

DIÁLOGOS JUDICIALES



ISSN: 2806-5735

**Tema central:
Comentarios al COGEP**

enero - junio 2017

Diálogos judiciales 4

Tema central:

Comentarios al COGEP

Corte Nacional de Justicia

Diálogos judiciales 4

Tema central:

Comentarios al COGEP



Enero - Junio, 2017
Quito - Ecuador

G Gaceta
Judicial

Corte Nacional de Justicia

Revista Diálogos judiciales 4

Comentarios al COGEP

Enero-Junio 2017, Quito, Corte Nacional de Justicia, 2017

228 p; 19x25 cm

ISBN: 978-9942-22-142-1

ISSN: 2806-5735

1. Diálogos Judiciales 4. 2 Derecho Procesal 4. Ecuador

Catalogación en la Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia

Dr. Carlos Ramírez Romero

Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Dra. María Paulina Aguirre Suarez

Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia

Comité Editorial:

Dr. Carlos Ramírez Romero

Dr. Juan Montaña Pinto

Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

Dr. José Luis Terán Suárez

Dr. Miguel Antonio Jurado Fabara

Dra. María Rosa Merchán Larrea

Dr. Merck Milko Benavidez Benalcázar

Dra. Rocio Salgado Carpio

Editor:

Juan Montaña Pinto

Portada y separatas

María Fernanda Gallo Landeta

Diagramación e impresión:

Gaceta Judicial

www.cortenacional.gob.ec

Índice

1. Presentación	7
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
2. Apuntes acerca de algunos cambios fundamentales en el sistema procesal no penal ecuatoriano	15
<i>Carlos Ramírez Romero</i>	
3. Dossier Central	35
La naturaleza como parte procesal y su manifestación	37
<i>Wilson Andino Reinoso</i>	
Resolución oral y motivada de la causa en audiencia	53
<i>Guillermo Narváez Pasos</i>	
El Principio de la unidad de la prueba. Valoración. Sana crítica	63
<i>Eduardo Bermúdez Coronel</i>	
Sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero	73
<i>Eduardo Bermúdez Coronel</i>	
El testigo hostil	87
<i>Oscar Enríquez</i>	
El litisconsorcio y la unidad del proceso	93
<i>Raúl Mariño Hernández</i>	

	El sistema oral: los procesos ordinario y sumario y el recurso de casación en materia tributaria <i>Maritza Tatiana Pérez Valencia</i>	107
4.	Derecho Comparado	125
	La audiencia preliminar en el código procesal civil modelo para iberoamérica <i>Roberto Omar Berizonce</i>	127
5.	Entrevista	149
	Profesor Emérito de la UBA ex Director de la Revista Latinoamericana de Derecho Comercial y las Obligaciones y Director del Posgrado en derecho comercial de la UBA <i>Dr. Raúl Aníbal Etcheverry</i>	151
6.	Jurisprudencia	159
	Análisis de caso de casación a partir del COGEP <i>José Luis Terán Suárez</i>	161
7.	Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia	177
	Exposición de motivos. Resolución no. 07-2017	217
8.	Política Editorial	223

PRESENTACIÓN



Juan Montaña Pinto

**Asesor de la Presidencia de la
Corte Nacional de Justicia**

En la Corte Nacional de Justicia hemos iniciado con pie derecho el 2017; y para celebrarlo ponemos a disposición del público un nuevo número de nuestra revista institucional Diálogos Judiciales, que llega a su cuarto número ininterrumpido. En esta ocasión seguimos empeñados en nuestra campaña de divulgación del nuevo Código Orgánico General de procesos, solo que en esta ocasión hemos cambiado de instrumento, ya que queremos retomar en esta oportunidad la exegesis como método de análisis del actual orden procesal ecuatoriano.

Esta decisión editorial tiene su explicación política y metodológica. En el Ecuador en la última década, desde que entró en vigencia de la Constitución de Montecristi, se adoptó el garantismo constitucional como el instrumento ideológico y metodológico adecuado para examinar la nueva realidad constitucional y legal; justificando esta decisión en la necesidad y en la urgencia de superar al *“formalismo jurídico”* que había caracterizado el ejercicio del derecho en nuestro país desde los orígenes de la República.

Sin embargo, y sin querer justificar los excesos del formalismo ético criollo, hoy día, casi 10 años después, los resultados del garantismo en términos de eficacia de la justicia y tutela efectiva de los derechos, así como de la percepción ciudadana sobre la eficacia de la administración de justicia, no han estado a la altura de las expectativas generadas. La verdad es que en Ecuador todos hablamos del garantismo, la mayoría defiende la necesidad de superar el formalismo y proclama de boca para afuera las bondades del antiformalismo jurídico; pero en realidad, a la hora de la verdad en la práctica casi nadie se hace cargo de sus lineamientos y exigencias.

Frente a esta situación y aprovechando el contexto del primer cumpleaños de vigencia del Código Orgánico General de Procesos la Revista Diálogos judiciales plantea a sus lectores la pertinencia y la necesidad de reconsiderar la utilidad real del garantismo en nuestra sociedad y la urgencia de discutir seriamente una eventual vuelta al positivismo.

Ahora bien, esa discusión sobre la pertinencia de volver otra vez los ojos al positivismo jurídico, no significa asumir cualquier positivismo, sino que en todo caso es necesario debatir el retorno a un positivismo crítico que nos de herramientas para examinar con la debida profundidad las necesidades de la sociedad ecuatoriana en materia jurídica, y concretamente, en este caso, los aportes, las fortalezas, las oportunidades y los retos que plantea la aplicación concreta del COGEP.

Para ello nada mejor que volver a los clásicos, en este caso al planteamiento metodológico de la escuela clásica del derecho, que establece como su argumento fundamental la fidelidad estricta al texto de la norma positiva y la exegesis como herramienta de conocimiento del derecho. La exegesis como se sabe es un método o un instrumento analítico a través del cual el positivismo en el siglo XIX fue capaz de superar las tesis y los poderosos argumentos del iusnaturalismo racionalista. Se sustenta, como es conocido, en el culto al texto de la ley como expresión de la voluntad general y en una absoluta creencia en su virtud, lo cual implica metodológicamente la creencia en las potencialidades del lenguaje como herramienta de solución de conflictos y en la necesidad de hacer un estudio analítico y lingüístico de los contenidos jurídicos dejando en un segundo plano la interpretación que correspondería únicamente al legislador. También envuelve a una reconsideración de las tareas de los jueces, quienes estaban obligados a decidir con base en fundamentos estrictamente normativos, ya que las decisiones judiciales deberán basarse exclusivamente en la ley, de tal suerte que toda interpretación debería enfocarse en desentrañar la intención original del legislador al elaborar la ley.

Entendida así la exégesis ésta tiene algunas reglas básicas y bien conocidas que deben ser respetadas sin ninguna otra consideración: "Cuando una ley es clara, no es posible desconocer el contenido de su texto, so pretexto de penetrar en su espíritu." Con lo cual, lo que

corresponde hacer al aplicador del derecho es únicamente realizar un examen gramatical de la norma; ahora bien, si por alguna razón la ley fuere oscura, la exégesis permite realizar un análisis lógico de la norma cuya finalidad es clarificar su contenido desde la perspectiva y con las herramientas de la lógica formal aristotélica; y finalmente, si estas dos máximas no alcanzan para desentrañar el significado de la norma, solo en ese caso y excepcionalmente, se puede acudir a otros criterios hermenéuticos que vayan más allá de la literalidad de la ley.

Como es sabido, el abuso y la desnaturalización de estas tres reglas de la exégesis generó en nuestro país, al igual que en toda América Latina, lo que se conoce como formalismo ético, según e la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley, en donde la valoración positiva o negativa de un acto dependen exclusivamente de su conformidad con la ley¹. Ahora bien, si aceptamos que el legalismo es una teoría extrema de la justicia y deslindamos el método de la exégesis de la ética formalista, seguramente encontraremos que en un contexto de creciente arbitrariedad jurídica como la que estamos viviendo en el Ecuador de hoy, la exégesis como método vuelve a ser importante y útil como garantía contra la arbitrariedad y el abuso del poder.

Igual que ocurría en el siglo XIX hoy en día el positivismo y la exégesis se transforman en una garantía de los derechos de las personas en el proceso; pero por supuesto no se trata de volver a la exégesis decimonónica porque la sociedad ha avanzado y se ha transformado sustantivamente en estos dos siglos. Para recuperar toda su fuerza metodológica la exégesis de hoy debe cambiar dejando de lado el antiguo culto del texto de ley para reconocer el culto a la Constitución y la defensa de su supremacía; la voluntad del legislador sigue siendo fundamental como pauta hermenéutica pero ya no es el único parámetro de interpretación; el legislador no es ya ni omnipresente y omnisciente; ni los juristas a seguir para realizar una buena exégesis son los iusprivatistas Demolombe, Aubry et Rau, y Baudry Lacantinerie, porque naturalmente ellos solo conocían y concebían el derecho como sinónimo de derecho civil; y hoy en día esa postura ha sido tirada al cesto de la basura de la historia.

1. Bobbio Norberto, El problema del positivismo jurídico, Editorial Fontamara, México, 2007, pp. 16.

En un contexto donde todo el derecho se ha constitucionalizado y donde valores y principios, por genéricos que sean, son reconocidos como parte fundamental de las normas jurídicas, los exegetas contemporáneos deben aprender a interpretar el derecho desde su literalidad y su corrección lógica, pero deben ampliar sus horizontes para cumplir con los parámetros jurídicos de las sociedades contemporáneas, ya que las inconsistencias del garantismo antiformalista y sus promesas incumplidas han vuelto a dar la oportunidad de demostrar la validez de los métodos positivistas para hacer un análisis interno del derecho, pero también nos demuestran que el positivismo bien entendido es esencialmente garantista, eso si siempre y cuando el objeto de la exegesis no sea ya la ley y mucho menos el Código, porque la codificación si es un proyecto ideológicamente superado; sino que esta nueva exegesis se ocupe de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que ahora se han transformado en derecho positivo.

Este nuevo entendimiento de la exegesis es absolutamente pertinente para el caso del derecho procesal, pues aplicados sus principios al estudio de las realidades procesales actuales es posible alumbrar y darle una nueva dimensión al derecho adjetivo constitucionalizado. Este es precisamente el objetivo de la Revista Diálogos Judiciales 4: plantear un examen crítico de las normas procesales vigentes en el Ecuador desde la perspectiva de su estructura lingüística y de su lógica interna, diferenciando estos resultados de los problemas relativos a la eficacia de las normas que como sabemos involucra otro ámbito de discusión.

Para conseguir estos objetivos políticos y metodológicos hemos en esta ocasión llamado a una serie de juristas vinculados la mayoría a la judicatura y que tienen en común todos ese nuevo entendimiento del positivismo como método, para que analicen algunos de los temas más palpitantes y controvertidos del COGEP. En primera instancia dentro del Dossier Central hemos invitado al juez de la Corte Nacional, Dr. Wilson Andino Reinoso para que nos haga un análisis exegético de las normas del procedimiento no penal que hablan de la persona jurídica como sujeto del proceso; en segundo término, también en el contexto de nuestro dossier central el Doctor Eduardo Bermúdez, también juez de la sala civil de la Corte Nacional, nos propone una análisis de la prueba en el COGEP y concretamente de

la relación, a veces problemática, entre el principio de unidad de la prueba y la sana crítica.

El tercer artículo de nuestra revista tiene como autor al conjuer nacional Dr. Oscar Enríquez quien hace un análisis dogmático de las normas del COGEP que regulan la comparecencia al proceso del llamado testigo hostil. El siguiente comentario corresponde al asesor de la presidencia de la Corte Nacional, Dr. Raúl Mariño Hernández quien hace un estudio dogmático de la figura del litisconsorcio en el COGEP, ligándolo con la necesidad de garantizar la unidad del proceso en el nuevo ordenamiento procesal ecuatoriano. El siguiente artículo fue escrito por la jueza nacional Tatiana Pérez Valencia, miembro de la sala contencioso tributaria. En este escrito la Dra. Pérez aborda el importante tema de la oralidad en materia tributaria, con especial mención a la casación tributaria, tema novedoso y de alto impacto dogmático, debido a las transformaciones que ha sufrido la casación con la aprobación del Código Orgánico General de Procesos.

En lo que incumbe a la sección Derecho Comparado, el número 4 de la Revista Diálogos judiciales recupera para los lectores ecuatorianos un clásico texto del profesor Roberto Omar Berizonce, originalmente publicado en la revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM² titulado “la audiencia preliminar en el código procesal civil modelo para Iberoamérica”, en donde el maestro argentino plantea una serie de cuestiones fundamentales sobre la importancia de la audiencia preliminar en el proceso oral por audiencias, tema que viene como anillo al dedo a la discusión teórica que estamos teniendo hoy día en Ecuador con ocasión de la entrada en vigencia del COGEP.

La siguiente sección de nuestro número se ocupa de reproducir la entrevista que concedió para la revista el Profesor argentino Dr. Raul Anibal Echeverry Ex Director de la Revista Latinoamericana de Derecho Comercial y las Obligaciones de la Editorial de Palma en Argentina, y actual director de la Maestría en Derecho comercial de la UBA. Así mismo en nuestra tradicional sección de jurisprudencia el

2. El IJ de la UNAM amablemente autorizó la reproducción del artículo del profesor Berizonce en nuestra revista.

Juez Nacional de la Sala tributaria Dr. José Luis Terán realiza una reseña de la sentencia 626 – 2016 de la sala tributaria de la Corte Nacional de Justicia.

Apuntes acerca de algunos cambios fundamentales en el sistema procesal no penal ecuatoriano

Carlos Ramírez Romero

Presidente de la Corte Nacional de Justicia

1. Introducción

La entrada en vigencia del COGEP es a la vez un punto de partida y un punto de llegada. Es un punto de partida respecto de lo que logrará ser la nueva justicia ecuatoriana y, un punto de llegada porque el nuevo código es el resultado y la materialización normativa de un intenso debate sucedido en el país en el último cuarto de siglo.

No hay que olvidar que en los últimos 25 años, en toda Latinoamérica se produjo una prolífica discusión y un cambio normativo sin precedentes en lo que toca a las normas procesales, en el que se ha producido la transformación del antiguo proceso escriturario en un nuevo sistema de justicia en audiencias, basado en la aplicación prioritaria del principio de oralidad.

Pero, entender el alcance de semejante transformación requiere conocer las deficiencias del sistema escrito anterior. En el caso ecuatoriano existe un consenso acerca de que el sistema procesal escrito nacido con la república y que rigió hasta el 22 de mayo del 2016, tenía graves deficiencias que hacían prácticamente imposible alcanzar un servicio de justicia ágil, oportuno, transparente y eficaz, y por tanto totalmente alejado del ideal de justicia que busca el derecho desde que existe memoria.

En nuestro caso, el proceso escrito ecuatoriano adolecía de importantes limitaciones entre las que quisiera resaltar: la existencia de un exagerado número de trámites procesales que hacían lenta la administración de justicia. No hay que olvidar que a pesar de intentos parciales de reforma, más bien cosmética que real y efectiva, en el ordenamiento adjetivo ecuatoriano había más de 80 trámites distintos aplicables.

Aparte de ello el sistema procesal incentivaba el uso y abuso de los llamados incidentes generando una práctica procesal que en lugar de propugnar la resolución de los conflictos propiciaba la demora en el trámite y en la resolución de las causas como estrategia de defensa. Es así como se permitía, por ejemplo, la interposición del recurso de apelación respecto de cualquier providencia, salvo los casos excepcionales que señalaba la ley, alegando el respeto al principio de la doble instancia. El resultado en lugar de propiciar la búsqueda de la justicia material generaba la demora de los procesos ya que los recursos eran utilizados para demorar y dilatar las resoluciones y no la resolución de conflictos.

El sistema escrito, además, promovía la deslealtad procesal ya que por ejemplo permitía la prueba sorpresa. No olvidemos que era costumbre presentar las pruebas el último día del término y en el último minuto. Se permitía además la prueba dilatoria como la solicitud de declaraciones de testigos en otro lugar lejano del juicio; o la solicitud de pruebas innecesarias a través de oficiar a innumerables instituciones y autoridades, sobre cuestiones que podían probarse de manera distinta. Existían además múltiples y dilatadas diligencias dentro del proceso, sin la intervención directa del juez y sin que existiera la necesidad de justificar la realización de la mayoría de estas. Por otra parte, fuera de toda lógica procesal en segunda instancia se permitía repetir pruebas ya practicadas en primera instancia lo que convertía en interminables los procesos y en innecesarias e impertinentes muchas de las pruebas, generando además absoluta falta de seguridad jurídica.

Para enfrentar este enmarañado panorama, con la expedición y vigencia del COGEP se buscó acabar con el incidentalismo extremo, se terminó con la posibilidad de presentar pruebas sorpresa y que estas fueran válidas; atrás quedó el tiempo en que era posible pedir y presentar pruebas o interponer recursos solamente para dilatar el proceso. Pero además todo aquel que lea el COGEP concluirá que este código simplifica enormemente el trámite de los procesos; reduce su número y exige y promueve la lealtad procesal. Además propicia la existencia de un juez activo y deliberante en relación con el cumplimiento del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

En ese sentido con la expedición del COGEP hemos logrado no solamente un cambio normativo, sino sobre se propende por todo un cambio cultural en relación con la administración de justicia, cambio que esperamos se refleje también en una transformación sustantiva del concepto y contenido del derecho que se enseña en nuestras universidades.

Ahora bien, todos esos importantes cambios no han sido analizados todavía con la debida profundidad, ni por supuesto han podido ser asimilados y apropiados por los usuarios del COGEP en su integridad. Es por ello que quisiera, a manera de introducción a este nuevo número de nuestra revista “Diálogos Judiciales”, dedicado a hacer una primera exégesis del COGEP, anticiparme al contenido de la revista y realizar un examen panorámico de las más importantes cuestiones que marcan la nueva realidad procesal no penal en el país., a efectos de presentar al lector una suerte de abrebocas de lo que serán los principales temas de la revista.

Para ello en primer lugar, quiero referirme a los principios rectores del proceso no penal ecuatoriano; en segundo término me parece útil revisar cuales son los procedimientos que contempla el COGEP y las principales pretensiones que se pueden discutir a través de estos procesos. En tercer lugar resulta necesario decir algo sobre la simplificación del trámite y sobre la transcendencia en este nuevo sistema de la audiencia preliminar con sus distintas fases. En cuarto lugar aludiré a la práctica de las pruebas en el COGEP resaltando sus diferencias con el modelo anterior.

2. Acerca de los Principios rectores del Nuevo procedimiento no penal

La primera pregunta que debemos hacernos cuando intentamos aproximar-nos didácticamente al COGEP es ¿Cuáles son los principios rectores que rigen al nuevo sistema procesal ecuatoriano? La respuesta es sencilla, pero no por ello innecesaria: los artículos 2 al 8 del COGEP establecen los principios que orientan el desarrollo del proceso no penal en Ecuador. Específicamente el artículo 2 establece que todas las actividades procesales que se realicen estarán sometidas a los principios constitucionales y a aquellos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con el proceso y la tutela judicial efectiva, así como los principios sobre la materia establecidos en el Código de la Función Judicial, y en el propio COGEP.

En cuanto a los principios constitucionales el COGEP recoge principios como la celeridad, la inmediación, la simplificación de los procedimientos, la concentración de actuaciones y la publicidad de los actos procesales. Incluye también expresamente el derecho al debido proceso, cuyas garantías básicas establece la Constitución en el Art. 76, que como sabemos está constituido por el derecho al acceso a la justicia; la tutela judicial efectiva compuesta a su vez de acuerdo con el artículo 8 de la Convención Americana de los derechos humanos por la posibilidad que tenemos todos los ciudadanos de acceder a un juez o tribunal

competente; el derecho a obtener solución a la controversia en un plazo razonable y el derecho a que la sentencia se ejecute de manera eficaz.

Respecto de los principios específicos del procedimiento no penal, el COGEP define algunas normas que recogen el principio de la oralidad y algunos derechos conexos y relacionados. En cuanto a la Oralidad, como bien se sabe, desde la expedición de la Constitución de 1998 y por supuesto en la norma fundamental vigente se establece que la sustanciación de las causas en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral. Sin embargo el problema es que la oralidad puede concretarse de distintas maneras y alcances.

En el caso del COGEP este código ha acogido el sistema de una forma mixta, pues como ya se ha dicho en múltiples ocasiones el sistema oral puro no existe, de tal suerte que lo que realmente hizo el legislador en el COGEP fue instaurar el sistema de justicia en audiencias. Lo que quiere decir que aunque la mayoría de las actuaciones procesales se hacen oralmente, excepcionalmente existen algunos actos procesales como la demanda, la contestación, la reconvencción y la contestación a la reconvencción que por su propia naturaleza y finalidad deben seguir realizándose de manera escrita, esto con el propósito de garantizar la seguridad jurídica.

En ese contexto de la justicia en audiencias la oralidad se expresa en algunos valores y principios fundamentales adicionales que le dan sentido como la concentración, que significa tramitar la causa en el menor número de diligencias; la inmediación que obliga al juzgador como director del proceso a estar presente en todos los actos procesales y le permite tener una relación directa con las partes y con la práctica de la prueba ; la transparencia, la rapidez y agilidad procesal y la previsibilidad y la certeza.

3. La reducción de los procedimientos en el COGEP

Otro cambio radical del COGEP respecto del pasado se relaciona con la estructura y el número de procesos y procedimientos. Anteriormente se partía del principio de que para cada pretensión debería haber un proceso específico, lo que daba como resultado que en el Código de Procedimiento Civil y otros Códigos y leyes especiales se contaba con alrededor de 80 procedimientos para las más disímiles materias. Hoy en día el COGEP comienza su trasegar normativo desde el principio contrario buscando unificar al máximo los procedimientos, de tal suerte que en aplicación de esta nueva perspectiva el COGEP ya que no regula procesos según

la materia y redujo los cerca de 80 procesos anteriores a apenas cuatro: ordinario, sumario, monitorio y ejecutivo.

Situándonos en esa lógica normativa conviene ahora determinar qué pretensiones corresponden a cada uno de estos cuatro procesos: En primer lugar encontramos al proceso ordinario que es un proceso de conocimiento a través del cual se declara o reconoce un derecho y a través suyo, de acuerdo con el artículo 289 del nuevo código se tramitan “todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”; lo cual quiere decir que ese proceso se constituye en lo que podríamos denominar la “Cláusula general de competencia” en materias no penales.

En ese sentido, si queremos precisar cuáles materias se ventilan a través del proceso ordinario, el mejor camino es determinar cuáles pretensiones se tramitan por los otros procedimientos, que están expresamente señalados en el COGEP; y lo que no tenga un trámite especial se tramitará en proceso ordinario. En aplicación a este principio general cuando el COGEP desarrolla las acciones contencioso administrativas dispone precisamente que éstas se tramitarán siempre a través del procedimiento ordinario, salvo cuando se trate de controversias sobre silencio administrativo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario. Igual regla se aplica en materia de lo contencioso tributario donde se tramitarán en procedimiento ordinario la mayoría de las acciones de impugnación, así como las acciones directas por pago indebido, pago en exceso.

El siguiente procedimiento regulado por el COGEP es el procedimiento sumario. Este al igual que el ordinario agrupa juicios de conocimiento cuya finalidad sea declarar o constituir un derecho. De acuerdo con el legislador ecuatoriano se tramitan por esta vía expedita las siguientes pretensiones: Las acciones posesorias, la acción de obra nueva, la constitución, modificación o extinción de servidumbres, demarcación de linderos, despojo violento; el juicio de alimentos y sus incidentes; el divorcio contencioso; las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas; las controversias relativas a honorarios profesionales, cuando la pretensión no sea exigible en procedimiento monitorio o en vía ejecutiva; los casos de oposición a los procedimientos voluntarios; las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales; las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por la expropiación; y las acciones especiales en materia contencioso tributario como excepciones a la coactiva, declaración de prescripción de

créditos tributarios sus intereses y multas; tercerías excluyentes de dominio que se deduzcan en coactivas, conflictos de competencia entre autoridades de distintas administraciones tributarias, recurso de queja, pago por consignación, nulidad de procedimiento coactivo por créditos tributarios, nulidades de remate, se tramitan en procedimiento sumario; también las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación en materia contencioso administrativo.

El procedimiento ejecutivo es el tercero regulado por el COGEP. De acuerdo con los puntos de vista doctrinarios adoptados por el legislador ecuatoriano en el COGEP en el Ecuador existen fundamentalmente dos tipos de procesos: los de conocimiento ya comentados y los ejecutivos. Estos últimos son los juicios que partiendo de la existencia de un derecho o de una “obligación clara, líquida y con plazo vencido” sirven para garantizar judicialmente su cumplimiento por parte del deudor.

Ahora bien, como se sabe, de acuerdo con la doctrina para que exista un título ejecutivo es necesario que el documento contenga obligaciones de dar o hacer. Según el artículo 347 del COGEP en Ecuador los títulos ejecutivos válidos son los siguientes: la declaración de parte (confesión) hecha ante juzgador competente; las copias auténticas de las escrituras públicas³; aquellos documentos privados legalmente recocidos o reconocidos por decisión judicial; las letras de cambio y los pagarés a la orden; los testamentos; la transacción extrajudicial; y, finalmente todos aquellos documentos que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.

En cuanto se refiere al procedimiento dentro del juicio ejecutivo tenemos que presentada la demanda lo primero que debe hacer el juez es analizar si el título presta o no mérito ejecutivo. En caso de que el juez llegue a la convicción de que el documento presentado no reúne las condiciones para ser considerado un título ejecutivo, denegará de plano la acción; pero si considera que el título cumple con los requisitos admitirá la demanda en el término de tres días; pudiendo en el misma auto de calificación adoptar medidas cautelares o providencias preventivas para garantizar el pago de la obligación, aunque de acuerdo con el COGEP estas medidas podrán solicitarse en cualquier momento del proceso durante la primera instancia.

Admitida la demanda la oposición solamente podría fundarse en las excepciones que expresamente señala la ley; esto es, cuando a juicio del demandado el título no

3. Incluyendo sus compulsas.

sea ejecutivo, cuando exista nulidad formal o falsedad del título; cuando la obligación este extinta total o parcialmente; y finalmente cuando exista un juicio penal por usura o enriquecimiento privado no justificado donde el imputado sea el demandante y el demandado sea acusador particular.⁴ El demandado igualmente puede presentar como excepción cualquiera de las excepciones previas previstas en el GOGEP.

Terminada la audiencia el juez o jueza deberá pronunciar su resolución y notificar la sentencia en la misma audiencia de acuerdo con las disposiciones del COGEP, sentencia de la que cabe impetrar recurso de apelación únicamente con efecto no suspensivo; por lo que si el deudor quiere suspender la ejecución de la sentencia deberá consignar o caucionar el valor.

Sin perjuicio de que sea nuevamente analizada la cuestión cuando abordemos el examen del derecho a la impugnación dentro del COGEP, un último comentario respecto del juicio ejecutivo, tiene que ver con el alcance de la impugnación dentro de este tipo de procesos. En ese sentido vale la pena mencionar que en aplicación a la regla general que dispone que solo habrá recurso de casación en procesos de conocimiento, en materia de recurso de casación el COGEP en el inciso final del artículo 354 asume esta tesis tradicional dado que como dijimos la casación solo es factible respecto de los procesos de conocimiento y el ejecutivo no es un proceso de conocimiento.

Finalmente el último procedimiento regulado por el COGEP es el llamado procedimiento monitorio. Como es bien sabido se tramita a través de esta vía procedimental el cobro de una deuda determinada de dinero, cuando el acreedor no cuente con un título ejecutivo. En ese caso, el demandante necesariamente deberá cumplir con los siguientes requisitos para poder interponer la demanda: que la deuda de dinero sea líquida, exigible y de plazo vencido; que el monto de la deuda no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general; que no conste en título ejecutivo; debe además acompañar un “documento” que pruebe la deuda.

Presentada la demanda, si el deudor no comparece dentro del término concedido para el pago (15 días) o si lo hace sin manifestar oposición, se dictará un auto de mandamiento de pago que pone fin al proceso.⁵ Este auto interlocutorio tendrá el

4. Ver Artículo 353 COGEP

5. Ver Artículo 358 Inciso 3

efecto de cosa juzgada y se procederá a su ejecución, comenzando por el embargo. En el caso de que la parte demandada comparezca y deduzca excepciones el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases: saneamiento y juicio.

Igual que sucede en el juicio ejecutivo, de la sentencia se puede apelar, y al no ser un proceso estrictamente de conocimiento, no procede la Casación.

4. Simplificación de trámite

Otro aspecto de particular trascendencia del COGEP es aquel relativo a la simplificación en los trámites de los procesos. De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del COGEP, por regla general, la sustanciación de los procesos no penales en Ecuador se realizará en forma oral a través de audiencias.⁶ Así por ejemplo en el proceso ordinario todo el trámite se concentra en dos audiencias: la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, mientras que en los demás procesos existe una sola audiencia dividida en dos fases: la de saneamiento y la de juicio.

4.1 Audiencia Preliminar:

Se trata de una diligencia previa al juicio; y, tiene un carácter relevante para los fines del proceso, puesto que no sólo permite tratar asuntos previos, sino también por su carácter estratégico para el eventual juicio. Esta audiencia se constituye en el eje central del sistema oral ecuatoriano y se instituye en el ámbito de la tendencia general de promover la existencia de un juez activo, que dirija el proceso y que controle toda la actividad jurisdiccional.⁷

Como se dijo, la audiencia preliminar se desarrolla en dos partes: 1) la primera para tratar cuestiones previas; y, 2) la segunda, relacionada con el juicio. Al respecto, vale aclarar que, entonces, el juicio es una parte del proceso, para resolver el fondo de la controversia; mas, para llegar a esta etapa del juicio debe solventarse y resolverse algunas cuestiones en la primera parte de esta audiencia preliminar. En lo tocante a la primera fase de la audiencia preliminar, en ella solventarse las siguientes cuestiones: las excepciones previas que, como es de público entendimiento, son un conjunto de cuestiones, que de existir y de ser comprobadas, impiden o vuelven innecesario, inútil la continuación del proceso y la decisión sobre el fondo de la controversia.

6. Ver Artículo 4 COGEP

7. Ver. Artículo 80 COGEP

Estas excepciones previas se clasifican según la doctrina y el COGEP en subsanables y no subsanables. Son subsanables cuando los defectos o cuestiones que son materia de la excepción pueden remediarse. De acuerdo con el artículo 295 de aceptarse la excepción de defectos de forma, el actor subsanara los defectos dentro del término de seis días. La parte demandada por su parte tiene diez días para completar o remplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas.

De no subsanarse los defectos la demanda, o la reconvencción en su caso, se tendrán por no presentadas.⁸ Para el caso de las excepciones de falta de capacidad y de falta de personería, o de incompleta conformación del litisconsorcio, el término concedido por el juez al actor para subsanar el defecto será de 10 días.

Hay además, otras excepciones previas que por definición no son subsanables. Entre las excepciones no subsanables están: la incompetencia del juez o jueza; la falta de legitimación en la causa de cualquiera de las partes; el COGEP también contempla otros casos de excepciones previas no subsanables tales como: la litispendencia; la prescripción; la caducidad; la cosa juzgada; y la transacción; finalmente, entre las excepciones se pueden plantear asuntos de puro derecho y en este caso de conformidad con lo previsto en el artículo 295.4 del COGEP, “si el asunto es de puro derecho se escucharán las alegaciones de las partes. La o el juzgador emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito.”

Luego de conocer sobre las excepciones previas, en esta primera parte de la audiencia preliminar el juzgador resolverá sobre la validez del proceso, definirá además el objeto de la controversia, y atenderá los reclamos de terceros, los problemas de competencia, y cualquier cuestión relacionada con el procedimiento que puedan afectar la validez del juicio

Al regular la audiencia preliminar, el COGEP, no solo trata temas procesales de puro derecho; también reglamenta cuestiones de logística procesal, llegando al punto de contestar exhaustivamente a la pregunta de ¿Cómo se va a desarrollar la audiencia en la realidad? Es así como el artículo 294 del COGEP en un ejercicio algo extremo de exhaustividad normativa nos dice que en el desarrollo de la audiencia se concede la palabra a las partes, primero al actor para que fundamente su demanda, y luego al demandado para que justifique su contestación, pudiendo incluso alegar

8. Ver: Artículo 295 inciso 2 del COGEP

hechos nuevos. Hecho esto el juzgador deberá promover á la conciliación. De darse ésta será aprobada mediante sentencia o auto si es parcial; pero también podrá, de oficio o a petición de parte, disponer que la controversia pase a un centro de mediación para ser resuelto extrajudicialmente.

En cuanto a la segunda parte de la audiencia preliminar, la idea que defiende el código es que en esta etapa se determine definitivamente el objeto del proceso, lo cual implica la discusión de manera preliminar las cuestiones que serán debatidas en el juicio. En ese contexto, en esta parte se anunciará la totalidad de las pruebas que se pretendan discutir en la audiencia de juicio; y se formularán solicitudes, objeciones y planteamientos relevantes. El juzgador además como parte de sus atribuciones de dirección del proceso puede ordenar la práctica de pruebas de oficio y este es el momento para solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba. El juez debe resolver además sobre la admisibilidad de la prueba definiendo si esta es conducente, pertinente o útil. Finalmente, en esta fase de la audiencia podrán proponerse y realizarse acuerdos probatorios cuando sea innecesario probar el hecho.⁹

En definitiva, con esta audiencia preliminar se busca de abreviar la actuación procesal concentrando en una audiencia el tratamiento de diversas cuestiones y cumplir básicamente las siguientes propósitos: 1) resolver las cuestiones previas; 2) conciliar para que no necesariamente tengan que pasar a la etapa de juicio; 3) sanear el proceso para evitar dilaciones; y 4) establecer el objeto del juicio.

4.2 Audiencia de Juicio y Sentencia

Cumplida la audiencia preliminar, saneado el proceso y definido el objeto de la controversia judicial, el juez, en el procedimiento ordinario, debe convocar a la audiencia de juicio que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 297 del COGEP deberá realizarse en un término máximo de 30 días desde la culminación de la audiencia preliminar. Una vez instalada la audiencia el juez ordenará la lectura del acta de la audiencia preliminar e inmediatamente dará la palabra para que las partes realicen sus alegatos. Posteriormente ordenará la práctica de las pruebas, incluso las documentales, en aplicación a la distinción propia del sistema oral entre medio de prueba y prueba.

9. Ver: Artículo 294 del COGEP.

Una vez actuadas las pruebas y terminada la intervención de las partes el juez emitirá su resolución en la misma audiencia mediante pronunciamiento oral.

En el caso de los demás procesos donde no existe sino una audiencia, ésta se divide en dos partes. La segunda parte de la audiencia única se dedica la práctica de las pruebas, alegatos y sentencia, que se desarrollarán de la misma forma que si se tratará de una audiencia de juicio en el procedimiento ordinario.

5. Acerca de la actividad probatoria en el COGEP

5.1 Las reglas generales

Siempre se ha afirmado, con razón, que el núcleo fundamental del derecho procesal es la actividad probatoria, y que el estudio de esta importante tarea se debe hacer a partir de la identificación de sus fases. La doctrina ha identificado varias fases o cuestiones fundamentales sobre la actividad probatoria a saber: lo que atañe a la oportunidad de la prueba, su admisibilidad, las reglas sobre la práctica de la prueba; y, por último, pero no menos importante, las técnicas de valoración probatoria.

En cuanto a la oportunidad probatoria, el COGEP establece importantes innovaciones respecto del modelo probatorio anterior ya que obliga a que en el mismo momento de la demanda el demandante adjunte las pruebas documentales y anuncie todos los medios de prueba que pretenda hacer valer en el juicio, y que sirvan para acreditar la existencia de los hechos alegados. En el caso de la contestación de la demanda, en ella el demandado también deberá aportar y anunciar los medios probatorios que sirvan para sustentar su defensa. Específicamente, a la demanda y contestación a la demanda se deberá acompañar la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, la solicitud de inspección judicial; a la demanda también se acompañarán los informes de los peritos que se pretendan hacer valer; y se debe anunciar la prueba a la que sea imposible tener acceso y que requiera la intervención del juez.

En lo tocante a la admisibilidad, el COGEP dispone que sea en la audiencia preliminar, en el juicio ordinario, y en la fase preliminar, en los demás procesos, el momento en el cual el juzgador debe resolver sobre la admisibilidad de la prueba. Recuérdese que según las reglas generales del COGEP para la admisión de la

prueba ésta debe reunir ciertos requisitos relacionados con su pertinencia que no es otra cosa que la condición de que la prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos; su utilidad que como es bien conocido está relacionada al hecho de que la prueba debe servir para llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos controvertidos; y la conducencia que se refiere a la idoneidad legal para probar hechos alegados; o lo que es igual, a la posibilidad legal de demostrar el hecho alegado con un determinado medio de prueba. De tal manera que en la fase de admisibilidad de la prueba se determina si la prueba es impertinente, inútil o inconducente y en ese caso, será rechazada por el juzgador en la audiencia preliminar, de oficio o a petición de parte.

En lo que atañe a la práctica de la prueba, en el sistema escrito existía una costumbre reiterada según la cual las partes pedían al juez agregar al proceso una cantidad ingente de documentos que debía en principio ser tenida en cuenta por el juez en todo lo que fuere favorable al aportante, generándose una carga innecesaria de trabajo al juez que estaba en la obligación de pronunciarse sobre la totalidad de las pruebas documentales aportadas, fueren o no pertinentes. Esta práctica con el COGEP es imposible, aparte de inadmisibles, pues la prueba tiene que producirse y practicarse en la audiencia de juicio, en presencia del juez y los sujetos procesales, incluso si se trata de documentos; correspondiendo a cada parte en la audiencia la demostración de la utilidad y pertinencia de los medios probatorios para justificar los hechos de la alegación. Esto implica un cambio sustantivo en la forma de litigio y de argumentación dentro de los procesos no penales en Ecuador porque implica la transferencia de la carga procesal de demostrar la pertinencia de las pruebas del juez a las partes, en atención estricta al principio dispositivo que gobierna al COGEP.

5.2 Los medios de Prueba en el COGEP

De acuerdo con la doctrina más consolidada,¹⁰ los medios de prueba son aquellos instrumentos o mecanismos que le dan al juez el necesario conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba. Ese es justo el sentido de la estipulación establecida en el artículo 158 del COGEP que dispone que la prueba tiene como propósito convencer al juez o jueza de la veracidad de los hechos y circunstancias controvertidos, para lo cual el código establece plena libertad probatoria para las

10. Parra Quijano Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Liberia Ediciones el Profesional, Bogotá, 2006 pp. 295

partes siempre y cuando los medios de prueba utilizados respeten el debido proceso y la ley; lo cual significa que el COGEP no establece ningún tipo de tarifa legal en materia probatoria. La afirmación de este principio, sin embargo no implica que el legislador haya dejado de reglamentar cómo funcionan ciertos medios de prueba que por su importancia merecen una regulación concreta en el código. Específicamente el COGEP regula de manera exhaustiva ciertas cuestiones básicas relacionadas al funcionamiento del testimonio de parte (confesión), el testimonio de terceros, el juramento, el dictamen pericial, la inspección judicial, y los documentos. Las presunciones como veremos en su momento no son consideradas en el Ecuador medios de Prueba, en el estricto sentido de la palabra.

En términos generales la regulación, los principios y las reglas sobre la prueba cambian con el nuevo código que transforma sustantivamente la tradición del derecho probatorio ecuatoriano. Es así como en cuanto a la admisibilidad el COGEP dispone que el juez debe, al momento de hacer el examen de admisibilidad de la prueba debe determinar si determinada prueba es pertinente, idónea, útil, y conducente; lo que no ocurría en el Código de Procedimiento Civil en cuya vigencia las partes simplemente solicitaban las pruebas y el juez, salvo excepciones muy raras, las ordenaba sin hacer un estudio previo de su pertinencia y utilidad.¹¹ Igualmente en lo que importa a la necesidad de la prueba las reglas del COGEP hacen mas clara la regla marcada por el derecho procesal tradicional de suerte tal que excedntas de prueba afirmaciones indefinidas, hechos notorios, hechos admitidos por la contraparte y hechos presumidos por la ley bajo la figura de la presunción de derecho.

En cuanto a la valoración de la prueba, el COGEP si trae importantes cambios respecto de la legislación derogada puesto que ahora solo es posible para el juzgador valorar las pruebas que han sido solicitadas, practicadas, incorporadas o actuadas en las oportunidades estipuladas por el código, es decir en la demanda, contestación de la demanda y la audiencia preliminar y practicadas en la audiencia de juicio.

Respecto a la oportunidad de la prueba, el COGEP realiza un cambio copernicano puesto que para garantizar la inmediación, celeridad y buena fe procesal el COGEP restringe la oportunidad de presentar pruebas a la demanda, contestación y a la audiencia preliminar y la práctica solamente a la audiencia de juicio, de manera oral.¹²

11. Ver artículo 160 inciso 1 COGEP.

12. Ver: Artículo 159 COGEP.

Otro elemento general importante en materia probatoria tiene que ver con la posibilidad de practicar pruebas de oficio. En ese sentido el COGEP establece como regla general el principio dispositivo en virtud de la cual corresponde a las partes la solicitud de pruebas y el impulso probatorio y, como excepción, la posibilidad de ordenar y practicar pruebas de oficio por parte del juez. Así lo dispone claramente el artículo 168 del COGEP que determina que el juez podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio la práctica de alguna prueba indispensable para mejor resolver. En este caso extraño a la luz del COGEP el juez deberá justificar argumentadamente las razones que lo llevan a romper la regla general.

En lo que atañe a la regulación particular de cada medio de prueba, y sin la pretensión de repetir lo que la doctrina y la jurisprudencia ya han dicho al respecto podemos recordar que:

En cuanto al testimonio, éste es un medio de prueba vinculado estrechamente al sistema oral ya es definido como un relato que una de las partes o un tercero hace al juez acerca del conocimiento que tiene de los hechos materia del litigio. A pesar de que en términos doctrinales se discute si hay diferencia entre testimonio y declaración de parte, de conformidad con el Artículo 174 del COGEP abarca tanto la declaración de parte, o lo que en el Código de Procedimiento Civil se conocía como confesión, como la declaración de testigos.

Por otra parte aunque normalmente la prueba testimonial no requiere de conocimientos especializados, porque versa sobre lo que el testigo ha percibido o conoce, excepcionalmente, el testimonio puede darse sobre conocimientos especializados en una disciplina, ciencia o arte. Este testigo especializado se conoce como testigo técnico¹³ y es recogido por el COGEP como una de las posibilidades de testimonio admisibles.

Otra de las cuestiones cardinales en relación con la prueba testimonial tiene que ver con la pregunta sobre el momento de practicar la prueba. Al respecto el artículo 174 del COGEP, dispone que la prueba testimonial se deberá practicar en la audiencia de juicio, en forma directa o a través de videoconferencia.

13. El testigo técnico es aquella persona que posee una experticia particular en una ciencia o arte y que al narrar unos hecho se vale de ese conocimiento técnico especial para explicarlos.

Respecto de la forma de realizar la prueba la norma nos dice que se llevará a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de la contraparte. A partir de la inauguración del proceso por audiencias ya no procede la presentación del pliego de posiciones o de preguntas, como ocurría en el sistema escrito, sino que el interrogatorio y contrainterrogatorio se realiza en forma oral en la audiencia y personalmente.

En lo que incumbe a las atribuciones de las partes en la práctica de la prueba testimonial, de acuerdo con el COGEP éstas tienen dos facultades fundamentales: en primer lugar las partes pueden negarse a responder las preguntas cuando estas puedan acarrearles responsabilidad penal; y pueden objetar las pruebas. Como es conocido, la Objeción es un medio para ejercer el derecho de contradicción en la práctica de esta prueba y evitar que se introduzcan pruebas que se encaminen al engaño, a ocultar la verdad; y, en general a evitar que con el testimonio se afecte los principios de buena fe y de lealtad procesal. Las objeciones pueden plantearse específicamente a las preguntas que acarreen responsabilidad penal del declarante, a las capciosas, sugestivas, vagas, confusas, impertinentes, hipotéticas o inductivas. Pero las partes también pueden objetar las respuestas de los declarantes cuando sus respuestas son impertinentes, o parcializadas y van más allá o no tienen relación con las preguntas formuladas.

En uso de sus atribuciones como director del proceso, el juez o jueza en la práctica de la prueba testimonial pueden, de ser necesario, de acuerdo con el artículo 174 del COGEP, pedir aclaración sobre un tema puntual. Además podrá ordenar que el declarante responda lo preguntado ante la objeción que hagan las partes o también podrá intervenir para negar las preguntas inconstitucionales, innecesarias, impertinentes, capciosas, oscuras o incondudentes.

El segundo medio de prueba explícitamente desarrollado por el COGEP es la prueba documental. Con el ingreso del Ecuador al sistema oral por audiencias la prueba documental es la que mayor cantidad de cambios acumula; aún así, podemos afirmar que en el COGEP de ninguna manera se elimina la prueba documental como herramienta para encontrar la verdad procesal, lo que si ocurre es que los redactores del nuevo Código aclarara definitivamente aquella confusión histórica que existía en la práctica forense ecuatoriana entre documento y documento escrito. Como define inequívocamente el COGEP no se puede confundir el documento con el documento escrito. En ese sentido una de las cuestiones importantes que hace el COGEP en relación con este tipo de medios probatorios es la diferenciación clara

entre el documento como tal y la cosa representada por este; de tal suerte que para la legislación ecuatoriana actual el documento no es un acto sino la cosa que sirve para representarla.

Consideradas así las cosas una de las transformaciones más importantes que realiza el COGEP a la práctica de la prueba documental es la forma en que esta se práctica. Ya no es suficiente como ocurría en el pasado con anunciar y anexar los documentos, sino que para que la prueba pueda ser considerada en el proceso, es necesario que la parte que la pretende hacer valer el documento debe explicarlo oralmente de forma amplia durante la audiencia. Ya no es suficiente, entonces simplemente anexarlo.

Ahora bien, para que estos documentos como cosas independientes a su contenido puedan ser tenidos en cuenta como prueba es necesario, según el Art. 195 del COGEP que no estén defectuosos ni sean diminutos, que no estén alterados en una parte esencial; que sean auténticos o que estén autenticados, que no hayan sido impugnados, contrarrestados o desvirtuados por otras pruebas.; y en los casos en que sea necesario el documento debe haber sido inscrito en el registro público pertinente.

En materia documental hay un aspecto muy importante que debe ser tomado en cuenta: la diferencia entre el documento y la declaración sobre su contenido. Si el documento es de aquellos que la doctrina conoce como declarativos, es necesario separar el documento de la declaración que contiene el mismo. Por ello es que, una cuestión es la nulidad del contrato (contenido) y otra la nulidad de la escritura que lo contiene. El Art. 196, No 3 del COGEP, ha previsto la producción de prueba en audiencia con documentos que no necesariamente llevan o deben llevar firma, como fotografías, grabaciones, pruebas de carácter electrónico. Estos documentos se reproducirán en la audiencia.

El siguiente medio de prueba admitido por el COGEP es la prueba pericial. Como es conocido, la prueba pericial consiste en el informe de un experto acreditado, persona natural o jurídica, sobre los hechos o circunstancias relacionadas con la materia en controversia; y su objeto, según el artículo 227 del COGEP es recabar el informe de expertos debidamente acreditados a efectos de que estos puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso.

En lo que atañe al procedimiento para realizar un peritaje en la actual legislación existen tres posibilidades: en primer lugar, que la pericia se realice de forma previa, esto es, antes de presentar la demanda o contestación a la demanda, como diligencia preparatoria; y en segundo lugar que se realice dentro del trámite del procedimiento durante el periodo de práctica de Pruebas. En el primer caso cuando las partes tienen acceso al objeto de la pericia, pueden pedir a un perito acreditado, sin orden judicial, que verifique los hechos y objetos que van a ser o son materia del proceso y presente un informe. En el segundo caso, cuando alguna de las partes justifica no tener acceso al objeto de la pericia, en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción, la parte debe solicitar al juzgador la práctica de la prueba pericial, y la designación de perito. Finalmente, de acuerdo con el COGEP también puede ocurrir que las partes tengan acceso al objeto de la pericia, pero no hayan realizado el trámite de pericia previa, caso en el cual pueden solicitar al juez la práctica de la prueba pericial dentro del proceso.

Otro evento de peritaje dentro del procedimiento es aquel informe pericial que se realiza dentro o con ocasión de una inspección judicial. Esto sucede cuando la percepción sensorial del juez sobre los lugares, cosas o documentos examinados no sea suficiente para obtener una conclusión jurídica precisa de lo que es materia de prueba.

Es indudable en todo caso que, en la lógica de la descongestión y la celeridad, de las tres alternativas posibles el nuevo código promueve la realización de peritajes extrajudiciales que se adjuntan a la demanda y que se defienden y controvierten en la respectiva audiencia, mientras que solo excepcionalmente admite, especialmente en el caso de los informes periciales contradictorios que la pericia se realice dentro del proceso.

En este caso, cuando sobre un mismo hecho las partes presentan informes periciales contradictorios o esencialmente divergentes, el COGEP dispone que se proceda de la siguiente manera: en la audiencia debe haber un debate entre los peritos para esclarecer los hechos controvertidos; si luego del debate entre los peritos, el juzgador mantiene dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados, solamente en ese caso el juzgador ordenará en la misma audiencia un nuevo peritaje. Ahora bien en todos los casos, el perito deberá sustentar personalmente su informe en la audiencia de juicio, y en tal sentido su comparecencia es obligatoria

En lo que concierne a la audiencia propiamente dicha, en ella las partes podrán interrogar al perito, bajo juramento, sobre tres aspectos: **a)** su idoneidad; **b)** su imparcialidad; y, **c)** sobre el contenido del informe. Asimismo, durante la audiencia las partes podrán dirigir preguntas al perito y presentar pruebas no anunciadas oportunamente orientadas a determinar: **a)** su parcialidad y no idoneidad; **b)** a desvirtuar el rigor técnico o científico de las conclusiones del informe del perito; **c)** así como cualquier otra prueba destinada a solventar o impugnar la credibilidad del perito.

El siguiente medio de prueba reglamentado por el COGEP es la inspección judicial. En lo que se refiere a la inspección judicial, ésta consiste en el examen directo a lugares, cosas o documentos que realiza el juzgador para la verificación o esclarecimiento del hecho materia de la controversia. Para la inspección rigen los principios de: Indelegabilidad, salvo las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia; e Inmediación en virtud del cual el juzgador celebrará la diligencia en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba.

En cuanto al objeto de la inspección judicial, ésta versará sobre personas, lugares, cosas, documentos, hechos en general, de oficio o a petición de parte y tiene como propósito, según el artículo 228 del COGEP, la verificación del hecho materia de la controversia mediante el examen directo del juzgador. Cuando el juzgador lo considere conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento del hecho. En lo que atañe a su naturaleza jurídica el COGEP establece que La inspección es una prueba directa, y personal, en cuanto ésta se produce por el examen directo y verificación de los hechos que hace el juzgador.

En lo que toca a los procedimientos, la Inspección judicial puede ser diligencia preparatoria, si la cosa corre el riesgo de alterarse o perderse; o bien puede desarrollarse dentro del proceso cuando las partes así lo solicitan y el juez considera necesario practicar esa prueba para mejor proceder.

La competencia para conocer y ordenar la práctica de esta diligencia preparatoria se radica por sorteo de acuerdo con la materia del proceso en que se pretenda hacer valer. El juzgador calificará la petición y dispondrá o rechazará su práctica. Si el juez niega la inspección, la parte afectada podrá apelar con efecto suspensivo. El juzgador que practica la inspección como diligencia preparatoria es el competente para conocer el proceso principal.

La inspección judicial se podrá solicitar con la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción. En la audiencia de juicio o en la fase de juicio, si el juzgador considera necesario la verificación o esclarecimiento del hecho, podrá suspender la audiencia y examinar directamente lugares, cosas, documentos, materia de la controversia.

Finalmente, en lo que atañe a las presunciones, como es sabido, estas al igual que los indicios son considerados como medios de prueba por la doctrina comparada mayoritaria sin embargo en el Ecuador históricamente no han sido consideradas como medios de prueba, o en el mejor de los casos son temidas como medios de prueba indirectos; tesis que es mantenida por el COGEP, que no los asume como medios de prueba; lo cual no significa que no estén regulados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En ese sentido, lo primero que hay que decir es que el COGEP admite la existencia de presunciones judiciales que según el artículo 172 son *“los actos, circunstancias o signos acreditados en el proceso que adquieren significación en su conjunto, cuando conducen al juez al convencimiento de los hechos alegados por las partes en el proceso”*. Adicionalmente en el artículo 163 determina que las presunciones de derecho están exentas de prueba. El problema es que no dijo nada sobre las presunciones legales;¹⁴ por lo que a primera vista se podría decir que están excluidas como medios de prueba; sin embargo esto no es así puesto que el artículo 1715 del Código civil, vigente aun el ordenamiento ecuatoriano, si las contempla como prueba plena.

En definitiva, es indudable que las presunciones, incluyendo las presunciones legales siguen siendo medios de prueba en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la valoración conjunta de tres reglas incompletas establecidas en los artículos 163 y 172 del COGEP y 1715 del Código Civil. De no aceptar esta argumentación presunciones como la de muerte por desaparecimiento o la presunción de la paternidad del hijo habido dentro del matrimonio dejarían de tener apoyo en el ordenamiento positivo, lo cual es un absurdo jurídico.

14. De acuerdo con la doctrina las presunciones legales o *iuris tantum* son aquellas que de acuerdo con la doctrina admiten prueba en contrario, y por lo tanto su afirmación invierte la carga de la prueba.

5.3 La Prueba en la segunda instancia

En el sistema escrito regulado por el Código de Procedimiento Civil, en segunda instancia se podía pedir la práctica de las mismas pruebas que ya se realizaron en primera instancia, como la inspección judicial, prueba testimonial, etc. Esta regla cambia con el COGEP en donde por regla general no se pueden practicar pruebas en segunda instancia.

Según el COGEP, en la audiencia de segunda instancia solamente se puede practicar prueba en dos casos excepcionalísimos: en primer lugar cuando se trate de acreditar hechos nuevos,¹⁵ es decir, hechos que no fueron conocidos por las partes al momento de presentar la demanda o la contestación, y que por tanto, en principio, no fueron materia de la controversia; y, en segundo lugar, cuando la prueba verse sobre los hechos materia de la controversia, pero sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia. En estos dos casos, la parte que apele deberá anunciar la prueba en el escrito de fundamentación del recurso; mientras que la contraparte anunciará la prueba en la contestación a la fundamentación del recurso.

15. Doctrinariamente se conoce como hechos nuevos a los sucesos acaecidos con anterioridad a la demanda o a la contestación; pero que son conocidos por el actor o demandado con posterioridad a los actos de proposición.

DOSSIER CENTRAL



La naturaleza como parte procesal y su manifestación

Wilson Andino Reinoso

Sumario

I. Contexto histórico. II. Incorporación de la naturaleza como sujeto de derechos al Derecho Constitucional ecuatoriano. III. La naturaleza como parte procesal. IV. Representación de la naturaleza.

1. Introducción

Un proverbio chino dice que el agua sucia no se puede lavar. Existen daños que son irreparables, y uno de ellos es el que se le puede provocar a la naturaleza. El ser humano la ha tratado en forma irracional, y es a partir de los grandes desastres naturales, que han amenazado su vida o su seguridad en que se ha visto en la necesidad de regular la relación entre la naturaleza y el ser humano. Eugenio Zaffaroni sostiene que si se siguen destruyendo los ríos, las montañas, los bosques: el planeta no es el que se va acabar sino que se va a extinguir el ser humano.

El aire que respiramos, el agua que bebemos, los alimentos que nos nutren, ¿de dónde los obtenemos? ¿En qué nos asentamos y sustentamos la vida? Los ríos, los mares, los rayos solares ¿no son cambiantes? Cuando tiembla la tierra y rugen los volcanes ¿no es signo de vida? Considerándola una unidad viva a la naturaleza, (la Pacha Mama), el constituyente ecuatoriano ha determinado que la naturaleza tienen derechos, es así que el artículo 71 de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

“(...) La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (...)”.

A fin de que, los derechos de la naturaleza puedan ser exigidos, el asambleísta, determinó en el Código Orgánico General de Procesos que, la naturaleza es un sujeto procesal más:

“(...) El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser:

1. Personas naturales.
2. Personas jurídicas,
3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos.
4. La naturaleza. (...).”.

En ese contexto en este artículo sobre la naturaleza como parte procesal en el GO-GEP el lector encontrará una reseña histórica sobre el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, su actual situación en el contexto constitucional ecuatoriano, para luego adentrarse en la cuestión central del artículo cual es los problemas procesales que genera el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. El fin del escrito es determinar y entender la forma en que este nuevo sujeto procesal (la naturaleza) algo *sui génesis*, debe ser representado en un proceso legal.

2. La naturaleza en la historia del derecho

De la naturaleza proviene todo lo necesario para la existencia humana, por lo tanto hay una clara dependencia del hombre con la naturaleza.

A pesar de ello desde los comienzos de la historia se la ha tratado como un objeto sin valor, que puede ser utilizada de cualquier forma, así como todo lo que se encuentra en ella, al respecto Zafaronni nos cuenta que:

“(...) En en la edad media y hasta el Renacimiento fueron frecuentes los juicios a animales, especialmente a cerdos que habían matado o comido a niños, lo que unos justificaban pretendiendo que los animales —por lo menos los superiores— tenían un poco de alma y otros negándolo, pero insistiendo en ellos en razón de la necesidad de castigo ejemplar. Sea como fuere se ejecutaron animales y hasta se los sometió a tortura y se obtuvo la confesión de una cerda. Los tribunales citaban y sancionaban con excomunión a sanguijuelas, ratas y otras plagas (...).” (Zafaronni, 2012).

Y es que a veces la inteligencia y racionalidad de la humanidad pueden ser sustituidas por un sistema ciego de creencias, en las que se puede llegar a la ridiculez de declarar culpable a un cerdo por asesinato. En el siglo XVII con el comienzo del humanismo, la filosofía moral comenzó su ataque contra de la naturaleza. Francis Bacon y Rene Descartes consideraban a la naturaleza como un recurso a ser explotado. Bacon por ejemplo, decía que la naturaleza debe ser acosada, esclavizada, y reprimida hasta arrancarle sus secretos. Descartes en cambio sostenía que somos dueños y señores de la naturaleza. Los animales eran considerados como máquinas sin almas; ataque

que culminó cuando Kant desarrolló el concepto de autonomía moral del individuo y definitivamente se desconoció la capacidad de los seres naturales no humanos para ser parte de un proceso y para ser juzgados.

Esta situación prácticamente duró dos siglos y solo fue hasta los años 70 del siglo pasado cuando y como consecuencia de la crisis del petróleo, el mundo empezó a preocuparse por la sobre explotación de la naturaleza. Es entonces que se comenzó a pensar en la necesidad de proteger la de la acción depredadora del hombre, a discutir y a tomar consciencia por ejemplo de los riesgos de la energía nuclear;¹⁶ y de los problemas que genera la explotación petrolífera, los incendios de los campos petroleros de Kuwait; el derrame de petróleo del buque Exxon Valdez en Alaska;¹⁷ el derrame de petróleo en el Golfo de México; el desastre ecológico en el Mar de Aral¹⁸ o el desastre del barrio “Leve Canal” en las Cataratas de Niagara entre otros muchos.

Es entonces que la humanidad fue tomando consciencia de la importancia de la naturaleza, lo que ha generado una nueva lucha social, en contra de los países y grandes corporaciones que dañan a la naturaleza, generándose importantes espacios de activismo político en defensa del medio ambiente y la ecología; y es por ello que han aparecido novedosos y complejos mecanismos jurídicos de defensa de la naturaleza, como ha sucedido en nuestro país, al declarar a través de la Constitución y demás normas que esta tiene derecho y es por lo tanto un nuevo sujeto procesal.

A partir de lo cual surgen preguntas tales como: ¿Quién defiende a la naturaleza? ¿Qué mecanismos existen para evitar la explotación abusiva de la naturaleza? Y a medida que se avanza en el tema encontramos respuestas a estas preguntas que las analizaremos en líneas posteriores, y así también posiciones a favor y en contra de los mecanismos jurídicos que pretenden defender directamente la naturaleza, este es el caso de nuestra Constitución, la primera en el mundo que reconoce a la naturaleza como un sujeto de derechos.

Sin embargo, de nada sirven los avances normativos y los medios judiciales para ponerlos en práctica si correlativamente la sociedad y el Estado no toman consciencia de la urgencia de proteger a la naturaleza y al medio ambiente, de forma seria y responsable.

16. El desastre de Chernóvil desastre provocó la muerte de 31 personas y forzó a la evacuación de 116.000 personas. Gran parte de la radiación llegó a la atmósfera alcanzando gran parte de la entonces Unión Soviética y llegando a 13 países de Europa. Miles de niños han sido diagnosticados con cáncer de tiroides.

17. En que murieron miles de peces, aves, nutrias focas y contaminó más de 2000 km cuadrados del Mar Ártico.

18. Este mar ubicado en Rusia desapareció por la utilización de fertilizantes y pesticidas.

3. La Naturaleza en la realidad Constitucional Ecuatoriana

Lo más atroz que ha hecho el hombre con el planeta es no haber evitado el daño a la naturaleza y su indiferencia, se está envenenando a la madre tierra, si no actuamos seremos parte de la extinción. Zafaronni, en su obra denominada “la Pachamama y el Humano”, nos invita a realizar ciertas reflexiones, a propósito justamente de la expedición de la Constitución de la República del Ecuador en el 2008 y la inclusión de la naturaleza como un sujeto de derechos. En primer plano sobre la relación humano-animal, el autor argentino considera que el ser humano se ha diferenciado de los animales, considerándose incluso un dios frente a estos, lo curioso es que tampoco dejó de pensar que el animal lo reflejaba. Dice Zafaroni:

“Es interesante observar que pese al presupuesto de que los animales son inferiores, el humano les atribuyó virtudes y defectos propios y exclusivos de él. La torpeza del asno, la fidelidad del perro, la nobleza del caballo, la satanidad del gato, la abyección del cerdo, etc., son valoraciones humanas conforme a las que jerarquizó a los animales (coronando heráldicamente al oso primero y al león más tarde), lo que permanece vigente para injuriar o exaltar a otro humano.”

Con el pasar del tiempo esta relación entre el hombre y el animal ha cambiado, sancionándose la crueldad contra los animales, considerándoles como un sujeto de derecho y asignándoles el papel de víctima. La corriente animalista europea, actualmente concede a los animales una condición intermedia entre el ser humano y las cosas, estas discusiones que quizás al leer el presente artículo parezcan absurdas, pero no lo son; hasta hace poco más un siglo se otorgó a los esclavos la condición de seres humanos, las mujeres pudieron ejercer su derecho al sufragio no hasta hace muchos años, Matilde Hidalgo Navarro fue la primera mujer en ejercer el derecho al sufragio y no sólo en el Ecuador sino en América Latina, el 10 de mayo de 1924. Entonces estas discusiones, sobre la naturaleza como sujeto de derechos en realidad son de mucha relevancia y es que todo gran movimiento debe pasar por tres fases: ridículo, polémica y aceptación. (Nozick, 1997).

Ramiro Ávila sobre el tema nos indica que si bien históricamente cada vez que ha habido reconocimiento de derechos nuevos ese reconocimiento generó al principio oposición y rechazo, pues “(...) el espíritu de los tiempos está en constante movimiento, es así que en esta época surgen nuevas corrientes ideológicas que buscan la conquista de derechos para aquellos que no tienen voz (...) (Andrade, 2016). Este es

el caso de los derechos de la mujer, los indígenas, los derechos de los niños y niñas, que inicialmente generaron una enorme oposición y hoy en día son reconocidos sin dificultad. (Ávila, 2012)

Incluso en tiempos pretéritos pero no tan lejanos era natural incluir en la venta de tierras a los indios ya “que las haciendas se las vendían con indios y todo”, o cuando un nativo necesitaba identificarse tenía que acudir al registro de la propiedad lo que era la agresión al derecho a ser considerados personas, sin tomar en cuenta que indios, mestizos, blancos, negros, somos viajeros pasajeros en el tiempo y en el espacio que un día todos regresaremos a la madre tierra, pues somos tierra.

Hoy se discute, si es que la naturaleza puede ser sujeto de derechos, así como en tiempos pasados se lo cuestionaba si las mujeres, los indios, los negros son sujetos de derechos. Actualmente se reconoce sin dificultad al medio ambiente la condición de bien jurídico asociado a los bienes colectivos, además que se le relaciona con los derechos humanos. El ser humano de por sí tiene el derecho a vivir en un ambiente sano; pero el reconocimiento de derechos a la naturaleza per se sigue generando debate.

Sin embargo, con la nueva Constitución ecuatoriana, la naturaleza ya no es un objeto sino que es un sujeto de derechos, debemos determinar cuáles son las teorías que sostienen esta innovación jurídica. Las teorías para justificar a la naturaleza como sujeto de derechos son cuatro: las utilitaristas, las esencialistas, las animistas y los políticos.

La teoría utilitarista se fundamenta en la necesidad de crear leyes que protejan el medio ambiente frente a las agresiones, la depredación constante y garantizar la existencia de esta para futuras generaciones. La teoría esencialista se basa en la idea de que “(...) cuando se reconocen los derechos de la Naturaleza, se están admitiendo valores propios o intrínsecos en ella (...)” (Simon, 2013) .

La justificación animista por su parte se erige en dos conceptos fundamentales: *Su-mak Kawsay* (buen vivir) y la *Pachamama* (madre tierra). El cosmos como un sistema ético tiene como la expresión más clara de relación de los individuos con:

“... la pachamama, la madre tierra. Sólo (sic) cuando se respeta debidamente las relaciones entre ser humano y cosmos, la tierra produce y es fértil (...) La Pachamama, en la racionalidad andina, se dice es la ... fuente principal de vida, continuación del proceso cósmico de regeneración y transformación de la relacionalidad fundamental y del orden cósmico. En este sentido la Pachamama vive, “es un ser vivo orgánico

que tiene sed (...) que se enoja, que es intocable (...) que da recíprocamente (...) la naturaleza (pachamama) es un organismo vivo, y el ser humano es, en cierta medida, su criatura” (Simon, 2013).

Justamente bajo esta concepción que la Constitución ha introducido a la naturaleza como sujeto de derechos.

“(...) La Tierra es un organismo vivo, es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaia de los cosmólogos contemporáneos. En una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos la propia Tierra que llegó a sentir, a pensar, a amar, a venerar y hoy a alarmarse. Tierra y ser humano, somos una única realidad compleja, como bien lo vieron los astronautas desde la Luna o desde sus naves espaciales. También lo hace en otra parte: Nosotros no vivimos sobre la Tierra. Nosotros somos Tierra (“adamah-adam, humus-homo-homem”), parte de la Tierra. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones. No hay adición de todas estas partes, sino organicidad entre ellas.” (Zafaronni, 2012)

En la justificación política se dice que este tema es referente al modelo neoliberal, del buen vivir.

“(...) Se considera que el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos se convierte en una tarea “civilizatoria” que implica su “desmercantilización”. “Los objetivos económicos deben estar subordinados a las leyes del funcionamiento de los sistemas naturales, sin perder de vista el respeto a la dignidad humana, siempre procurando asegurar la calidad de vida de las personas (...)”. (Simon, 2013).¹⁹

Por ello los “derechos de la naturaleza tienen un componente político: constituyen un llamado al mundo entero para iniciar un cambio urgente” (Simon, 2013). Así pues de todas estas teorías la que más influencia tuvo en el proceso constituyente fue la teoría animista. En este contexto la Pacha Mama como centro de su cosmogonía indígena, traducido en el artículo 71 de la Constitución que establece:

“(...) La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (...).”

4. Los debates en torno a la naturaleza como parte procesal

La naturaleza sostiene la vida universal de todos los seres.-Dalai Lama.
El artículo 30 del Código Orgánico General de Procesos establece que:

“El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser: 1. Personas naturales; 2. Personas jurídicas; 3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos; 4. La naturaleza.”

Recordemos que el proceso está compuesto por una relación bilateral generalmente “todo proceso, para constituirse necesita por lo menos de dos partes: la que invoca la providencia del juez, y aquella contra la cual se invoca dicha providencia. (...)” (Calamandrei, 1962). Al haberse reconocido a la naturaleza como un sujeto de derechos surgen varias interrogantes, y en el ámbito del derecho, existen diferentes posiciones, unos que defienden la concepción de la naturaleza como un nuevo sujeto del derecho y la que considera que esto no es posible.

Por ejemplo, Ramiro Ávila Santamaría, en su libro denominado Los derechos y sus garantías, plantea que al reconocer a la naturaleza como un sujeto de derechos, realmente se estaría cuidando con ello, a la naturaleza en su uso y explotación, para este autor considerar a la naturaleza como un sujeto de derechos, es un acto revolucionario. Sin

19. Sus postulados son: “1) el bienestar y florecimiento de la vida humana y no humana tiene un valor en sí mismo, de forma independiente a la utilidad que presten a los humanos; 2) el reconocimiento de que un objeto es valioso en cuanto posee propiedades que no dependen de las relaciones en el entorno u otros objetos; y, 3) las cosas tienen un valor “objetivo” que no depende de las evaluaciones que les otorguen terceros”

embargo, este entusiasmo no es compartido por otro autor ecuatoriano, Farith Simon, quien sostiene que no existe ninguna revolución jurídica al respecto, y añade que: “(...) mientras no exista evidencia de que la naturaleza, como un todo, es un organismo vivo, que tiene planes de vida, que se comuniquen y que nosotros no podemos entenderla porque nuestra limitada racionalidad nos impide, asumiré que el centro del derecho es el ser humano. (...). (Simon, 2013). Se indica además que muchos defensores de éste tema parecen haber perdido de vista que el derecho es humano y para humanos, que las categorías involucradas: sujeto, derecho subjetivo, capacidad, titularidad, etc., son creaciones, construcciones necesarias para el funcionamiento del derecho.

A fin de entender mejor estas posiciones, la una que considera que es viable considerar a la naturaleza como sujeto de derechos, y la que niega esta posibilidad, es necesario realizar algunas conceptualizaciones, que la presentamos a continuación:

a. La naturaleza

La palabra naturaleza proviene del latín *natura* que significa «perteneciente o relativo a la naturaleza o conforme a la cualidad o propiedad de las cosas», «carácter natural». Si bien la naturaleza comprende a los seres vivos, como plantas, animales, además de las montañas, los ríos, los mares, los desiertos, surge la pregunta ¿ante un daño cómo pueden representarse a la montaña, al río, a la naturaleza en general? Al tiempo que viene a nuestra mente, el concepto de persona jurídica, que es un “ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva y al cual, como medio para la consecución de estos, la ley reconoce capacidad de goce y capacidad de ejercicio” definición otorgada por el doctrinario Alessandri Rodríguez. (Troya, 2002) Pero también se debe tomar en cuenta que el ser humano es parte de la naturaleza.

La Asamblea General de las Naciones Unidas de 1982 estableció que: “(...) La especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento interrumpido de los sistemas naturales (...)”. Ahora bien, partiendo entonces de este concepto, el ser humano como parte de la naturaleza es quien tiene, en realidad, la capacidad de ejercer el derecho de acción a favor de la naturaleza, así como la madre reclama al padre una pensión alimenticia en nombre de sus hijos. Ejercer esta acción es totalmente factible, pero este es un tema controvertido, como lo hemos visto en líneas anteriores.

En este punto es pertinente hacer referencia al artículo escrito por Ricardo Crespo Plaza, denominado “La naturaleza como sujeto de derechos: ¿Símbolo o realidad jurídica?”, en el

que se hace referencia al caso conocido como Sierra Club vs Morton, en que Stone (juez), sobre el derecho de los árboles secuoyas a acceder a la justicia, señaló lo siguiente:

“(…) el derecho evolucionó hasta reconocer como sujetos de derecho a los niños, mujeres, esclavos, personas de raza negra y que en el mundo del derecho existen sujetos de derecho inanimados como las personas jurídicas a las que hemos reconocido derechos. Pone un ejemplo cuando dice que en las sociedades esclavistas el esclavo que sufre un daño no puede reclamar justicia sino en la medida que esta interese a su dueño y hasta el límite del daño económico en tanto en cuanto este sea imputable a su dueño, pero una vez que deja de ser esclavo este actúa por su propia iniciativa y lo que reclama es la reparación de su propio perjuicio (daño material y moral). Igual cosa sucede con los árboles del Mineral King Valley, por la construcción del parque de diversiones Disney. La organización Sierra Club no era la afectada sino los propios árboles secuoyas. En la medida en que los árboles sean considerados como sujetos de derecho representados por guardianes que podrían ser las asociaciones de defensa de la naturaleza (…)”. (Crespo, 2008).

Sin embargo, como hemos señalado este es un tema muy debatido, es así que luego el mismo Stone replanteó su tesis diciendo que la: “protección que se pretende dar a las entidades no convencionales se obtiene de manera más plausible imponiendo deberes a los hombres que concediéndoles derechos”. (Crespo, 2008).

En todo caso, a través del pensamiento del juez Stone, claramente se puede dilucidar las dos posiciones existentes respecto a este tema, la que sostiene que los árboles son sujetos de derechos y la otra que responsabiliza al ser humano en la defensa de la naturaleza. Farith Simon al respecto señala: “(…) *En resumen, establecer que la naturaleza es sujeto de derechos es una decisión que depende del derecho positivo de cada país (…)*”. (Simon, 2013).

b. Representación de la naturaleza

En nuestro país, la representación legal, al ser en todo caso, la naturaleza un incapaz para ejercer las acciones que le podrían corresponder, se ha otorgado a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además

20. Citando a Peña Cabrera Freyre Alonso en la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 174-2012, María Aguinda versus Chevron.

podrá actuar por iniciativa propia. Esto lo establece el artículo 38 del Código Orgánico General de Procesos.

Los temas de discusión en cuanto a la naturaleza como sujeto de derechos surge en torno a la capacidad de contraer obligaciones y asumir deberes. Las personas sean estas jurídicas o naturales tienen esta capacidad y en el caso de la naturaleza, ¿cómo esta puede asumir obligaciones o contraer derechos?, la respuesta la da el mismo artículo cuando determina que la naturaleza no podrá ser demandada. Ya que si ocurre un desastre natural ¿quién defendería a la naturaleza frente a todos los damnificados?, sería algo absurdo. Y es que al ser la naturaleza un nuevo sujeto del derecho, los doctrinarios buscan que encaje en esta categoría tradicional, sin embargo esta no conecta en el tradicional sujeto de derecho, es un sujeto procesal *sui generis*. Y solo desde este punto debería ser entendida para que se efectivice la protección a la naturaleza que es lo que al final se busca con la introducción de este nuevo sujeto del derecho.

“Stutzin propone reconocer a la naturaleza como una persona jurídica sui generis que sea representada por los seres humanos. Su representación según el autor la debe ejercer alguna organización cuyo fin sea la conservación de la naturaleza para eliminar posibles relativizaciones en función del interés humano en el caso de que la naturaleza fuera representada por una persona o grupos de personas. Stutzin plantea que el reconocer un estatuto jurídico a la naturaleza como persona jurídica, implicaría que el dominio civil se someta al dominio ecológico, en este sentido apunta correctamente a que la economía debería someterse a la ecología porque es esta última ciencia la que establece las leyes físicas y fijas de sustentabilidad y renovabilidad de la naturaleza de la cual depende las actividades económicas” (sic). (Crespo, 2008)

Sin embargo, es criticada esta posición por Ricardo Crespo Plaza, quien dice que se deja de lado que la naturaleza debe contraer obligaciones y que no es posible personificar a la naturaleza. La naturaleza es vida, y ante el progreso ésta es la más afectada.

“(...) De hecho el problema del Medio Ambiente se genera por la propia conducta humana, que se manifiesta por medio de la depredación de los recursos naturales, con el empleo de armamentos químicos y nucleares, con la instalación de plantas industriales, con los nuevos diseños inventivos de la ciencia y la tecnología, cuyo propio afán de avance y desarrollo, ha traído en escena nuevos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, que toman lugar en el terreno ambiental. Es decir, lo que se produce es la propia destrucción por parte del individuo, de las bases existenciales de la humanidad (...).”²⁰

La *“(...) naturaleza tiene valor instrumental, y por lo tanto, su uso no adquiere dignidad ética. Inclusive en la ética ecológica contemporánea de Occidente, se puede apreciar un cierto antropocentris-*

mo: hay que 'cuidar' la naturaleza, con el fin de conservar el medio ambiente para la vida humana. La ética occidental (en su gran mayoría) no sólo es antropocéntrica, sino sobre todo antropomórfica: un bien es un 'bien' de acuerdo a su bondad que contiene para el ser humano” (Prieto, 2013) “El río [...] es el símbolo viviente de toda la vida que sostiene y nutre peces, insectos acuáticos, flora marina [...] osos, y todos los demás animales, incluyendo al hombre [...]”. Por tanto, hablar de un derecho ecológico es hablar de herramientas jurídicas que consideran a la naturaleza como el sistema en el que se da la vida y que nosotros, los seres humanos, formamos parte de él.” (Prieto, 2013). Todas las herramientas jurídicas lo único que buscan es preservar el medio ambiente, ya que este es el bien jurídico protegido. Herman Daly decía que “Hay algo fundamentalmente incorrecto en tratar a la tierra como si fuese un negocio en liquidación”.

Siendo una innovación de la Constitución ecuatoriana el reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, la pregunta obvia es como ejercerá sus derechos, si “(...) Sólo las personas pueden adquirir derechos y contraer obligaciones. Si la naturaleza es sujeto de derecho, significa que debe ser representada por alguien, ¿Por quién? La solución la encontramos en la propia normativa ya que “las garantías establecen mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad” (Ávila, 2012).

La ley establece que el representante de la naturaleza es cualquier persona, sea natural o jurídica, una colectividad o el Defensor del Pueblo, siempre que exista un daño a la naturaleza, sin que este daño que se haya producido sea al patrimonio de determinada persona, esta podrá reclamar por su cuenta. También es necesario indicar que las acciones por daños ambientales pueden ser de varios tipos como son: acciones administrativas, civiles, penales, constitucionales y acciones ante el sistema internacional de justicia y derechos humanos.

En todo caso, la naturaleza es ahora un sujeto de derecho, incapaz, que puede ser representado por cualquier persona o grupo, en acciones por daño ambiental. El principio básico en estos procesos es el in dubio pro natura, existe reversión de la carga de la prueba, es decir el demandado deberá probar que él actuó con la diligencia necesaria. Las acciones para proteger el medio ambiente buscan la reparación, la restauración, la mitigación o rehabilitación ambiental, o una compensación. “(...) Las reparaciones en la justicia ambiental se concretan en indemnizar a las personas afectadas. Las reparaciones en las acciones ambientales deben conducir a eliminar el daño o mitigar las consecuen-

21. Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 174-2012, que sigue María Aguinda y otros en contra de Chevron

cias del mismo, esto se puede dar a través de la rehabilitación, restitución o prestación de servicios, construcción de edificaciones, etc. (...).²¹

c. Conclusiones

En conclusión, podemos decir que al final lo único que se persigue con estas normas es la protección de la naturaleza y la convivencia del hombre con ella, sea en la forma que sea. Ahora, el Código Orgánico General de Procesos ha regulado la forma en que se deben ejercer las acciones ambientales partiendo de la nueva concepción del derecho ecuatoriano respecto a un nuevo sujeto de derecho, en este caso la naturaleza, la que debe ser representada por cualquier persona sea natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quizás al final del día, esto se trate de políticas de Estado más que de un tema jurídico, pero todo aquello que sirve para proteger la naturaleza debe ser bienvenido, siempre que esto no quede en la retórica utopía de los ecologistas, pues en último de los casos la naturaleza nos incumbe a todos. Porque *“verde es el color principal del mundo, y a partir del cual surge su hermosura”* Pedro Calderón de la Barca.

La naturaleza es donde se reproduce y realiza la vida, por lo tanto tiene derecho a que se respete su existencia, y ante la afectación existen las acciones legales pertinentes para que se tomen las medidas necesarias para la restauración de la misma en caso de ser posible. Hoy en nuestro ordenamiento jurídico existe un nuevo sujeto de derecho, que es la naturaleza, si bien es un incapaz, como decía Zafaronni existen seres humanos que no pueden ni siquiera ser escuchados y son sujetos de derechos. Las personas jurídicas, al igual que la naturaleza no pueden representarse por sí misma, ni exigir sus derechos pero sin embargo lo puede hacer a través de un representante, en este caso, la ley ha previsto quienes podrán ser representantes de la naturaleza.

El principal objetivo de las acciones por daño ambiental es prevenir, remediar, restaurar, y reparar los daños ambientales. Históricamente recordemos que la naturaleza ha sido explotada en forma desmedida, se han extinguido animales, se han deforestado bosques: *“(...) Las selvas tropicales y los bosques pluviales podrían desaparecer completamente dentro de cien años si continúa el ritmo actual de deforestación (...).²²* En

22. Recuperando el 20 de enero de 2017, en <http://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/calentamiento-global/deforestation-overview>

fin, la legislación lo único que pretende, a través del establecimiento de acciones, es frenar en algo la desmedida explotación de la naturaleza, que siendo una unidad viva incapaz de alzar su voz, a previsto que sea el propio ser humano quien la defienda.

Si bien nuestra Constitución, es la primera en el mundo en reconocer derechos a la naturaleza, y existente complacencia de los defensores de la naturaleza a nivel mundial por esta decisión, también la mirada curiosa del mundo está sobre nosotros, observando la forma en que estos derechos son efectivizados. En fin, lo que creemos que es imprescindible es dejar de lado ciertos conceptos tradicionales para dar paso a nuevos sujetos del derecho, lo que está ocurriendo por ejemplo con el tema de los derechos de los animales, y que sin duda cada vez es más claro su calidad como sujetos del derecho.

En fin, el debate doctrinario está abierto, respecto a si la naturaleza, es un sujeto del derecho, pero de acuerdo a nuestra normativa sin duda alguna ya lo es, con sus limitaciones (no puede ser demanda ni reconvenida), y el fin es que se la proteja, y es que realidad proteger a la naturaleza, o restaurarla, es proteger a la humanidad presente y futura.

Finalmente, al constituirse el Código Orgánico General de Procesos en una herramienta jurídica idónea en materias no penales, para la defensa de la naturaleza, incumbe a abogadas y abogados, juezas y jueces afrontar a este noble sistema oral con capacidad, honestidad y convicción; y en lo que concierne al Derecho Ambiental, la extraordinaria coyuntura para en defensa de la vida hombre-naturaleza, ya como patrocinadores a una de las partes o como administradores de justicia actuar con certeza y equidad.

Bibliografía

Andrade, Y. (2016). El Derecho de los Animales. Novedades Jurídicas, 58.

Ávila, R. (2012). Los derechos y sus garantías ensayos críticos. Quito: Corte Constitucional.

Calamandrei, P. (1962). Instituciones del Derecho Procesal. Buenos aires: Ediciones Jurídicas Europa.

Crespo, R. (2008). La naturaleza como sujeto de derechos ¿Símbolo o realidad? Universidad San Francisco de Quito.

Prieto, M. (2013). Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. Quito: CEDEC.

Simon, F. (2013). Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? Quito: Iuris Dictio.

Troya, A. (2002). Elementos del Derecho Procesal Civill. Quito: Padeluco.

Zafaronni, E. (2012). La Pachamama. Buenos Aires: Madres de la Plaza de Mayo.

Resolución oral y motivada de la causa, en audiencia

Guillermo Narváez Pasos

Sumario

1. Introducción; **2.** Breves noticias acerca de la oralidad en Ecuador; **3.** Elementos fundamentales del modelo oral ecuatoriano; **4.** La audiencia en el COGEP; **5.** Motivación de las sentencias en el COGEP; **6.** A manera de conclusión.

1. Introducción

El Pueblo del Ecuador, aprobó democráticamente la Constitución de “Montecristi”, la cual como se sabe, fue publicada y entró en vigencia el 20 de octubre del 2008. Este aval popular y la publicación dan origen al Estado Constitucional de Derechos y Justicia en nuestro país. Como es de imaginar, no se trata de un simple cambio normativo sino que la entrada en vigencia de la nueva Constitución implica una verdadera transformación cualitativa del Estado y del derecho en nuestro país.

Una de las transformaciones sustantivas propiciadas por la Constitución de 2008 se relaciona con el derecho al debido proceso y con el nuevo entendimiento del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, a partir de la constitucionalización del sistema oral en todos los procedimientos judiciales. Es así como el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, dispone que *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevara a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”*.

Como todos sabemos el elemento sustancial de la oralidad es la recuperación del valor de la palabra para el derecho; puesto que a pesar de que el derecho es una sub especie del lenguaje común y comparte con éste sus particularidades;²³ Sin embargo la difusión del paradigma escriturario en todos los países donde el modelo romanista continental ha tenido influencia había producido una suerte de minusvalor y un arrinconamiento de la palabra en el ámbito jurídico.

En ese sentido la oralidad devuelve a la palabra su rol central como principal elemento de la vida social y componente básico de lo que nos hace humanos. Al respecto, Cano Jaramillo, cree que en el Derecho sucede lo mismo que en la vida corriente: se usa el lenguaje; se dictan leyes, se presentan y contestan demandas, se denuncia, se conciertan contratos, se libran órdenes, se realizan audiencias públicas, se detiene, se entrega, se anula, se condena, se absuelve, se toman decisiones, se alega, se rinden conceptos, y todo ello utilizando los caminos del lenguaje corriente.²⁴ De modo que la palabra es el elemento básico en el intercambio de ideas, pensamientos entre las personas y un instrumento eficaz en la labor jurisdiccional de la Administración de Justicia.

23. Conocimiento y Acción. M. Korshunov. Ediciones Pueblos Unidos. Uruguay. Pág. 52.

24. Cano Jaramillo, Carlos Arturo. El Texto Jurídico. Redacción y Oralidad. Pág. 29

Precisamente, el objetivo del presente escrito es resaltar el valor del lenguaje común en la estructura y funcionamiento del proceso oral por audiencias que se instauro en nuestro país a partir del 23 de mayo del año pasado; para lo cual en primer lugar se explicara de forma sucinta la historia de los sistemas procesales en Ecuador hasta llegar a la total adopción del sistema oral, mediante la expedición del COIP en materia penal y del COGEP en el resto de los procesos y procedimientos. Un segundo epígrafe del documento se ocupa de examinar los elementos fundamentales del modelo oral ecuatoriano desarrollado en el COGEP; para finalmente aterrizar en el análisis de la audiencia.

2. Breves noticias acerca de la oralidad en Ecuador

El Ecuador, ha conocido, a lo largo de su desarrollo varios sistemas procesales, cada uno de los cuales se ha caracterizado por una forma particular de sustanciar y juzgar los asuntos sometidos a su conocimiento el sistema oral es considerado hoy en día como el modelo a seguir al punto de que ha sido constitucionalizado como mandatorio para todos los procesos y procedimientos judiciales. Pero esto no fue siempre así. El proceso ecuatoriano desde sus lejanos orígenes en el derecho colonial indiano fue pensado y funcionó sobre la base del valor preeminente de lo escrito por encima de lo oral.

Esta política judicial, transformada en concepción de la justicia y en cultura jurídica fue fortalecida y convalidada ya en la república cuando el positivismo jurídico comenzó a ser la ideología jurídica dominante. En ese contexto, debido a los abusos y exageraciones del un positivismo mal entendido, y transformado en el peor formalismo ético; la lucha por la materialización de la justicia ha corrido paralela con la búsqueda de alternativas a los excesos del modelo escriturario, a través de la demanda de implementación de la oralidad en la justicia.

Esta exigencia de celeridad y acceso a la justicia comenzó a tener respuesta jurídica e institucional a partir de las distintas reformas procesales que se han venido dando en el país en los últimos 20 años. Es así como la primera rama del derecho que aceptó cambiar el paradigma fue la justicia penal, seguida por la justicia de familia y la encargada de resolver los asuntos de la infancia y la adolescencia; de tal manera que la oralidad y más cumplidamente la justicia en audiencia se ha incorporado paulatinamente a los procesos penales, laborales, de la niñez y adolescencia, para finalmente aterrizar con el COGEP en materias como el civil, el mercantil e incluso el contencioso administrativo y tributario.

El rasgo esencial, primordial de todo el sistema oral por audiencias ecuatoriano es la búsqueda de la garantía de la contradicción en la prueba y de la inmediación entre prueba y juzgador de tal suerte que el o la juez este presente siempre en la tramitación de todo el proceso, pero especialmente en la valoración de la prueba en tiempo real.

3. Los elementos fundamentales del modelo oral ecuatoriano

La finalidad primordial de todo el sistema oral es abreviar el litigio mediante la estandarización de procedimientos y la concentración de actividades procesales posteriores al trabamamiento de la Litis. Sin embargo, paralelamente a la realización efectiva de este objetivo fundamental la oralidad también permite propiciar la conclusión del proceso a través de medios alternativos como la conciliación, el saneamiento anticipado y la simplificación del objeto del proceso y de la prueba.

Como se ve, la materialización de estos objetivos esenciales implica la efectivización de un verdadero programa de amplísimos alcances que permite la organización del proceso y su aceleración en aras de la tutela efectiva de los derechos de las partes.

Otro elemento fundamental del nuevo proceso ecuatoriano se relaciona con el aumento progresivo de los poderes del juez dentro del procedimiento, y particularmente en la fase inicial del proceso; en consonancia con los nuevos roles que cumple la judicatura en un estado constitucional de Derechos como el Ecuatoriano.

Un siguiente elemento sustantivo del nuevo proceso judicial ecuatoriano tiene que ver con la preparación anticipada y la recepción completa de las pruebas antes de que se trabee la litis, lo cual redundara estamos seguros en un significativo aumento de la eficiencia terminal y una efectiva concentración de la actividad probatoria en una sola audiencia.

Todos estos cambios de orientación procesal buscan, en definitiva, el mejoramiento de la calidad de las resoluciones judiciales y por ende un mayor acercamiento al ideal de justicia material en los procesos judiciales.

4. La audiencia en el COGEP

Como es conocido, el COGEP, en aplicación concreta del artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, establece en su artículo 4 el mandato de que la sustanciación de los procesos, se efectuó de forma oral en todas las instancias, fases y diligencias, a excepción de algunos actos procesales que por seguridad jurídica deben realizarse por escrito, de modo que la esencia del proceso oral.

En desarrollo de este principio general, el Código incorpora varios procedimientos para la sustanciación de los procesos dividiéndolos en: ordinario, sumario, monitorio, y ejecutivo. En el ordinario, que es el modelo general a seguir están previstas dos audiencias: una preliminar, y la otra de juicio. En los demás, está prevista únicamente una audiencia, dividida en dos fases. una llamada de saneamiento y una segunda que podríamos denominar de resolución”.²⁵

El artículo 79 del nuevo código, se refiere a la audiencia de modo general,²⁶ . definiendo los parámetros de lo que idealmente sería el desarrollo ordenado de las audiencias. En cuanto a esto último, la o el juzgador, una vez iniciada la audiencia y hechas las presentaciones formales de rigor, dará inicio al debate concediendo la palabra a las partes para que presenten sus alegaciones y presenten las pruebas previamente anunciadas en la demanda, sea personalmente o a través de su apoderado judicial.

Sobre el contenido y propósito de las alegaciones, el código es muy claro en prescribir plena libertad de acción para las partes. En ese sentido el inciso 5 del artículo 79 determina que el juez dará libertad para que las partes presenten, propuestas, alegaciones y sustentos y concederá la palabra a quien lo solicite y abrirá la discusión sobre los temas que sean admisibles.²⁷ El idioma oficial es el castellano, de no poder entender o expresarse con facilidad, las personas intervinientes serán asistidas por una o un traductor designado por la o el juzgador.²⁸

No se trata, por lo tanto, como ocurría en el pasado que una “audiencia” entendida como instancia procesal para el intercambio de escritos; sino que la audiencia preliminar en el COGEP está concebida como el momento y el lugar de la oralidad, esto es, una

25. Ramírez Romero, Carlos. Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas. Serie Derecho Vigente. 2015. Pág. 79-80

26. Cabanellas define a la Audiencia como el acto de oír a un juez o tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas. Cfr. Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I. Editorial Heliasta S.R.L. Pág 410

27. Código Orgánico General de Procesos. Quinto inciso del artículo 79.

28. Código Orgánico General de Procesos, sexto inciso.

verdadera oportunidad para plantear verbalmente las pretensiones y desarrollar los argumentos de defensa y contradefensa, sin más limitaciones que el derecho a controvertir los argumentos de la parte contraria.

Ahora bien esto no significa que la oralidad haya desterrado por completo a la escritura cuando ésta sea indispensable para generar seguridad jurídica al interior del procedimiento. Este es el caso de la presentación de la demanda que se propondrá por escrito, al igual que la contestación. Lo que ocurre es que a partir del momento en que se traba la Litis, el proceso se transforma en plenario oral, por no decir verbal, ya que la oralidad interviene en el resto de las diligencias procesales con particular énfasis en la Audiencia, donde toda actuación se desarrolla oralmente.

Esto que en tiempos pasados hubiera significado una herejía por los riesgos a la seguridad jurídica, hoy en día donde estamos en medio del mayor avance tecnológico imaginable y donde tenemos a nuestra disposición una enorme cantidad de instrumentos tecnológicos y de comunicación (tics), la oralidad se hace totalmente posible tanto en la audiencia, ya que podemos hacer videoconferencias, usar documentos electrónicos, y aportar documentos en diferentes plataformas de audio y video que nos ayudan a la discusión procesal oral dando fiel reflejo de lo sucedido en las audiencias; como en el resto de las fases procesales; contribuyendo a una mayor inmediación y eficacia de los procedimientos y facilitando la toma de decisiones en tiempo real por parte del juez.

5. La motivación de las sentencias en el COGEP

En lo que atañe a la decisión del juez, el inciso 8 del artículo 79 del Código Orgánico General de Procesos, es claro cuando determina que *“Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión. Para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito”*.

Nos detendremos un momento, para tratar de comprender el alcance de lo expuesto; para arribar a esta fase, observamos previamente la existencia de una controversia, el hecho sobre el cual versa el debate, que la controversia se sigue entre dos o más personas y el Juez o Tribunal encargado de resolver la controversia. En efecto, en un proceso se plantea un conflicto a través de las pretensiones contenidas en la demanda y de las excepciones constantes en la contestación, esto significa que el Juzgador conoce la verdad que las partes le han expuesto.

Por su parte, el Estado, por medio de Jueces o Tribunales, tienen la misión de asegurar la armonía social mediante la resolución de conflictos que se presentan en la sociedad, asegurando el cumplimiento e las garantías y los derechos protegidos por la Constitución y la ley, con la asistencia de la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

La decisión y la resolución son, como es bien conocido, un acto complejo en cuya configuración son necesarios varios elementos, que el juzgador debe tener para que el fallo sea correcto, preciso y válido. El Estado, a través del Juez pronuncia la resolución o decisión que es la consecuencia de su razonamiento que de modo oral pronunciara el juzgador en la audiencia; el contenido general de sentencias y autos están ordenados, numerados y estructurados en el artículo 90 del Código Orgánico General de Procesos.

Consecuentemente, la resolución, en todo proceso, es la decisión trascendental, pronunciada por el Estado, la que contendrá forma y contenido, en que abordará los hechos, ante los cuales el juzgador asumirá una actitud crítica jurídica, hará un juicio lógico y axiológico llamado a resolver la controversia de conformidad con la Constitución y la ley. De modo que el fallo contendrá el análisis conceptual, de las pretensiones, de la prueba, de la ley material y procesal, de los hechos sobre los cuales versa el proceso, y de las normas constitucionales y legales aplicables a la controversia.

La decisión que tome el juez, que resuelve asuntos sustanciales en un proceso, debe contener e incorporar la razones jurídicas y fácticas que dan sustento al pronunciamiento, a de exponer sus fundamentos que la respaldan, es la obligación de motivar jurídicamente la resolución, es necesaria por tal motivos y razones en favor de la decisión que se toma, en conformidad con el artículo (76 numeral 7 literal m) de la Constitución.

La resolución será motivada en la misma audiencia. De este modo, el deber, la obligación de motivar la decisión jurídica, muestra la forma de ejercer la autoridad, hace perceptible la decisión como un elemento esencial del debido proceso, mediante la participación de los ciudadanos en el control de la función judicial, con la publicidad de sus decisiones y de forma concreta que las razones del juzgador sean claras, evidentes, públicas y sometidas al escrutinio de las partes y de los órganos de control que prescribe la norma fundamental.

De modo que la decisión judicial debe estar motivada y fundada en derecho. Motivar y fundamentar son conceptos que actúan recíprocamente; la decisión puede estar

fundada en derecho y no ser razonada o motivada, puede citar normas pero no explicar su relación con esas normas y con la realidad que se está juzgando. La fundamentación consiste en explicar la norma jurídica al hecho concreto que se juzga, no es suficiente transcribir la norma. En cambio, la motivación es algo más, es la ilustración, la explicación de la fundamentación, consiste en razonar la solución que se da al asunto concreto.

El efecto, el resultado de la exposición oral de la decisión por parte del juzgador, se refiere, que las personas quedan notificadas con los fundamentos de fallo. Y, para la interposición de los recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Concluyendo que cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá estas peticiones en la misma audiencia.

Ahora bien, esta obligación de dictar sentencia motivada en la propia audiencia de juzgamiento genera, por supuesto, importantes novedades y retos para los jueces. El dictar sentencia en la misma audiencia, sin tener ocasión de escribir la sentencia implica un esfuerzo adicional del juez de identificación rápida y eficiente de los problemas jurídicos sustantivos y una capacidad de tomar decisiones fundadas en tiempo real.

Esto por supuesto requiere entrenamiento y un cambio importante tanto en la estructura del pensamiento jurídico como en la forma de plasmarlo en la realidad. Las sentencias emitidas oralmente deberán necesariamente ser mas suscintas y concretas y deberán reflejar el conocimiento jurídico y la capacidad del juez de aplicar ese conocimiento a los hechos del caso; tambien implica un entrenamiento adicional en retorica y argumentación jurídica que dará soporte a la decisión jurídica del juez.

6. A manera de conclusión:

En definitiva, una vez el Ecuador entró en la senda de la oralidad para todas las materias y todos los procedimientos, esta trascendental decisión del legislador, avalada por muchos años de discusión sobre la necesidad abandonar la filosofía escrituraria y de informatizar y hacer más expeditos los procedimientos judiciales; se hace evidente la importancia de la audiencia dentro del nuevo procedimiento.

La audiencia, y particularmente la audiencia preliminar es el núcleo de todo el procedimiento y su adecuado o inadecuado manejo por parte de los jueces harán posible o llevarán al fracaso esta iniciativa de “oralizar” los procedimientos judiciales.

Pero para que la audiencia preliminar cumpla con los objetivos marcados por el legislador en el COGEP se requiere de un nuevo juez mucho más proactivo y más seguro de sí mismo, no tan apegado a la letra de la ley, sino entrenado en las difíciles y procelosas artes de la retórica y la argumentación. También implica el desarrollo de claras directrices generales para llevar adelante de manera transparente el proceso de saneamiento y fijación de los hechos del proceso, así como una simplificación de las decisiones judiciales; a partir de un cambio en el entendimiento de los poderes – deberes del juez para la dirección, instrucción de las causas y decisión de las causas.

El tiempo y la experiencia nos demostrarán si tenemos o no razón al poner tantas nuestras esperanzas en la oralidad representada especialmente en la audiencia preliminar, o si el debido proceso y la tutela judicial efectivas sufrirán demérito con la generalización del proceso por audiencias en el Ecuador.

En todo caso, la justicia ya no es la misma después del 23 de mayo de 2016.

El Principio de la Unidad de la Prueba, Valoración y Sana Crítica.

Eduardo Bermúdez Coronel

Presidente de la Sala Civil y Mercantil. Corte Nacional de Justicia.

Sumario:

1. La prueba, su finalidad. **2.** Valoración de la prueba. **3.** Oportunidad de la prueba. **4.** Principio de la unidad de la prueba. **4.1.** La tendencia a no motivar fácticamente. **5.** Reglas de la sana crítica. **5.1.** Definición. **5.1.2.** Por sus elementos constitutivos. **5.1.3.** Por su función valorativa. **5.1.4.** Por su adscripción a un sistema de valoración. **6.** A manera de conclusión.

1. La prueba, su finalidad.

Desde el punto de vista procesal la prueba es método de averiguación y de comprobación, de demostración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas por los litigantes.²⁹ Como se ve, es actividad procesal que se cumple contando con los medios que prevé o autoriza la ley y que está destinada “a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”.³⁰ Tal actividad procura el conocimiento judicial respecto de los elementos indispensables para la decisión. En efecto, el fin de la prueba es suministrarle al juez el convencimiento o certeza respecto de los hechos permitiéndole adoptar una decisión, certidumbre no matemática sino psicológica, respecto de los datos aportados al proceso, de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados. En este contexto, el artículo 154 del COIP prevé que la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. Tal convicción debe ser causa eficiente para decidir con certeza el asunto litigioso.

2. Valoración probatoria.

La valoración de la prueba en cuanto análisis y apreciación sistemática y razonada de los elementos probatorios, viene a ser “... la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”.³¹ En este acto confluyen esos resultados y el juicio racional del juez, parte consustancial, respecto de la percepción, pues determina cómo gravitan y qué influencia ejercen los diferentes medios de prueba respecto de la decisión que debe proferir. Como se ve, la valoración o apreciación de la prueba se refiere a la operación mental del juez que procura conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.³²

Por regla general, la valoración o apreciación de la prueba corresponde al momento procesal en que el juzgador debe decidir sobre los hechos de la causa o cuando resuelve ciertos problemas incidentales.

29. Cfr. EDUARDO J. COUTURE, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 215.

30. LINO ENRIQUE PALACIO, Manual de Derecho Procesal, t. I. Sexta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 462.

31. JORDI NIEVA FENOLL, La valoración de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 34

32. “... cuando se habla de valoración o apreciación de la prueba se comprende su estudio crítico de conjunto, tanto de los medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente... En el campo específico de la prueba judicial, la actividad valorativa adquiere una trascendencia superior, porque de ella depende la suerte del proceso en la mayoría de los casos, y, por lo tanto, que exista o no armonía entre la sentencia y la justicia”. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1993, p. 287.

3. Oportunidad de la prueba.

El Art. 164 inciso primero del COGEP dispone:

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

Se debe considerar que la prueba está revestida de requisitos intrínsecos y extrínsecos, los primeros se refieren a la ausencia de vicios en su articulación como dolo, simulación, fuerza física o moral, soborno, y, los otros, a circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe cumplirse o realizarse. La valoración probatoria sólo podrá cumplirla debidamente el juzgador si han transcurrido con regularidad las etapas o momentos de postulación y práctica probatoria. Si oportunamente se revisó su conducencia, pertinencia o relevancia, su utilidad y oportunidad.

A través de los principios generales de la prueba (de su necesidad, su eficacia jurídica y legal, de la comunidad o adquisición, de la unidad, de la contradicción, de lealtad, de igualdad de oportunidad para su práctica, de la publicidad, de la inmediación y dirección, de la concentración, de la pertinencia y conducencia o idoneidad, de la carga, de su apreciación, entre otros) tanto jueces como abogados ejercitantes deben orientar sus criterios para la recepción, práctica y evaluación probatoria. Uno de esos principios, el de la oportunidad o de la preclusión de la prueba, se encuentra contenido en el precepto antes transcrito, formando parte del Título II Prueba, Capítulo I Reglas Generales del Libro III del COIP. Tiene que ver con la circunstancia de tiempo u oportunidad para la práctica de la prueba, vinculándose con los de contradicción y lealtad, pues evita sorpresas a la contraparte con probanzas no postuladas, que no las pueda controvertir o ejercitar defensa.³³

33. "Se trata de una de las aplicaciones del principio general de la preclusión en el proceso, indispensable para darle orden ... Se habla de preclusión generalmente en relación con las partes, es decir, como la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto en interés de éstas; pero esta noción también opera para el órgano jurisdiccional, aun cuando en menor medida, tanto en el proceso en general como en materia de pruebas, porque la ley le señala la oportunidad en que puede ejercer las facultades inquisitivas que le confiere. La preclusión probatoria se relaciona con la carga de la prueba, en cuanto impone a la parte interesada en llevarla al proceso, la necesidad de hacerlo en la etapa correspondiente". VÍCTOR DE SANTO, *La Prueba Judicial*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 19).

La oportunidad de la prueba se contextualiza dentro del principio general de la preclusión, en cuanto uno de sus efectos es la pérdida de la oportunidad para ejecutar válidamente un acto en interés de las partes. Los medios probatorios deben ser ofrecidos por los sujetos procesales en sus actos postulatorios, por lo general en el escrito de demanda, en el de su contestación o en aquél por el que interviene un tercero.

4. Principio de la unidad de la prueba.

La prueba será 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. Art. 164, inciso segundo, COGEP.

Los principios del proceso constituyen ideas base de determinados conjuntos de normas. Sus repercusiones prácticas se manifiestan en estos campos: i) Sirven como elemento auxiliar para la interpretación, ii) se constituyen en elemento integrador de la analogía (supuestos de laguna legal), y, iii) Pueden constituir el margen teórico para discusiones de lege ferenda. Cabe precisar que, en ciertos casos, los principios han sido constitucionalizados, por lo que resultan de aplicación directa y pueden determinar el contenido de futuras leyes procesales a más de establecer una extractada visión de ese contenido.³⁴ Esta última característica se aprecia claramente de la rotulación de los artículos 159, 160, 161, 162, 165, 169 (relacionados con la prueba) del COGEP.

*“Con todo, a la hora de exponer los principios hay que tener en cuenta, y advertir inicialmente el riesgo de su hipervaloración. Los principios no se realizan siempre en los procesos concretos de manera absoluta, en forma pura, pues lo normal es que las leyes no sean simplemente el mero reflejo de un principio, sino un compromiso entre el principio y la realidad social en que debe aplicarse”.*³⁵

El primer deber del juzgador, él es el depositario de la prueba, es de valorarla en conjunto, los diversos medios de prueba que analiza no constituyen compartimientos estancos. En efecto, el acervo probatorio al formar una unidad cabe examinarlo con el mérito que le corresponde, universalmente, sin desmembrarlo, pues todos sus

34. Cfr. JUAN MONTERO AROCA, ob. cit, p. 118.

35. JUAN MONTERO AROCA, ibid, p. 118.

elementos deben ser tratados in íntegrum, en sus conexiones directas e indirectas, pues ninguna prueba puede ser tomada en forma aislada ni tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, confrontándolas entre sí (testimonios, declaración de parte, documentos, etc.), además de precisar sus concordancias o discordancias para concluir respecto del convencimiento que de ellas se forme. Solo teniendo una visión integral de los medios probatorios se logra conclusiones en procura de la verdad como fin del proceso. Hacer lo contrario disminuye su sentido, fuerza y eficacia.³⁶

La apreciación conjunta de la prueba consiste en “... poner en relación unos medios de prueba con otros a fin de otorgar a uno, en consideración a los restantes, el valor o grado de eficacia acreditativa que —legalmente o según el criterio discrecional del juzgador— le corresponda”.³⁷

Para la eficacia de la apreciación conjunta debe formarse un cuadro esquemático de los diferentes medios de prueba, clasificándolos, relacionándolos,³⁸ de tal modo que se obtenga un conjunto coherente y concluyente. “Es una triple tarea: fijar los diversos elementos de prueba, confrontarlos para verificar y apreciar su verosimilitud, y, por último, sacar la conclusión del conjunto que de ellos se forme”.³⁹

La prueba no le pertenece a quien la articuló, la adujo, pertenece al proceso, no cabe pretender que sólo beneficie al que la incorporó al mismo. Es indiferente le sea favorable a quien la postuló o a la contraparte que bien puede invocarla. Por este principio, de la comunidad o de la adquisición de la prueba, que es consecuencia del de la unidad, “Desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del magistrado se circunscribe a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho”.⁴⁰

36. “... ningún juez debe ignorar al momento de emitir su declaración de certeza sobre los hechos controvertidos conducentes el de la unidad de la prueba. Principio que exige al intérprete el examen concienzudo de cada prueba separadamente y de todas las pruebas juntas. Y que no le permite, en consecuencia, ni tergiversar una fuente mediante su mutilación o fraccionamiento, ni tomarla en consideración aisladamente del resto de los elementos probatorios”. GLADYS E. DE MIDÓN, La Casación, Control del Juicio de Hecho. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 297.

37. F. JIMÉNEZ CONDE, LA apreciación legal de la prueba y su impugnación. Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, 1978, p. 337.

38. Cfr. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, ob. cit. p. 301.

39. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, ibid, p. 301.

40. VÍCTOR DE SANTO, La Prueba Judicial, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 15.

4.1. Tendencia a no motivar fácticamente.

Un sector de la doctrina española,⁴¹ se pronuncia porque el principio de la apreciación conjunta de la prueba no cabe en todos los casos, reconoce su validez específicamente en estos eventos: **I)** Cuando varios medios de prueba se complementen entre sí, inclusive si el resultado de unos incide en el de los otros. Es el supuesto de varios testigos que declaran sobre un mismo hecho, y, **II)** Cuando concurren pruebas con resultados contradictorios. Tal contradicción ha de darse entre pruebas que deban valorarse por un mismo sistema, “1) Cabe así que ante medios de prueba que se aprecian libremente, por ejemplo, declaraciones testificales contradictorias (o entre declaraciones testificales y dictamen pericial contrapuestos), el juez tenga que apreciar en conjunto unas y otras para llegar al convencimiento que fuere. 2) De la misma manera es posible la apreciación conjunta cuando la contradicción se produce entre medios de prueba de apreciación legal, pues entonces la aplicación de las dos reglas al mismo tiempo es imposible (como sería el caso del interrogatorio de varios demandados que, aun admitiendo hechos que les son perjudiciales, dijeran cosas contrapuestas)”⁴²

Encuentra excepción (a la apreciación conjunta) cuando la valoración confronta medios de prueba que se aprecian tanto por el sistema tasado cuanto por su racional tratamiento.

Es común encontrar en las sentencias esta estereotipada cláusula de estilo (que sustituye la valoración individualizada de los medios de prueba): “apreciando en conjunto las pruebas practicadas y, conforme las reglas de la sana crítica, se llega a la conclusión”, casos en que **i)** se ignoran las normas de valoración legal, **ii)** La sentencia no se motiva fácticamente, y, **iii)** se impide o se dificulta el control de los hechos a través de la apelación.⁴³ Una vaporosa referencia a esa apreciación conjunta dificulta la impugnación de la valoración vía recursiva al desconocer la norma que aplica el juzgador.⁴⁴

Montero Aroca encuentra que esa cláusula indeterminada de “apreciación conjunta” es utilizada por jueces y tribunales tanto para ignorar (preterir) el valor de pruebas legales como para no motivar fácticamente las resoluciones, cuando no se pone en relación las fuentes medios de prueba con los hechos probados, dejando de explicar cómo desde aquéllos se llega a éstos, si por el convencimiento del juzgador o con relación a las reglas legales.⁴⁵

41. Vg. JUAN MONTERO AROCA, El Proceso Civil, tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp.646-649. XAVIER ABEL LLUCH, Las Reglas de la Sana Crítica, La Ley, Madrid, 2015, pp. 28-30.

42. JUAN MONTERO AROCA, ob. cit. p. 648.

43. Cfr. JUAN MONTERO AROCA, ibid, p. 648.

44. Cfr. XAVIER ABEL LLUCH, ob. cit. p.29.

45. Pp. 648 y 649.

Precisamente, alertando para que no se utilice esa vaga referencia que sustituye la valoración individualizada de los medios probatorios, el inciso final del artículo 164 prevé la obligación del juzgador de valorar *“todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”*.

5. Reglas de la sana crítica.

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. Inciso segundo del artículo 164 COGEP.

La primera referencia a la sana crítica se encuentra establecida en el artículo 317 de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855 que deja al arbitrio prudencial del juez estimar los medios que han de formar su convicción. Los Códigos las han seguido acogiendo como principio que forma parte de nuestra cultura jurídica.

En esta tradición, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica lo contempla en su artículo 130:

Valoración de la prueba. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, racionalmente y con las reglas de la sana crítica salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa; ello sin perjuicio del análisis que el tribunal deberá realizar de todos los medios de prueba, indicando expresamente cuáles de ellos fundan principalmente su decisión.

El Código General del Proceso colombiano (Ley 1564 de 2012) establece:

Art. 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez pondrá siempre el mérito que le asigna a cada prueba.

Tales reglas, conforme las tendencias actuales en el Derecho comparado constituyen el sistema mayoritario de evaluación de la prueba. A tal punto que la tasada sólo se la considera si norma específica la prevé expresamente y para un medio en particular (v.g. artículos 183, 208 en el Código nacional). La sana crítica viene a ser la regla general y prueba legal o tasada la excepción.

5.1. Definición.

La doctrina, para definir las reglas, ha partido desde distintas perspectivas, así desde sus elementos constitutivos, de su función valorativa, su adscripción a un sistema de valoración de la prueba.

5.1.2. Por sus elementos constitutivos.

Se los pone de resalto en cuanto las configuran las máximas de la ciencia, la técnica o de la experiencia.⁴⁶ Son normas no jurídicas derivadas de ciencias como física, química, astronomía, medicina, artes, convertidas en reglas de criterio racional y con categoría superior respecto de simples hechos notorios. *“Vienen a ser lo que hoy en día se reconoce como estándar de prueba. En el fondo no dicen nada que no esté ya implícito en el sistema de libre valoración de la prueba sujeto a los parámetros de la lógica y la experiencia (y si se quiere la ciencia)”*. Sólo en el sistema de libre valoración, reglas de la sana crítica, cabe el convencimiento del juzgador, no en prueba tasada. Se subraya, en síntesis, reglas de la sana crítica son las derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia.⁴⁷

5.1.3. Por su función valorativa.

Relieva esta función de las reglas de la sana crítica con expresiones genéricas al entendimiento humano, a la convicción judicial.

Las reglas de la sana crítica -en expresión de Couture- son ante todo, las del correcto entendimiento humano. Ellas contribuyen, tanto como los principios lógicos, a la valoración de la prueba en armonía con la razonabilidad y conocimiento experimental de las cosas. Estas reglas *“... son contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*.⁴⁸

Santiago Sentís Melendo comenta que en la etapa final de la prueba se trata de medir el valor de los elementos probatorios, por lo que la convicción del juez debe ser

46. V. FAIRÉN GUILLÉN, Casación, hechos, Derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/1992. Revista de Derecho Procesal, p. 540.

47. LL. MUÑOZ SABATÉ, Diccionario enciclopédico de probática y derecho probatorio. Editorial La Ley, Madrid, 2014, p. 479.

48. EDUARDO J. COUTURE, ob. cit. p.221.

razonada y sea la resultante lógica del examen analítico de los hechos y la apreciación crítica de los medios de prueba. Las reglas de la sana crítica en cuanto sistema “*está representado por la libertad de convicción del juzgador, que puede llegar a ser, o denominarse, libérrima o íntima, pero siempre mediante la utilización de normas de sana crítica o de prudente apreciación que permitirán llegar a una convicción libre o persuasión racional, viendo en aquéllas unos medios de llegar a éstas como fines... se trata de discurrir con lógica, de apreciar prudentemente las cosas, de persuadirse racionalmente*”.⁴⁹

En la línea de Couture, las reglas de la sana crítica constituyen “*un standard jurídico*”,⁵⁰ en cuanto configuran un criterio general y permanente para la valoración de la prueba “*no son inflexibles ni estáticas, porque son tomadas del normal comportamiento social e individual, que está sujeto a las leyes de la evolución cultural, técnica, científica, moral y económica*”.⁵¹

En la actualidad, Montero Aroca se pronuncia porque la sana crítica siempre está determinada por las máximas de la experiencia judicial, “*por los juicios hipotéticos y generales en que éstas se resuelven... la ley deja al juez que aplique las máximas que ha adquirido por su experiencia en la vida, y en el caso de que la máxima no sea común, sino especializada, le permite servirse de la prueba pericial*”.⁵² Puntualiza la racionalidad de la valoración probatoria que evita la discrecionalidad y hace factible el control por otro órgano jurisdiccional.

5.1.4. Por su adscripción a un sistema de valoración de la prueba.

Superada la discusión doctrinaria en cuanto la sana crítica junto con la de los sistemas de prueba tasada conforman los dos de valoración probatoria frente a quienes consideraron la presencia de la íntima convicción como un tercero (Lessona, Couture), se acepta la existencia de los sistemas primeramente indicados. El tasado (el legislador asigna valor probatorio

49. SANTIAGO SENTÍS MELENDO, *La Prueba*, Editorial EJE, Buenos Aires, 1990, pp. 239 y ss.

50. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *ob. cit.* p. 289.

51. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *ibid.* p.290.

52. JUAN MONTERO AROCA, *ob. cit.* p. 646.

53. Cfr. XAVIER ABEL LLUCH, *ibid.* p. 42.

54. “La lógica, las máximas de experiencia y la ciencia son los tres parámetros de una valoración conforme a las reglas de la sana crítica y cada uno de ellos aporta un *quid* distinto. La lógica persigue evitar interpretaciones irracionales y absurdas y ofrece coherencia a la valoración judicial. Las máximas de experiencia persiguen que la valoración judicial se ajuste al sentir común de las gentes en un tiempo y lugar determinado y favorecen el consenso. Y, la ciencia busca que la interpretación se asiente en conocimientos empíricos contrastados y alcance universal y proporciona seguridad y aceptación general a la resolución judicial”. XAVIER ABEL LLUCH, *ob. cit.* p. 48

a cierto medio); en tanto que la libre valoración, siempre razonada, la valoración no puede ser discrecional ni arbitraria, la legitimidad del juez radica en la motivación de su decisión, se aparta de la rigidez de la prueba tasada y sustenta la decisión en la racionalidad.⁵³

Se puntualizó que las reglas de la sana crítica derivan de la lógica, la experiencia y la ciencia.⁵⁴ *“Más descriptivamente, son las reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permite su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento posterior”*.⁵⁵

6. A manera de conclusión.

La sana crítica comprende reglas no jurídicas, que no están normativamente determinadas, no son susceptibles de enunciación.

Las objeciones en cuanto el juez utiliza máximas de experiencia en la valoración de la prueba, es decir lo obvio, que el juez piensa al hacerlo, pero no favorece para el estudio de esa actividad, ni para que la haga de modo correcto al no contar con guía o pauta a seguir;⁵⁶ que requiere de orientaciones, que se parte del supuesto de que le son conocidas, se supera porque la racionalidad de la valoración constituye su elemento distintivo, al no ser (la sana crítica) reglas codificadas, ni estáticas, si sujetas al dinamismo social, al hacer explícita referencia a lógica, experiencia y ciencia, vienen a constituir la coherencia argumentativa y el sentir común su fundamento.

55. “La lógica, las máximas de experiencia y la ciencia son los tres parámetros de una valoración conforme a las reglas de la sana crítica y cada uno de ellos aporta un quid distinto. La lógica persigue evitar interpretaciones irracionales y absurdas y ofrece coherencia a la valoración judicial. Las máximas de experiencia persiguen que la valoración judicial se ajuste al sentir común de las gentes en un tiempo y lugar determinado y favorecen el consenso. Y, la ciencia busca que la interpretación se asiente en conocimientos empíricos contrastados y alcance universal y proporciona seguridad y aceptación general a la resolución judicial”. XAVIER ABEL LLUCH, ob. cit. p. 48

56. Cfr. JORDI NIEVA FENOLL, ob. cit. p. 31.

Sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación
expedidos en el extranjero.

Eduardo Bermúdez Coronel
Juez de la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia

Sumario. Homologación. Exequátur. El orden público. Convenciones internacionales. Convenio arbitral, cláusula compromisoria, laudo. Competencia. Procedimiento. Efectos.

El libro II, Título I Disposiciones Generales, Capítulo VII del COGEP, legisla la materia de sentencias extranjeras, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en país extranjero, para los efectos de su reconocimiento, homologación y ejecución.

Art. 104. Homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero. Para la homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, la sala competente de la Corte Provincial deberá verificar:

1. Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.
2. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.
3. Que de ser el caso, estén traducidos.
4. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.
5. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Para efectos del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez.

Las sentencias proferidas en el extranjero deben producir efectos en el territorio del Estado en que se invocan. A más del efecto de cosa juzgada, las sentencias generan otros como expresar el derecho o traducir la ley en las decisiones judiciales.

Las sentencias no solo declaran derechos puesto que además imponen obligaciones que requieren ejecución. Cabe precisar la distinción entre reconocimiento de sentencia

y ejecución de la misma. Ergo, para que se ejecute la sentencia extranjera requiere previamente su homologación. “Pero la ejecución de estas sentencias no puede llevarse a cabo de la misma manera que se lo hace con las nacionales, ya que al haber emanado de quien, siendo autoridad en su país, no lo es en el Estado en donde se la quiere ejecutar, se vuelve necesaria la verificación previa del contenido de la sentencia para que no vulnere las normas de orden público vigentes en el Estado en donde se la pretende llevar a ejecución” .¹

La homologación, consiste en el procedimiento, la calificación, para la nacionalización o concesión del exequátur que procura, a través del juez competente, verificar la armonía de la sentencia extranjera o del laudo arbitral con el ordenamiento jurídico interno de manera que se convierta en un elemento jurídico nacional. Este proceso de deliberación o de reconocimiento se inicia mediante acción autónoma, independiente de aquel en el que se profirió la sentencia o el laudo. En la doctrina se entiende tratarse de un proceso declarativo desde que la pretensión es reconocer el valor de la sentencia extranjera.² El exequátur viene a ser la condición previa para su cumplimiento pero no es constitutivo de su eficacia que la tiene por sí misma.³

El exequátur tiene aplicación tanto respecto de sentencias judiciales o resoluciones que tengan tal carácter, pronunciadas ya en trámites contenciosos como de jurisdicción voluntaria y, a laudos arbitrales, no se refiere a decisiones de carácter administrativo. Como se ve, por el exequátur se califica que la sentencia o laudo que se demanda su reconocimiento esté conforme con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y el orden público nacional. Tiene importancia relieves que ese examen previo no es de fondo, pues se limita a revisar la forma y con la salvedad de que no contenga nada contrario al orden público nacional. Es decir, tal examen se contrae a los modos exteriores de expresión mandados en el respectivo país. No está por demás señalar que la doctrina y jurisprudencia nacionales se han pronunciado en este sentido.

Se ha discutido en la doctrina si el laudo arbitral está sometido también a este mismo régimen del exequátur, es decir al de las sentencias judiciales. Quienes reconocen

-
1. JUAN LARREA HOLGUÍN, *Derecho Internacional Privado*, Corporación de Estudios y Publicaciones, quinta edición, Quito, 1998, p. 265
 2. Cfr, HERNANDO DEVIS ECHANDIA, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, tercera edición, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 429.
 3. “Se entiende por exequátur el requisito que deben llenar las sentencias dictadas en un país y otras providencias que revisan tal carácter, inclusive laudos arbitrales, para tener cumplimiento en otro”, HERNANDO DEVIS ECHANDIA, *op. cit.* p. 429.

en el arbitraje una naturaleza contractual por la cláusula compromisoria que plasma el consentimiento de las partes para generar los efectos del acuerdo arbitral y en cuanto el contenido de la cláusula compromisoria se corresponde a acontecimientos futuros y previstos con anterioridad a toda controversia, por lo que viene a ser el pacto por el cual las partes acuerdan expresamente que los conflictos que puedan suscitarse en el futuro van a ser resueltos mediante arbitraje, creen que no es necesario el exequátur para el laudo arbitral, si se reconoce validez al compromiso que originó el arbitraje.⁴ El Art. 104 del COGEP supera esa discusión al no establecer ninguna diferencia, para efectos de homologación, entre sentencia, laudo arbitral y acta de mediación expedidos en el extranjero, debiéndose verificar para la concesión del exequátur los requisitos que puntualiza, a efecto de armonizar fallos y laudos proferidos en el extranjero con el ordenamiento jurídico nacional. En esta línea, en Argentina el Código de Procedimiento Civil de la Nación, Art. 517, regula lo relacionado con la ejecución de sentencias y laudos extranjeros asimilándolos, además establece causales para su no reconocimiento; igual tratamiento los da el Código General del Proceso del Uruguay que, refiriéndose a laudos arbitrales extranjeros, su artículo 54 dispone: Lo dispuesto en este capítulo será aplicable a los laudos dictados por tribunales arbitrales extranjeros, en todo lo que fuera pertinente.

Particularizando la declaración de “conformidad” del juzgador al laudo arbitral, cabe precisar que se trata de un control limitado relacionado en cuatro aspectos fundamentales conforme la Convención de New York,⁵ que establece que los Estados contratantes reconocerán la eficacia de la sentencia arbitral y considerarán su ejecución conforme las normas de procedimiento vigentes en su propio territorio y con arreglo a la Convención, sin que puedan imponerse condiciones o requisitos rigurosos, ni honorarios o costas más elevadas que aquellas que se aplican a la ejecución de laudos arbitrales nacionales.⁶

4. Cfr. ÁLVARO HERRAN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1959, pp. 262, 263.

5. Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en New York el 10 de junio de 1958, ratificada por Ecuador en 1962. R. O. S. No. 43 de 29 de diciembre de 1961.

6. Artículo III. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y considerará su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevadas, que los aplicables al reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Las circunstancias o requisitos que puntualiza el Art. 104 del COGEP para la homologación, básicamente corresponden a las del Art. 423 del Código de Derecho Internacional Privado (Código Sánchez de Bustamante),⁷ ⁸. El inciso final del precepto nacional puntualiza que para el evento del reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, “por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley”. Ergo, en el caso de recaer en materia civil y comercial no se requiere esta justificación.

Tanto el orden público nacional como internacional tienen un componente cultural relacionado con principios fundamentales de justicia e intereses esenciales del Estado. Desde el punto de vista internacional, fundamentalmente se relaciona con principios como el de *pacta sunt servanda* y debido proceso, y desde el nacional con elementos básicos de moralidad y justicia de su sistema jurídico. Cabe adicionar que la noción de orden público es de textura abierta y por ello sujeto de interpretación por los tribunales siempre en consideración que las de orden público son normas de autodefensa por lo que no están legisladas con una definición, pero que tienen que ver con los valores que el ordenamiento jurídico quiere proteger.

En el Código Sánchez de Bustamante encontramos conceptos relacionados con jurisdicción así como principios que informan un concepto amplio de orden público.⁹ La expresión “disposiciones de la Constitución y la ley” contenida en el artículo 104 del COGEP, se relaciona con el artículo 4 del Código de Derecho Internacional Privado,

7. R.O. No. 1202-S de 20 de julio de 1960.

8. Art. 423. Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el Juez o Tribunal que la haya dictado;
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.
9. Artículo 3. Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:
 - I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.
 - II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.
 - III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

Artículo 4. Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

transcrito *infra*. Cabe precisar que la no contravención “a la ley” debe interpretarse sin rigorismos, puesto que literalmente significaría que lo que se opone a la ley nacional se opone por el mismo hecho al orden público.

La Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, Uruguay, 8 de mayo de 1979),¹⁰ aplicable a sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados partes,¹¹ prevé que tendrán eficacia extraterritorial si reúnen las condiciones que puntualiza su artículo 2.¹²

Conviene diferenciar los conceptos acuerdo arbitral, cláusula compromisoria y laudo arbitral. Es relevante señalar que el arbitraje tiene que ver con el derecho privado, se hace posible a las partes resolver sus diferencias por un método de solución privado de controversias y que excluye la intervención de tribunales estatales (excepto el evento de su ejecución). Es de su esencia la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto acuerdan que las posibles controversias que se ocasionen entre ellas o que se hubiesen suscitado, se resuelvan mediante arbitraje. El sustento es la cláusula arbitral en cuanto acuerdo de voluntades para someter el diferendo al arbitraje. La convención que decide someter a arbitraje las controversias respecto de determinada relación jurídica, contractual o no contractual requiere i) acuerdo de voluntades, los involucrados en la relación jurídica consienten en resolver las divergencias mediante arbitraje, ii) el consentimiento puede referirse a todas las controversias o partes de ellas; y, iii) esas controversias debieron surgir de una relación jurídica contractual o no contractual.¹³

La cláusula compromisoria se relaciona con acontecimientos futuros pero ya previstos en un momento anterior a la controversia “...es el pacto mediante el cual las partes acuerdan expresamente que los conflictos que puedan suscitarse en el futuro entre ellas van a ser resueltos mediante arbitraje”.¹⁴ Cabe puntualizar que en armonía

10. R.O. S. No. 240 de 11 de mayo de 1982.

11. Artículo 1.

12. Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:

a) Que vengán revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

b) Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios.

13. Cfr. MILTON JUICA ARANCIBIA, Arbitraje Comercial Internacional en Chile, ensayo, en Arbitraje Comercial Internacional: El Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. Secretaría de Asuntos Jurídicos. Washington D.C. 2013, p. 25.

14. VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, El acuerdo arbitral y sus efectos en el reconocimiento o ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, ensayo, en *Ibid.* p. 82.

con los instrumentos internacionales sobre la materia que, el acuerdo arbitral basta para activar el proceso arbitral, por lo que viene a ser la denominación que comprende o se refiere a las modalidades por las que se pacta o pactó el arbitraje, es decir tanto a cláusula compromisoria como al compromiso arbitral.¹⁵

El laudo, es la sentencia que resuelve el conflicto arbitral. El Art. 29 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé al respecto: Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.

Art. 102. Competencia.- Para el reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido.

La ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o del demandado competente en razón de la materia.

Si la o el demandado no tiene su domicilio en el Ecuador, será competente la o el juzgador de primer nivel del lugar en el que se encuentren los bienes o donde deba surtir efecto la sentencia, laudo arbitral o acta de mediación.

El antecedente del primer inciso de este precepto lo encontramos en el Art. 208.6 del Código Orgánico de la Función Judicial.¹⁶ En materia de competencia y procedimiento rige la ley del foro porque: a) La administración de justicia es parte del derecho público vinculada a la soberanía, siendo uno de sus elementos constitutivos la jurisdicción, b) Las leyes procesales concuerdan con la organización judicial de cada Estado, c) Las normas procesales rigen preferentemente la actividad del juez y solo la ley de éste puede fijarle reglas en esta materia, por razones de soberanía, d) las leyes procesales son de orden público, en consecuencia, sería incompatible la aplicación de leyes procesales extranjeras.

15. Cfr. VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, *idem.* p. 82.

16. R.O. S. No. 544 de 9 de marzo de 2009. Art. 208.6. Competencia de las Cortes Provinciales.- A las salas de las cortes provinciales les corresponde... 6. Conocer, en única instancia, las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, que, de acuerdo a la materia, corresponderá a la Sala Especializada...

En la mayoría de los países iberoamericanos, la competencia para conocer la homologación de sentencias y laudos extranjeros, radica en su órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, una de sus salas, dependiendo de la especialidad en la materia, declarará si debe o no conceder el exequátur. Se aparta de esta tendencia Perú, país en donde la Corte Superior a la que territorialmente corresponde el domicilio de la persona contra la cual se pretenda hacerlos valer conoce de los mismos.

Respecto de la ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación es importante puntualizar que, cuando el interesado pide su ejecución, su cumplimiento, lo que solicita es que, respecto de aquellas, se ha constituido un derecho cuya eficacia se trata de hacerlo valer. Nótese que no es a título de acto jurisdiccional o arbitral que se lo hace, sino del derecho constituido en beneficio de la persona natural o jurídica que demuestra su interés por esta tutela satisfactiva o de ejecución, puesto que por la decisión ha adquirido firmeza, eliminando del plano jurídico y material la controversia que motivó que las partes se enfrenten en el proceso, pasando del derecho a los hechos. Estamos ante el evento de una sentencia de condena cuya estructura se encuentra provista de un elemento adicional, de una orden de dar, de hacer o no hacer.¹⁷

Cabe adicionar que, la competencia del juez de ejecución en razón del lugar en donde debería cumplirse la sentencia, laudo arbitral o acta de mediación, tiene relación con las acciones personales, en tanto que, para las acciones reales, deviene por el del lugar de ubicación de los bienes.

Art. 105. Procedimiento para homologación.- Para proceder a la homologación, la persona requirente presentará su solicitud ante la sala competente de la Corte Provincial, la que revisado el cumplimiento de este capítulo, dispondrá la citación del requerido en el lugar señalado para el efecto. Citada la persona contra quien se hará valer la sentencia, tendrá el término de cinco días para presentar y probar su oposición a la homologación.

La o el juzgador resolverá en el término de treinta días contados desde la fecha en que se citó. Si se presenta oposición debidamente fundamentada y acreditada y la complejidad de la causa lo amerite, la Corte convocará a una audiencia, la cual se sustanciará y resolverá conforme con las reglas generales de este Código. La audiencia deberá ser

17. "... el juzgador declara que el derecho asiste al actor y, simultáneamente, condena al demandado a realizar una prestación para satisfacer el derecho violado". JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS, *La tutela procesal de los derechos*. Palestra, Lima-2004, primera edición, p. 285.

convocada dentro del término máximo de veinte días contados desde que se presentó la oposición.

La sala resolverá en la misma audiencia. De la sentencia de la sala de la Corte Provincial podrán interponerse únicamente los recursos horizontales.

Resuelta la homologación se cumplirán las sentencias, laudos y actas de mediación venidos del extranjero, en la forma prevista en este Código sobre la ejecución.

El procedimiento para la concesión del exequátur se inicia a instancia de parte, es el mismo que prevén actualmente la mayoría de las legislaciones. La homologación de la sentencia o laudo arbitral, según el caso, se llevará a efecto conforme las reglas de procedimiento prevenidas por el legislador territorial del país en donde se quiere surtan sus efectos, esto es donde sean invocados. El régimen de procedimiento para el caso de Ecuador guarda armonía con lo que al respecto prevén la Convención Interamericana de Montevideo,¹⁸ Convención de New York,¹⁹ y Convención de Panamá.²⁰

Para el evento de denegarse la homologación, “Si se presenta oposición debidamente fundamentada y acreditada”, se habrá de tener en cuenta si la sentencia, laudo y acta de mediación no cumplen los requisitos del Art. 2 de esa Convención, el Art. III de la Convención de New York (laudos y actas de mediación), y Art. 423 del Código de Bustamante (sentencias), o si contrarían el orden público nacional cuando no se trate de asuntos comerciales.

Cabe puntualizar que la Convención de New York prevé que sólo cabe denegación de homologación de “sentencia” (laudo) en los casos puntuales de su Art. V.²¹

Art. 103. Efectos.- Las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en

18. Artículo 6. Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.

19. Arts. II y III.

20. Art. 4.

21. Artículo V. 1.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo al que se refiere el Artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

procesos contenciosos o no contenciosos tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron.

En materia de niñez y adolescencia, se estará a lo que dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

La regla que prevé el precepto es la del cumplimiento de los tratados internacionales. El Art. 425 de la Constitución de la República les da un rango supra legal. En esta materia, entre los convenios suscritos y ratificados por el Ecuador, se encuentran: El Pacto Sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 18 de julio de 1911, R.O. No. 73 de 28 de noviembre de 1912 (celebrado con las Repúblicas de Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela).²² Por este Pacto los países suscriptores adoptan “como Ley común de dichas Naciones, el Tratado sobre Derecho Procesal, sancionado por el Congreso de Montevideo el 11 de enero de 1889, con las modificaciones contenidas en el presente”. El Tratado sobre Derecho Internacional Privado Entre la República del Ecuador y la República de Colombia de 18 de junio de 1903, R.O. No. 189 de 19 de julio de 1933.²³ El Tratado de Lima Para Establecer Reglas Uniformes En Materia De Derecho Internacional Privado, de 9 de noviembre de 1878, R.O. No. 189, de 19 de julio de 1933.²⁴ Código de Derecho Internacional Privado (Sánchez De Bustamante) de 20 de febrero de 1928, R.O. No.1202 de 20 de agosto de 1960.²⁵ La Convención Interameri-

-
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
 - e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada la sentencia.
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución comprueba
- a) que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.
22. Artículo 3º. Las sentencias o laudos homologados expedidos en asuntos civiles y comerciales... surtirán sus efectos en los otros Estados signatarios, con arreglo a lo estipulado en este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados.
23. Artículo XXXIX. Las sentencias y cualesquiera otras resoluciones judiciales en materia civil, expedidas en las Repúblicas signatarias, se cumplirán por las autoridades nacionales, con sujeción a lo prevenido en este título.
24. Artículo 40º. Las sentencias y cualesquiera otras resoluciones judiciales en materia civil expedidas en las Repúblicas signatarias, se cumplirán por las autoridades nacionales con sujeción a lo prevenido en este título.
25. Artículo 423. Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones...

cana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo, Uruguay, 8 de mayo de 1979, R.O. No. 240 de 11 de mayo de 1982.²⁶

En el evento de no existir tratados internacionales relativos a esa ejecución con la nación de que procedan las resoluciones de tribunales jurisdiccionales y arbitrales extranjeros, varios países acogen el principio de la reciprocidad (doctrina de la analogía en el tratamiento jurídico de los problemas de derecho): “doy para que me des”.²⁷

En el sistema nacional se ha venido aplicando el principio de la regularidad y, el Art. 414 del derogado Código de Procedimiento Civil estableció los requisitos que debían cumplir, luego de su homologación, los fallos extranjeros para su ejecución en territorio nacional. Al respecto, Larrea Holguín señala que esos requisitos son: i) competencia internacional del juez que profirió la sentencia, ii) que se le haya citado al demandado con la demanda, iii) se encuentre ejecutoriada la sentencia en el país en el que se la profirió, y iv) que la resolución esté debidamente legalizada.²⁸

En cuanto a laudos arbitrales y actas de mediación, la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, o Convención de New York prevé que, los Estados Contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.²⁹ Es de interés puntualizar que esta Convención invierte la carga probatoria sobre la conformidad del laudo, apartándose del sistema anterior de que quien solicita la ejecución debe probar que se reúnen los requisitos formales establecidos (Convención de Ginebra de 1927 sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras), desde que se presume la fuerza obligatoria del laudo, por lo que la carga de probar cualquier impugnación es del opositor demandado o requerido.³⁰

°Artículo 432. El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso, conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite.

26. Artículo 2. Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados partes si reúnen las condiciones siguientes...

27. HERNÁN COELLO GARCÍA, Derecho Internacional Privado, Universidad del Azuay-Fundación Chico Peñaherrera, Cuenca, 2004, Segunda Edición, p. 56.

28. JUAN LARREA HOLGUÍN, op. cit. p. 336.

29. Artículo III.

30. Artículo V.I. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:...

No está por demás señalar que la Convención de New York “es el más exitoso de los tratados de derecho internacional”,³¹ cuenta en la actualidad con ciento cuarenta y cinco Estados Parte.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Convención de Panamá, (suscrita en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional), de modo explícito establece que las sentencias o laudos arbitrales extranjeros tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada.³² Los países vinculados por este Convenio son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En Ecuador, al igual que algunos países latinoamericanos, contamos con ley especial en materia de arbitraje,³³ en referencia al arbitraje internacional señala que estará regulado por tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos por el Ecuador.³⁴ Se adiciona que esta Ley no hace referencia expresa al laudo extranjero, señala que “un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos...”³⁵

En esta materia se apartó de la Ley Modelo de UNCITRAL de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL que busca homogenizar la regulación de las operaciones comerciales habiendo sido acogida por las regulaciones internas de numerosos países para armonizar y regular los arbitrajes internacionales. “Cuenta con una regulación de todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional”.³⁶

El precepto del Art. 103 del COGEP previene que no procede la revisión “sobre el asunto de fondo” de la sentencia, laudo arbitral, puesto que lo que interesa es la

31. PAÚL ARRIGHI, *El Arbitraje Comercial Internacional en las Américas A Treinta y Cinco años de la Convención de Panamá, Arbitraje Comercial Internacional...* p.47.

32. Artículo 4

33. Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

34. Artículo 42.

35. Artículo 41.

36. VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, *op. cit.* p.86.

forma y circunstancia como se ha declarado el derecho, es decir se revisa la forma y no el fondo. Reconocida la legalidad de la forma del trámite extranjero, se lo acepta en algunos o todos sus efectos lo en él resuelto. Acertadamente la doctrina jurisprudencial ecuatoriana se ha pronunciado desde antiguo en este sentido, ha rechazado la revisión del fondo del asunto.

Art. 106. Efectos probatorios de una sentencia, laudo arbitral o acta de mediación expedidos en el extranjero.- La parte que dentro de un proceso, pretenda hacer valer los efectos probatorios de una sentencia, laudo arbitral o acta de mediación expedidos en el extranjero, previamente deberá homologarlos en la forma prevista en este Código.

El reconocimiento de sentencia, laudo o acta de mediación extranjeros les otorga efectos de ejecución, de prueba y oposición (defensa), equivale decir que tienen igual validez que aquellas dictadas por los jueces del país. La fuerza ejecutoria es manifestación de soberanía y el juez de ejecución tiene facultad de acudir a la fuerza pública para forzar lo resuelto.

La calidad probatoria se reconoce internacionalmente sin discusión, la única condición es haberse proferido por juez competente o por tribunal arbitral y en armonía con la forma exigida por la ley del Estado en que fueron dictados, pues al respecto rige la regla *locus regit actum*. Por supuesto, como exige la regla, precede su necesaria homologación.

El Testigo Hostil

Oscar Enríquez

Conjuez de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

Sumario

- 1.** Introducción;
- 2.** Generalidades acerca de la prueba
- 3.** El testigo hostil en el COGEP

1. Introducción:

La prueba dentro del proceso judicial es la columna vertebral de la decisión. El juez debe fundar su decisión en los elementos que en su conjunto conforman la llamada verdad procesal, principio que en nuestro medio se halla legislado en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece que los jueces deben resolver las causas atendiendo únicamente a los elementos aportados por las partes. Con ese mismo propósito, el Art. 158 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) puntualiza que la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.

Uno de los elementos más importantes del derecho de las pruebas es el tema de los medios probatorios, uno de los cuales, fundamental en el sistema oral es el testimonio.

El objeto del presente escrito es precisamente hacer un breve comentario dogmático respecto de los elementos más importantes del tratamiento que hace nuestro nuevo código general de procesos al llamado testigo hostil. Según la doctrina un testigo será hostil cuando está en contra de los intereses de la parte que lo presenta, asimismo, puede ser considerado hostil para una de las partes el testigo que es presentado y preparado por la otra parte para probar su teoría del caso y que no está predispuesto a colaborar y dar información favorable durante el contrainterrogatorio. En la legislación adjetiva no penal ecuatoriana derogada no existía ninguna regulación positiva acerca del testigo hostil. Una de las modificaciones importantes del COGEP que moderniza nuestro sistema procesal es justamente la estimulación del testigo hostil, cuestión no menor que se agradece, puesto que esta herramienta va a ser sumamente útil para descubrir la verdad en aquellos casos en los que el testigo es un caso sea hostil por cualquier tipo de razón a la parte que lo convocó y a la contraria, lo que coadyuvará sin duda a cristalizar el principio que dice que el derecho procesal no es más que un medio para alcanzar los fines perseguidos por la ley, en particular, para hacer justicia.

2. Generalidades acerca de la Prueba

La prueba dentro del proceso judicial es el elemento central, el núcleo de la decisión que habrán de emitir los jueces. Sin dejar de lado el hecho que las sentencias se sustentan en los puntos expuestos por el actor en la demanda y en la contradicción que ofrezca el demandado, el juez debe fundar su decisión en los elementos que en su conjunto conforman la llamada verdad procesal, cosa que es bien conocida desde los días de Roma, cuyos

juristas legaron a la posteridad numerosos axiomas jurídicos (es decir, cortos proverbios que encierran profundas enseñanzas legales, cada uno de los cuales sintetiza instituciones jurídicas completas), resumían a la teoría de la prueba judicial en el brocardico “*quod non est in actis non est in mundo*”, o su versión en castellano: “*lo que no existe en el proceso no existe en el mundo*”, principio que en nuestro medio se halla legislado en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece que los jueces deben resolver las causas atendiendo únicamente a los elementos aportados por las partes, salvo cuando se trate de hechos públicos y notorios, en cuyo caso el juez debe declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución. Tampoco es preciso probar aquellos que la doctrina denomina como “*hechos pacíficos*”, es decir, aquellos respecto de los cuales las partes están de acuerdo (Art. 163.1 del COGEP).

En esa orden de ideas, EL Art. 158 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) puntualiza que la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. Por derivación tenemos que objeto de la prueba es la demostración de hechos, lo que, a contrario sensu, nos permite inferir que el Derecho no es objeto de probanza, pues la existencia de una norma jurídica no precisa demostrarse sino que se presume, conforme los Arts. 6 y 13 del Código Civil.

Este aserto tiene dos excepciones:

- a) Cuando la norma de Derecho emana de la costumbre: deberá probarse mediante cualquier medio de prueba, en el ámbito civil; y a través de los dos medios de prueba que establece el Código de Comercio, en el ámbito mercantil (algunos afirman, sin embargo, que se trata de una excepción aparente, pues lo que debe probarse son los hechos que sirven de supuesto para la existencia de la costumbre). Al respecto, el Art. 4 del Código de Comercio determina que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años; y,
- b) Cuando la norma de Derecho está contenida en la ley extranjera. El artículo 162 del COGEP establece que en el curso de un juicio la parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley.

Las pruebas pueden ser testimoniales, documentales, periciales y de observación directa del juez (inspección judicial). Se podría redactar un voluminoso tratado abordando las cuestiones propias de cada una de ellas. A efectos de este artículo me centraré en el primer tipo: la prueba testimonial. Para el Art. 174 del COGP un testimonio es la declaración que rinde una de las partes o un tercero dentro del juicio. Debe ser practicado en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y conainterrogatorio de la contraparte.

Es obligación del declarante contestar las preguntas que se le formulen, excepto cuando el hacerlo pueda acarrearle responsabilidad penal persona, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto las que se refieren a cuestiones de estado civil o de familia; o, cuando viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley (Ver Art. 175 del COGEP). En contrapartida, las partes deben evitar confrontar al testigo; es decir, no pueden acosarlo o incomodarlo, coaccionándolo psicológicamente para obtener de él una determinada respuesta. A fin de lograr que tal confrontación no se produzca la ley exige al declarante decir la verdad en la forma más objetiva posible, al tiempo que se ocupa de protegerlo para lo que demanda que los cuestionamientos se le formulen se estructuren en forma abierta debiendo cada pregunta referirse a un solo hecho, evitándose las preguntas capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, confusas, impertinentes o hipotéticas por opiniones o conclusiones. (Art. 176 del COGEP).

Una pregunta será sugestiva cuando contiene en sí la sugerencia de la respuesta que el interrogante desea recibir. El art. 177.7 del COGEP establece que las mismas sólo se podrán hacer sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, o cuando se pretenda recapitular la información ya aportada por el declarante o cuando el juez haya calificado al testigo como hostil. También están permitidas en el conainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte a pedido de la otra.

3. El testigo Hostil en el COGEP

Según la doctrina generalmente aceptada, se deberá tener como hostil al testigo que está en contra de los intereses de la parte que lo presenta. Asimismo, puede ser hostil para una de las partes el testigo que es presentado y preparado por la otra parte para probar

su teoría del caso y que no está predispuesto a colaborar y dar información favorable durante el conainterrogatorio. Cuando un testigo es hostil a una de las partes el juez puede permitir al abogado que la representa hacer preguntas sugestivas y de esa actuación no puede derivarse pasión, prejuicio o parcialidad por parte del juzgador. Uno de los elementos o criterios a considerarse en la determinación si el testigo es hostil son las contestaciones evasivas y confusas. Esa clase de testigo abiertamente trata de favorecer a la parte contraria, tergiversando los hechos, omitiendo hechos esenciales o alegando no recordar nada. Le corresponde al abogado convencer al juez que el mismo es hostil para que entonces el letrado pueda ser sugestivo y lograr un testimonio más productivo. Por ello, con preguntas sugestivas que contengan las respuestas, se ha de buscar que responda con una afirmación o negación (con las palabras sí o no, cierto o no cierto, correcto o no correcto), lo cual impide que se expone a favor de la parte a la que pretende apoyar. Este mecanismo permite que el abogado que interroga al testigo hostil destaque los hechos que demuestran falencias en la versión del declarante que éste regularmente no develará en forma voluntaria, pudiendo entonces desacreditar al testigo o su testimonio.

La ley prohíbe la formulación de preguntas sugestivas en el interrogatorio directo de un testigo que le es favorable a quien interroga porque la información que en tal caso provee el testigo es poco confiable, ya que el abogado a través de la sugestión puede incorporar hechos útiles a su teoría del caso pero alejados de la realidad, los que no serán negados por el testigo "amigable". Este peligro desaparece en el caso del testigo hostil a quien lo interroga o conainterroga, pues regularmente el testigo hostil incluso puede negar los hechos tal cual sucedieron aun ante preguntas sugestivas, única forma entonces de poder desacreditarlo.

La contraparte no prepara nunca al adversario ni a sus testigos, por lo que en esos casos proponer una declaración con preguntas abiertas, dificultaría conocer información de quién es hostil, por lo que en el caso de un conainterrogatorio de del interrogatorio a un testigo hostil lo recomendable es formular preguntas asertivas; o sea, preguntas que impliquen una afirmación o una negación, preguntas que sugieran la respuesta; en conclusión, preguntas sugestivas. También se puede formular preguntas cerradas. Es importante aclarar que una pregunta cerrada no es equivalente a una sugestiva. La pregunta sugestiva se produce cuando la misma sugiere o fuerza el contenido de la respuesta, mientras que la pregunta cerrada no permite el desarrollo de un relato abierto acerca del caso en los términos propios del testigo, pero no necesariamente es sugestiva.

La existencia del testigo hostil se origina en una problemática real: quien llama a un testigo lo hace con el objetivo de que declare el respaldo a su teoría del caso y al que, por

regla general, se ha preparado previamente para que responda el examen directo en determinado sentido. Sin embargo, existe la posibilidad de que un testigo fundamental para sustentar la teoría del caso, sea hostil a la parte quien lo convoca o lo conainterroga, por razones personales, sentimentales, o de otra índole; es probable que las respuestas a preguntas abiertas confundan al juzgador, por lo que el uso de preguntas sugestivas se conforman como una herramienta que permita el control de la información por parte del abogado en relación al testigo hostil. Bien practicada la declaración de testigo hostil puede ser una buena herramienta; mal practicado es una amenaza.

Un aspecto que el COGEP no aclara es el momento procesal oportuno de solicitar se proceda a la declaratoria de testigo hostil, por lo que se debe hacer uso de principios procesales elementales. En este sentido, en desarrollo del principio de lealtad procesal y derecho a la defensa, las partes pueden solicitar declaratoria de testigo hostil en dos momentos:

- a) Cuando actor o demandado, en conocimiento que un determinado testigo es útil para su teoría del caso, pero hostil hacia su parte, lo anuncian en su demanda o contestación a la demanda o en la audiencia preliminar; y,
- b) Cuando un testigo se convierte en hostil en plena audiencia de juicio o audiencia única en proceso sumario.

La incorporación del testigo hostil en el COGEP es un avance que se agradece. Esta herramienta va a ser sumamente útil para descubrir la verdad en aquellos casos en los que el testigo es un caso sea hostil por cualquier tipo de razón a la parte que lo convocó y a la contraria, lo que coadyuvará sin duda a cristalizar el principio que dice que el derecho procesal no es más que un medio para alcanza los fines perseguidos por la ley, en particular, para hacer justicia. Es posible incluso que el concepto sea implementado en el derecho procesal penal pes que, si bien el COIP no regula la utilización p declaratoria de testigo hostil por parte del Juez, la disposición general primera vigente de ese Cuerpo Legal establece que “[e]n lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral. Dado que la regla del testigo hostil es una institución generalmente aceptada en la doctrina y la práctica de sistemas orales adversariales, su práctica es procedente en materia procesal penal.

El Litisconsorcio y la Unidad del Proceso

Raúl Mariño Hernández

Asesor de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia

Sumario

- 1.** El concepto de litisconsorcio, **2.** Clases de litisconsorcio, **3.** A manera de síntesis, **4.** falta de legitimación en la causa e ilegitimidad de personería y litisconsorcio, **5.** Bibliografía

1. El concepto de litisconsorcio

Cuando hablamos de litisconsorcio, nos referimos a la concurrencia de varias personas o una pluralidad de personas en un solo proceso, ya sea en la parte actora, parte demandada o en ambas partes procesales, pero con pretensiones comunes, es decir, puede haber un actor y varios demandados, varios actores y un solo demandado o varios actores y varios demandados, con unidad de título o causa. Si la unión plural de personas se produce en la parte actora, se denomina litisconsorcio activo; si esta unión se produce en la parte demandada, tenemos el litisconsorcio pasivo, y si es en ambas partes, se denomina litisconsorcio mixto.

En cuanto al término “*litisconsorcio*”, Hernán Casco Pagano nos dice: “La voz litisconsorcio deviene de la locución “Litis consortium”; de Litis; pleito, litigio judicial, juicio (conflicto de intereses) y consortium comunidad de destino. Son litisconsortes aquellos que asumen la misma posición en el proceso, corriendo la misma suerte” (Litisconsorcio 2004).

La doctrina se ha pronunciado en el sentido de que, el litisconsorcio generalmente tiene su fundamento en la unidad de título o causa de reclamar entre las diversas posiciones de cada litisconsorte. Por ello, para que haya litisconsorcio debe haber una conexión entre las personas del grupo que se presenta en el proceso en conjunto, basados en que el objeto de la pretensión es común.

Según ALZAMORA VALDEZ (1965), el litisconsorcio tiene un doble objetivo: ***“1.-Reunir varias causas para que sean juzgadas con menor actividad y menores gastos (economía procesal); 2.- Asegurar una relación uniforme y evitar resoluciones contradictorias”***.

El litisconsorcio da origen a una acumulación subjetiva procesal (Unión de personas), esto es, una acumulación de acciones, siempre que esas acciones no sean incompatibles entre sí, es decir, contrarias entre sí o excluyentes, o cuando las acciones deban tramitarse y resolverse en juicio de distinta naturaleza. Esta acumulación subjetiva puede ser originaria o sucesiva; es originaria cuando la demanda ha sido planteada por varias personas o contra varias personas, y es sucesiva, cuando un tercero legitimado incorpora al proceso otra u otras pretensiones o cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos, se reúnen en un proceso único por existir conexidad.

Si no están presentes las condiciones señaladas anteriormente, no puede existir litisconsorcio, de ahí que el Art. 72 del Código de Procedimiento Civil, vigente hasta el 22 de mayo del 2016, establecía lo siguiente: ***“No podrá demandar en un mismo libelo dos o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen. Tampoco podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen”***.

En cambio el Art. 51 del vigente Código General de Procesos establece: ***“Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra”***.

Esta norma legal establece con claridad que cuando hay pretensiones conexas (ligado, unido, vinculado, relacionado, enlazado, acoplado, conectado) en dos o más personas que litiguen conjuntamente como actores o demandados, existe litisconsorcio. Por lo tanto, resulta importante recordar lo que significa la pretensión en el ámbito del Derecho, misma que viene a ser el objeto del proceso judicial, porque en ella se expresa a través de la demanda lo que la parte procesal aspira; consecuentemente, es una declaración de voluntad petitoria de una parte procesal hacia la otra, ya que en ella se expone lo que un sujeto quiere. Así por ejemplo, si mi pretensión es que se declare la nulidad de un contrato por falsificación de firmas, el o los litisconsortes deben tener la misma pretensión o la misma aspiración jurídica para que haya la conexidad requerida en el litisconsorcio.

Es también importante señalar que la pretensión está compuesta, por un elemento subjetivo que son los sujetos procesales y por dos elementos objetivos: el objeto y la causa. En cuanto al elemento subjetivo, cabe indicar que toda pretensión tiene tres sujetos: la persona que formula la pretensión, la persona frente a quien se la formula y la persona ante quien se la formula. Las dos primeras son los sujetos activo y pasivo de la pretensión (actor-demandado), y la tercera está representada por un órgano que tiene el carácter de destinatario de la pretensión y es quien debe atender, ya sea acogiendo o rechazando dicha pretensión.

Ahora bien, el objeto de la pretensión (petitum) es el efecto jurídico que mediante ella se persigue y puede ser considerado desde dos aspectos: el inmediato y el mediato. El primero es la clase de pronunciamiento que se reclama (condena, declaración, ejecución, etc.), y el segundo es el bien de la vida, como dice CHIOVENDA, sobre el cual debe recaer el pronunciamiento (ej. la suma de dinero o el inmueble cuya restitución se solicita; el hecho que el demandado debe realizar; la relación jurídica cuya existencia o inexistencia debe declararse, etc.).

La causa en cambio proviene del fundamento fáctico, fundamento o título de la pretensión, que consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. Por ejemplo, en una pretensión reivindicatoria, la causa estaría constituida por la propiedad invocada por el actor sobre la cosa (título), por el hecho de haber sido desposeído de ella por el demandado, debido a las circunstancias en que se produjo el quitarle la posesión.

En otras palabras la causa viene a ser las razones, los motivos o el interés material o moral de la pretensión deducida en el juicio. Conforme ya se dijo, en un juicio reivindicatorio, la causa de la pretensión es el dominio que tiene el actor sobre el bien que reclama; consecuentemente, se distingue el hecho y sus consecuencias jurídicas, al existir una razón de hecho y una razón de derecho. Otro ejemplo sería el hecho de haberle prestado a Santiago cierta suma de dinero que no quiere devolverme (hecho), razón por la cual en calidad de acreedor tengo derecho a cobrarle (afirmación jurídica).

La causa por lo tanto, constituye un elemento de la cosa juzgada, conjuntamente con los sujetos y el objeto. Por diversas razones será necesario que los elementos subjetivos y objetivos de la pretensión sean identificados, a fin de conocer cuándo estamos ante un proceso idéntico a otro proceso y cuándo no.

Con el cumplimiento de estos parámetros podremos distinguir el litisconsorcio propiamente dicho de una simple pluralidad de partes. Si bien es cierto que en el litisconsorcio igualmente existe pluralidad de partes, sin embargo, debe haber conexidad por la causa u objeto como establece la norma mencionada del COGEP y conforme queda ya analizado, caso contrario no estaríamos ante litisconsorcio activo o pasivo.

Para mayor comprensión nos referiremos a lo que sobre el tema nos habla Ricardo Henríquez La Roche, en su obra “El Litisconsorcio y sus efectos procesales” quien manifiesta: *“El litisconsorcio, al cual se dirigen estos conceptos introductorios, se distingue de la simple pluralidad de partes. Esta última ocurre cuando existen dos o más parejas de contradictores en un solo proceso independientemente de que en la posición de parte de esas relaciones de contradicción existan una o varias personas, como por ejemplo si tres herederos demandan la reivindicación de un inmueble a un sujeto, quien, luego de interpuesta tercería por otra persona distinta, cita en saneamiento a su causante por causa de evicción, tendremos un caso de pluralidad de partes en un único proceso, pues existirían tres relaciones de contradicción: 1) la demanda compuesta por los reivindicantes contra el demandante; 2) la demanda del tercerista contra los coherederos demandantes y el demandado originario, 3) la demanda de saneamiento propuesta por este último contra su causante. Habrá en cambio litisconsorcio propiamente dicho, sólo en lo que respecta a los codemandantes que incoaron el juicio, dándose la pluralidad dentro de una sola relación*

de contradicción. Cada relación de contradicción es generada por la pretensión formulada, que instaura una Litis entre el pretensor y su antagonista” (Pág. 75).

De otro lado, el Art. 51 del Código Orgánico General de Procesos, también se refiere al hecho de que hay litisconsorcio cuando la sentencia que se expida con respecto a una parte podría afectar a la otra parte. Esta circunstancia se presentará en el litisconsorcio necesario por cuanto existe una pluralidad de demandados, es decir, varios demandados, con los cuales se forma el litisconsorcio, lo que implica que sobre todos ellos recaerán los efectos de la sentencia de forma conjunta. En este caso, la sentencia debe ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de demandados en relación jurídico-procesal por ser única la relación material que en ella se controvierte, por lo tanto, la sentencia al afectar a todos los accionados, no puede haber resoluciones distintas para cada uno de ellos.

2. Clases de litisconsorcio

Casi todos los tratadistas se refieren a las siguientes clases de litisconsorcio: activo, pasivo, mixto, necesario, facultativo o voluntario; aunque algunos autores también hacen referencia al litisconsorcio mixto, originario, sucesorio y cuasinecesario.

1. **Litisconsorcio activo.** Es aquel en donde varios actores litigan frente a un solo demandado.
2. **Litisconsorcio pasivo.** En el cual un solo actor acciona contra varios demandados.
3. **Litisconsorcio mixto.** Aquí varios actores litigan frente a varios demandados.
4. **Litisconsorcio ordinario.** Cuando la pluralidad de litigantes aparece desde el comienzo del proceso.
5. **Litisconsorcio sucesorio.** Cuando la pluralidad de litigantes se produce durante el desarrollo posterior del proceso. Ej. Los casos en los que al fallecer el actor le reemplazan sus herederos.
6. **Litisconsorcio cuasinecesario.** Existen casos en que las personas pueden o no estar en el proceso, pero concurran o no la sentencia surte efectos contra todos ellos. Este litisconsorcio tiene elementos tanto del litisconsorcio voluntario como necesario. Ej. El acreedor puede dirigir la demanda contra cualquiera de los deudores

solidarios o contra todos a la vez, por tal razón, las demandas planteadas contra uno, no es obstáculo para posteriormente incoar otras demandas contra los demás deudores solidarios mientras la deuda no haya sido satisfecha en su totalidad.

7.- Litisconsorcio facultativo o voluntario. Es aquel que se forma libre y espontáneamente por voluntad de las partes, y aquello es posible porque las acciones son conexas, ya sea por el título, por el objeto, o por ambos. Los litisconsortes tienen legitimación procesal propia e independiente, o sea, cada uno de ellos es autónomo, independiente uno del otro, y como consecuencia de esta independencia, por lo general, los actos de uno de ellos no benefician ni perjudica a los demás, por lo tanto, muchos autores expresan que propiamente se llaman compartes, ya que tienen idéntica situación procesal, pero no son litisconsortes porque no tienen comunidad de destino, no corren con la misma suerte en el proceso, circunstancias por cuales las resoluciones que se dicten en el juicio pueden ser diferentes para cada uno de ellos.

En este sentido Enrique Vécovi (1999) expresa lo siguiente: *“Entonces la sentencia, aunque es una sola, puede afectar en forma distinta a cada litisconsorte; uno puede apelar sin obligar al otro, cada uno puede oponer diversas defensas o excepciones y el proceso puede terminar anormalmente de manera independiente: uno puede desistir por sí solo, etc.”*. *“Únicamente los actos procesales, por ser el proceso uno solo, aparecen ligados, de modo que el acto de impulso procesal de uno repercute sobre la suerte de los demás...”*.

La doctrina ha dejado establecido que en el litisconsorcio voluntario no es requisito indispensable la concurrencia de todos quienes integran el contradictorio, porque tienen relaciones jurídicas independientes respecto de la otra parte procesal, ya que sólo por razones de conveniencia o economía procesal concurren en un mismo proceso, por ello es que depende únicamente de la voluntad de cada persona que integre o no el litisconsorcio, pues, su ausencia no invalida el proceso. En el caso del litisconsorcio voluntario se puede dictar la resolución de fondo, misma que afecta o beneficia a los litisconsortes de diversa forma. Ejemplo, se produce un accidente de tránsito en el que hay 3 personas heridas, quienes voluntariamente deciden interponer conjuntamente la demanda, pero también pudieron haberlo hecho de manera independiente, o cuando se destituye a varios funcionarios públicos por un mismo hecho, como dice Vécovi.

Al efecto, los tratadistas Beatriz Quintero y Eugenio Prieto expresan: Los litisconsorcios facultativos (voluntario) en el proceso litisconsorcial, sean propios o improprios gozan de total autonomía, unos con respecto a los otros, como que son litigantes separados unidos apenas en la unidad formal del proceso, pero con total

independencia de las paralelas relaciones subyacentes”. (Teoría General del Proceso, Tercera Edición. Ed. TEMIS S.A. 2000. Pág. 393).

En este sentido el Art. 52 del Código Orgánico General de Procesos establece: “Salvo disposición en contrario, los litisconsortes serán considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecten la unidad del proceso”. Como podemos apreciar, según esta norma legal, se configura el litisconsorcio voluntario, salvo disposición en contrario, en cuyo caso estaríamos ante el litisconsorcio necesario, puesto que éste último lo tenemos por mandato de la ley como lo veremos más adelante.

2.1 Litisconsorcio necesario.

Existe litisconsorcio necesario cuando la resolución de un juicio, sea ésta sentencia o auto interlocutorio, no se puede dictar si en el proceso no se encuentran todos los involucrados o partícipes de la relación jurídica controvertida; es decir, debe demandarse y citarse a todos quienes participaron en el acto o contrato, o que por mandato de la ley o la naturaleza de la acción planteada, sea necesario que estén todos como actores o demandados en lo que es objeto del juicio, a fin de que ejerzan su legítimo derecho a la defensa, puesto que la resolución tiene efecto único para todos.

Si no se ha integrado el litisconsorcio necesario, la jueza o juez debe ordenar que se integre previamente el litisconsorcio. Esto se puede deducir claramente de lo que dispone el Art. 295 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos cuando establece lo siguiente: “*Si se acepta la excepción de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litisconsorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes*” (Las negrillas son mías).

La diferencia sustancial que hay entre el litisconsorcio voluntario y necesario es que, en el voluntario los sujetos que conformen el litisconsorcio activo o pasivo tienen relaciones jurídicas independientes, en tanto que en el litisconsorcio necesario, existe una unidad inseparable respecto del derecho sustancial reclamado o discutido.

En la Enciclopedia Jurídica al tratar sobre el litisconsorcio necesario se dice: “*Si el actor omite la citación al proceso de un litisconsorte pasivo necesario, cualquier demandado podrá oponer la*

excepción denominada defectuosa constitución de la litis. El litisconsorcio es necesario cuando la sentencia sólo puede dictarse útilmente frente a todos los partícipes de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, de modo tal que la eficacia de éste requiere la citación de esas personas. Cuando la sentencia no pudiera pronunciarse útilmente más que con respecto a varias partes, estas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso”. (Edición 2014).

Un ejemplo de litisconsorcio necesario lo tenemos cuando: A, B y C celebran un contrato de compraventa de un bien inmueble con X, Y y Z. En este caso no cabe que solamente A demande la resolución del contrato, ni es factible que A, B y C demanden la nulidad del contrato únicamente en contra de Y o de Z, necesariamente deben comparecer demandando la resolución o nulidad del contrato A, B y C en contra de X, Y y Z, pues la sentencia que se dicte beneficiara o perjudicara a todos quienes suscribieron el contrato objeto de la litis. También puede suceder que alguien demande la nulidad de matrimonio de Juan y María; en este caso no pueden demandar solo a Juan o solo a María, necesariamente se debe demandar a Juan y María.

3. A manera de síntesis

- a) Existe litisconsorcio cuando en un litigio hay varios actores (activo), varios demandados (pasivo) o varios actores y demandados (mixto);
- b) Hay litisconsorcio voluntario cuando se forma libre y espontáneamente por voluntad de las partes, y ello es posible porque las acciones son conexas, sea por el título, por el objeto o por ambos, pero los litisconsortes gozan de total autonomía e independencia en sus pretensiones, unidos únicamente por la unidad formal del proceso; y
- c) Existe litisconsorcio necesario cuando en el proceso necesariamente deben de estar los partícipes de la relación jurídica sustancial debatida, a fin de que ejerzan su legítimo derecho a la defensa, para que el administrador de justicia pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto en litigio, ya que la resolución tiene efecto único para todos.

4. Litisconsorcio necesario y legitimación en la causa

Como se dejó ya mencionado, el litisconsorcio, en general implica la concurrencia de una pluralidad de personas como actores o demandados en un solo proceso cuando las pretensiones sean conexas. Por otro lado, tenemos el litisconsorcio necesario por dispo-

sición de la ley o cuando no es factible resolver sobre el fondo de la litis mientras en el proceso no están como actores o demandados todos los involucrados en la relación jurídica objeto del juicio, puesto la sentencia o auto interlocutorio surte efecto con relación a todos ellos. En tal virtud, el litisconsorcio necesario se vincula con la legitimación en la causa o legitimatio ad causam, lo que en nuestro medio se conoce como falta de legítimo contradictor.

La legitimación en la causa no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para expedir sentencia de mérito, ya sea en favor de las pretensiones de la parte demandante o de las excepciones de la parte demandada, pues, se trata de un presupuesto material de la pretensión y por lo mismo de la sentencia, es decir del derecho sustancial. Debemos tener presente que los presupuestos materiales se refieren a la pretensión o al derecho sustancial, en tanto permiten que el juez pueda resolver en sentencia sobre la pretensión que ha sido planteada. En consecuencia, la falta de legitimación en la causa o legitimatio ad causam da lugar a que se dicte sentencia inhibitoria, esto es, la conclusión del proceso absteniéndose de pronunciarse sobre el fondo de la causa por no encontrarse debidamente conformada la litisconsorcio, ya sea activa o pasiva.

Si la legitimación en la causa se entiende cuando la parte procesal ejercita un derecho que realmente le corresponde, entonces esta legitimación debe de estar correctamente conformada en el proceso para que el administrador de justicia puede expedir sentencia de mérito, es decir, el litisconsorcio sea activo o pasivo, debe haberse integrado debidamente, caso contrario habrá falta de legitimación en la causa. Por lo tanto, existe falta de legitimación en la causa en dos casos: 1) Cuando la parte actora o demandada son personas distintas a quienes correspondía formular sus pretensiones o contradecirlas; y, b) Cuando el demandante o el demandado debe ser parte en las pretensiones formuladas, pero conjuntamente con otras personas que no han comparecido al proceso. En estos dos casos no se encuentra correctamente conformada la litisconsorcio, que puede ser activa o pasiva, y por lo mismo, no cabe que se dicte sentencia sobre el fondo del litigio sino que se dicte sentencia inhibitoria, que significa volver las cosas al estado en que se conforme debidamente la litisconsorcio, es decir, la pluralidad de actores o demandados, para lo cual la jueza o juez debe analizar de forma adecuada si existe o no litisconsorcio en la causa puesta en su conocimiento o si está o no debidamente conformada la litisconsorcio, ya que puede haber la excepción previa planteada en tal sentido al tenor del Art. 153.3 del Código Orgánico General de Procesos, y es obligación de la jueza o juez sanear el proceso.

De lo expresado se puede determinar que hay litisconsorcio necesario en el segundo caso de la falta de legitimación en la causa, porque en este instituto es donde deben de estar o concurrir necesariamente la pluralidad de personas como actores o demandados para ejercer los derechos que realmente les corresponde. Pero, también existe falta de legitimación en la causa cuando concurra al proceso una sola persona como actor o demandado, sin tener derecho por ser persona distinta a quienes realmente correspondía formular las pretensiones o contradecir, sin embargo, en este caso, pese que habría falta de legitimación en la causa, no podríamos hablar de litisconsorcio porque no existe pluralidad de personas que deban conformar la litis.

El legitimado en la causa o legitimo contradictor deben tener la titularidad del derecho sustancial discutido, como afirma Devis Echandía: *“estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido”* (1979)

Por otro lado, tampoco se presenta falta de legitimación en la causa en el caso del litisconsorcio voluntario, puesto que éste se forma libre y espontáneamente por voluntad de las partes y sus relaciones jurídicas respecto de la otra parte procesal son independientes, ya que sólo por razones de conveniencia o economía procesal concurren en un mismo proceso. Así lo dispone el Art. 52 del Código Orgánico General de Procesos cuando estatuye: *“Salvo disposición en contrario, los litisconsortes serán considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados...”*.

Sobre lo manifestado, nuestra jurisprudencia recogiendo el criterio del profesor Hernando Devis Echandía en su obra (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del proceso. Tomo I. pág. 269-270, 14a. edición, editorial ABC, 1996), ha manifestado: *“... la legitimación en la causa o legitimatio ad causam “Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda... puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso, la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario“. Como ejemplo puede mencionarse las demandas de nulidad o*

rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos. En el caso inverso, es decir, el de concurrencia necesaria para demandar, se presenta cuando son varios los vendedores o cedentes y se quiere demandar para que se declare nula la venta o cesión; pero si alguno de ellos se niega a demandar, los otros pueden hacerlo y pedir que se les cite al proceso, en el auto admisorio de la demanda, para que la sentencia los vincule, con lo cual se produce el correspondiente litisconsorcio... Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso". SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 63. (Quito, 25 de junio de 1999.

1. Litisconsorcio, falta de legitimación en la causa e ilegitimidad de personería

- 1.- En concreto diremos que existe litisconsorcio cuando en un litigio aparecen varias personas, ya sea como actoras o demandadas, mismas que por ley o por la naturaleza de la acción tienen que necesariamente concurrir al proceso para que esté conformado correctamente el litisconsorcio, caso contrario no se puede expedir sentencia de mérito o de fondo; lo que implica la actuación conjunta de más de dos sujetos procesales como partes en el proceso.
- 2.- Cuando el litisconsorcio es necesario y no está debidamente conformado, entonces tenemos la falta de legitimación en la causa, lo cual no permite que se dicte sentencia sobre el fondo de la litis porque se afectaría al derecho de defensa, sin embargo, esto no produce la nulidad porque no es un presupuesto procesal, pero provoca que se dicte sentencia inhibitoria.
- 3.- En cambio la ilegitimidad de personería o "legitimatio ad processum", según la doctrina y jurisprudencia si es un presupuesto procesal, que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. Cuando hay ilegitimidad de personería, al ser una solemnidad sustancial, provoca la declaratoria de nulidad del proceso, por lo tanto, no cabe que se dicte sentencia de fondo o inhibitoria.

Al respecto Rodolfo Robalino nos dice: “La legitimatio ad processum o también conocida como legitimación en el proceso o capacidad procesal se fundamenta esencialmente en la capacidad jurídica que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y a su vez gozar de la capacidad de interponer acciones en caso de ser demandante y excepciones en caso de ser demandando para que se trabe de manera eficaz la Litis” (2014).

En el fenecido Código de Procedimiento Civil se contemplaba como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias la “Legitimidad de personería” en el Art. 346, numeral 3; en consecuencia, si no había legitimidad de personería, nos encontrábamos frente a la “ilegitimidad de personería”, y la ausencia de ésta causa la nulidad procesal, lo cual no ocurre en el caso de la falta de legitimación en la causa o falta de legítimo contradictor. De igual manera en el Código Orgánico General de Procesos, en el Art. 107, numeral 3 se establece como solemnidad sustancial común a todos los procesos la “Legitimidad de personería”, lo que implica que cuando haya “ilegitimidad de personería”, el proceso será nulo, debiendo ser declarado de oficio o a petición de parte, conforme al Art. 110 numeral 1 del COGEP, siempre y cuando no haya la posibilidad de ratificar o convalidar.

Todo esto podemos sintetizar expresando que, existe falta de legítimo contradictor cuando no hay conexión entre la calidad del sujeto y el interés sustancial discutido, mientras que hay falta de legitimidad de personería cuando la persona no goza de capacidad o goza de una capacidad insuficiente para el litigio o para comparecer a juicio.

En tal virtud, de conformidad con las sentencias dictadas por la ex-Corte Suprema de Justicia, existe ilegitimidad de personería o falta de personería (legitimatio ad processum) “cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo (“la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”: Art. 1448 inciso final del Código Civil); 2) El que afirma ser representante legal y no lo es (“Son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 589”: Art. 28 del Código Civil); 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder (“Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio”: Art. 40 Código de Procedimiento Civil; 4) El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5) El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios)”...” Cuando existe ilegitimidad de personería, generalmente cabe ratificación de la parte, con lo cual se convalida los actos realizados por la persona que carecía de capacidad para comparecer a juicio (Arts. 368 al 371 CPC)”. **SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.** Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 63. (Quito, 25 de junio de 1999).

La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en el sentido de que los administradores de justicia confunden la ilegitimidad de personería (*legitimatío ad processum*) con la falta de legítimo contradictor o falta de legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*), cuando son dos instituciones distintas, pues, la primera se refiere a la parte procesal que no tiene capacidad legal o tiene capacidad insuficiente para comparecer a juicio; mientras que la segunda, se refiere a la conexión que debe haber entre la calidad del sujeto procesal y el interés sustancial discutido.

2. Bibliografía

- 1.- CASCO PAGANO, Hernán.- Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.A). Litisconsorcio 2004. Pág. 143.
- 2.- ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil Teoría General del Proceso, 3ª ed. Lima, Edial, 1965, Pág. 382
- 3.- LA ROCHE, Ricardo Henríquez. El litisconsorcio y sus efectos procesales. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. Pág. 75.
- 4.- DEVIS ECHANDIA, Hernando.- ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL, TOMO I. 1979, pág. 414
- 5.- ROBALINO, Rodolfo.- Temas de Derecho. 2014
- 6.- VÉSCOVI, Enrique.- Teoría General del Proceso. Segunda Edición. Editorial Temis S.A.- Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1999. Pág. 171
- 7.- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio.- Teoría General del Proceso, Tercera Edición. Ed. TEMIS S.A. 2000. Pág. 393
- 8.- Enciclopedia Jurídica.- Litisconsorcio necesario. Edición 2014.
- 9.- SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 63. (Quito, 25 de junio de 1999).
- 10.- Código Orgánico General del Procesos
- 11.- Código de Procedimiento Civil ecuatoriano

Título: El sistema oral: los procesos ordinario y sumario y el recurso de casación en materia tributaria

Tatiana Pérez Valencia

*Jueza Sala de lo contencioso Administrativo
Corte Nacional de Justicia*

Sumario:

1. Antecedentes **2.** El proceso contencioso tributario oral en el Ecuador; **3.** El recurso extraordinario de casación oral en materia tributaria, **4.** Conclusiones

1. Antecedentes

Con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, el 23 de mayo de 2016, inicia en el Ecuador la implementación del proceso oral, dispositivo y de inmediación en la justicia tributaria y administrativa, el cual entra en plena vigencia conforme la vacatio legis, el 23 de mayo de 2016; un nuevo sistema de justicia diseñado en audiencias orales, con la intervención directa de las partes y de sus patrocinadores en un proceso dirigido por el juez pero impulsado por las partes, sin menoscabar la actuación del juez.

Este proceso oral nos incumbe, pues comporta no solo un nuevo esquema de proceso en el Ecuador en materia tributaria y administrativa, sino que también corroborará, -si su aplicación y dimensión busca los horizontes prometedores de la celeridad, eficacia y eficiencia en la administración de justicia en nuestro país-, un sistema más legítimo y garante de los derechos fundamentales en la promoción de la justicia.

En todo caso, este sistema que en el enunciado de su exposición de motivos procura un procedimiento con estructuras básicas, flexible, adaptable y racional, entiende estos fines como: la búsqueda de procedimientos claros, sencillos y concretos (básicos); de uso común y natural (flexible); aptos para la costumbre y uso local (adaptable); pero sobre todo, lógico y razonable, en donde las proposiciones y formas busquen la verdad (racional). De esta manera, su motivación además del acatamiento de la supremacía constitucional, aunado a la integración concreta entre los derechos de las personas, la voluntad popular, pues responde al voto favorable en la consulta de mayo de 2011 sobre la transformación de la justicia,⁵⁷ así como el entendimiento de que el sistema procesal significa justicia y permite la resolución imparcial y expedita de los conflictos propios de la convivencia social. (EXPOSICIÓN MOTIVOS, COGEP 2015).

Para el efecto incluso, se determina como procedimientos especiales a los procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, los cuales dependiendo de la acción, si esta es de acción subjetiva o de acción objetiva, de mandamiento o ejecución, seguirán la vía ordinaria o sumaria. Para lo cual, las acciones que se presenten impugnando los actos administrativos o demás actos de la administración pública, que demanden su aplicación o ejecución, seguirán los procedimientos especiales determinados en el Libro

57. En línea a lo que se atribuye como fundamental cambio en la justicia ecuatoriana, reconocida en nuestra Carta Fundamental (Art. 177) y en la pregunta 4 del Referendo de mayo de 2011.

IV: Procesos, Capítulo II: Procedimientos Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, Secciones I, II y III (COGEP).

Los procesos contencioso tributarios serán conocidos en única y última instancia por los Tribunales Contencioso Tributarios del Ecuador, que para el año 2016, son 6 con competencia distrital, en varias provincias según la distribución zonal, con sede en: Quito, Guayaquil, Cuenca, Portoviejo, Loja y Ambato; quienes aplican desde el 23 de mayo de 2016 el nuevo sistema procesal oral recogido en el COGEP, dependiendo de si consisten en procedimientos ordinarios o sumarios.⁵⁸

Ahora bien, centrándonos en materia, podremos resaltar también que pese a un sistema dúctil, adaptable a las necesidades locales, de mayor celeridad y de especialidad, esta última característica natural del proceso oral contencioso tributario; no es menos cierto que tomando la actitud derivada de la naturaleza humana, podemos decir que el error humano plasmado en las sentencias puede aún existir, pese a los grandes esfuerzos del cambio estructural del sistema oral, superpuesto al sistema que dejamos ya: el escrito; por ello, aún sigue siendo necesario la vigencia del recurso de casación en nuestro sistema de justicia, el cual lo contempla también el COGEP pero con la mirada de la flexibilidad y oralidad que ha impuesto esta nueva normativa tributaria procesal. El COGEP indudablemente ha dejado en materia procesal y contenciosa en ciernes al Código Orgánico Tributario, pues ha compactado en su estructura todo el proceso oral no solo a las materias civil, laboral, familia, niñez y adolescencia sino también a las materias contencioso administrativo y contencioso tributario; de tal manera que, en gran parte, el Libro III del Código Orgánico Tributario ha perdido vigencia.

Retomando el tema de la infalibilidad, podremos mencionar que siendo la labor del juez derivado de actuación de seres humanos no se puede dejar de lado la existencia de falibilidad del juez, por lo que las sentencias como las providencias pueden adolecer de errores que demandan la atención de la justicia para su enmienda, para ello el recurso de casación cumple un papel primordial en el sistema de control de la legalidad de las sentencias producidas por el Poder Judicial, de ahí su importancia y estudio en esta oportunidad.

58. La Disposición Transitoria Primera del COGEP señala que: *“Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.”*

Ya remontándonos a sus inicios podemos mencionar que, el estado necesitaba de un órgano que en su calidad de juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más que posible de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano, singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas. (DE LA PLAZA, 1944, P. 10-11). De ello deriva la razón primigenia del recurso de casación en síntesis.

Ahora bien, si revisamos la otra arista de la Oralidad y su proceso de introducción, diremos que en varios países de América Latina esta reforma inició en el siglo XX, pero países como Ecuador, México⁵⁹ (ARMIENTA HERNÁNDEZ, 2010), aun cuando sus Constituciones la preveían anticipadamente, el sistema oral en la práctica se complementa en este Siglo XXI.

No podemos soslayar en todo caso, las introducciones primigenias de la Oralidad que se han dado en las regiones andinas a propósito de la aplicación de la resolución de conflictos en materia indígena. Dentro del orden jurídico indígena los juicios orales representan el procedimiento indispensable para resolver sus conflictos pero sobre todo para aplicar sanciones, sin embargo mucho se ha discutido si se trata de un derecho consuetudinario o de un orden propio aplicable a las diversas comunidades. (ARMIENTA HERNÁNDEZ, 2010, P.5). En todo caso, en el enfoque que sea su resolución se aplica de manera oral o verbal.

A propósito de la justicia indígena, el Informe Derechos Humanos, Nacionalidades y Pueblos Indígenas en el Ecuador de la Confederación de Nacionalidades del Ecuador, (CONAIE, 2006) trae a colación el Modelo económico y normativo versus los pueblos indígenas, pues el avance del modelo económico centrado en el mercado tiene repercusiones negativas en la vida de los pueblos y nacionalidades indígenas. Incluso, el marco normativo referido a la protección de los Derechos Humanos de las Nacionalidades y

59. “En México, solo una mínima parte de las entidades federativas ya han legislado estableciendo juicios orales, sin embargo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los han considerado obligatorios a partir del 18 de junio del año 2008, fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación reformas a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de conformidad a las referidas normas constitucionales, las entidades federativas cuentan con ocho años para su instrumentación, [...]” (p. XIX)

Pueblos Indígenas no es considerado de manera que se acojan los principios que estos defienden, ni se proponen mecanismos regulatorios para su ejecutabilidad, en los proyectos de leyes, decretos ejecutivos, ordenanzas y reglamentos que pretenden normativizar las actividades humanas y económicas en los territorios y ecosistemas únicos que se encuentran en el Ecuador. Incluso, en las recomendaciones sobre las diversas instancias del Poder Ejecutivo del Estado Ecuatoriano, según el Informe, no se garantizan a cabalidad los derechos que por ancestralidad o reconocimiento explícito en diversas normas legales, tienen las comunidades indígenas Kichwas de la región interandina sobre sus ecosistemas frágiles o sobre el cuerpo territorial que tradicionalmente ocupan. (CONAIE, 2006)

En resumen, el Informe señala que la superposición de normativas o de patrones etnocéntricos y patriarcales impuestos desde el Estado origina mayor violencia y precarización de la vida de las mujeres, niñas y adolescentes indígenas. Por ello, rechaza el desconocimiento del derecho consuetudinario por parte del Estado como fuente posible de eliminación de la violencia de género y la imposición de leyes etnocéntricas con patrones patriarcales y con sistemas que reproducen discriminación étnica como la única medida de transformación de las relaciones entre géneros. El futuro del Ecuador pluricultural es el diálogo de las culturas, el fortalecimiento de las identidades y la construcción solidaria y en común con todos los ecuatorianos de una Democracia Plurinacional. (CONAIE, 2006)

En este contexto, la justicia indígena se desarrollaría en los patrones del diálogo y en base a las identidades comunes sin patrones etnocéntricos, como se desarrollaría en la justicia mestiza, según la visión indígena. Sin embargo hay que aclarar que en el caso del Ecuador se reconoce expresamente la aplicación de la justicia indígena, mientras se respete los parámetros y límites de los derechos humanos. (ART. 171 CRE).⁶⁰

No obstante, la superposición del sistema de justicia mestizo con el sistema de justicia indígena, o viceversa, incluso con sus peculiaridades y bemoles en la práctica, el sistema va adecuándose de manera abierta el proceso para ambas, adaptándose y recogiendo las consideraciones ancestrales del derecho consuetudinario, no con el ritmo que

60. Constitución de la República del Ecuador [2008]. Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. (Énfasis añadido)

quisiéramos tal vez, pero creo que los esfuerzos se han dado, al menos se demuestra en la tipificación de nuevos delitos, en la aplicación de modalidades de sanción alternativas, o en la búsqueda permanente de la justicia por mecanismos de conciliación y diálogo. Pilares fundamentales de ese derecho.

Ya en el contexto mundial en cambio, la oralidad se conoció como un movimiento surgido en Europa, hace casi dos siglos, el cual se identificada como un análisis histórico de protesta y crítica del tipo de procedimiento imperante de la época, y de reformas llevadas durante el curso del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, lo que surge como reacción contra los defectos del tipo de procedimiento derivado del derecho romano-canónico que predominaba en el continente europeo hasta la revolución francesa, cuyas características se dan por: el predominio del elemento escrito fundamentado en el principio *quod non est in actis non est in mundo* (Lo que no consta en actas, no es de este mundo), que fue reformado por el Decreto del Papa Inocencio III del año 1216, el cual estableció que todo acto procesal, aunque se hubiese realizado ante el juez mismo, se debía redactar por otros, ya sean notarios o actuarios, pues la sentencia debía basarse exclusivamente sobre estos actos; la falta de relaciones inmediatas entre el órgano juzgador y los otros sujetos del proceso (partes, testigos, peritos) así como también entre el juez y los elementos objetivos de prueba, pues las pruebas eran asumidas por terceros y no por el juzgador. (ARMIENTA HERNÁNDEZ, 2010. P. 3-4).

Todas estas falencias y otras más, iniciaron la búsqueda de un sistema más expedito que garantice el derecho de las partes a una justicia más oportuna y transparente, que llevó a Europa a plantear el sistema oral no solo como una alternativa sino como un sistema procesal diferente en la búsqueda de la realización de la justicia.

2. El proceso contencioso tributario oral en el Ecuador

2.1. Sistema Oral

Aun cuando en el expedido Código Orgánico Tributario de 1975, que luego fuera codificado y catalogado formalmente de ley orgánica en el año 2005, se contempló como normas de acción: a los principios de simplificación, celeridad y eficacia de la gestión tributaria; en materia judicial, los principios que regían el sistema procesal estaban atados al derogado sistema escrito; se contemplaba en dicha norma tributaria en el Libro III de su contenido, las disposiciones legales sobre el trámite de las acciones contencioso tributarias (Artículos 229, 230, 231, 232, 233, 231.1, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240,

241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 354, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278) así como los artículos 291, 292, 293, 294 y 296 sobre el pago de consignación; y artículo 299 sobre el trámite de las apelaciones de los procedimientos administrativos de ejecución tributaria. Estas disposiciones han sido derogadas con la vigencia del Código Orgánico General del Proceso (COGEP).

En el Código Orgánico Tributario, vigente hasta el 22 de mayo de 2016, se contemplaba un procedimiento contencioso tributario escrito, cuya característica fundamental era la actuación cuasi-oficiosa del juez tributario (ART 262 COI); en donde la demanda (20 días para su interposición) y la contestación de la demanda (término de 15 días) se entablaban por escrito, tanto de pretensiones como de excepciones; con un plazo probatorio común de 10 días, para la presentación específicamente de los peritajes tributarios o de los documentos relacionados al acto administrativo impugnado, base fundamental de la prueba documental tributaria; una etapa de audiencia pública de estrados o alegatos en derecho; y, por último la expedición de la sentencia escrita (término de 30 días de los autos en relación).

El procedimiento con la vigencia del Código Orgánico General del Proceso (COGEP), supone la implementación en dos vías, sea la ordinaria o la sumaria, dependiendo de los tipos de acciones de impugnación. En general, las acciones de impugnación subjetivas (incluyendo las acciones directas) se iniciarán por la vía ordinaria, y las acciones de impugnación objetivas se iniciarán por la vía sumaria.

Cuando hablamos de las acciones de impugnación subjetivas nos referimos a los que se dirigen al control de legalidad de las actuaciones administrativas que afectan derechos subjetivos, de efecto individual. En las acciones contencioso-tributarias de impugnación o directas, el término para demandar será de sesenta días desde que se notificó con el acto administrativo tributario o se produjo el hecho o acto en que se funde la acción.

En la acción objetiva en materia tributaria, se pueden identificar cuatro tipos de requisitos, estos son: objetivos, subjetivos, formales, y materiales, a los cuales los definiremos a continuación: i) Requisitos objetivos: La Naturaleza del acto impugnado: a) La impugnación presentada debe ser planteada en contra de actos normativos administrativos de carácter general con rango inferior a la ley. b) El acto normativo impugnado debe ser de orden tributario. c) El acto normativo debe ser emanado por una autoridad con competencia territorial para emitirlo. d) No puede ser planteado en contra de actos preparatorios del acto normativo ni actos posteriores de

ejecución. e) No puede referirse a cuestiones de control de constitucionalidad del acto normativo, por cuanto ello le corresponde a la Corte Constitucional, sino más bien en contra de normas que presuntamente riñan con preceptos de orden legal. d) No requiere del agotamiento de la vía administrativa en virtud del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. ii) Requisitos subjetivos: La persona accionante: Al no constituirse en una acción de orden popular, es decir no cualquier persona puede proponerlo, se debe considerar los siguientes requisitos: a) Capacidad legal para presentar una demanda. b) Interés directo, lo que para Jean Rivero lo define como “la noción de interés” que implica que “la decisión atacada debe tener una incidencia sobre su situación personal, que se encontrará mejorada si esta decisión desaparece”. (RIVERO, 2012). c) La naturaleza del interés requerido, lo que implica es que si bien el interés directo debe ser personal, podría llevar a entenderse que solo puede ser presentado por una persona natural, más la norma contenida en el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial permite que también pueda ser interpuesta por entidades públicas o privadas con interés directo. iii) Requisitos formales: a) Jurisdicción competente para conocer la demanda, lo que de conformidad con lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial le corresponde a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. b) En cuanto al plazo de presentación de la demanda de la acción prevista en el Código Orgánico General del Proceso; en los casos de acción objetiva o de anulación por exceso de poder, el plazo para proponer la demanda será de tres años, a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto impugnado. iv) Requisitos materiales: Los efectos que se pueden buscar a través de la interposición de una acción objetiva son los siguientes: a) erga homines, es decir tiene efectos generales y por lo tanto el acto normativo dejaría de tener vigencia absoluta, constituyéndose así la Corte Nacional de Justicia en un tipo de legislador negativo frente a los actos normativos (considerándose pues a los actos normativo como resultado de una actividad legislativa delegada a ciertos órganos). b) Se pretende la anulación del acto normativo.

2.2. El procedimiento contencioso tributario

La competencia:

En el procedimiento contencioso tributario se radica la competencia en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor; a diferencia de las normas generales, en donde la competencia se fija en el lugar del domicilio del demandado.

En materia tributaria, los actores son los sujetos pasivos de obligaciones tributarias de manera general, sean estas personas naturales o jurídicas; y en el caso de los demandados, son las autoridades tributarias centrales de: SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS DEL ECUADOR (SENAE) y SERVICIO DE RENTAS INTERNAS DEL ECUADOR (SRI); las autoridades tributarias seccionales: GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS (GADs) y los CONSEJOS PROVINCIALES; así como las autoridades tributarias de excepción como: La SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, entre otras.

El objeto:

El fin fundamental del proceso contencioso tributario es el de tutelar dentro de un juicio imparcial los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los actos administrativos tributarios; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria. Por ello es que no son admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias.

Comparecencia de la administración pública

La autoridad competente de la administración pública que interviene como parte o el funcionario a quien se delegue por acto administrativo, podrá designar, mediante oficio, al defensor que intervenga como patrocinador de la defensa de los intereses de la autoridad demandada. Tal designación surtirá efecto hasta la terminación de la causa, a no ser que se lo sustituya.

Acto de la administración impugnado

A la demanda se debe adjuntar la copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado.

El demandado a su vez, debe acompañar a la contestación de la demanda: copias certificadas de la resolución o acto impugnado de que se trate y el expediente que sirvió de antecedente y que se halle en el archivo de la dependencia a su cargo.

Medios de prueba

En materia contencioso tributaria son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos. Los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición del juez, sobre los hechos materia de la controversia, no se consideran declaración de parte.

2.3.- El procedimiento ordinario

Como se señaló ut supra, las acciones de impugnación subjetivas (incluyendo las acciones directas) se tramita por vía ordinaria.

La demanda

En las acciones contencioso tributarias de impugnación o directas, el término para demandar será de sesenta días desde que se notificó con el acto administrativo tributario o se produjo el hecho o acto. En cambio que en las acciones de pago indebido, pago en exceso o devoluciones de lo debidamente pagado se propondrán en el plazo de tres años desde que se produjo el pago o desde la determinación, según el caso.

Calificación y citación de la demanda

Una vez presentada y admitida la demanda, el juez ordena citar al o a los demandados.

Contestación a la demanda

La autoridad demandada tiene treinta días para presentar su contestación a la demanda. Este término se contará desde que se practicó la última citación, cuando las o los demandados son varios. No existe reconvencción en esta materia.

Previamente a sustanciar el proceso, el juez califica la contestación a la demanda.

Convocatoria a audiencia preliminar

Con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento de esta, la o el juzgador convoca a la audiencia preliminar, la que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días.

Audiencia preliminar

La audiencia preliminar se desarrolla tomando en cuenta lo siguiente: instalada la audiencia, el juez solicita a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas, las mismas que podrán ser resueltas en la misma audiencia; luego, el juez resuelve sobre la validez del proceso, la determinación del objeto de la controversia, los reclamos de terceros, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, con el fin de convalidarlo o sanearlo; posteriormente, el juez ofrece la palabra a la parte actora quien expone los fundamentos de su demanda, luego interviene la autoridad demandada, fundamentando su contestación; concluida la primera intervención de las partes, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continúa la audiencia.

Las partes deben seguidamente anunciar la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio, o formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba de la contraparte, el juez puede ordenar la práctica de prueba de oficio, solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba y el juzgador resuelve sobre la admisibilidad de la prueba conducente, pertinente y útil, excluirá la práctica de medios de prueba ilegales. Si existen pruebas que deban practicarse antes de la audiencia de juicio, el juzgador, conjuntamente con las partes, hará los señalamientos correspondientes con el objeto de planificar la marcha del proceso.

El juez señala la fecha de la audiencia de juicio, la misma que se realizará en el término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar.

El secretario, bajo su responsabilidad y con su firma, elabora el extracto de la audiencia.

Audiencia de Juicio

En esta audiencia, el juez: declara instalada la audiencia y ordena que por secretaría se de lectura de la resolución constante en el extracto del acta de la audiencia preliminar; luego concede la palabra a la parte actora para que formule su alegato inicial el que concluye determinando, de acuerdo con su estrategia de defensa, el orden en que se practicarán las pruebas solicitadas. De igual manera, se concede la palabra a la autoridad demandada, para luego ordenar la práctica de las pruebas admitidas, en el orden solicitado; posteriormente, los peritos y los testigos ingresan al lugar donde se realiza la audiencia, cuando el juez así lo disponga y permanecerán mientras presten su declaración; finalmente, la parte actora, la autoridad demandada, en ese orden, presentan sus alegatos en el tiempo que determine equitativamente la o el juzgador, con derecho a una sola réplica.

Terminada la intervención de las partes, el juez en la misma audiencia debe emitir su resolución mediante pronunciamiento oral.

2.4. Procedimiento sumario

Como se señaló ut supra, las acciones objetivas, las excepciones a la coactiva y las demás acciones especiales, se tramitan por vía sumaria.

Demanda

En los casos de acción objetiva o de anulación por exceso de poder, el plazo para proponer la demanda será de tres años, a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto impugnado.

Contestación de la demanda

Para contestar la demanda se tendrá un término de quince días

Audiencia única

La audiencia única se desarrolla en dos fases: la primera, de saneamiento, fijación de los puntos en debate; y, la segunda, de prueba y alegatos.

Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda. En la acción especial por clausura de establecimientos, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas.

2.5. Diligencias preparatorias

En el proceso contencioso tributario por oportunidad y dependiendo de la complejidad del tema por el sinnúmero de teorías del caso que pudieran haber en un juicio determinado, el proceso puede estar precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.

Ahora bien, lo que habrá que tomar en cuenta es que el juez que conoce la diligencia preparatoria es también competente para conocer la demanda principal.

2.6. El informe pericial

El informe pericial es una herramienta auxiliar del juez tributario, para lo cual, dentro de aquellas personas debidamente acreditadas por el Consejo de la Judicatura para emitir informes periciales, el juez designa un perito especializado en el tema.

Ahora bien, el COGEP además prevé como herramienta dúctil del juez la declaración de peritos, para lo cual el perito es notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio y su posesión, dentro de la cual sustentará su informe, siendo su comparecencia obligatoria.

En la audiencia incluso las partes pueden interrogar al perito bajo juramento, acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos. Incluso, las partes tienen derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden determinado para el testimonio. En ningún caso habrá lugar a procedimiento especial de objeción del informe por error esencial, que únicamente podrá alegarse y probarse en la audiencia.

Luego del conainterrogatorio y si existe divergencia con otro peritaje, la o el juzgador podrá abrir el debate entre peritos. Finalizado el debate entre los peritos, el juez, abrirá un interrogatorio y conainterrogatorio de las partes, exclusivamente relacionado con las conclusiones divergentes de los informes. La o el juzgador conduce el debate.

Es interesante también como se recoge en esta línea, el informe pericial para mejor resolver, pues si luego del debate entre las o los peritos, la o el juzgador mantiene dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados, ordena en la misma audiencia un nuevo peritaje.

La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso. Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado.

3. El recurso extraordinario de casación oral en materia tributaria

Procedencia

El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia, en materia tributaria de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. En lo que corresponde a admisión o inadmisión del recurso, la Sala de Conjueces, cuyo conjuer ponente corresponda por sorteo; y, en materia de conocimiento del recurso, la Sala de Jueces, cuyo tribunal corresponda, para lo cual además se sortea un juez ponente.

El recurso de casación conforme se establece en el COGEP tiene lugar contra las sentencias y autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales Contencioso Tributario. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichos tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. (ART. 266).

Interposición del recurso

Se interpone de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración. El recurso se presenta ante el mismo órgano jurisdiccional que disponga las copias necesarias para la ejecución de la sentencia o auto.

El recurso solo se interpone por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. En ningún caso cabe la adhesión al recurso de casación deducido por otro.

El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal; 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación; 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia; 4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto; y, 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto. El recurso de casación se presentará debidamente fundamentado, conforme el caso detallado.

Primera calificación del recurso

La Sala Única del Tribunal Contencioso Tributario, a través del tribunal que corresponda califica si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto. De ser así, remite de inmediato, a la Corte Nacional de Justicia. El auto que inadmita el recurso de casación será susceptible de aclaración o ampliación.

En todo caso, las partes pueden a la negativa de calificación presentar recurso de hecho para que conozca la Corte Nacional de Justicia.

El recurrente al interponer el recurso puede solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte. Para el efecto, el Tribunal establece el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso, en el término máximo de tres días desde su presentación.

Recurso de hecho

Si el proceso se eleva en virtud de recurso de hecho a la Corte Nacional, se designa por sorteo a un Conjuez, quien dentro del término de quince días, examina si el recurso de casación fue debidamente interpuesto, en cuyo caso concede el recurso de casación, caso contrario lo devuelve.

Segunda admisión del recurso

Cuando el recurso se eleva a la Corte Nacional de Justicia, se designa por sorteo a un Conjuez, quien en el término de quince días examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos para la fundamentación del recurso de casación y si lo admite o no.

Si se admite el recurso de casación se notifica a las partes y se remite el expediente a la Sala de Jueces de la Corte Nacional de Justicia. Si se inadmite el recurso de casación se devuelve el proceso al órgano judicial respectivo.

Audiencia

El juez de casación convoca a audiencia en el término de treinta días, en donde una vez que ha finalizado el debate, pronuncia su resolución.

En el caso 1: Cuando se trate de casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declara la nulidad y dispone remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial al cual corresponda.

En el caso 2: El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia debe 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 el caso 4: 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 casa la sentencia o el auto recurrido y pronuncia la que corresponda.

En los casos 3, y 5: Si la casación se fundamenta en las demás causales, esto es: 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, o cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo; el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia debe casar 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.

4. Conclusiones

1. En general, podemos añadir que el proceso oral contencioso tributario tiene en la actualidad varias virtualidades que rescatar además de las señaladas a lo largo de este documento, en general creo que la celeridad y oportunidad va a ser un elemento generador de mejora de atención en el proceso contencioso tributario.

En materia de casación, si bien en la derogada Ley de Casación señalaba como término de resolución el de 90 días luego de la terminación del trámite; con la generación de peticiones e incidentes el proceso resultaba extenso, en la actualidad los plazos con la expedición del COGEP son más cortos.

2. El sistema contencioso tributario se ha visto influenciado de una dinámica más moderna y actual, en materia procesal, lo que generará indudablemente un procedimiento administrativo en manos de la Administración Pública más eficiente, pues si los procesos judiciales en plazos de atención se acortan, esto influenciará radicalmente en la atención que brinden las administraciones tributarias en el despacho de las peticiones, reclamos y recursos contra los actos administrativos por parte de los sujetos pasivos de obligaciones tributarias.
3. La prueba documental tributaria, es un tema fundamental en el proceso contencioso tributario y en el oral de casación, por lo que su archivo, mantención, codificación, manejo y casuística será fundamental, en cuanto al uso de la documentación escrita, dentro del proceso oral.
4. El peritaje es un elemento fundamental que se dinamiza en el proceso oral contencioso tributario, rescatamos como puntales del COGEP el análisis del peritaje, la dirección participativa del juez, el debate de peritos, y la actuación activa de las partes con los peritos y testigos, pues se verán interrogatorios y contrainterrogatorios; lo que definitivamente movilizará hacia una dialéctica más presencial y acertada de las

decisiones del juez. El peritaje para mejor proveer será también una herramienta esencial en la labor compleja y técnica del juez, que debe controvertir los hechos contables tributarios y de derecho tributario con las normas jurídicas y contables.

Bibliografía

- Armienta Hernández, G. (2010). El juicio oral y la justicia alternativa en México. México: Editorial Porrúa.
- De la Plaza, Manuel. (1944). La Casación Civil. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Cappelletti, Mauro. (2002). El testimonio de la Parte en el sistema de la oralidad, contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil, Parte I. La Plata-Argentina. Protocolo a la Edición Argentina de Augusto N. Morello. Librería Editorial Platense.
- Cappelletti, Mauro. (2002). El testimonio de la Parte en el sistema de la oralidad, contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil, Parte II. La Plata-Argentina. Protocolo a la Edición Argentina de Augusto N. Morello. Librería Editorial Platense.
- Corte Nacional de Justicia (2013). El recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia. Ecuador. Imprenta Gaceta Judicial.
- Iglesias, Inés. (2000). El recurso de casación contencioso administrativo. Tirant Le Blanch. Valencia.
- Murcia Ballén, Humberto. (2005). Recurso de Casación Civil. Colombia. Sexta edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rivero, Jean. (2012). Derecho Administrativo. Traducción de la Novena edición francesa. Paris. Dalloz.
- Tolosa Villabona, Luis Armando. (2005). Teoría y Técnica de la Casación. Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- CONAIE. (2006). Informe Derechos Humanos, Nacionalidades y Pueblos Indígenas en el Ecuador de la Confederación de Nacionalidades del Ecuador.

DERECHO COMPARADO



La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil, modelo para Iberoamerica *

Roberto Omar Berizonce

Sumario: **I.** Los mecanismos de saneamiento inicial del proceso; **II.** Las tendencias que se reflejan en la legislación comparada; **III.** La regulación de la audiencia preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; **IV.** Perspectiva de la audiencia preliminar en los ordenamientos latinoamericanos.

* Trabajo originariamente publicado en Studi in onore di Vittorio Denti, cuya segunda edición fue hecha por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – México, cuyas autoridades amablemente han autorizado a la Corte Nacional para su reimpresión en la Revista Diálogos Judiciales No. 4.

1. Los mecanismos de saneamiento inicial del proceso

La necesaria estructuración de todos los modelos procesales para su desarrollo en fases ordenadas y sucesivas, así como la convivencia de acelerar el trámite de la causa concentrando la búsqueda de la rápida definición de la admisibilidad de las pretensiones y oposiciones, ha conducido a idear una serie de mecanismos encaminadas a la obtención de esos objetivos primarios y de otros conexos, que resultan complementarios¹. Desde fines del siglo anterior, intentos diversos en ese sentido revelan a través de su experiencia práctica una tendencia constante hacia su perfeccionamiento y evolución. Claro que semejantes estructuras imaginadas generalmente para actuar en esquemas de oralidad en procesos por audiencias, resisten -al menos en su forma prístina- cualquier inserción en sistemas opuestos, como son aquellos en que prevalece la forma escrituraria. Lo cual explica muchos de sus fracasos -en la experiencia latinoamericana.

De entre ellos resulta imprescindible aludir a los más conocidos, que son los originados en la legislación austriaca de 1895, *la audiencia preliminar*,² y ele de inspiración lusobrasileña, *el despacho saneador*.³ Modelos que, a despecho de significativas transformaciones, tanto en los ordenamientos de origen como en otros en que se adoptaran, siguen siendo el punto de referencia obligado cada vez que se genera un nuevo intento de instauración para un régimen determinado.

Conviene estar en guardia, por lo anterior, respecto de la identificación entre los modelos puros originarios y otros -mayoritarios en la legislación actual- que constituyen

-
1. La bibliografía Iberoamericana sobre estas cuestiones es extraordinariamente nutrida. A solo título indicativo, y porque resumen la mayoría de los antecedentes, remitimos a Buzaid A., *O despacho saneador*. Rev. Direito Processual, Sao Paulo, 1960, p. 45 Fairèn Guillen, V., *Sugerencias practicas sobre el contenido de la audiencia preliminar*, comunicación al Congreso Internacional "Un Còdice `Tipo` di Procedura Civile per l' America Latina", Roma, 1988, Gelsi Bidart, A., Torello, L., Vèscovi, E., *Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Exposición de motivos, en *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Montevideo, 1988, pp. 53 y ss. Barbosa Moreira, J.C., *Saneamiento del proceso y la audiencia preliminar*, comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, Madrid, 1985. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1986, pp. 11 y ss. Barrios de Angelis, D., *La audiencia preliminar*. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1975, núm. 1, p. 11; id., *Audiencia preliminar; sistema y método*. *La Ley*, Buenos Aires, 1988, p. 1067. Vescovi, E., "La audiencia preliminar en el nuevo proceso civil iberoamericano". En *Problemas actuales de la justicia (homenaje al profesor Gutiérrez Alvis y Armario)*, Valencia. Tirant lo Blanch, 1988, p. 641.
 2. Fairèn Guillèn, V., *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, p. 223 y ss.id., op. Cit., en nota 1, pp.6 y ss., y las remisiones a la obra de Klein y otros juristas austriacos. Como es sabido, por la novela de 1983, la audiencia preliminar se tornó facultativa, suprimiéndose en los casos en que hubiere quedado vacía de contenido específico (autor y op. Cit., en nota 1, p. 47) Asimismo, Barrios de Angelis, D., *Audiencia preliminar; sistema y método*, cit. En nota 1.
 3. Sobre su origen y evolución en el derecho portugués, a partir de la ley de 1907; y su recepción en la legislación brasileña, a través de las "providencias preliminares" para el saneamiento del proceso; Buzaid, A., op. Cit. En nota 1. Barbosa Moreira, J. C., op. Cit. En nota 1, pp. 11 y ss.; id., *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, 6ª. Ed., p.70. Arruda, Alvin, *Manual de direito processual civil*, ed. Rev. dos Tribunales. Sao Paulo, 1986, 3ª. Ed., v. II. Pp. 248, 262.

mecanismos casi siempre omnicomprendivos, muchas veces híbrido por agregación de funciones.

El objetivo esencial que prístinamente se persigue reside en eliminar la Litis, concentradamente -por oposición al sistema tradicional difuso, en que actividad se desperdiga-⁴ y en una etapa inicial, todos los obstáculos que entorpezcan, suspendan o interrumpen el debate sobre la fundabilidad de lo pretendido. Esa genuina función de “pugnar” precozmente el proceso, desembarazándolo de impedimentos procedimentales, para facilitar el rápido y ordenado pasaje a la etapa de juzgamiento en el mérito, constituye una finalidad abierta susceptible de ser alcanzada por variados caminos. Precisamente, las dificultades afloran en su articulación práctica por la búsqueda del imprescindible equilibrio y dosificación entre el contenido de las actividades que tienen lugar en esa instancia preliminar, versus la necesidad de no generar un instrumento desmesurado que, a la postre, venga a bloquear y entorpecer la más rápida arribada a la etapa decisoria. He aquí el arduo desafío que debe enfrentar el legislador.

La finalidad primordial de abreviar los desarrollos litigiosos mediante la concentración de actividades diversas⁵ pero susceptibles de ser agrupados en un momento inicial inserto a continuación de la traba de la relación procesal,⁶ se desbroza en otras tantas funciones entre las que se destacan, principalmente, las que apuntan hacia: a) la conclusión del proceso por conducto de la conciliación de las posiciones de las partes y la obtención de un acuerdo solutorio; b) el *saneamiento anticipado*,⁷ a través de la decisión y eventual superación de los impedimentos procesales que obstan a la decisión de mérito, o si fueren estos insubsanables, el sobreseimiento de las actuaciones; c) la simplificación y abreviación del objeto del proceso y de la prueba; d) la ordenación de los desarrollos inmediatos, para la más provechosa y efectiva recepción de las medidas probatorias. Todo un programa de vastos alcances que sirve a la ordenación de la causa y a su aceleración y que la doctrina iberolusoamericana⁸ viene encareciendo como uno de los instrumentos más perfeccionados del proceso moderno, en torno al cual se acrecienta permanente el interés de los estudiosos.⁹ Es que se trata de mecanismos viscerales dentro del sistema

4. Barbosa Moreira, J. C., op. Cit., en nota 1, pp. 11 y ss. Fairen Guillen, V., op. Cit., en nota 1, p. 6.

5. Gelsi Bidart, A., “Sentido de la audiencia preliminar en el proceso”, comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985.

6. Fairen Guillen, V., op. Cit., en nota 1, pp. 7-8.

7. Como sostiene Buzaid,

8. Barbosa Moreira, J., op. cit. en nota 1, pp. 12 y ss. Fairen Guillen, V., op. cit. en nota 1, p. 8.

9. Así, en el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Utrecht, 1987), donde se discutió arduamente la cuestión. Particularmente ilustrativo fue el informe general de los profesores Denti, V. y Taruffo, M., “Simplifying the taking of evidence”, en General Reports. 8th World Conference on Procedural Law, Utrecht, 1987, v. II, pp. 4-8.

procesal, de cuyo ajustado funcionamiento depende a menudo la afectividad misma de aquél.

2. Las tendencias que se reflejan en la legislación comparada.

Es sabido que, en consonancia con las propuestas doctrinarias, el modelo austriaco de F. Klein de 1985, bien que con ciertos retorques, sigue inspirando las legislaciones mas avanzadas, tanto en los sistemas de *common law*, como en los del civil law continental europeo y sus epígonos. Es palpable una generalizada tendencia encaminada a admitir un pronunciado aumento de los poderes del juez para ser ejercidos en la faz preliminar o preparatoria del proceso.¹⁰

- a. Así, en el sistema de *common law* se ha enfatizado la experiencia de mecanismos que persiguen igual finalidad, aunque no se articulan concentradamente. La etapa del *pre-trial* permite una suerte de procedimiento preparatorio del juicio que tiene lugar predominantemente entre las partes, sin perjuicio de la intervención del órgano jurisdiccional, a través del intercambio de escritos tendentes a determinar los materiales facticos y a la delimitación de las cuestiones controvertidas.¹¹
- b. En el derecho continental europeo, no puede obviarse la referencia a una de las experiencias más fructíferas de las últimas décadas, cual es la que proporciona el conocido “modelo Stuttgart”,¹² encarecido como un probado esquema superador de las principales fallas que exhibía el avanzado proceso alemán. Se trata, en síntesis, de un método para el logro de soluciones autocompuestas por las partes

10. Denti, V. y Taruffo, M., informe general cit. En nota 9, *passim*. Asimismo, Barbosa Moreira, J. C., O novo processo civil brasileiro, cit. En nota 3. Gesil Bidart, A., op. Cit. En nota 5. Vescovi, E., ·Perpectivas de oralidad”, en Revista Argentina de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1972, num. 4. pp. 521 y ss.

11. Sobre estas instituciones: Cappelletti, M., La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires, EJE, 1972, trad. Sentís Melendo, pp. 11-17; Denti, V., “Riforma e controriforma del proceso civiles?”, en Un progetto per la giustizia civile, Bologna. Il Molino, 1982, p. 286. Asimismo, Fairen Guillen, V., op. cit. En nota 1, p. 6. Precisamente en el régimen norteamericano del pre-trial se inspiro Couture, quien lo incorporo a su proyecto de código de 1945, según lo recuerda Vescovi, en General Reports, op. Cit. En nota 9, v. I, num. 41. Para una visión actual de sus dificultades: Denti, V. y Taruffo, M., op. cit. En nota 9, pp. 6-7. Asimismo, Taruffo, M., “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, 1990, p. 422.

12. La bibliografía, como es sabido, es muy extensa. En Latinoamerica se ha conocido esta experiencia, entre otras, a tarves de Gruasky, W., “Il cosiddetto modello de Stoccarda e I, accelerazione del proceso civile tedesco”, Rivista di Diritto Processuale, 1971, p. 354; id., “L’ accelerazione e la concentrazione del procedimento dopo la novella che semplifica il processo in GERMANIA”. Rivista di Diritto Civile, 1978, I., p. 366. Asimismo, Sentís Melendo, S., La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, Buenos Aires, EJE, 1979, pp. 211-213. Seguimos aquí a Bendar, R., “The Stuttgart Model”, en Access to Justice, M. Cappelletti general editor, Giuffre-Sijthoff. 1979, v., II, 2, pp. 435 y ss.

bajo el influjo del tribunal, y para el mejor rendimiento de la audiencia de vista de la causa, que se apoya en la cuidadosa y prolija preparación anticipada de la recepción de las pruebas.¹³

- c. Con relación al ámbito iberoamericano, importa consignar que el despacho saneador originario del derecho portugués y que inspiró luego la legislación brasileña ha sido, sin duda, una de las fuentes directas de la regulación del anteproyecto de Código Procesal Civil modelo, como se destaca en la exposición de motivos. En los antecedentes brasileños, el despacho saneador estaba regulado en el Código de Proceso Civil de 1939, con objeto de sanear en profundidad el proceso, regularizarlo, expurgar los vicios; en una sola oportunidad el juez se pronunciaba sobre las nulidades, se verificaban las condiciones de la acción, y se designaba, en su caso, la audiencia de instrucción y juzgamiento.¹⁴

El ordenamiento vigente desde 1974 reformó la normativa anterior, designando a la institución como saneamiento del proceso y confiriéndole función solamente positiva, que se lleva a cabo en forma fraccionada; así, la declaración de las nulidades insanables se efectúa como providencia preliminar al juzgamiento, conforme al estado del proceso. La constatación de las condiciones de la acción tiene lugar oficiosamente en el despacho liminar, ulteriormente, con o sin petición de parte.¹⁵ En el sistema actual el despacho saneador constituye una de las modalidades posibles del “juzgamiento conforme al estado del proceso”; a esa altura de la fase de saneamiento —explica Barbosa Moreira— puede suceder que no haya necesidad o utilidad en proseguir la causa. De ahí que el despacho saneador tiene lugar justamente en las hipótesis restante; se configura como el acto por el cual, el juez, verificada la admisibilidad de la acción y la regularidad del proceso, lo impulsa en dirección a la audiencia por no estar todavía madura la causa.¹⁶ A su vez, el proceso se extingue sin juzgamiento en el mérito, “cuando no concurren cualesquiera de las condiciones de la acción: la posibilidad jurídica, la legitimación de las partes o el interés procesal”, en cuyo caso el juez conocerá de oficio, en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción.

13. En diversas investigaciones empíricas quedó demostrado que por aplicación de este método se obtuvo un significativo incremento en el porcentual de procesos concluidos por vía de conciliación; una acentuada aceleración general de los trámites con el consiguiente acortamiento de la duración del proceso (el 86% de los casos concluyó antes de seis meses); una efectiva concentración de la actividad probatoria en una sola audiencia; como también un incremento de la calidad objetiva de las decisiones (Bender, R., op. Cit. En nota 12, pp. 462 y ss.)

14. Op. Cit. En nota 1, pp. 6-7.

15. Arroba, op. Cit. En nota 3, p. 262.

16. Op. Cit. En nota 3, pp. 70-71.

En México, la trascendente reforma de 1986-1987 al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, incluyó la regulación de la audiencia preliminar. Ha señalado Gómez Lara que su finalidad es depurar la Litis, concentrando el pleito de manera específica en su fondo; es una audiencia de saneamiento en que se desahogan incidentes y excepciones de previo y especial pronunciamiento y en que, además, se intenta la conciliación —a cargo de un conciliador adscrito al juzgado— (artículos 272-A a 276-G). Aspecto, este último, que ha suscitado críticas en cuanto a su práctica.¹⁷

Su objeto es resolver, entre otras, las cuestiones relativas a: **1)** la conciliación de las partes; **2)** la procedencia del juicio de menor cuantía; **3)** la delimitación de los términos del debate, a instancia de las partes; **4)** la subsanación de los defectos de los escritos iniciales y los presupuestos procesales; o el sobreseimiento del proceso; **5)** la apertura a prueba, cuando sea procedente, a solicitud de las partes.

Ha de mencionarse, también, el Código Judicial de Panamá de 1984-1986, que reitero los mecanismos de saneamiento contenidos en el anterior ordenamiento de 1917, incorporando una previsión que impone al juez determinar, vencido el término de traslado de la contestación de la demanda, si la relación procesal adolece de algún defecto o vicio que de no ser saneado, producirá un fallo inhibitorio la nulidad del proceso, en cuyo caso se ordenara su subsanación.¹⁸ Una particular influencia se ha reconocido, igualmente, a la ley de reforma urgente del procedimiento civil español (numero 34/84) que tiende a recoger también esta institución en el juicio de menor cuantía; lo que para Gimeno Sendra constituye desde un punto de vista técnico, la mayor innovación traída por dicha preceptiva.¹⁹ Se ha criticado, sin embargo, la forma como quedó instrumentada, entre otras razones, por el carácter obligatorio de la comparecencia de las partes cuando la misma no se considera necesaria.²⁰

17. La oralidad en el proceso civil mexicano, en Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal, Bogotá, 1990, v. II, núm. 9, pp. 185-187. Asimismo; Ovalle Favela, J., Derecho procesal civil, 3ª. Ed., México, Harla, 1989, pp. 116-118.

18. Fábrega, P. J., Estudios procesales, Panamá, Editora Jurídica Panameña, pp. 417-424; id., “el nuevo ordenamiento procesal civil en Panamá”, Montevideo, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1987, núm. 1, pp. 22-23.

19. “La reforma procesal urgente y la aceleración del procedimiento civil”, en Reforma de la ley de enjuiciamiento civil, Merida, Proserpina3, 1985, p. 70. Opinión similar es la de Almagro Nosete, J., El nuevo juicio de menor cuantía, en la misma obra, pp. 14 y ss.

20. Así, Fairen Guillen, V., “La comparecencia en el juicio de menor cuantía”, en Estudios de derecho procesal. Madrid, 1984, v. II, p. 314; id., op. cit. en nota 1, pp. 46-47. En el mismo sentido, Almagro Nosete, J., op. Cit. En nota 19, p. 17

En este sucinto raconto legislativo no puede dejar de mencionarse el flamante Código General del Proceso del Uruguay de 1988 (artículos 340 a 342), inspirado precisamente en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del mismo año,²¹ el primero que consagra su preceptiva.

Por ultimo —porque resume, de algún modo, una situación típica bastante generalizada en otros países de Iberoamérica — parécenos de interés traer a colación, asimismo, la disímil experiencia argentina. La ley 14.237 de 1953 había introducido, en el ordenamiento capitalino, una norma —“un código dentro de otro código”, en el decir de Sentís Melendo²² que imponía el deber del juez de convocar a las partes, inmediatamente después de la apertura a prueba, a una audiencia a celebrarse en su presencia dentro de los diez días siguientes, a fin de establecer los hechos objeto de prueba, que fueren conducentes a la decisión del juicio; los cuales debían ser fijados definitivamente por el juez en el mismo acto o dentro de los tres días. Solo sobre tales hechos podría producirse prueba. Inserta en un esquema que respondía a bases diferentes —tozudamente escriturario— la aplicación práctica fracaso; los jueces no estaban presentes en las audiencias y los abogados mantenían la totalidad de los hechos y las pruebas.²³ Al poco tiempo quedó derogado. Ulteriormente, otro intento igualmente fugaz fue el que tuvo lugar en la provincia de Buenos Aires, donde se instituyó el proceso oral para ciertas cuestiones (ley 7861, de 1972, derogada en 1979), con una audiencia de fijación de hechos y de pruebas.²⁴

En 1981, la ley de reformas 22.434 al Código Procesal de la nación vigente creyó encontrar la solución en un precepto, el artículo 125 bis, que prevé una audiencia en la que, entre otros objetivos, el juez debe adoptar las medidas subsanatorias tendentes a evitar nulidades, intentar la conciliación de las partes o, en su defecto, invitarlas a reajustar sus pretensiones, interrogar a aquellas de oficio sobre las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad, provocar el desistimiento de las pruebas innecesarias o el acuerdo sobre determinados hechos.

-
21. Gelsi Bidart, A., Dirección del proceso y audiencia preliminar; Greif, J., La Audiencia preliminar y el despacho saneador en el centro de la reforma; Guerra Ferreira, L., Audiencia preliminar; Montiel, A. M., Audiencia preliminar; Teitelbaum, J., Audiencia preliminar; Viera Cuello, L., Audiencia preliminar; Berizonce, R. O., La audiencia preliminar; todos en V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia de Sacramento, Uruguay, 1990.
 22. El querido maestro Sentís Melendo defendió con ahínco, entre nosotros, las ideas que sustentan la audiencia preliminar. Así en El proceso civil, estudio de la reforma procesal argentina. Buenos Aires, 1957, pp. 195 y ss.
 23. Sentís Melendo, S., op. Y lugar citados en nota 22.
 24. Morello, A. M., Passi Lanza, M.A., Sosa, G. L., y Berizonce, R. O., Códigos procesales..., Buenos Aires, 1979, v. IX, pp. 684 y ss. Y bibliografía allí citada.

La preceptiva, criticada esencialmente por acollarar las medidas a la audiencia de absolución de posiciones y posibilitar que el juez se exima de intervenir “cuando circunstancias derivadas del cumulo de tareas lo hiciere necesario”,²⁵ tampoco ha recibido mayor acogida en la práctica.²⁶

- d. En síntesis, cabe señalar entonces que el mecanismo procesal que nos ocupa ha tenido suerte diversa en la realidad de los ordenamientos latinoamericanos –en paralelo con otras innovaciones trascendentes que se han dado en el plano del proceso civil, como el sistema de oralidad--, pudiendo avizorarse nuevos y renovados intentos tendentes a su adecuada regulación o implementación práctica. De ahí la significación del ordenamiento modelo.

3. La regulacion de la audiencia premilinar en el código procesal civil modelo para iberoamerica.

Señalan los autores del anteproyecto, los profesores uruguayos Gelsi Bidart, Vescovi y Torello, en su exposición de motivos²⁷ al aludior a las orientaciones generales, que se sustituye el proceso formado por actos sucesivos, monologal, por la reunión de los interesados en audiencias (proceso por audiencias), erigidas así en el núcleo fundamental del proceso, con la efectiva, necesaria y activa presencia del juez. Para su concreción se prevé en el proceso ordinario, una audiencia preliminar que constituye “la innovación más representativa”, tendente a solucionar los problemas formales que eventualmente puedan plantarse, tentar la conciliación, establecer el objeto del proceso y de la prueba y ordenar el diligenciamiento de esta; eventualmente y cuando ello es posible, diligenciarla

25. Morello, A. M., Sosa, G. L., y Berizonce, R. O., Códigos procesales..., Buenos Aires, 2ª. Ed., 1982, pp. 518-511; 618-619; Palacio, I. E., Estudio de la reforma procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1981, p. 117.

26. Se ha señalado que, consultados 45 juzgados especiales en lo civil y comercial de primera instancia de la capital federal, solo doce jueces concurrían personalmente a la audiencia prevista en el artículo 125 bis del Código Procesal (Gonzaini, O. A., Introducción al nuevo derecho procesal, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 228).

En uso de los más recientes ordenamientos locales, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (ley 2208 de 1987), se ha incorporado una audiencia denominada “preliminar” y que persigue objetivos múltiples: avenimiento total o parcial por vía conciliatoria, simplificación y fijación de cuestiones fácticas, recepción de ciertas peticiones, dictado de resoluciones de impulso del proceso; cuya aplicación concreta aun no puede aventurarse. Cfr. Berizonce, R. O., La audiencia preliminar; un acto esencial del proceso (A propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino), Buenos Aires. La ley, 1988, p. 754.

27. Sobre los antecedentes y bases del anteproyecto: Gelsi Bidart, A., “Código tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme”, en Un “Codice Tipo” di procedura civile per l’ America Latina, Padova, CEDAM, 1990, p. 41 y ss. El anteproyecto fue presentado en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Río de Janeiro, mayo de 1988, y ulteriormente debatido en extenso en el congreso internacional celebrado en Roma en septiembre del mismo año, y que se recogiera en Un “Codice Tipo” di procedura civile per l’ America Latina, a cura di S. Schipani y R. Vacarella, cit. Supra.

o declarar que el proceso es de puro derecho e incluso y en esa hipótesis, fallarlo; y una segunda audiencia para diligenciar la prueba, comentarla brevemente (alegatos) y fallar el conflicto. Toda esa actividad, en cambio, se concentra en el proceso extraordinario.

No es propósito agotar aquí las muy diversas cuestiones que se suscitan. Escogemos solo algunas que por ser viscerales requieren un análisis detenido.

a. Obligatoriedad de la audiencia

Hemos aludido antes a cierta tendencia en la legislación y doctrina que se manifiesta en contra de la obligatoriedad. El código modelo no resuelve expresamente la cuestión, empero por lo dispuesto en el artículo 298.3, que manda convocar la audiencia “con contestación o sin ella”, cuanto por el contenido del acto, su realización en todos los procesos no puede, por principio, ser obviada. De cualquier modo, no se advierten razones que impidan, excepcionalmente, cuando su inutilidad aparezca manifiesta²⁸ prescindir de su fijación o diferir a la audiencia de prueba única alguna de sus finalidades, v. gr., el intento conciliatorio.

b. Presencia y poderes del tribunal; cargas de las partes

La audiencia preliminar tendrá lugar necesariamente en presencia del tribunal, que la presidirá “bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional” (artículo 95), y de las partes, que deberán hacerlo en forma personal, salvo motivo fundado que a juicio de aquel justifique la comparecencia por representante, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio. La audiencia solo podrá diferirse por una vez si una de las partes por partes por razones de fuerza mayor insuperable, debidamente acreditadas, no puede comparecer (artículo 300.1).

La inasistencia injustificada del actor implicara que se lo tenga como desistido de su pretensión (300.2); si, en cambio, el inasistente fuere el demandado, como regla y excepto que se tratare de cuestiones de orden público o derechos indisponibles, se dictara sentencia teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor, salvo prueba en contrario (300.3). Lo que será aplicable, en lo pertinente, cuando medie reconvencción (300.4).

28. Como enfatiza Fairèn Guillen: si se exagera en la recepción del mecanismo puede generarse un efecto inverso al perseguido, al perseguido, al crearse un acto o una serie de actos inútiles, por impracticables o inadecuados; de ahí la convivencia de flexibilizar su cumplimiento, autorizando al juez a eliminarlo en supuestos en que su inutilidad fuere manifiesta. Op. Cit. En nota 20, p. 314.

Los principios cardinales de inmediación, concentración y publicidad —enfanzados reiteradamente en la exposición de motivos y consagrados en el texto (artículos 7, 8 y 10)—; exigen la inexcusable presencia personal en la audiencia del juez y de las partes. Ningún comisionamiento queda permitido, ni en el secretario ni en otros auxiliares (artículo 18); como tampoco se exculpa, salvo supuestos excepcionales debidamente acreditados, la ausencia de las partes. Las consecuencias del incumplimiento son graves, a tono con la necesidad de asegurar la efectiva realización del acto. No obstante la aparente rigidez de los textos parécenos que queda margen suficiente para interpretar flexiblemente la carga colocada del lado de las partes —como el propio precepto lo admite—y, especialmente, en punto a los efectos de la incomparecencia del demandado, que ha de compatibilizarse con el principio de la verdad material subyacente en el sistema oral (artículos 33.4, 33.2 y 129). De tal modo, los hechos que se han de tener por ciertos, en tal supuesto, serán los afirmados por el actor sean ilícitos y conducentes, recayendo sobre materia disponible y sin perjuicio de las facultades instructorias del tribunal.

Sera esencial que el juez asuma en concreto la dirección de la audiencia, en forma activa no solo para asegurar su realización sino aun para colaborar, aclarar y asesorar a las partes, completar y hasta suplir los errores jurídicos en que hubieren incurrido, ejerciendo una suerte de función asistencial que en modo alguno compromete su imparcialidad.²⁹

c. Contenido de la audiencia

La multiplicidad del objeto del acto se refleja en la extensa letra del artículo 301, con sus seis apartados, que sintéticamente refieren a: 1) la ratificación de los escritos constitutivos con las aclaraciones pertinentes y la eventual incorporación de hechos nuevos; 2) la contestación de las excepciones previas a que alude el artículo 123; 3) la tentativa de conciliación; 4) la recepción de la prueba de las excepciones, si no fueren de puro derecho; 5) el saneamiento del proceso, mediante la resolución de las excepciones procesales y nulidades, como también de todas las restantes cuestiones que obstan a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda³⁰ y la legitimidad en la causa,

29. Exposición de motivos (anteproyecto). Como demostrara irrefutablemente Vittorio Denti, la concepción individualista del proceso se abroquela en la defensa del principio de la “neutralidad” del juez para negar potestades instructorias que son imprescindibles para el esclarecimiento de la verdad. Aquel principio, sin embargo, mal puede conciliarse con la cada vez menor “neutralidad” de la sociedad misma respecto a las orientaciones políticas de la sociedad en que opera. Estudios de derecho probatorio, Buenos Aires, EJEA, 1974, trad. Sentís Melendo, S. y Banzalaf, T. A., pp. 117-153.

30. En la literatura procesal rioplatense abundan los estudios sobre el tema: Torello, L. A. y Viera, L. A., “Improponibilidad manifiesta de la pretensión; rechazo ‘in limite’ de la demanda”, Montevideo, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1981, núm. 3, p. 277. Peyrano, J. M., El proceso atípico, Buenos Aires, ed. Universidad, 1983, p. 17. Carli, O., La demanda civil, La Plata, ed. Lex, 1977, p. 116, Morello, A. M. y Berizonce, R. O., Improponibilidad objetiva de la demanda, Buenos Aires, J. A., 1981, v. III, p. 788. Morello, A. M., Sosa, G. L., y Berizonce, R. O., op. Cit. En nota 25, p. 114.

cuando sea definible al comienzo del litigio,³¹ y 6) la fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba.

La función conciliadora que se coloca, pues, en manos de los jueces, evoca una temática más amplia y de singular trascendencia en el moderno derecho procesal; la justicia conciliatoria como forma alternativa para la decisión de los conflictos. Tal como está regulado, se auspicia el intento de lograr el advenimiento total o parcial de las diferencias que superan las recíprocas posiciones de las partes; lo que supone la conciliación, en todo o en parte, por vía del reajuste de las pretensiones u oposiciones articuladas en los escritos constitutivos. El mecanismo conciliatorio intraprocesal, confiado al órgano judicial e inserto en esta oportunidad clave del desarrollo procedimental, cuando aún no se ha transitado la etapa probatoria, está llamado a rendir –según se espera–³² grandes frutos en la solución autocompuesta bajo el estímulo del juez.

El auspicio de la autocomposición es, sin embargo, mucho más intensa, desde que en el anteproyecto se la prevé, también, como trámite imperativo previo erigido en requisito de admisión de la demanda, en los procesos de conocimiento que canalicen por la vía ordinaria (artículos 263 a 267); salvo exclusión legal o trámites de la jurisdicción voluntaria. El potencial accionante, antes de iniciar el proceso, deberá pedir audiencia ante el órgano jurisdiccional competente a los fines de intentar la conciliación con el futuro de mandado, la que se fijara con plazo no menor de tres días y será recibida por el tribunal bajo pena de nulidad. Si por dos veces no concurriere el citado, la incomparecencia constituirá presunción simple en su contra en el proceso ulterior. Si se acuerda la conciliación, tendrá los mismos efectos que la transacción homologada judicialmente; en caso contrario, se documentara la audiencia dejando constancia de las pretensiones de cada parte; las soluciones propuestas por estas y por el tribunal; y las diferencias que impidieron el acuerdo.

31. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina denomina a esta excepción “falta de legitimación para obrar manifiesta”. Cfr., Palacio, L. E., La excepción de falta manifiesta de la legitimación para obrar, en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1981, num. I, p. 77. Carli, C., op. Cit. En nota 30. P. 228. Morello, A. M., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., op. Cit. En nota 25, v. IV, p. 219. Sobre el paralelismo entre ambas excepciones: Gelsi Bidart, A., Vescovi, E. y Torello, L. A., Anteproyecto ...cit. en nota 1, p. 61.

32. Berizonce, R. O., Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia, Buenos Aires, *El Derecho*, 1985, v. 114, cap. IV, 2, p. 860, donde se comprueban los resultados favorables de la conciliación cuando el juez toma la iniciativa. En el mismo sentido, aunque provisionalmente, respecto de la experiencia de la enmienda española de 1984; Fairen Guillen, V., op. Cit. En nota 1, p. 31 y nota 148.

Los aspectos centrales del actual debate en torno a la organización³³ -similar al que concitara hace una década a la doctrina italiana--³⁴ se finca en el carácter jurisdiccional o no (administrativo) de la función conciliatoria y la oportunidad en que se inserta. En el derecho brasileño, de acelerada transformación, se ha propiciado, por un lado la anticipación de la tentativa de conciliación para un momento anterior a la audiencia de instrucción, en el procedimiento ordinario. En otro cuadrante, con la creación de los Juizados Especiais de Pequenas Causas, por la ley federal de 1984, en las cuestiones de su competencia, la misión conciliadora, que es previa a la eventual instauración del proceso, se ha confiado a conciliadores que no son órganos jurisdiccionales, ni ejercen jurisdicción; actúan como colaboradores del juez. La elección de personas diferentes del juez obedece –según el criterio que prevaleciera— a la distinta naturaleza de la función que les compete, que impone la diversidad de los órganos y tiende a superar las dificultades que derivan, para el juez de la causa, de un eventual prejuzgamiento consecuencia de su papel activo en la gestión de acercamiento de las partes.³⁵

En México, la reforma de 1986-1987 al Código de Procedimiento Civiles de Distrito Federal encomendó la función conciliatoria, que tiene lugar en la audiencia preliminar, a un “conciliador adscrito al juzgado” (artículo 272-A), con argumentos similares a los ya mencionados. Si bien se ha señalado la necesidad de seleccionar adecuadamente tales funcionarios para asegurar su idoneidad; fuera de que para desempeñar eficazmente deberán conocer en profundidad las pretensiones de las partes.³⁶

EL Código Modelo sigue un criterio diverso. Sin desconocer las experiencias que en otras latitudes han consagrado la delegación y desprofesionalización de esas tareas, se rescata para esta etapa de la audiencia preliminar el perfil judicial de la conciliación, que se reserva a los jueces. Bien que dejando a salvo la posibilidad de que la conciliación se organice con no profesionales (legos, técnicos), tratándose de la procesal—exposición

33. Vescovi, E., “La justicia conciliatoria”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, 1982, num. 2, p. 161. Pellegrini Crinover, A., A conciliação extrajudicial no quadro participativo; Gelsi Bidart, A., Conciliação y proceso; ambas en Participação e processo, Sao Paulo, ed. Rev. Dos Tribunais, 1988, pp. 273 y 253, Hitters, J. C., “La justicia conciliadora y los conciliadores”, en La justicia entre dos épocas. La Plata, LEP, 1983, p. 159. Gomez Lara, C. op. Cit. En nota 17, p. 186. Ovallo Favela, J., op. Cit. En nota 17, p. 117. Berizonce, R. O., Justicia conciliatoria y justicia de paz, Buenos Aires, J. A., 1984, p. 770.

34. Así, los debates en el Convegno dell' Associazione italiana fragil studiosi del processo civile, Milano, 1979; y allí, relaciones de N. Picardi, il giudice conciliatore. Costruzione e crisis di un modelo, publicada en Giust. Civ., XXX, 1980, II, pp. 56-82; y de Denti, V., “I procedimenti non giudiziali di conciliazione como istituzioni alternative”. En rivista di Diritto Processuale, XXXV, 1980, pp. 410-437.

35. Pellegrini Grinover, A., Deformalização do processo e deformalização das controversias, en Rev. Informacao Legislativa, Brasília, 1988, p. 201.

36. Gómez Lara, C., op. Cit. En nota 17, pp. 185-187. Ovallo Favela, J., op. Cit. En nota 17, p. 117.

de motivos--; y, desde luego, en los supuestos de competencia de la justicia vecinal o de “coexistencialidad”. En realidad, debe verse detrás de esta postura la idea, habitualmente admitida en nuestro subcontinente, de que son los órganos del Poder Judicial—y no solo en la letra de las constituciones—los que ofrecen efectivas garantías para la tutela de los derechos de los ciudadanos; y por consecuencia, una suerte de sospecha sobre la imparcialidad con que los funcionarios distintos podrían llevar a cabo tareas tan delicadas; y aun, el recelo por manejos que, a la postre, menoscaben la igualdad y la equidad en perjuicio de la parte menos favorecida.³⁷ Son realidades, cabe acotar, típicas de la actual etapa de nuestro desarrollo y de las que el legislador no puede prescindir; máxime su coincidencia con la tendencia universal hacia una cada vez más creciente judicialización de los derechos.³⁸

En cuanto a la fijación del objeto del proceso y de la prueba, se trata de la determinación de las cuestiones fácticas litigiosas, que se efectuó explícitamente cuando como consecuencias de las aclaraciones formuladas por las partes (artículo 301, apartado 1) o del acuerdo conciliatorio parcial de sus diferencias (artículo 301, apartado 3), hubiere devenido una simplificación o delimitación del objeto pretendido.³⁹ En los demás supuestos, en principio, el objeto del proceso está constituido por la pretensión o pretensiones articuladas en la demanda que, junto con la oposición del demandado han de configurar el *thema decidendi*; lo cual, por obvio, no requiere pronunciamiento específico en este tramo. El tribunal tiene el deber, en cambio, de decidir respecto de los hechos que, por resultar ilícitos o inconducentes, quedan excluidos de toda consideración.

La determinación – explícita o implícita, como quedó señalado- del objeto del proceso trae como consecuencia la fijación de las pruebas que serán motivo de producción, en correlación con dicho objeto y los hechos controvertidos y conducentes al esclarecimiento de lo debatido. Se trata aquí de expurgar la prueba, descargando la labor jurisdiccional de aquellas medidas manifiestamente inadmisibles o impertinentes.⁴⁰

37. Gómez Lara, C., op. Cit. En nota 17, pp. 186.

38. Denti, V. y Vigoriti, V., op.cit. en nota 34, pp. 369-370.

39. Sobre la significación de la actuación del juez en este tramo: Gelsi Bidart, A., Vescovi, E. y Torello, L. A., El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cit. En nota 1, pp. 63-64. Así mismo, Fairen Guillen, V., op. Cit. En nota 1, p. 32 y con especial referencia al “modelo de Stuttgart”.

40. Claro que –como se ha señalado- la cuestión tan significativa de la simplificación de la prueba no constituye sino uno de los aspectos del amplio problema de la simplificación del proceso; y que éste último objetivo no puede lograrse con desmedro del establecimiento de la verdad, presupuesto indeficiente de la sentencia *justa* (Denti, V. y Taruffo, M., informe citado en nota 9).

Conviene subrayar que —como se ha señalado doctrinariamente y ha sido de práctica en sistemas similares⁴¹— lo que este mecanismo supone no es que el juez “fije” o determine enunciativamente los hechos litigiosos, sino que, simplemente, descarta lo que no debe tenerse por tales. Se trata de una suerte de fijación por eliminación de lo rechazado y por sedimentación y filtración de lo que queda en el proceso; no se impone al juez concretar los puntos que serán objeto de discusión y prueba. Al decidir que descarta tales hechos por inconducentes o tales pruebas por impertinentes o superfluas o meramente dilatorias, lo que está haciendo no es propiamente “fijar” los hechos, sino descartando, excluyendo lo que no deberá ser materia de juicio y por esta vía, diríamos inversa u oblicua, por simple “residuo”, quedan como puntos o hechos “litigiosos” lo que habiendo sido articulados, no fueron eliminados mediante aquella resolución.

Es necesario advertir, todavía que se impone un criterio amplio en la apreciación de los hechos que resultan conducentes a la decisión del litigio, ya que por principio ello es materia de la sentencia definitiva si la ley ha anticipado la oportunidad de su consideración ha de ser a condición de que se trate de supuestos claros y concluyentes; en caso de duda, debe prevalecer una pauta de amplitud y elasticidad, favorable a la admisión de los hechos y a la producción de las pruebas. La potestad acordada al juez debe ser usada con prudencia, a fin de no causar agravios innecesarios a las partes, máxime que puede verse comprometido el *derecho de la defensa*.⁴²

d. Documentación y reproducción de la audiencia

Todo lo actuado —prevé el artículo 303.5— se documentará según lo dispuesto en los artículos 97 y 98, “en forma resumida” en acta que se labrará durante el transcurso o al cabo de audiencia, tratándose de “asegurar la fidelidad de resumen”, que se ha de limitar a “la relación sucinta de lo actuado” (artículo 98, apartado 3). Sin perjuicio de que el tribunal disponga su reproducción total o parcial utilizando los medios técnicos disponga su reproducción total o parcial utilizando los medios técnicos apropiados (artículo 97, in fine). Se establece, igualmente, que “en el acta se podrán insertar las constancias que

41. Eisner, I “La fijación de los hechos litigiosos”, Revista del Colegio de Abogados, La Plata, núm.30, p 142. Así, en la experiencia argentina de la aplicación del artículo 833, Código Procesal Civil y Comercial, Provincia de Buenos Aires (texto ley 7861, derogado). Cfr., Morello, A.M., Passi Lanza, M. A., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., op. Cit. En nota 24, v. IX, p.684

42. Las partes tienen el derecho de servirse de todas las pruebas relevantes para la demostración de los hechos que sustentan sus pretensiones (Taruffo, M., op. Cif en nota 11, pp. 435). Claro que —como sostiene Tarzia— el “derecho a la prueba” no puede ser concebido como el derecho a una prestación del juez ni como una potestad a la cual corresponda una mera sujeción del juez mismo. Se trata en todo caso, de asegurar el control del ejercicio del poder del juez respecto de la prueba potencialmente idónea (Problemi del proceso civile di cognizione, CEDAM. 1989, pp. 364-365). Cfr., Perrot, R., Le droit a la preuve, en Effektiver Rechtsschuliz..., cit. En nota 34, pp. 91 y ss.

las partes soliciten, en especial las concernientes a declaraciones e informes y todo lo demás que resulte necesario a juicio del tribunal”; como también se dejará constancia de las resoluciones rechazando o admitiendo alguna prueba controvertida (artículo 303.5).

La forma de documentación de los actos acontecidos en la audiencia preliminar, así como los que tuvieron lugar en la audiencia complementaria de prueba, vincula naturalmente con ciertos principios de esencia en que descansa el proceso oral y, otro lado, con la potestad revisora de los tribunales superiores (artículos 218 a 231, 304; 238 a 250, 365). Lo primero conduce a señalar la incongruencia que significa documentar por escrito todos los actos y especialmente la prueba oralmente adquirida;⁴³ de ahí el acierto de la referencia a la “forma resumida” en que se recogerá lo actuado,⁴⁴ porque los elementos de representación escrita no son indispensables en función de los principios ya aludidos.⁴⁵ En cuanto a las exigencias que puedan derivar de la doble instancia ordinaria, comprensiva de la revisión del juicio fáctico, si bien por principio no justifica la documentación integral de la adquisición de las pruebas, tampoco excluye que se disponga la reproducción de lo actuado utilizando los “medios apropiados” a que alude el artículo 97, apartado final.⁴⁶ Claro que habrá que convenir que su incorporación no podrá efectuarse en el modo escrito, por lo que quedó dicho.

4. Perspectivas de la audiencia preliminar en los ordenamientos latinoamericanos

Si se comparan las grandes líneas tendenciales que se avizora en el pensamiento procesalístico latinoamericano,⁴⁷ con los principios inspiradores del anteproyecto que

43. Cappelletti, M., op.cit en nota 11, pp. 34 ss. donde se estudian las bases históricas de la oralidad y la superación del principio *quod non est in actis non est in mundo*. Según la clásica enseñanza chiovendiana, en el sistema oral el acta no constituye requisito *quod substantiam* del procedimiento probatorio (op. Cit. p. 311 y ss)

44. Una fórmula similar se contiene en la ley del proceso laboral bonaerense (Argentina) (artículo 49, ley 5178; artículo 46 segunda parte, ley vigente 7718): “a pedido de parte y siempre que el tribunal lo considere pertinente, podrá hacerse constar alguna circunstancia especial vinculada con la causa”. Sobre la intervención jurisprudencial de esta norma: Monsón, M. D. El proceso oral del trabajo de la Provincia de Buenos Aires y el significado de la segunda parte del artículo 46 del decreto ley 7718, Buenos Aires, J. A., 1988-IV, p. 774

45. Cappelletti, M., op.cit en nota 11, pp. 311-318. Véscovi, E. op. Cit en nota 10, p.521. Gelsi Bidart, A., “Proceso oral”, en Curso de derecho procesal Montevideo, 1977, v. III p. 67. Morello, A. M. Passi Lanza, M. A, Sosa, G. L y Berizonce, R, R. O., op cit en nota 24, Vix, p 717.

46. Fairén Guillén propicia la “protocolización por magnetofonía” para obtener una versión “perennizada” de lo acaecido en la audiencia, a la manera del “modelo de Stuttgart” (op cit nota 1, pa. 56)

47. Una visión de las grandes tendencias en el perfeccionamiento de los sistemas vigentes en el subcontinente, puede verse en Devis Echandía, H., Estudios de derecho procesal, Bogotá, Ed, ABC, 1979, v. I; 1980, v. II Gelsi Bidart, A., “La ineficacia procesal

analizamos, ha de convenirse que el ordenamiento modelo ha plasmado inteligentemente los valores preferentes y las Más caras expectativas latentes en nuestras comunidades.⁴⁸

La consagración de claras directrices generales denotativas de la publicitación del proceso (artículos 1 al 13),⁴⁹ y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción;⁵⁰ la adopción de la oralidad y publicidad (proceso por audiencias); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes (artículos 33 al 35) para la dirección e instrucción de las causas; son algunos de los más significativos aciertos, que confluyen y se corporizan en la etapa crucial de la audiencia preliminar, que hemos analizado. Con resultar aquellos postulados esenciales en la diagramación del perfil del ordenamiento, es en ese complejo mecanismo que han de cobrar vida y operatividad. De ahí que no resulte aventurado afirmar que la suerte de aquél estará jugada, de hecho. El éxito de la audiencia preliminar.

Y America Latina, en *Derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Fundación Cultural Universitaria, 1987, p. 353. Barbosa Moreira, J. C., *Temas de derecho procesal*, ed. Saraiva, 1984, 3ª serie. Véscovi, E., *Garantías fundamentales de los litigantes en el proceso civil*, Rev. Est. Proc., Rosario (Argentina), 1972, núm 13, p. 99 Morelilo, A. M., "Eficacia y contralores en el funcionamiento del servicio de la justicia" en la justicia entre dos épocas, cit en nota 33, p. 87; id., "Un nuevo modelo de justicia", en *La Ley*, Buenos Aires 1986, p. 800. Fix-Zamudio, H., "Los problemas contemporáneos del poder judicial", México, UNAM, 1986, p. 3; id., "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", ponencia en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Gómez Lara, C., *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1987, P. 73 Rodríguez Urraca, J., *El futuro del proceso civil*. Valencia. Venezuela, 1975. Fábrega, P.J., *El nuevo ordenamiento procesal civil en Panamá*, cit nota 18. Rengle Romberg, A., "El nuevo Código del Procedimiento Civil de Venezuela", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1986, núm 1, p. 0 Chacón Corado, M. R., "Garantías procesales en el proceso guatemalteco", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1986, núm. 3, p. 249. Quintero, M., *Justicia y realidad*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988. Bermudes, S., "Meios de aumentar a eficiencia de justicia", en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, 1990, p. 51. Berizonce, R.O., "Medios para aumentar la eficiencia del servicio de justicia", misma revista, p. 9 (resumen)

48. Gelsi Bidart, A., "Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, sept. 1982. Véscovi, E., "El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1986, núm. 4, Berizonce, R. O., "Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el derecho común y el derecho uniforme (Anteproyecto de Código-tipo del proceso civil para América Latina)", en *Un "Codicetipo" di procedura civile per l'America Latina*, cit en nota 27, p. 29
49. Han ocupado preferentemente a la doctrina los temas de la publicitación, desacralización y humanización de los procedimientos: Devis Echandía, H., "Política social en la justicia civil"; id., "Humanización del proceso judicial, acceso a los tribunales y tutela de las partes económicamente débiles", ambos en op cit en nota 47, v I, pp. 201 y 313 Véscovi, E., *Teoría general del proceso*, Bogotá Temis, 1984, pp. 51 y 218. Rodríguez Urraca, J., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia, 1968 Gelsi Bidart, A., "Crisis socioeconómica y proceso, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1986, nú. 2, p. 116. Pellegini Grinover, A., op cite m nota 35. Barbosa Moreira, J. C., op. Cit en nota 47, pp. 1, 43; id., "Dimensiones sociales de proceso civil", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1986, núm. 4. 425 Nogueira, C. A., "Las transformaciones del proceso civil y la política procesal" en la obra común *La justicia entre dos épocas*, cit en nota 33.
50. Sobre el estado de la cuestión de la igualación ante la justicia e América Latina: Véscovi, E., "La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes", en *Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Procesal* (argentino). Mendoza, 1972, v. 3, p. 215. Devis Echandía, H., "Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas ante aquélla y en el proceso", en *Estudios de derecho procesal*, cit, en nota 47, v. I, p. 189. Berizonce, R. O., *Efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Platense, 1987.

El código-tipo pretende erigirse en un modelo paradigmático en el cual puedan espezarse las tan ansiadas –y demoradas- transformaciones de las instituciones procesales latinoamericanas, por muchas razones, reveladas en los indicadores más exactos,⁵¹ desactualizados, arcaicas, ineficientes en suma. La integración jurídica que se percibe y aliente –como objeto más amplio de la integración cultural- necesita insoslayablemente de un común lenguaje en las legislaciones procesales.

Claro que el intento –si bien subidamente ambicioso- resulta todavía parcial e incompleto. Queda pendiente diseñar el modelo de organización judicial adecuado para satisfacer las exigencias de los tiempos, en que el encumbramiento de un poder jurisdiccional efectivamente independiente, controlador y garante de los derechos de los ciudadanos,⁵² autónomo, pero también responsable ante la comunidad, se erige en valor prevalente. Así como, en paralelo, la organización de una abogacía independiente e igualmente responsable. El diseño, en fin, de metodologías y estrategias apropiadas para, en cada uno de nuestros países, facilitar el arduo camino de las transformaciones.⁵³

Los profundos cambios que a través de todas esas ideas se auspician no han de ser re-ceptados, sin duda, pacíficamente. En Latinoamérica –como generalmente ocurre en los diversos países- la resistencia, por razones muy diversas y hartamente complejas, a los avances en el terreno de las instituciones de la justicia, suele perturbar los proyectos más perfectos. La persistencia de hábitos arraigados, aunque arcaicos y desnaturalizadores, los usos *fori*, retardan y frenan los mejores empeños.

Queda por delante un largo y azaroso trayecto que, en cada uno de nuestros países, comienza con la difícil tarea de convencer –más aún, seducir-, mediante el proyecto,

51. Acerca del funcionamiento del sistema de justicia en América Latina: Gelsi Bidart, A., op cit en nota 47. Bermudes, S., op cit en nota 47. Berizonce, R. O., op cit en nota 47. Sarmiento Núñez, J. G., “El servicio de la justicia en Venezuela”, comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas Derecho Procesal, 10 de Janeiro, 1988. Parodi Remó, C. A., Medios de aumentar la eficiencia del servicio de justicia, comunicación a las mismas. Quintero, M., op cit en nota 47. En particular, sobre los indicadores de la misma ineficiencia y sus causas: además de los trabajos citados supra; ellegri Grinover, A., op cit en nota 35. Barbosa Mreira, J. C., op cit en nota 47, especialmente pp 1, 27, 43, 57, 79, 173, 188 193. Morelo, A. M., “En la búsqueda de un nuevo modelo”, en la obra común *La justicia entre dos épocas*, cit nota 33, Berizonce, R. O., y Nogueira, C. A., “Causas y orígenes del actual problema de la sobrecarga”, informe argentino al VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Uret, 1987, en *Jus. La Plaa*, 988, n.º 39, p. 23 también en *Actas de dicho Congreso*.

52. Para una visión de la rama judicial con verdadero poder estatal: Vécovi, E., *La independencia de la Magistratura en la evolución actual del derecho*, en *Effektiver Rechtsschutz...*, cit en nota 34, p. 161 Gelsi Bidart, A., “Desde el proceso hacia el poder judicial”, en *IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, cit Fix-Zamudio, H., “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, cit en nota 47. Parodi Remón, C. A. *El poder judicial en la Constitución*, en las *IX Joras*, cit Devis Echandía, H. “La independencia del poder judicial”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1985, núm. 3, pp. 124

53. Berizonce, R. O., op cit en nota 51; id., “Metodología y estrategias para la reforma judicial”, en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, 1990, p. 83

primero a los propios operadores, jueces, abogados, auxiliares y, al cabo, a los destinatarios mismos. Los ciudadanos, los litigantes “consumidores” del servicio de justicia. En relación a unos y otros, será menester alentar un imprescindible cambio de mentalidad. Para que aquellos, los ejecutores, recepten, se compenetren y “sientan” no sólo la necesidad del cambio sino, además. Las ventajas del modelo propuesto y adopten así una actitud de acompañamiento e impulso, sin la cual no será posible conducir a buen puerto la reforma.

Por sobre todo lo que la legítima –estamos persuadidos- es que se sustenta en valores superiores que nuestras comunidades ensalzan, en la época que vivimos: las aspiraciones colectivas a la vida democrática, en una república representativa, donde la libertad, el pluralismo y la participación social se conjugan armoniosamente. Porque, en definitiva el proceso –como lo reluce en la enseñanza magistral del profesos Dent⁵⁴- no puede ser concebido como una entelequia abstracta, pretendidamente neutral respecto a los valores, como una suerte de laboratorio dominado por la técnica para la búsqueda de una soluciones cualquiera, sino que es instrumento humano para la justa solución de los conflictos, en que se reflejan precisamente los valores de la sociedad entera. Así entendido, no sería presuntuoso afirmar que la suerte de la reforma estaría asegurada.

54. “Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez”, en Estudios de derecho probatorio, cit en nota 29, p. 302. Asimismo, su participación en los debates del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Utrecht, Holanda, 1987, sobre el tema de la simplificación del procedimiento probatorio.

5. Bibliografía

1. Barbosa Moreira, J.C., Saneamiento del proceso y la audiencia preliminar, comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, Madrid, 1985. Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1986,
2. Barrios de Angelis, D., La audiencia preliminar. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, 1975, núm. 1.
3. Bendar, R., “The Stuttgart Model”, en Access to Justice, M. Cappelletti general editor, Giuffre-Sijthoff. 1979, v., II, 2.
4. Berizonce, R. O., “Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el derecho común y el derecho uniforme (Anteproyecto de Código-tipo del proceso civil para América Latina)”, en Un “Codicitipo” di procedura civile per l’America Latina.
5. Berizonce, R. O., Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia, Buenos Aires, El Derecho, 1985.
6. Berizonce, R. O., op cit en nota 51; id., “Metodología y estrategias para la reforma judicial”, en Revista Universitaria de Derecho Procesal, Madrid, 1990.
7. Buzaid A., O despacho saneador. Rev. Direito Processual, Sao Paulo, 1960.
8. Cappelletti, M., La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires, EJE, 1972,
9. Carli, O., La demanda civil, La Plata, ed. Lex, 1977.
10. Denti, V. y Taruffo, M., “Simplifying the taking of evidence”, en General Reports. 8th World Conference on Procedural Law, Utrecht, 1987, v. II.
11. Denti, V., “Riforma e controriforma del proceso civiles?”, en Un progetto per la giustizia civile, Bologna. Il Mulino, 1982.
12. Eisner, I “La fijación de los hechos litigiosos”, En: Revista del Colegio de Abogados, La Plata, núm. 30.
13. Fábrega, P. J. “el nuevo ordenamiento procesal civil en Panamá”, Montevideo, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1987, núm. 1.
14. Fábrega, P. J., Estudios procesales, Panamá, Editora Jurídica Panameña.
15. Fairen Guillen, V., “La comparecencia en el juicio de menor cuantía”, en Estudios de derecho procesal. Madrid, 1984, v. II,
16. Fairèn Guillèn, V., Estudios de derecho procesal, Madrid, 1955,
17. Fairèn Guillen. V., Sugerencias practicas sobre el contenido de la audiencia preliminar, comunicación al Congreso Internacional “Un Còdice `Tipo` di Procedura Civile per l’America Latina”, Roma, 1988,
18. Fix-Zamudio, H., “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, ponencia en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.
19. Fix-Zamudio, H., Los problemas contemporáneos del poder judicial, México,

UNAM, 1986,

20. Gelsi Bidart, A., “Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil” en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, sept. 1982.

21. Gelsi Bidart, A., “Código tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme”, en Un “Codice Tipo” di procedura civile per l’America Latina, Padova, CEDAM, 1990.

22. Gelsi Bidart, A., “Sentido de la audiencia preliminar en el proceso”, comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985.

23. Gelsi Bidart, A., ”Proceso oral”, en Curso de derecho procesal Montevideo, 1977, v. III

24. Gelsi Bidart. A., Torello, L., Vescovi, E., Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Exposición de motivos , en El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Montevideo, 1988.

25. Gómez Lara, C., Teoría general del proceso, México, UNAM, 1987.

26. Gonzaini, O. A., Introducción al nuevo derecho procesal, Buenos Aires, Ediar, 1988.

27. Gruasky, W., “Il cosiddetto modello de Stoccarda e I, accelerazione del proceso civile tedesco”, Rivista di Diritto Processuale, 1971.

28. Gruasky, W., “L’accelerazione e la concentrazione del procedimento dopo la novella che semplifica il processo in GERMANIA”. Rivista di Diritto Civile, 1978, I.

29. Hitters, J. C., “La justicia conciliadora y los conciliadores”, en La justicia entre dos épocas. La Plata, LEP, 1983.

30. Morelilo, A. M., “Eficacia y contralores en el funcionamiento del servicio de la justicia” en la justicia entre dos épocas, cit en nota 33, p. 87; id., “Un nuevo modelo de justicia”, en: La Ley, Buenos Aires 1986.

31. Morello, A. M. y Berizonce, R. O., Impropionibilidad objetiva de la demanda, Buenos Aires, J. A., 1981.

32. Morello, A. M., Passi Lanza, M.A., Sosa, G. L., y Berizonce, R. O., Códigos procesales..., Buenos Aires, 1979, v. IX.

33. Ovalle Favela, J., Derecho procesal civil, 3ª. Ed., México, Harla, 1989.

34. Pellegrini Crinover, A., A conciliacao extrajudicial no quadro participativo; en: Participacao e proceso, Sao Paulo, ed. Rev. Dos Tribunais, 1988.

35. Pellegrini Grinover, A., Deformalizacao do processo e deformalizacao das controversias, en Rev. Informacao Legislativa, Brasilia, 1988.

36. Rodríguez Urraca, J., El futuro del proceso civil. Valencia. Venezuela, 1975.

37. Sentís Melendo S. El proceso civil, estudio de la reforma procesal argentina. Buenos Aires, 1957, pp. 195 y ss.

38. Torello, L. A. y Viera, L. A., “Impropionibilidad manifiesta de la pretensión; rechazo `in limite` de la demanda”, Montevideo, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1981, núm. 3.
39. V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia de Sacramento, Uruguay, 1990.
40. Vescovi, E., “El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina”, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1986, núm. 4.
41. Vescovi, E., “La audiencia preliminar en el nuevo proceso civil iberoamericano”. En Problemas actuales de la justicia (homenaje al profesor Gutiérrez Alvis y Armario), Valencia. Tirant lo Blanch, 1988.
42. Vescovi, E., “La justicia conciliatoria”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, 1982, num. 2.
43. Vescovi, E., “Perspectivas de oralidad”, en Revista Argentina de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1972, num. 4.
44. Vescovi, E., La independencia de la Magistratura en la evolución actual del derecho.

ENTREVISTA



Entrevista al profesor Raúl Aníbal Etcheverry

Entrevistado por: el doctor Juan Montaña Pinto, asesor de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, profesor titular de la Universidad Central del Ecuador

JM. Antes de nada, quisiéramos saber algo de su biografía y de su trayectoria académica y profesional

RAE. Inicialmente yo trabajé en la actividad privada como abogado, como asesor en empresas de sociedades, de comerciantes; después entré en la administración de justicia también, pase por la justicia, como juez civil de una ciudad pequeña de la provincia de Buenos Aires, después fui a la capital federal como juez, más adelante fui fiscal de la provincia de Buenos Aires, y finalmente llegué a la Corte de la provincia de Buenos Aires. Nunca llegue a la suprema corte de la nación por distintas razones personales y políticas.

Esa actividad profesional y judicial la combiné con la docencia. Hice todos los grados de docencia, desde profesor ayudante, profesor adjunto hasta titular de la Cátedra de Derecho Mercantil y ahora profesor emérito. Paralelamente, cuando ya era profesor titular dirigí la revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, de la Editorial De Palma, que como sabrán ahora se llama Editorial La Ley. Esta una revista especializada muy importante e influyente en Argentina y en toda América Latina, y yo tuve el honor de dirigirla por muchos años.

Cuando mi cátedra ya terminaba, y fui nombrado profesor emérito, presenté a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires un proyecto para realizar una maestría. Hice el plan de esa maestría con una serie de ideas que fueron bastante bien recibidas por las autoridades universitarias de mi facultad y, finalmente se aprobó. Me nombraron director de esa maestría, que actualmente es el cargo que ostento en la actualidad. Tenemos bastante trabajo, y tengo la fortuna de tener muchos alumnos de todos los países de Latinoamérica, lo cual aparte de enriquecerme personalmente con el contacto de esas personas diversas, va ampliando el influjo de nuestras ideas en todo el continente.

JM. ¿Ha visitado antes el Ecuador, en qué circunstancias, y a que se debe su visita en esta ocasión?

RAE. Ciertamente, he tenido ocasión de visitar antes el Ecuador, he venido antes porque era miembro consejero de la Federación Interamericana de derecho empresarial (ILADEN) y en uno de esos años fui presidente; también fui presidente de la Federación Interamericana de Abogados que hace una defensa gremial de la actividad del abogado, así que estuve dos veces antes en Ecuador, una como presidente de la Federación Interamericana de Derecho Mercantil, y otra como miembro y presidente de la Federación de Abogados.

Esta es mi tercera visita al país, y la hago porque soy el director de un Instituto Latinoamericano de Derecho Empresarial (ILADEN) que está formado por profesores de distintos países de Latinoamérica y cada cierto tiempo hacemos reuniones del instituto en diversos lugares. La anterior reunión la tuvimos en Rio de Janeiro y en esta ocasión hemos llegado a Quito para tener nuestro encuentro anual.

JM. Habló usted del Instituto Latinoamericano de Derecho Empresarial, ILADEN.

¿En qué consiste este instituto y cuáles son sus objetivos?

RAE. El ILADEN es un instituto de investigación jurídica y su objetivo es estudiar, desde la perspectiva del derecho comparado, los derechos empresariales, comerciales, y de negocios, de los distintos países de la región. En este trabajo hemos podido comprobar que, a pesar de que nuestras legislaciones son muy cercanas, sin embargo, los juristas latinoamericanos estamos comúnmente muy desvinculados en nuestras actividades cotidianas. No sabemos que hacen los colegas del lado mucho menos lo que hacen los colegas de otros países. Hemos aprendido igualmente que deberíamos trabajar más para poder unir nuestros derechos y tener mayor fuerza de negociación frente a terceros.

En esto hemos comprobado la importancia de fortalecer experiencias de integración como el Mercosur, la comunidad Andina, y en otros ámbitos experiencias como UNASUR, el ALBA y otras experiencias integracionistas que están buscando avanzar. Es un camino difícil porque en nuestra América tenemos dos tendencias económicas

divergentes, y esas dos tendencias son en muchas cosas contradictorias, de tal manera que hay que ir avanzando y, en ese camino hay que ir limando y unificando, y los resultados solo son visibles en el largo plazo.

Por eso, para fortalecer los procesos de decisión, es indispensable generar bancos de pensamiento y esa tarea se realiza a través de las distintas iniciativas de investigación.

Pero desafortunadamente en países pobres y de ingreso medio como los nuestros, la investigación en todos los ámbitos, pero especialmente en el ámbito del derecho, no es apoyada con la fuerza que debiera. Hay fondos para investigación pero no son tan abundantes ni tan potentes para encarar un proyecto importante.

Aun así, en el pasado hubo proyectos y experiencias muy importantes que hay que rescatar y en esa tarea nos encontramos en el instituto latinoamericano de derecho empresarial respecto de nuestro ámbito de interés.

JM. ¿Cómo nació la idea de hacer unas jornadas académicas y una reunión de ILADEN en Quito?

RAE. Como lo señalé anteriormente, ILADEN tiene reuniones en todos los países de América Latina donde hay miembros de la organización. En esta ocasión la idea de realizar las cuartas jornadas del instituto en Quito surgió en Rio de Janeiro en el marco de las terceras jornadas de derecho empresarial. Allí se acordó, por iniciativa de Patricia Alvear, que es parte del instituto, y que está haciendo una maestría en Buenos Aires, que las cuartas jornadas se llevaran a cabo en Quito, bajo el auspicio de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Acordado esto, nos pusimos a la tarea, y con enormes dificultades, porque nunca es fácil conseguir el dinero y los auspicios, hemos cumplido nuestro objetivo de tal manera que, finalmente estamos aquí, dispuestos a encontrarnos y discutir sobre las nuevas realidades y los retos del derecho empresarial latinoamericano.

Debo decir, por otra parte, que no nos equivocamos al escoger Quito para realizar nuestra cuarta reunión, porque el Ecuador y particularmente la Corte Nacional de Justicia nos han abierto las puertas con enorme generosidad.

JM. ¿Cuáles son, a su juicio, los principales cambios que ha sufrido el derecho mercantil, el derecho comercial y de la empresa en los últimos años?

RAE. Creo que el cambio no es última data, sino que comienza, curiosamente, a mediados del siglo XX, cuando aparece el código unificado de Italia. Para nosotros esa experiencia fue una orientación importante y, en ese sentido fuimos de los pioneros en plantear la necesidad de seguir por esa senda. Como resultado de ello algunos países de la región empezaron a unificar el derecho civil y comercial en un solo cuerpo.

En cuanto a los fundamentos teóricos de esa iniciativa las razones de la unificación son varias, pero una especialmente importante tiene que ver con que ya no se da tanta importancia al ánimo de lucro, ni a la famosa distinción burguesa entre comerciante y no comerciante porque esto se ha ido cambiando; por lo que la distinción de régimen jurídico deja de tener sentido.

Esta fue la idea que se discutió cuando en Argentina se decidió unificar el derecho civil y el comercial en un solo código; pero los cambios van más allá del código unificado. En esa línea por ejemplo, en mi país hay un proyecto que pretende crear un nuevo tipo de sociedad especial, que si bien guarda relación con las sociedades mercantiles que todos conocemos en cuanto al tipo de actividades que desarrolla, en el sentido de que como cualquier empresa tiene una actividad social de carácter económico empresarial; pero con la diferencia de que, en este caso, el objetivo no es exclusivamente ni de manera principal conseguir un beneficio económico individual para los socios, sino que buscan volcar esas ganancias a la sociedad. Como ven es una sociedad muy interesante, porque dedica una parte de sus ganancias al bienestar social, entonces sería una mezcla, un punto intermedio, entre sociedad y asociación.

En el caso argentino vamos a ver qué suerte corre este proyecto, pero lo importante es que hay una línea de conducta que busca hacer cambios a la tradición de nuestro derecho empresarial heredado de la revolución francesa. Actualmente, se están discutiendo sobre cambios fundamentales a la tradición del derecho societario y de la empresa que ya están a la orden del día en muchas legislaciones, por ejemplo en Paraguay y en Perú. En mi criterio son cambios importantes que generan gran incertidumbre, pero vale la pena intentarlos y seguir ese camino, porque nos muestran una senda de desarrollo nuevo del derecho privado.

JM. En el Ecuador en donde seguimos aun la tradición francesa, y donde el código italiano nunca tuvo excesiva influencia, esta distinción que se hacía entre comerciante y no comerciante, entre actos de comercio y actos civiles sigue vigente. ¿Cuál es la situación en Argentina y en otros países de la región?

RAE. No es válido en Argentina, pero tampoco lo es en Brasil, ni en Perú o Paraguay, donde se ha unificado el derecho civil con el comercial. Entonces que sea comerciante o que no sea comerciante parece tener menos importancia. Hay que recordar que el derecho comercial surgió en la historia del derecho como un mecanismo para regular la vida de los comerciantes, una nueva clase que salía allí con novedades. Ahora cuando las actividades de los comerciantes ya no difieren de la de los no comerciantes profesionales este camino parece haber terminado definitivamente.

Digamos que en un momento dado de la historia, cuando la burguesía comercial tenía que consolidarse del derecho civil salió el derecho comercial como una categoría autónoma. Hoy en día la historia parece ir en sentido contrario y estamos en un proceso donde todo indica que los derechos van a juntarse de nuevo. Esto es lo que ha pasado en Argentina, en Brasil y en Perú. Hay un derecho civil junto con el comercial, y entonces los comercialistas estamos buscando un nuevo modelo metodológico. No es que haya desaparecido el derecho civil y el derecho comercial, sino que para nosotros cambió un poco el enfoque a través del cual estudiamos estos derechos; pero ni los civilistas han desaparecido ni los comercialistas hemos dejado de existir. Es solo que ahora tenemos que hablar más los unos con los otros, y hablamos un lenguaje común el del código unificado.

JM. Aquí en Ecuador se está volviendo a la idea de la unión entre el Estado y los particulares a través de la figura de las alianzas público – privadas. ¿Existe una realidad equivalente en Argentina?

RAE. Aunque nuestra tradición en Argentina es otra, porque lo que ahí ha habido son empresas privadas, públicas o mixtas, aunque últimamente parece ser que esta alternativa se está planteando y fortaleciendo. No hay que olvidar que nuestra realidad empresarial está en constante cambio en función de las transformaciones políticas que hemos vivido. En ese sentido, después de la experiencia del neoliberalismo en nuestro país en los años 80 y 90, en los últimos 10 o 15 años hemos vivido un fuerte proceso de estatización de muchas actividades empresariales, que han implicado también la aparición de empresas con capital mixto.

Pero esto no es lo mismo que lo se conoce ahora en la doctrina como la empresa pública-privada o iniciativas empresariales público privadas, o alianzas público - privadas como se dice aquí en Ecuador; porque en estricto sentido estas no son una forma empresarial distinta sino tan solo un mecanismo de colaboración empresarial que no implica la fusión de las compañías o de los capitales en una sola compañía, sino que los actores económicos sean privados o públicos trabajan en armonía, trabajan en conjunto porque se necesita tanto de lo público como lo privado para el desarrollo de un país y para los negocios.

Sin embargo, con el nuevo gobierno argentino hay una ley ahora en el estudio del congreso para hacer más clara esta posibilidad de desarrollar iniciativas empresariales a través de la alianza entre empresas privadas y públicas. Esperemos que la ley salga pronto y habrá que analizar detenidamente su contenido y sus efectos.

JM. Actualmente en el Ecuador se está comenzando a hablar de la necesidad de una reforma legal para unificar las legislaciones civil y mercantil, ¿cuáles serían sus sugerencias sobre este cambio?

RAE. Yo no conozco bien el sistema de Ecuador. Sé que el código civil es el código inspirado por Andrés Bello, lo cual por supuesto envuelve enormes dificultades a la hora de quererlo cambiar, por la significación histórica de su autor. Sé también que el código de comercio ecuatoriano ha quedado bastante vacío porque no se regula en el la empresa, no se regula el empresario, no se regulan los actos de comercio. Si algo queda, lo hay de manera muy general; es decir que de lo poco que he podido leer me da la impresión de que el Código en el Ecuador está anclado en el pasado, pero también me parece claro por lo que he hablado con los colegas ecuatorianos que existe actualmente la voluntad de ir hacia la tendencia mundial de unificación de las legislaciones.

Si ello fuera así, me parece que hace falta trabajar bastante, no solo en la definición de las materias propias del nuevo código, sino también y sobre todo con un ánimo constructivo que elimine los celos disciplinares entre civilistas y comercialistas y, que permita ir adelante con el proyecto.

Además, está claro que la iniciativa la debemos tomar los expertos en derecho mercantil porque tenemos experiencia en las organizaciones empresariales, y la empresa es y seguirá siendo un actor fundamental del derecho privado. Además, con el debido

respeto lo digo, a los civilistas no les gusta ese tema empresarial o no lo tratan con asiduidad, olvidando por ejemplo que una asociación o una fundación son en realidad empresas, una cooperativa es una empresa, todas son organizaciones empresarias. Y este me parece que es el próximo paso que tiene que venir, el de la unificación de los tipos de empresa y ahí tenemos que aportar todos.

JM. Hay otro tema que actualmente está en el debate en el Ecuador. Me refiero al replanteamiento del derecho de la propiedad intelectual. En Ecuador se está tratando de salir de las directrices tradicionales de la OMPI, y se está buscando regular de distinta manera la propiedad intelectual, no como un proceso individual sino relevando el contexto colectivo de la creación de conocimiento. ¿Existe alguna situación análoga en Argentina o su tratamiento es una cuestión pacífica?

La materia de propiedad intelectual nunca es pacífica, existe y existirá el debate entre el reconocimiento de los derechos intelectuales como una manifestación del ingenio humano individual y los necesarios efectos y beneficios sociales del trabajo intelectual.

Por una parte existen puntos pacíficos que no son controvertidos ni discutidos, por ejemplo el caso de un inventor que crea algo nuevo. Hay un relativo consenso de que este tiene o debería tener garantizado su derecho de verse beneficiado por los frutos de su trabajo. En eso me parece que no debería haber cambio.

Pero igualmente hay temas muy delicados que van más allá del invento individual, de las obras literarias o artísticas. Este es el caso de las patentes de medicamentos, la biotecnología, todo el tratamiento y el trabajo que se hace sobre la biomedicina, y la enorme cantidad de dinero que gira alrededor de estas prácticas propias del capitalismo global. Sobre esto, considero importante que se debata y se planteen visiones nuevas al tradicional derecho a la propiedad intelectual.

En definitiva, este derecho es algo que tanto aquí en Ecuador, en Argentina, como en el mundo entero está evolucionando. Es un tema trasnacional, de derecho comercial internacional y sería bueno avanzar hacia unas reglas de juego comunes.

Yo no conozco el nuevo código ecuatoriano, pero con un poco de sentido común diría que, seguramente ha abordado y en el futuro se abordarían estos debates, especialmente en lo que tienen que ver con los casos difíciles.

Finalmente, un tema que se está desarrollando en Argentina y, queramos desarrollar aún más, es el arbitraje, y en esto estamos siguiendo muy de cerca la Constitución ecuatoriana. A mí me gusta mucho la norma de la Constitución del Ecuador que habla del arbitraje internacional y que me parece que está muy bien para nuestros contextos, pero también el arbitraje internacional es algo que hay que desarrollar tanto para los particulares como cuando al Estado le toca, porque es una justicia privada, y por eso tiene que funcionar adecuadamente, con los debidas reglas y controles por parte de la sociedad y del Estado.

JURISPRUDENCIA



Análisis de caso de casación a partir del COGEP

José Luis Terán Suárez¹

Resumen

Este artículo analiza un caso de casación tramitado y resuelto en la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, bajo las normas del Código Orgánico General de Procesos. Concretamente el estudio se centra a partir del principio de la oralidad y del proceso por audiencias que rige a partir de la vigencia del COGEP que tiene por objeto regular la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal. Luego de la descripción de los fundamentos principales de la oralidad en el Ecuador, se analizará la casación como un mecanismo idóneo para la defensa de la legalidad, la correcta aplicación del derecho y la creación y unificación de la jurisprudencia, en el referido caso.

Palabras clave: Código Orgánico General de Procesos, oralidad, casación, procedimiento contencioso tributario, acción coactiva tributaria.

1 Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Doctor en Ciencias Internacionales, Magíster en Educación Superior mención Ciencias Jurídicas, Magíster en Derecho mención Derecho Tributario, Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Especialista en Gestión de Procesos Educativos, Especialista Superior en Tributación, Diploma Superior en Género, Justicia y Derechos Humanos, Diploma Superior en Gestión Tributaria Empresarial. Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Juez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. (jostersua@hotmail.com).

Introducción

El cambio provocado por el impacto de la nueva normativa transformó el concepto de derecho y el modo de comportarse los jueces frente a la legislación. Esto quiere decir que, si el significado de la legislación procesal pasó a depender de los principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en el Código Orgánico General de Procesos, se hace necesario entender la casación en el actual sistema oral por audiencias.

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) nace bajo el principio de la oralidad, lo que implica necesariamente una visión y tratamiento diferentes en cuanto a su sustanciación y resolución por parte de los jueces y tribunales de justicia en el Ecuador, y en este caso en particular por los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, que conocen y resuelven los recursos de casación interpuestos por los sujetos de la relación jurídico tributaria, en las causas ingresadas a partir del 23 de mayo del 2016.

El objetivo primordial del Código Orgánico General de Procesos, es la optimización de la administración de justicia, con observancia estricta del debido proceso y con especial apego a los principios de dirección del proceso, proceso oral por audiencias, impulso procesal, inmediación, intimidad y transparencia; y, publicidad de los procesos judiciales, y con ello asegurar la celeridad y darle mayor agilidad al sistema, lo que permite a las juezas y jueces despachar las causas en tiempos óptimos y con absoluta transparencia, y lo que conduce a una justicia real y verdadera, que logrará la efectivización de los derechos.

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se ha preocupado del estudio de sus normas en lo referente a su materia y también a las demás, realizando diferentes análisis y comentarios los cuales han sido de conocimiento general y de debate nacional. En ese sentido, el Tribunal de Casación en su ardua tarea de administrar justicia y al amparo del COGEP, ha realizado las audiencias respectivas y una vez finalizado el debate ha resuelto los recursos de casación interpuestos por las partes, conforme con la ley.

Entre las causas tramitadas por recurso de casación con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, está la signada con el No. 17751-2016-0626, motivo del presente análisis, que tiene relación con la acción coactiva en materia tributaria.

1. Oralidad y proceso

Hoy prácticamente no se discute sobre la necesidad de realizar la justicia en materias no penales a través de un procedimiento oral, pues desde la Constitución Política de 1998 se estableció que la sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.² Es decir, el Ecuador comenzó a aplicar en forma paulatina la reforma procesal, que incorporó la oralidad como garantía básica y central dentro del ordenamiento jurídico, que hasta ese momento estaba basado en la escritura.

La Constitución actual establece que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará, entre otros, el principio de la oralidad al señalar que: *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”*³ Surge en este escenario, la necesidad imperante para Ecuador, de modernizar el sistema de justicia en todas las materias.

Una rápida mirada sobre el principio de oralidad procesal permite, siguiendo la doctrina, hacer la siguiente caracterización del mismo:

- a) Ella se fundamenta en el discurso oral, nada escrito, lo excepcional va a ser lo escrito.⁴
- b) Con ella se busca, ante todo, agilidad o brevedad en el desarrollo de un proceso, en cuyo transcurso el juez debe estar en contacto permanente con las partes (...). La oralidad se justifica porque con ella se puede obtener una pronta y cumplida justicia y se consigue no solo la descongestión judicial, sino también la terminación inmediata de los procesos.⁵
- c) Su implementación en el proceso civil debe aparejar un verdadero nuevo modelo del juez civil que asuma una posición mucho más cercana a la causa y las partes, y

2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. RO1 - 11/ago./1998. Art. 169.

3. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. RO 449 - 20/oct./2008. Art. 168.6

4. GARCÉS VELÁSQUEZ, Jaime. Principios rectores del proceso penal acusatorio. En: Ratio Juris. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma Latinoamericana. No. 2. Junio de 2005. p. 14.

5. FORERO VARGAS, Ernesto. Comentarios sobre la reforma de oralidad en el proceso laboral colombiano. En: Revista Actualidad Laboral. No. 142. Legis. 2007. p. 11.

muy especialmente con la práctica de las pruebas, que abandone el tradicional rol del juez lector para transformarse en un juez visible, director, presente y partícipe.⁶

- d) La implementación del principio de oralidad procesal no exige, según lo expresa CHIOVENDA,⁷ precisamente, que se prescindiera de la escritura en el proceso, como su nombre podría hacer pensar al inexperto...; precisamente de lo que se trata es de no darle más que el sitio que le corresponde, de acuerdo con las condiciones de la vida moderna y según el rendimiento útil que puede prestar en los negocios.⁸
- e) En la actualidad se hace realidad la concentración de la prueba. La intermediación que es propia de la oralidad genera como efecto inmediato la concentración mediante audiencias.⁹
- f) De igual forma, la oralidad garantiza en buena medida la transparencia, pues este concepto se encuentra asociado al de publicidad de los actos, lo que permite el control popular. Como se ha dicho es un instrumento de fiscalización popular sobre la obre de magistrados, jueces y defensores.¹⁰

En Ecuador, desde 1953 con varias reformas e inclusive una codificación, rigió en nuestro país el Código de Procedimiento Civil, el cual establecía un sistema procesal escrito completamente opuesto al actual. Pero desde que se implementó la transformación de la justicia, a raíz del referéndum y consulta popular del 7 de mayo de 2011, según este mandato, el Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional de Justicia impulsaron la publicación en el Registro Oficial del Código Orgánico General de Procesos,¹¹ que deroga íntegramente el Código de Procedimiento Civil, la Ley de Casación y algunas disposiciones del Código Orgánico Tributario, que son las que nos interesa en este análisis.

6. PALOMO VÉLEZ, Diego. Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere? En: Oralidad y descongestión. Librería Jurídica Sánchez. 2008. p. 180.

7. CHIOVENDA, Giuseppe. Análisis del principio de oralidad. En: Oralidad y descongestión. Librería Jurídica Sánchez. 2008. p. 232 y ss.

8. PABÓN GIRALDO, Liliana. Implicaciones de la oralidad en los códigos procesales colombianos. En: Oralidad y proceso. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2008. p. 221.

9. COLMENARES URIBE, Carlos. La oralidad en el proceso. En: VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Pruebas y oralidad en el proceso. Rodrigo Rivera M. (Compilador). Librería J. Rincón. Barquisimeto – Venezuela. 2007. p. 317.

10. RUIZ, Gustavo y AZUAJE, Michelle. Axiología crítica del proceso oral. En: VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Pruebas y oralidad en el proceso. Rodrigo Rivera M. (Compilador). Librería J. Rincón. Barquisimeto – Venezuela. 2007. p. 193.

11. Ver Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

De esta forma, a partir de la vigencia del COGEP, toda persona que se vea afectada en sus derechos e intereses, tiene como garantía fundamental el derecho a un juicio oral y público, desarrollado ante un tribunal imparcial, que debe decidir sobre sus alegaciones. Es indiscutible entonces que la iniciativa de cambiar radicalmente el sistema procesal no penal, a través de la expedición del COGEP, representa el mejor desafío del Estado para mejorar la administración de justicia en el Ecuador.

Así las cosas, dentro de un proceso por audiencias, generalmente, el esquema procedimental prevé:

- a) Una etapa introductoria, de “Constitución de la litis”, a través de la demanda y la contestación de demanda. Esta fase es escrita, particularmente en función de la certeza que requiera la fijación del objeto del proceso. Ocasionalmente algunos ordenamientos prevén que la contestación de demanda se haga en audiencia.¹²
- b) La designación de una primera audiencia denominada previa, preparatoria, preliminar o de saneamiento, prevista para una serie de objetivos que varían conforme a las regulaciones,¹³ pero que, en su hipótesis de máxima, incluye: b.1) el intento del juez de lograr una conciliación entre las partes que termine el pleito; b.2) caso contrario, la continuación de la audiencia con la resolución judicial de las excepciones procesales (cuestiones de procedibilidad) que hubiera planteado el demandado (o el actor, respecto de la presentación del demandado) o el saneamiento de las irregularidades procesales advertidas por el propio juez; b.3) la fijación del objeto del proceso, con indicación de los hechos admitidos, controvertidos o de demostración necesaria; b.4) el ofrecimiento de prueba de las partes (si es que no se exigió previamente con los escritos constitutivos); b.5) la admisión judicial de la prueba, con especial énfasis en su pertinencia.
- c) La designación de una segunda audiencia denominada de prueba, de vista de (la) causa o de juicio,¹⁴ destinada a la producción de la prueba que pueda ser practicada en forma oral (las pruebas “personales” de declaración de partes, testigos y peritos) y a las conclusiones finales (alegatos) de las partes. De ser posible, el juez dicta su

12. Vgr. LEC 2000 España, en el juicio verbal (de menor cuantía).

13. Vgr. LEC 2000 España, art. 414.

14. Vgr. LEC 2000 España, art. 431.

sentencia inmediatamente en la audiencia. Caso contrario, su emisión (o su fundamentación por escrito) se postergan para un momento posterior.

Quizá sea éste el modelo más difundido de proceso oral no penal. Su realización concreta, no obstante, arroja resultados diversos. En el proceso oral por audiencias surgen algunos problemas que urge atender, tanto desde el diseño legislativo mismo de este procedimiento cuanto desde su implementación práctica. En todo caso, más allá de las razones a favor y en contra de la oralidad, urge que los procesos de reforma se lleven a cabo de manera responsable, con adecuado conocimiento del debe y el haber de la sociedad que los recibirá.

2. Generalidades de la institución de la casación y el COGEP

Según Sergio Muñoz Gajardo,¹⁵ los recursos se entienden como una negación de la decisión del tribunal, que por este sólo hecho deja de tener vigencia y eficacia; se indica que afecta su existencia, haciendo indispensable resolver nuevamente el litigio, aspecto que con ciertas variaciones se mantiene en el tiempo, pues en algunas naciones la institución de la cosa juzgada queda entregada al acuerdo previo de las partes, sin lo cual se podría renovar la litis ante otro juez. De esta forma, una de las funciones principales de la casación consiste en precaver el error en que pueden incurrir los órganos de mérito, analizando la regularidad jurídica de los fallos de instancia.

Gustavo Jalkh Röben,¹⁶ con mucho acierto, manifiesta que el Tribunal de Casación en su concepción originaria estaba concebido para controlar el sometimiento de los tribunales a la ley, limitándose a velar por la legalidad, siendo competente para anular los fallos del tribunal de instancia únicamente cuando no se ajustaba a la Ley, para que, en ejercicio de su jurisdicción, aquella dictara una nueva sentencia. Entonces, la Corte casaba la sentencia, resolvía el asunto litigioso y la devolvía al Tribunal inferior para que pronunciara una nueva resolución acorde con la Ley.

En la actualidad, en que el constitucionalismo marca el ritmo de una constante transformación de las estructuras políticas, la casación adquiere los rasgos de un derecho fun-

15. MUÑOZ GAJARDO, Sergio. Historia y naturaleza del recurso extraordinario de casación. En: El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia. Imprenta Gaceta Judicial. 2013. p. 43.

16. ALKH RÖBEN, Gustavo. En: El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia. Ob. Cit. p. 34.

17. RAMÍREZ ROMERO, Carlos. En: El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia. Ob. Cit. p. 27.

damental y, a la vez, de una garantía integrante del debido proceso.¹⁷ Consecuentemente, el recurso de casación en materias no penales se articula como un recurso extraordinario que tiene por finalidad la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Luego, el fin de la Corte de Casación es vigilar la exacta observancia del conocimiento de las leyes, que se aplique la correcta interpretación de la norma general y abstracta a los casos. Pero debe tomarse en cuenta que los destinatarios son los jueces inferiores, quienes deben conocer exactamente el alcance de las leyes en la “jurisprudencia”,¹⁸ por ende, la Corte de Casación es la unificadora de la jurisprudencia.

Es así como, en atención a la necesidad de sistematizar y consolidar diversas normas atinentes al recurso de casación, han sido incorporadas en el COGEP aquellas que regulan esta institución jurídica en causas no penales, de manera que ya no rige en el Ecuador la derogada Ley de Casación,¹⁹ sino que bajo los principios de oralidad en su versión por audiencias, la dirección del proceso por el juez, el principio dispositivo, y el principio de inmediación, entró en vigencia la casación en nuestro país como una herramienta procesal orientada a la defensa de los derechos fundamentales.

De esta forma, con la vigencia del COGEP, el recurso de extraordinario de casación procede contra sentencias y autos que pongan fin a procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, así como respecto de providencias expedidas por dichas cortes y tribunales en la fase de ejecución dictadas en procesos de conocimiento, que resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo, o que contradicen lo ejecutoriado (art. 266). En tal sentido, la casación no podrá interponerse en los juicios ejecutivo ni monitorio.

En términos generales, el recurso extraordinario de casación se mantiene inalterado en aspectos como su formalidad; los requisitos para su fundamentación; y, los casos previstos para su procedencia. La nueva legislación procura armonizar las disposiciones

18. CALAMANDREI, Piero. Casación Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. p. 14.

19. LEY DE CASACIÓN. Registro Oficial Suplemento 299 de 1 de marzo de 2004.

del recurso al marco constitucional, y actualizar la terminología, en concordancia con los cambios orgánicos de la Corte Nacional de Justicia.²⁰

El recurso de casación previsto en el COGEP, procede de conformidad con el art. 268, en los siguientes casos:

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

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.
2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.
3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.
4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.
5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

Este recurso se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue a acepte su ampliación

20. VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena y CHÁVEZ PAREJA, Juan. Manual del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2016. p. 95.

o aclaración (art. 266 inciso final). El escrito de interposición del recurso de casación deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente: 1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación. 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido. 3. La determinación de las causales en que se funda. 4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

El procedimiento para el recurso extraordinario de casación está contemplado en el artículo 269 y siguientes del COGEP. Una variación sustancial entre el trámite vigente y las nuevas normas procesales radica en la decisión de admisibilidad del recurso o de su inadmisibilidad, a cargo de una o un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, por sorteo y no de tres conjuces como sucedía. Esta reforma ha dado lugar a la modificación de las atribuciones de las y los conjuces de la Corte Nacional de Justicia, previstas en el Código Orgánico de la Función Judicial, específicamente en el art. 201 numeral 2.²¹

Ahora, las Cortes Provinciales y los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo ya no deciden si el recurso se acepta o no, simplemente se limitan a calificar si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto y lo remiten, de inmediato, a la Corte Nacional de Justicia. Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, como se señaló *ut supra*, se designará por sorteo a una o a un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, para que lo califique dentro del término de quince días. Si el recurso es admitido se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia. El recurrente puede pagar una caución que calculará el Tribunal de instancia para que la sentencia o auto recurrido se suspenda en su ejecución. Recibido el expediente en la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, la o el juzgador de casación convocará a audiencia en el término de treinta días, en la que el Tribunal de Casación oír a las partes involucradas. Cabe mencionar que esta audiencia debe enfocarse en analizar lo aplicable a la naturaleza del recurso y no permitir la producción de nueva prueba. La resolución del Tribunal se dictará una vez finalizado el debate en la misma audiencia.

21. VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena y CHÁVEZ PAREJA, Juan. Ob. Cit. p. 96.

La resolución de la Corte Nacional de Justicia, si casa la sentencia, puede tener varios efectos. Así por ejemplo, puede declarar la nulidad y devolver el proceso al tribunal de instancia para que redacte una nueva sentencia; o bien, podría la Corte de Casación dictarla directamente en mérito de los autos, dependiendo del caso de casación, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que se estime correctos o si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación. Si se casa la sentencia totalmente se dejará sin efecto el procedimiento de ejecución que se encuentre en trámite.

Por lo expuesto, la motivación y/o fundamentación de un recurso de casación es el pilar fundamental y determinante para que el mismo sea objeto de admisión, es el principal requisito de procedibilidad, ya que en la fundamentación del recurso se deben demostrar y comprobar los yerros jurídicos que se alegan. Es por esta razón que el tratadista José Santiago Núñez Aristimuño,²² afirma:

“La fundamentación es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentación, sin razonar las infracciones denunciadas, no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señala que la sentencia infringió tal o cual precepto legal; es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción.”

En este sentido, las variaciones que el Código Orgánico General de Procesos introduce al trámite del recurso de casación, así como la procedencia del mismo y demás novedades que responden a la filosofía y estructura del proceso oral, que han de regir dentro de la política de una pronta y eficaz administración de justicia, no pueden transformar la naturaleza ni la tradición histórica de la casación en el Ecuador. Es por ello de gran importancia para la comunidad jurídica el análisis del recurso de casación en caso concreto, como el que veremos a continuación.

22. NÚÑEZ ARISTIMUÑO, José Santiago. Aspectos en la técnica de la formalización del recurso de casación. Tercera Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 1990. p. 38.

3. Análisis del caso No. 17751-2016-0626 tramitado y resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

Dentro del recurso de casación No. 17751-2016-0616, el Director Distrital Aduana Quito del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), impugnó la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2016, las 14h07, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Quito. En la sentencia consta como antecedente lo siguiente:

“El Ing. Esteban Servigón López, en calidad de Director Distrital Aduana Quito del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Quito, el 21 de septiembre de 2016, las 14h07, en la que se rechazó las excepciones planteadas por la empresa LAARCOURIER EXPRESS S.A., y en aplicación del control de legalidad establecido en el artículo 313 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), se declaró la nulidad del procedimiento coactivo No. 626-2016 iniciado en contra de la referida compañía.

En el apartado 6 de la sentencia recurrida intitulado “VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN CORRELACIÓN A LAS EXCEPCIONES A LA COACTIVA ALEGADAS Y CONTROL DE LEGALIDAD” (fs. 288 – 289 vuelta), el Tribunal a quo resuelve rechazar las excepciones formuladas al procedimiento coactivo de: ilegitimidad de personería de la o del coactivado o de quien haya sido citado como su representante, el hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida, encontrarse pendiente de resolución un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión y nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito, por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento, y en aplicación del control de legalidad previsto en los arts. 300 y 313 del COGEP resuelve declarar la nulidad del procedimiento coactivo No. 626-2016, por sustentarse en actos apócrifos sin validez alguna, lo cual a criterio del juzgador de instancia constituye una solemnidad sustancial del procedimiento de ejecución prevista en el art. 165, numeral 4 del Código Tributario, lo que afecta a las garantías del debido proceso y derecho a la defensa previstas en el art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.”

Del contenido de este antecedente caben las siguientes puntualizaciones: **1.** La finalidad del proceso coactivo se sustenta en el interés para perseguir el cobro de los créditos emergentes de obligaciones fiscales incumplidas y proveer al Estado y demás entes públicos de los recursos necesarios para atender sus necesidades y cumplir así con sus fines específicos, los cuales están vinculados con la actividad social, por ello, el acreedor

público, ante la negativa del deudor, debe iniciar la ejecución forzada haciendo uso de la jurisdicción y competencia señalada en la ley, para conseguir que la obligación sea satisfecha con la oportunidad debida.²³ **2.** La coactiva se promueve a través de los funcionarios competentes, mediante un procedimiento especial que se sustenta en el carácter ineludible de las obligaciones de los particulares frente a los órganos del sector público, de cuyo cumplimiento depende la dotación de los recursos que financian la administración y las actividades del servicio a la comunidad.²⁴ **3.** Una vez que la carga impositiva se encuentre líquida, debe materializarse en los denominados “títulos de crédito” u “órdenes de pago” emitidos por la autoridad del órgano del que emanó el acto determinativo.²⁵ **4.** Los títulos de crédito se notificarán al deudor concediéndole ocho días para el pago, dentro del cual el contribuyente podrá presentar reclamación formulando observaciones, exclusivamente respecto del título o del derecho para su emisión.²⁶ La presentación del reclamo suspende la iniciación de la coactiva, caso contrario, luego de realizada la notificación y vencido el plazo señalado para impugnarlos o solicitar facilidades de pago, se dicta el auto de pago mediante el cual se conmina al deudor a cumplir con la prestación dentro de tres días o en su defecto señalar bienes suficientes para el embargo.²⁷ **5.** El derecho de impugnación dentro de este proceso ejecutivo, no es ilimitado, sino que se reduce a tres ámbitos específicos para evitar que se desnaturalice el fundamento legal de la coactiva que tiende a la rápida y efectiva percepción de lo adeudado. Estos ámbitos se refieren a: Excepciones, Impugnaciones por apelación y nulidad y tercerías.²⁸ **6.** Las excepciones a la coactiva se pueden proponer como acciones especiales, con excepción de la prevista en el número 10 del artículo 316 del COGEP, que se la propondrá como acción de impugnación.²⁹ **7.** Al procedimiento coactivo sólo se podrán oponer las siguientes excepciones: 1. Inexistencia de la obligación, falta de ley que establezca el tributo o exención legal. 2. Extinción total o parcial de la obligación sea por solución o pago, compensación, confusión, remisión o prescripción de la acción de cobro. 3. Incompetencia del funcionario ejecutor. 4. Ilegitimidad de personería de la o del coactivado o de quien hubiere sido citado como su representante. 5. El hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida. 6. Encontrarse pendiente de resolución, un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión. 7. Hallarse en

23. PATIÑO LEDESMA, Rodrigo. Sistema Tributario Ecuatoriano. Universidad del Azuay. 2013. pp. 377-378.

24. Ídem. p. 378

25. CÓDIGO TRIBUTARIO. Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14/jun./2005. Artículos 152 y 158.

26. Ídem. Art. 151.

27. Ídem. Art. 161.

28. PATIÑO LEDESMA, Rodrigo. Ob. Cit. p. 388.

29. CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22/may./2015. Arts. 322.1 y 320.8.

trámite la petición de facilidades para el pago o no estar vencido ninguno de los plazos concedidos, ni en mora de alguno de los dividendos correspondientes. 8. Haberse presentado demanda contencioso tributaria por impugnación de resolución administrativa, antecedente del título o títulos que se ejecutan. 9. Duplicación de títulos con respecto a una misma obligación y de una misma persona; y, 10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito, por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento.³⁰

En el caso expuesto, la empresa LAARCOURIER EXPRESS S.A., opuso las excepciones números 4, 5, 6 y 10 del art. 316 del COGEP. Sin embargo, el Tribunal de instancia rechazó las excepciones planteadas por referida compañía, y en aplicación del control de legalidad establecido en el art. 313 *ibídem*, declaró la nulidad del procedimiento coactivo iniciado en su contra, al considerar que dicho procedimiento se sustentó en actos apócrifos sin validez alguna, lo cual a criterio del juzgador de instancia constituye una solemnidad sustancial del procedimiento de ejecución prevista en el art. 165 numeral 4 del Código Tributario, lo que afecta a las garantías del debido proceso y derecho a la defensa consagradas en el art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

Como puede advertirse, en dicho caso, el Tribunal a quo aplica el art. 313 del COGEP que le faculta al juez decidir con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellos atribuyan a los hechos.

Al hablar de control de legalidad nos estamos refiriendo a la obligación que tienen los jueces de efectuar ese control de los actos o resoluciones impugnadas al momento de dictar sentencia. José Vicente Troya Jaramillo³¹ señala que, a la justicia tributaria se le da con esta norma una connotación de suma importancia, la de ser organismo de control de legalidad de los actos administrativos, es decir se les da a los jueces amplia libertad para aprehender esa realidad y para establecer su significación, determinando que es más importante la realidad objetiva que lo que las partes puedan argüir dentro del proceso.

30. Ídem. Art. 316.

31. TROYA JARAMILLO, José Vicente. Manual de Derecho Tributario. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2014. p. 320.

El recurso de casación se fundamentó en el caso 2 del art. 268 del COGEP que establece: “**Art. 268.** Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación”. Este cargo se refiere a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que se configuraría de tres formas: **a)** Que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son las omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea a su estructura formal; **b)** Que en la parte dispositiva se adopten resoluciones contradictorias o incompatibles; y, **c)** Que la sentencia no cumpla con el requisito de motivación.

En este caso, de conformidad con el contenido del auto de admisión parcial del recurso de casación, el Conjuez de esta Sala lo califica porque a criterio del recurrente el juzgador en la parte dispositiva de la sentencia ha adoptado decisiones contradictorias. Este vicio tiene lugar cuando no hay armonía entre la ratio decidendi y la parte resolutive de la sentencia recurrida o cuando en la parte dispositiva existan dos pronunciamientos opuestos, esto es por un lado se afirma una cosa mientras que por otro lado se la niega y, por tanto, se destruyen recíprocamente, de tal suerte que se hace imposible la ejecución antagónica de tal resolución.

Sin embargo, el recurrente en la audiencia convocada para resolver el recurso³² alegó que en la especie existe falta de motivación de la sentencia y también contradicción por estar dentro del mismo caso 2 del art. 268 del COGEP, pero que principalmente alegaba la falta de motivación de la sentencia. Al respecto, es necesario señalar que los vicios que contiene el caso 2 son independientes y autónomos entre sí, sin que puedan los recurrentes invocar en conjunto todos los supuestos que contempla el referido caso de casación; de ahí que resulta ilógico que un recurrente alegue falta de motivación y contradicción de la sentencia al mismo tiempo en conjunto como fundamento del recurso de casación, tanto más cuanto el recurso fue admitido exclusivamente por una supuesta decisión contradictoria en la sentencia de instancia. Así las cosas, el Tribunal de casación no puede pronunciarse sobre un cargo no admitido.

Por consiguiente la fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es

32. COGEP. Art. 272.

que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción, a más de ello debe hacer constar en forma concreta, clara y precisa, que la sentencia recurrida carece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

De la revisión de la sentencia impugnada, se advirtió que la Sala juzgadora se pronunció sobre dos puntos específicos, el primero sobre las excepciones presentadas por la compañía actora dentro de un procedimiento coactivo, y el segundo sobre la obligación que tenemos jueces y juezas de tutelar los derechos de toda persona y de realizar el control de legalidad de los actos y resoluciones administrativas, así como de conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria, y de decidir con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos.³³

Sobre el primer asunto, hay que acotar que el excepcionante está obligado a demostrar las excepciones opuestas al procedimiento coactivo, criterio que está en armonía con el artículo 169 del COGEP según el cual es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. Por lo tanto, cuando el Tribunal de instancia rechazó las excepciones y particularmente la número 10 del art. 316 del mencionado cuerpo legal, lo hizo bajo el siguiente argumento: “En la demanda no existe un desarrollo de los fundamentos que sustenten la excepción, ni ha presentado prueba alguna, conforme le correspondía la carga de la prueba prevista en el art. 169 del COGEP...”, es decir este primer pronunciamiento está vinculado a los principios procesales de oportunidad, conducencia, pertinencia y necesidad de la prueba.

El segundo pronunciamiento está vinculado con lo dispuesto en los arts. 300 y 313 del COGEP. Dentro de esta línea, el Tribunal a quo en esencia, a más de resolver las cuestiones que forman parte del controvertido, debe efectuar de oficio el control de legalidad de los antecedentes y fundamentos de la resolución o actos impugnados, claro está no en todos los casos, sino exclusivamente en aquellos en que el asunto tiene relación directa o conexa con el controvertido, como ocurre en el presente caso.

33. COGEP. Arts. 300 y 313.

En base a lo expuesto, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia llegó a la conclusión de que en este caso no existen pronunciamientos contradictorios sino más bien conexos; el primero que decide con claridad los puntos sobre los que se ha trabado la litis, y el segundo que decide aquellos que en relación directa a los mismos comportan control de legalidad de los antecedentes del acto impugnado; nos referimos a las “liquidaciones” apócrifas que no contienen firma de responsabilidad. Es decir el hecho de que en la sentencia impugnada y particularmente en la parte dispositiva de la misma se haya aplicado el artículo 313 del COGEP no implica que la Sala juzgadora haya adoptado una decisión contradictoria, tanto más que en conformidad al artículo 300 *ibídem*, el objeto de la jurisdicción contencioso tributaria es tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los actos administrativos sujetos al derecho tributario. En consecuencia se torna improcedente el cargo formulado por el recurrente.

Bibliografía:

CALAMANDREI, Piero. Casación Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.

COLMENARES URIBE, Carlos. La oralidad en el proceso. En: VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Pruebas y oralidad en el proceso. Rodrigo Rivera M. (Compilador). Librería J. Rincón. Barquisimeto – Venezuela. 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Análisis del principio de oralidad. En: Oralidad y descongestión. Librería Jurídica Sánchez. 2008.

FORERO VARGAS, Ernesto. Comentarios sobre la reforma de oralidad en el proceso laboral colombiano. En: Revista Actualidad Laboral. No. 142. Legis. 2007.

GARCÉS VELÁSQUEZ, Jaime. Principios rectores del proceso penal acusatorio. En: Ratio Juris. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma Latinoamericana. No. 2. Junio de 2005.

JALKH RÖBEN, Gustavo. En: El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia.

MUÑOZ GAJARDO, Sergio. Historia y naturaleza del recurso extraordinario de casación. En: El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia. Imprenta Gaceta Judicial. 2013.

NÚÑEZ ARISTIMUÑO, José Santiago. Aspectos en la técnica de la formalización del recurso de casación. Tercera Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 1990.

PABÓN GIRALDO, Liliana. Implicaciones de la oralidad en los códigos procesales colombianos. En: Oralidad y proceso. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2008.

PALOMO VÉLEZ, Diego. Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere? En: Oralidad y descongestión. Librería Jurídica Sánchez. 2008.

PATIÑO LEDESMA, Rodrigo. Sistema Tributario Ecuatoriano. Universidad del Azuay. 2013.

RAMÍREZ ROMERO, Carlos. En: El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia.

RUIZ, Gustavo y AZUAJE, Michelle. Axiología crítica del proceso oral. En: VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Pruebas y oralidad en el proceso. Rodrigo Rivera M. (Compilador). Librería J. Rincón. Barquisimeto – Venezuela. 2007.

TROYA JARAMILLO, José Vicente. Manual de Derecho Tributario. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2014.

VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena y CHÁVEZ PAREJA, Juan. Manual del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2016.

Legislación:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. RO1 – 11/ago./1998.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. RO 449 – 20/oct./2008.

SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 506 de 22 de mayo de 2015.
LEC 2000 España.

LEY DE CASACIÓN. Registro Oficial Suplemento 299 de 1 de marzo de 2004.

CÓDIGO TRIBUTARIO. Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14/jun./2005.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Registro Oficial Suplemen-
to No. 506 de 22/may./2015.

RESOLUCIONES DE LA CORTE



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 hechos,⁶¹ así como de verificar la vulneración de derechos constitucionales⁶² Para establecer las consecuencias de esta interpretación para 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.

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 ciudadanos.⁶³

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 señala que

61. 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.

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

63. 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”.

“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”;⁶⁴ 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.

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»⁶⁵ (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». Por ello, precisamente la aplicación de la Constitución es una de las cuestiones de mayor relevancia en un Estado Constitucional.

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.

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

65. 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.

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 juezas 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”.⁶⁶

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

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

justicia, están «sometidos a la Constitución y a la ley».⁶⁷ 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 constitucionales.⁶⁸

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.

-
67. 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).
68. 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.

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 civilizada⁶⁹. Por ello, el constituyente ha establecido la Función Judicial⁷⁰, 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.

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).

69. 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.

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

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”⁷¹. Desde luego, una interpretación sistemática del texto constitucional⁷² 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.

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”.⁷³ No obstante, para determinar la posición o estatus que le otorga la Constitución a la Corte Nacional de Justicia, es necesario considerar:

- 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 con-

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

72. 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.

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

cluyente que «la máxima instancia de la justicia ordinaria será la Corte Nacional de Justicia».⁷⁴

- 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 ordinaria.⁷⁵

- 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 países⁷⁶, como en los distintos ordenamientos

74. 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.

75. 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).

76. 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).

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»⁷⁷.

- 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.

77. 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.

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 substancia⁷⁸. 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»⁷⁹.

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.

78. 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).

79. 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.

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 Parlement y la facultad del soberano para anular las sentencias de los Parlamentos contrarias a la voluntad del rey⁸⁰. 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 1790⁸¹.

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 obscuridad de las leyes (Art. 180.6 COFJ).

80. 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.

81. 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.

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 Justicia⁸², las Cortes de Casación⁸³, o los Tribunales Supremos de Justicia⁸⁴.

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

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

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

84. 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.

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)⁸⁵; y, en el informe para segundo debate, respecto al mismo tema, se precisaba:

[...] 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 instancia⁸⁶.

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

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

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

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»⁸⁷. 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”»⁸⁸.

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»⁸⁹. 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.

87. 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.

88. 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.

89. 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.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, nos ilustra precisando:

(1o.) «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»⁹⁰.

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”⁹¹; 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»⁹².

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

90. 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.

91. Tribunal Constitucional de Andorra, recurs d'èmpara 2011-34-RE, sentencia del 13 de juliol del 2012.

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

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»⁹³.

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 Constitución⁹⁴.

Estos criterios, aunque ajenos puede resultar útiles para establecer el objeto de cada órgano 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:

93. 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 supervisión 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: Dikinson, 2011) 101.

94. Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, "El Tribunal Constitucional español...", 683.

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 [...]⁹⁵.

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 concreto⁹⁶.

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.

95. 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.

96. 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 sentencia No. 044-10-SEP-CC que incluso establece la analiza 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.

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*)⁹⁷.

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

97. 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.

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 Machala, como patrono de la EXAPAM⁹⁸.

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)⁹⁹.

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

98. 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».

99. 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.

u obscuridad 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 Procesos¹⁰⁰; es decir, el recurso de casación está regulado por normas que pertenecen al ámbito de la legalidad.

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

100. 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.

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 país¹⁰¹. 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.

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 ordinaria¹⁰².

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 1855¹⁰³; sino que, la casación española 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

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

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

103. 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”

los Tribunales»¹⁰⁴, e incluso falta de recibimiento o la denegación de una diligencia de prueba eran motivo o causal para fundamentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo¹⁰⁵. 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.

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.)¹⁰⁶; otro recurso de casación regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Arts. 477 y ss.)¹⁰⁷; así como se prevé un recurso de casación regulado por la Ley de la jurisdicción social (Arts. 205 y ss.)¹⁰⁸.

104. 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”.

105. La Ley de Enjuiciamiento Civil prescribía:

“Artículo 1013.

Puede igualmente fundarse en cualquiera de las causas siguientes:

1ª. 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.

106. 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.

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

108. 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»¹⁰⁹, 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»¹¹⁰. 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»¹¹¹ (cursivas fuera del original).

109. 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 aquella 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”.

110. 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 reemplazarla. 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”.

111. 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.

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»¹¹².

En nuestro país, como es conocido, el recurso de casación nace con la expedición del Código Tributario el 23 de diciembre de 1975¹¹³. 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 sentencia.¹¹⁴ Ya en el ámbito de la justicia ordinaria, el recurso de casación se implementa –eliminando la tercera instancia– luego

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”.

112. 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”.

113. 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.

114. Artículo 329 del Código Tributario de 1975.

de la reforma constitucional del año 1992¹¹⁵, con la promulgación de una ley especial, denominada Ley de Casación¹¹⁶.

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 las 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 recurso¹¹⁷, 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»¹¹⁸; incluso se había afirmado «que la Casación no constituye una nueva instancia»¹¹⁹, por lo que «no es materia de casación cualquier error de derecho»¹²⁰.

115. 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”.

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

117. 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.

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

119. 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.

120. 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 partes¹²¹; ello porque, la casación pretende la «defensa de la legalidad, pues, dirime la contradicción existente entre la ley y la sentencia»¹²²; y, en cuanto a la naturaleza del recurso, estableció que era «extraordinario, casuístico, de alta técnica jurídica, excepcional y formal»¹²³.

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 cambiada¹²⁴. 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.

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, desde 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.

121. 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.

122. 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.

123. 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.

124. 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 si 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.”

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 Civil¹²⁵ y ahora el 164 del COGEP¹²⁶, 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

125. 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”

126. 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”

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.

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 [...]”¹²⁷ 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:

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 proceso.¹²⁸

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:

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

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

[...] 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).¹²⁹

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 momentos de formar la convicción del juez, jueza o tribunal. Así, “[l]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

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

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

129. 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).

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 la 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),¹³⁰ 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).¹³¹ Y, cuando se acepte el recurso de casación por las demás causales, se dispone:

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

130. 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.

131. 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.

132. 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.

casada, el legislador ha previsto expresamente otra norma que permite la corrección de la motivación.¹³²

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 segunda.¹³³

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»,¹³⁴ 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.

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

133. 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).

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

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).¹³⁵

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 suficien-

135. 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 inadmisibles o improcedentes la demanda. En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tendrá fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional inferior” (Art. 396.2).

136. 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

temente 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).¹³⁶

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”;¹³⁷ 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.

Así pues, las Salas de la Corte Nacional de Justicia deben pronunciarse sobre la demanda inicial, independientemente de que las pretensiones sean acogidas o rechazadas;¹³⁸ 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 ordinario.¹³⁹

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).

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

138. 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.

139. 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.

RESOLUCIÓN No. 07-2017

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 expresos 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 insubsanable ;¹

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

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

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

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

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.

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

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 remplazo 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:

Artículo 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.

Artículo 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 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

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

Artículo 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.

Artículo 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.

fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE. Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL. Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (VOTO EN CONTRA). Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL. Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL. Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL (VOTO EN CONTRA). Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL (VOTO EN CONTRA). Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL. Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL. Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL. Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL. Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL. Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL. Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL. Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL. Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL. Dr. Efraín Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL (VOTO EN CONTRA).- Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL

POLÍTICA EDITORIAL



Diálogos judiciales es la revista institucional de la Corte Nacional de Justicia. Tiene una circulación semestral; recibe artículos y colaboraciones entre septiembre y diciembre para incluirlos en el número de enero a junio y entre abril y junio para el número de julio a diciembre.

Los artículos deben ajustarse a la política editorial de la revista y a las normas de publicación; y deberán pasar por el proceso de aprobación del comité editorial. De preferencia serán aportes teóricos y metodológicos provenientes de jueces, fiscales y operadores de la administración de justicia, sustentados en bibliografía reciente y especializada, análisis de coyuntura y tendrán una clara orientación académica aunque sus autores no sean académicos profesionales.

Las secciones de la revista diálogos judiciales son las siguientes:

- Dossier central que incluye artículos monografías sobre un tema de interés jurídico nacional o internacional, desarrolladas con una orientación metodológica que mezcle reflexiones teóricas con experiencias prácticas en el ejercicio de la judicatura.
- Derecho comparado que incorpora aportaciones teóricas de reconocidos académicos y jueces latinoamericanos sobre cuestiones de interés jurídico general.
- Entrevista incluye diálogos y entrevistas con juristas y académicos relevantes que visiten Ecuador o que hayan aportado con su conocimiento y experiencia al mejoramiento de la administración de justicia nacional o extranjera.
- Comentario de Jurisprudencia presenta un análisis especializado, técnico, doctrinario, que desarrolla y explica los problemas de la jurisprudencia como fuente directa del derecho.
- Reseña incorpora comentarios críticos a libros jurídicos de reciente aparición en el Ecuador, o a nivel internacional.

2. Normas de publicación:

a. Criterios de admisibilidad

- Idioma castellano
- Serán escogidos y publicados los artículos cuya calidad técnica, carácter crítico y relevancia del tema aporten al debate jurídico nacional.
- Serán valorado positivamente el carácter novedoso del tema o la perspectiva de análisis.

b. Autoría:

- El artículo debe ser de preferencia original, aunque se aceptarán artículos no inéditos que sigan siendo relevantes para el avance de la discusión sobre el tema propuesto por la revista. En este caso el autor debe comprometerse a gestionar y obtener, antes de la publicación, la respectiva autorización del titular del derecho de edición, y la remitirá a la Corte Nacional de Justicia, junto con el artículo.
- El autor debe enviar en todos los casos una carta con la autorización escrita y expresa de la publicación de su artículo dirigido a la revista diálogos judiciales o al presidente de la Corte Nacional de Justicia.
- Se indicará claramente el título del trabajo, luego del cual irán los nombres y apellidos del autor o autores.
- Junto al trabajo deberá remitirse una hoja de vida abreviada del autor o autores.

c. Aspectos Formales:

- El título del artículo no podrá tener más de 10 palabras. El comité editorial se reserva el derecho de modificarlo previo acuerdo con el autor.
- Los artículos contendrán un resumen del contenido de no más de 8 líneas y máximo 5 palabras claves que describan globalmente el contenido y los temas tratados en el texto.
- Los artículos serán escritos en Word 2013 o similares con tipo de letra Calibri 11 en una sola cara a espacio y medio.

- Los gráficos y diagramas se enviarán con archivos de respaldo en cualquiera de los siguientes formatos: jpg, gif o psd.
- Se recomienda incorporar en los artículos epígrafes y subtítulos numerados
- El autor o autores deben enviar su dirección exacta, mail, teléfono de contacto y demás datos que faciliten a los editores de la revista mantener contacto y resolver cualquier duda o inquietud sobre el artículo.
- El artículo deberán incluir una bibliografía básica de referencia y citas al pie de página en sistema Chicago.
- La revista Diálogos Judiciales a través de su comité editorial, con el fin de garantizar una mínima calidad de la publicación realizará correcciones de estilo y edición necesarias.
- Los artículos se recibirán en la siguiente dirección electrónica: juan.montana@cortenacional.gob.ec; andrea.abril@cortenacional.gob.ec; o a la siguiente dirección postal: Corte Nacional de Justicia. Avenida Amazonas N37 -101 y Unión Nacional de Periodistas.

La entrada en vigencia del COGEP es a la vez un punto de partida y un punto de llegada. Es un punto de partida respecto de lo que logrará ser la nueva justicia ecuatoriana y un punto de llegada porque el nuevo código es el resultado y la materialización de un intenso debate sucedido en el país en el último cuarto de siglo.

Entender el alcance de semejante transformación requiere conocer las deficiencias del sistema anterior: Existe un consenso acerca de que el sistema procesal escrito, tenía graves deficiencias que hacían prácticamente imposible alcanzar una administración de justicia ágil, oportuna transparente y eficaz.

Para enfrentar esta situación, el COGEP buscó acabar con el incidentalismo extremo y, atrás quedó el tiempo en que era posible presentar pruebas o interponer recursos para dilatar el proceso; el código, además, simplifica el trámite, reduce el número de procedimientos y promueve la lealtad procesal. Propicia, además, la existencia de un juez activo y deliberante en relación con el cumplimiento del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

DIÁLOGOS JUDICIALES



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta

ISBN: 978-9942-22-142-1



9 789942 221421