados probatorios no devengan en arbitrarios o absurdos, o que no existan errores en la valoración conjunta y completa, lo cual tiene relación directa con las cuestiones de hecho, como lo ha señalado la doctrina:

71 Alfredo Gonzaini, Derecho Procesal Civil (Ediar, Tomo I, Teoría General del Derecho Procesal) 600.

Cuando las resoluciones que trae la sentencia definitiva de segunda instancia son -como sucede en este caso, en que por definición se trata de una cuestión de hecho-las conclusiones jurídicas deducidas de un examen de pruebas, los ataques que se enderecen contra ellas, contra los hechos en que se asientan, no pueden desvincularse del estudio probatorio del tribunal para plantearlo en el terreno de la violación directa de la ley sustantiva. Al quebranto legal que dé base a la casación no puede llegarse en tales casos sino por la vía de la apreciación probatoria, y no suscitando un simple examen y un nuevo balance de su mérito, sino alegando y demostrando, dentro de las exigencias de la técnica, que el tribunal incurrió, al apreciar las pruebas, en un error de hecho que aparece manifiesto en los autos y que envuelve una contravención a la ley, o en error de derecho inductivo de esa misma contravención. Si la demanda de casación no cumple cabalmente esta exigencia, la Corte puede modificar la decisión recurrida, cualquiera que sea, y así sea de equivocada la manera como el tribunal haya apreciado los hechos del proceso⁷²

72 Humberto Murcia Bailen, Recurso de casación civil (Bogotá: Editorial El Foro de la Justicia, 3ra edición, 1983) 331.

Además, según la jurisprudencia de nuestra Corte Nacional de Justicia, las reglas sobre valoración de la prueba, no sólo obliga al juzgador a valorar los medios probatorios con criterios lógicos, objetivos y racionales, sino que también a no rehusar de uno de los medios probatorios debidamente actuados de forma caprichosa, debiendo todo ejercicio de valoración encontrarse en la decisión:

[...] pues no puede perderse de vista que el método judicial de adquisición de conocimiento está inevitablemente abierto a la posibilidad de error? debido a la libertad que entrega la sana crítica como sistema de valoración probatorio, que dicho sea de paso, es un libertad atribuida por el legislador para valorar las pruebas, lo que no significa, libertad para la discrecionalidad y el arbitrio, o *rehusar a las pruebas debidamente actuadas en el proceso probatorio*, por ello resulta tan importante operar con método y

teniendo clara conciencia de los pasos que se dan en la formulación de las inferencias y de hasta donde lleva realmente cada uno de ellos? (cursivas fuera del texto)⁷³.

⁷³ Este criterio ha venido sosteniéndose en diferentes procesos *de familia*: No. 030/14, resolución No. 174/14, de 22 de agosto de 2014 (*Tacuri v Masabanda*); No. 208/13, resolución No. 073/14, de 23 de abril de 2014 (*Barzola v Bardi*); No. 129/14, resolución No. 215/14, de 30 de septiembre de 2014 (*Cabrera v Méndez*); No. 184/14, resolución No. 253/14, de 6 de noviembre de 2014 (*Astudillo v Aguilar*); No. 263/14, resolución No. 023/15, de 15 de febrero de 2015 (*Pinto v Acuña*); No. 100/15, resolución No. 0031-16, de 2 de febrero de 2016 (*Brambilla v Bravo*).

De ahí que, las reglas sobre la valoración de la prueba no constituyen el establecimiento de una libertad ilimitada del juzgador de instancia, pues, al juez de casación le corresponde controlar la arbitrariedad y el subjetivismo de las decisiones. La obligación impuesta por estos preceptos legales, de valorar toda la prueba y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, impide al juzgador la desarticulación del acervo probatorio, pues el criterio de convicción debe formarse o sustentarse no por el examen parcial, aislado, interesado, arbitrario o preferente de cada prueba, sino por la estimación o valoración conjunta de todas las pruebas articuladas o producidas en forma integral, por los elementos confluyentes, comunes o disimiles que concurren al momento de formar la convicción del juez, jueza o tribunal. Así, “[I]a no apreciación de la prueba en conjunto, o la equivocada apreciación que de la unión de ellas haga el sentenciador, estructura error en derecho”, vicios o errores del juzgador/a, que pueden ser denunciados en casación si afectan el derecho a la defensa de las partes (Art. 76.4, 7, h) de la Constitución de la República e influyen en forma decisiva en los resultado de la sentencia.

En este marco conceptual, constitucional y legal, respecto de la infracción en casación del artículo 115 de la ley adjetiva civil, la Corte Nacional de Justicia a través de los fallos emitidos por las Salas especializadas viene sosteniendo, que si bien la valoración y el criterio que de ella deviene, son de exclusiva facultad de los operadores de justicia, esta libertad no puede ser contraria a criterios de lógica jurídica, coherencia, objetividad y razonabilidad, pues la decisión a la que lleguen los juzgadores/as ha de ser resultado objetivo de lo que los instrumentos probatorios reflejen, así se evita la arbitrariedad y el subjetivismo a la hora de tomar la decisión. En todo caso, la sola impugnación que pretenda imponer un criterio de valoración diferente al del tribunal de apelación, no constituye motivo suficiente para que el tribunal de casación active el control de legalidad de la sentencia; *se debe demostrar que la valoración probatoria impugnada haya sido arbitraria e incoherente*, contraria a preceptos constitucionales y legales que rigen la prueba; y que; como producto de ese error grave, se violente una norma sustantiva de derecho, como requiere la técnica casacional.

Por tanto, cuando el casacionista invoca la causal tercera como motivo de su recurso, corresponde a la Sala de Casación controlar si los juzgadores de instancia, en su sentencia, infringieron algún precepto de valoración de la prueba; en tal sentido, esa jurisprudencia tampoco implicaba prohibición absoluta de control en cuestiones probatorias por parte de las Salas de Casación. Pero no sólo eso, sino que la situación cambia radicalmente cuando la Sala de Casación ha encontrado procedente el cargo, por considerar que, efectivamente, se ha producido el agravio; y, decide casar la sentencia; pues entonces, deberá corregir el error, lo que sólo puede hacerlo dictando una sentencia de mérito que reemplace la anterior, salvo en los casos de vicios *in procedendo*.

Por tanto, debemos distinguir la valoración de la prueba para resolver la procedencia del recurso de casación respecto de la facultad para dictar la sentencia que resuelve la demanda inicial, una vez que se ha anulado la sentencia recurrida por efecto de la aceptación del recurso de casación.

Respecto de los límites de la Sala de Casación, una vez que se ha aceptado el recurso; es decir, casada la sentencia, la Ley de Casación disponía:

Art. 16.- Sentencia.- Si la Corte [Nacional] 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.

Desde luego, ninguna dificultad ha generado lo previsto en el inciso segundo de la citada disposición legal; en cuanto regula el efecto de la procedencia del recurso de casación por la causal segunda, correspondiente a los vicios del procedimiento.

No sucede lo mismo con el inciso primero del artículo 16 de Va Ley de Casación. En lo esencial, porque la Corte Constitucional ha entendido, citando varias posiciones doctrinarias, que la naturaleza del recurso de casación así como la citada norma no permite que las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia valoren la prueba; ello desde luego, tomando literal y exclusivamente la parte final del artículo 16 de la Ley de Casación que expresa: «por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto».

Como ya dijimos, existe jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la actual Corte Nacional de Justicia que determina, que en la fase en la que se juzga la procedencia del recurso de casación, la Sala que resuelve el recurso no puede juzgar los hechos o reemplazar la valoración de la prueba que haya hecho el juzgador de instancia; lo cual no significa ausencia de control. Ello resulta hoy más claro, sobre todo, si consideramos que el Código Orgánico General de Procesos dispone que «[n]o procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba» (Art. 270 inc. 2). El término «evidente», usado por el legislador, permite entender que tal norma, contiene una regla general, más no una disposición absoluta; es decir, el recurso de casación será inadmisibile en cuanto el recurrente se limite a solicitar a la Sala de Casación que reemplace la valoración de la prueba efectuada por el juez de instancia por una nueva valoración que se ajuste más al interés del recurrente; pero no excluye los supuestos de control, mucho menos la facultad de valorar prueba una vez aceptado el recurso de casación, pues tal norma, está prevista en las reglas sobre la admisión del recurso, más no en las normas reguladoras de la sentencia.

Luego debemos señalar que, si el recurso de casación está regulado por una ley, la interpretación definitiva y autorizada, conforme con las normas de nuestro ordenamiento jurídico, corresponde al máximo órgano de justicia ordinaria; es decir, tanto la aplicación

e interpretación de las normas que regulan el recurso de casación, como la de toda la legislación ordinaria, corresponde a la Corte Nacional de Justicia, ya sea en el caso concreto a través del recurso jurisdiccional como es la casación, o en el ámbito general a través de la resolución general y obligatoria, en los casos de duda u oscuridad.

Ahora bien, el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación debe ser leído en su contexto, no debiendo leerse la parte final en forma aislada; pues, no sólo que el texto de la Ley de Casación es claro al establecer que una vez aceptado el recurso «se expedirá el [auto o sentencia] que en su lugar correspondiere»; sino que, una vez declarado procedente el recurso, conforme lo prescrito en la citada disposición, la sentencia recurrida ha sido anulada -atendiendo a la etimología del verbo casar-; y, en todo caso el recurso de casación ha generado la nulidad del fallo recurrido, por lo que debe resolverse lo planteado en la demanda inicial. A una conclusión similar podemos llegar, .. si consideramos las normas reguladoras de la sentencia que resuelve el recurso de casación previstas en el Código Orgánico General de Procesos.

No sólo que se ratifica el reenvío para los casos de «aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales» (Art. 273.1 COGEP)⁷⁴, sino que en los casos de «errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba» se prevé expresamente que «Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casara la sentencia o el auto recurrido y pronunciara lo que corresponda» (Art. 273.2 COGEP)⁷⁵. Y, cuando se acepte el recurso de casación por las demás causales, se dispone:

74 Art. 273.- Sentencia. *Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá:*

1. Cuando se trate de casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial al cual corresponda conocerlo en caso de recusación de quien pronunció la providencia casada, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho.

75 Art. 273.- Sentencia. *Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá:*

2. Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casara la sentencia o el auto recurrido y pronunciara lo que corresponda.

Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos (Art. 373.3 COGEP)

Esta previsión establece con claridad que, aceptado el recurso de casación, corresponde adoptar la decisión que corresponda, lo cual significa que las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia debe resolver lo planteado en la demanda inicial *en mérito de los autos*; pues para el caso de corrección de los fundamentos de la sentencia casada, el legislador ha previsto expresamente otra norma que permite la corrección de la motivación⁷⁶.

76 Art. 273.- Sentencia. Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá:
4. El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.

En igual sentido lo entiende el señor Presidente de la República, cuya objeción se fundamenta en los siguientes términos:

Objeción al número 3 del artículo 273

El número 3 de este artículo prevé, cuando se trate de las causales diversas a las señaladas en los números 1 y 2, estas son, las relacionadas con la infracción de normas procesales y a las normas aplicables a la valoración de la prueba, que la Corte revisará todo el proceso y expedirá la sentencia que en su lugar correspondiera, pero limitando la posibilidad de revisión de los hechos que aparecen de la sentencia o auto y los que son materia de discusión en la audiencia que se realiza durante la sustanciación del recurso.

Dicha restricción afecta la capacidad de la Corte Nacional de Justicia para dictar una sentencia más ajustada a los hechos del proceso, que podrían ser omitidos indebidamente por el Tribunal de instancia, afectándose la actuación de la Corte.

Es por esta razón que debe permitirse que la Corte Nacional de Justicia realice el estudio de todos los hechos que obran de autos, siempre que así lo considere necesario.

Interesa destacar aquí, que tanto la Ley de Casación como ahora el COGEP, establecen que, aceptado el recurso y casada la decisión impugnada (sentencia o auto), «pronunciará la que corresponda» (Arts. 16 de la Ley de Casación y 273 del COGEP), obviamente con excepción de que se acepte el recurso por vicios de procedimiento. De ahí que, una vez anulada la decisión recurrida (por efecto de la aceptación del recurso), las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia deben decidir lo que corresponda, para lo cual es necesario recurrir al mérito de los autos.

Es más, si en nuestro sistema de casación no se ha previsto el reenvío -salvo que se haya aceptado el recurso por la causal correspondiente a los vicios de procedimiento-, resulta indudable que la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia que resolvió el recurso, deberá también dictar una nueva sentencia resolviendo sobre el fondo de lo planteado inicialmente en la demanda. Además, aceptado el recurso de casación y anulada la sentencia recurrida, la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia ya no actúa como Corte de Casación, sino como un órgano jurisdiccional de instancia; y, debe por tanto resolver las pretensiones deducidas en la demanda.

Oportuno es señalar que tal interpretación no es reciente y, como tal, atribuible exclusivamente a la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, como tampoco es posible sostener que se trate de una práctica judicial nueva; pues una breve revisión de la jurisprudencia de la entonces Corte Suprema de Justicia, permite advertir que se señalaba:

El Art. 14 de la Ley de Casación, obliga a la Sala a asumir temporalmente facultades de

Tribunal de instancia; pues no puede dejar sin resolver el juicio, más aún, si como en este caso el Tribunal inferior no ha examinado el fondo de la litis. La Ley de Casación le asigna a este Tribunal de Casación competencia positiva, ya que cuando casa la sentencia, dirime definitivamente el pleito con sentencia sustitutiva, sin necesidad de reenvío, salvo que la causal invocada sea la segunda⁷⁷

77 Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Civil y Mercantil, No. 296/2000, sentencia de 24 de agosto del 2000, publicada en el Registro Oficial No. 238, de 5 de enero de 2001. Véase entre otras, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, proceso de daños y perjuicios, sentencia No. 31-2002, de 29 de octubre de 2002, publicada en el Registro Oficial 43, de 19 de marzo del 2003 (F6); Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, proceso No. 130/2000, sentencia de 9 de abril de 2001, publica en el Registro Oficial No. 353, de 22 de junio de 2001 (F3, parte final),

En relación con la expresión mérito de los autos, dice Joaquín Escriche que el término *autos* comprende «el proceso de alguna causa o pleito, o el conjunto de diferentes piezas de que la causa o pleito se compone, esto es, la reunión o conjunto de la demanda, emplazamiento, traslado, contestación, alegaciones, instrumentos, pruebas, artículos interpuestos, sentencia, ejecución, y demás trámites judiciales que forman el juicio»⁷⁸; y si, lingüísticamente, por mérito entendemos, «el valor o importancia que tiene una cosa», resulta claro que la expresión mérito de los autos se refiere a las constancias procesales que el juez otorga valor para tomar una decisión.

78 Joaquín Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia (París, Librería de Rosa, Bouret, 1851) 310.

De hecho, tales expresiones son comunes en el régimen procesal o en la práctica jurisdiccional cotidiana. Se dice, por ejemplo, que el juez ha dispuesto la acumulación de autos, o que ha dictado autos para resolver. De ahí que, es claro y pacíficamente aceptado que, en el ámbito jurídico y particularmente en el derecho procesal, el mérito de los autos se usa para referirse a todas aquellas actuaciones procesales que constan en el expediente. De ahí que, cuando la ley (antes Ley de Casación ahora Código Orgánico General de Procesos) establece que, la Sala que conocía del recurso de casación, para decidir lo que corresponda en reemplazo de la decisión casada, debe considerar el mérito de los autos es indudable que se refiere a las actuaciones que constan en el expediente, pues ¿de qué otra manera, sino revisando el proceso (el mérito de los autos), es posible tutelar los derechos del justiciable y administrar justicia?

Desde luego, no se trata de una situación exclusiva de nuestro sistema jurídico; pues también otros ordenamientos establecen la facultad de las Salas de Casación, para resolver sobre la demanda inicial una vez que se ha aceptado el recurso de casación. Así por ejemplo, el Código General del Proceso de Colombia prevé el reenvío en caso de aceptarse el recurso de casación por vicios de procedimiento; pero, «si se acoge cualquiera otra de las causales, la Corte casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla» (Art. 349 inc. 2). De su parte, el Código de Procedimiento Civil de Perú establece que «si se trata de las causales precisadas en los puntos 1 y 2 del Artículo 386, resuelve además según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior» (Art. 396.1)⁷⁹.

79 El artículo 386 del Código de procedimiento Civil establece: “Son causales para interponer recurso de casación: 1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial; 2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial”. La tercera causal para interponer el recurso de casación prevé: “3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del Artículo 236 de la Constitución”; y, en caso de aceptarse el recurso de casación por esta causa, la Corte Suprema de Justicia debe: “2.1. Ordena que el órgano jurisdiccional inferior expida un nuevo fallo. 2.2. Declara insubsistente lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria. 2.3. Declara insubsistente la sentencia apelada y que el Juez que la expidió lo haga nuevamente. 2.4. Declara insubsistente la sentencia apelada y nulo lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria. 2.5. Declara insubsistente la sentencia apelada, nulo lo actuado e inadmisibile o improcedente la demanda. En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tendrá fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional inferior” (Art. 396.2).

También en el ordenamiento jurídico español, se establecen supuestos en los cuales, una vez aceptado el recurso de casación, corresponde al Tribunal Supremo resolver lo que corresponda respecto de la demanda inicial; como lo señala, por ejemplo, la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa, que dentro de las normas sobre la sentencia del recurso de casación dispone:

En la resolución de la concreta controversia jurídica que es objeto del proceso, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder» (Art. 93.3)⁸⁰.

80 No sólo la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa contiene una norma en ese sentido, sino también la Ley reguladora de la jurisdicción social que dispone: “c) De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 207, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes” (Art. 215. Efectos de la sentencia).

De ahí que, cuando las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia han aceptado el recurso de casación, deben posteriormente resolver sobre los planteamientos de la demanda inicial, para lo cual pueden recurrir al mérito de los autos que constan en el proceso.

Por supuesto, no son las únicas razones que permiten sostener una interpretación en ese sentido, ya que también el derecho de tutela judicial efectiva puede llevarnos a una

conclusión similar. Si entendemos que el derecho de tutela judicial efectiva se manifiesta en el "[...] derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional [del Estado], a fin de llegar a una decisión judicial sobre las pretensiones formuladas"⁸¹; no sólo resulta aceptable sino también necesario que, una vez anulada la sentencia recurrida, se dicte una nueva decisión resolviendo las pretensiones deducidas de la demanda inicial que haya planteado el justiciable.

81 Juan Manuel Goig, El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Madrid, Editorial Universitas Internacional, 2006) 384.

Así pues, las Salas de la Corte Nacional de Justicia deben pronunciarse sobre la demanda inicial, independientemente de que las pretensiones sean acogidas o rechazadas⁸²; pues, no en vano nuestro constituyente ha previsto el derecho de toda persona a la «tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses» (Art. 75 CRE); norma que, en lo que aquí interesa, constituye un mandato para el juez ordinario⁸³.

82 La doctrina ha establecido con claridad: "[...] el derecho a la tutela judicial efectiva no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también el derecho a que los Tribunales resuelvan sobre las pretensiones que ante ellos se formulan. Por decirlo gráficamente, no es sólo el derecho a traspasar el umbral de la puerta del Tribunal, sino el derecho a que, una vez dentro, éste cumpla la función para la que está instituido. En síntesis, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener del órgano judicial al que el justiciable se dirige una resolución sobre el fondo de la pretensión formulada, ya sea favorable o desfavorable, o una resolución de inadmisión de la misma. Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva es el éxito de la pretensión.

Así pues, el derecho a la tutela judicial efectiva no es el derecho a una sentencia favorable, sino, más modestamente, el derecho a obtener una resolución de fondo, sea favorable o desfavorable para los intereses de quien insta la actuación jurisdiccional": Picazo Giménez, "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial...", 23-24.

83 Mandato que surge de lo dispuesto en el artículo 172, así como también de lo previsto por el legislador en el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Por último, la posición que el constituyente otorga a la Corte Nacional de Justicia nos lleva a una conclusión en igual sentido; pues entender lo contrario, implicaría sostener que el máximo órgano de administración de justicia no puede otorgar una respuesta definitiva al proceso, lo cual resultaría incompatible con la vigencia del «Estado constitucional de derechos y justicia» que establece nuestra Constitución (Art. 1 CRE).

El control que se ejercer mediante el recurso de casación no puede ser entendido en sentido restrictivo; pues, no debe olvidarse, como ya se ha anotado, que el juzgador tiene la obligación de vigilar el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo demás, el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo garantiza primigeniamente el acceso a la jurisdicción, sino también que todo derecho o interés, llegado el caso, deba poder hacerse valer por su titular, ante un verdadero órgano judicial, «quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia». De manera que, las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia no satisfacen el derecho de tutela judicial efectiva únicamente al

aceptar el recurso de casación, sino cuando la pretensión que el justiciable ha llevado ante los órganos de la justicia ordinaria -en la demanda- recibe una respuesta definitiva.

Conforme lo analizado, el recurso de casación previsto en nuestro ordenamiento jurídico no excluye la posibilidad de que las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia ejerzan la función de control sobre la valoración de la prueba efectuada por los juzgadores de instancia; así como tampoco excluye la facultad de las Salas, una vez que se haya casado la sentencia, para dictar la resolución que corresponda con fundamento en mérito de los autos, considerando los hechos y valorando las pruebas practicadas en el proceso, cuando ello resulte necesario.

RAZÓN: Siento por tal que las veinte y tres fojas selladas y numeradas que anteceden son iguales a sus originales, las mismas que reposan en los libros de Acuerdos y Resoluciones del Tribunal de la Corte Nacional de Justicia.-Certifico, Quito, de 16 de mayo del 2017.

**FUENTES DE LA PRESENTE EDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA
FACULTAD DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS PARA DICTAR SENTENCIA
DE MÉRITO EN CASACIÓN**

1.- Resolución 07-2017 (Suplemento del Registro Oficial 21, 23-VI-2017).