





**Corte Nacional de Justicia del Ecuador**

**El recurso de casación en el estado  
constitucional de derechos y justicia**



**Corte Nacional de Justicia del Ecuador**

**El recurso de casación en el estado  
constitucional de derechos y justicia**

Memorias del I seminario internacional  
celebrado en Quito el 21 y 22 de marzo de 2013

Ecuador  
Imprenta de la Gaceta Judicial  
2013

Ecuador. Corte Nacional de Justicia  
Memorias del I seminario internacional: el recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia / Corte Nacional de Justicia. 1ª ed.- Quito, Comité Académico de la Corte Nacional de Justicia, 2013.  
368 p.; 21 x 15 cm.- (Aportes jurídicos contemporáneos a la justicia ordinaria; No 1)  
ISBN: 978-9942-07-490-4  
Derecho de autor No. 042627  
1. Recurso de casación 2. Justicia ordinaria 3. Derecho procesal  
CDD20: 345.261

Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Nacional de Justicia

## **Corte Nacional de Justicia**

Carlos Ramírez Romero  
*Presidente de la Corte Nacional de Justicia*

### **Comité Académico de la Corte Nacional de Justicia**

Carlos Ramírez Romero  
Maritza Tatiana Pérez Valencia  
Johnny Ayluardo Salcedo

### **Coordinadora de publicación**

Lorena Naranjo Godoy

### **Apoyo de publicación**

Cecilia Ortiz Yépez  
Miguel Valarezo Tenorio  
Verónica Granda

### **Corrección de estilo**

Lorena Naranjo Godoy

### **Diseño**

Fernanda Gallo Landeta  
Andrés Dávila Pereira

### **Diagramación**

Dennys Arboleda Grijalba

### **Fotografía**

Evelyn Fonseca Pérez

### **Impresión**

Dirección de la Gaceta Judicial  
Santiago Arauz Ríos

Primera edición, diciembre 2013  
Quito, Ecuador

### **Corte Nacional de Justicia**

Av. Amazonas N37-101 y Unión  
Nacional de Periodistas, esq.  
Tels.: (593-2) 23953500  
[www.cortenacional.gob.ec](http://www.cortenacional.gob.ec)









# Contenido

Presentación .....	13
Objetivos .....	19
<b>I. Discursos iniciales</b>	
Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia .....	23
Gustavo Jalkh Röben, Presidente del Consejo de la Judicatura .....	31
<b>II. Ponencias</b>	
Historia y naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación. <i>Sergio Muñoz Gajardo</i> .....	39
El recurso extraordinario de casación en el derecho procesal. La experiencia uruguaya a más de veinte años de la entrada en vigencia del Código General del Proceso. <i>Jorge Chediak González</i> .....	125
El recurso extraordinario de casación y la jurisprudencia. <i>Carlos María Folco</i> .....	167
El recurso de casación en el sistema continental europeo. La casación civil: El modelo europeo continental. <i>Nicolás González – Cuellar Serrano</i> .....	195
El recurso de casación en el sistema España: la casación penal. <i>Ágata M<sup>a</sup> Sanz Hermida</i> .....	215

El recurso extraordinario de casación en el sistema latinoamericano. <i>Javier Zapata Ortíz</i> .....	235
La acción extraordinaria de protección. Eficacia y efectividad en el orden garantista. <i>Patricio Pazmiño Freire</i> .....	255
El recurso de casación el estado constitucional de derechos y justicia. <i>Maritza Tatiana Pérez Valencia</i> .....	285

### **III. Documentos de mesas de discusión y conclusiones**

Casación en materia penal (Mesa de discusión Nro. 1) Coordinador: Jorge Blum Carcelén, Presidente de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia .....	321
Casación en materias no penales (Mesa de discusión Nro. 2) Coordinadora: Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia .....	347
Casación en la Constitución (Mesa de discusión Nro. 3) Coordinador: Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia .....	349

### **IV. Galería fotográfica**

## Presentación

Entre los medios impugnativos de la sentencia, el que ejerce más atracción para su estudio es el recurso de casación, por su especial naturaleza, su desenvolvimiento histórico y por su mismo destino futuro, ya que al igual que muchas de las ramas de las ciencias jurídicas, el derecho procesal se encuentra en constante desarrollo y actualización.

La ilustración francesa constituye el origen de la casación moderna, aunque sus orígenes se remontan al derecho romano, época en la que se concibió su idea. Para Calamandrei, la casación como institución procesal se desarrolló en tres etapas fundamentales: a) la idea de origen romano, por la cual una sentencia injusta, resultado de un error de derecho, debe considerársela de mucha gravedad; b) la concesión a las partes de un remedio diverso de los demás otorgados para el caso de simple injusticia; y c) la incorporación como motivo de recurso de los errores in procedendo.

Históricamente se ha hecho de la casación una institución jurídica capaz de unificar la interpretación de las normas y, como tal, de favorecer a la seguridad jurídica y al derecho a la igualdad. La casación ha sido el mecanismo de defensa de las más altas expresiones de derecho. Pese a sus importantes aportes, la casación ha permanecido casi de manera inmutable en nuestro sistema jurídico. Esta condición que ha caracterizado a la casación, a través del sistema monárquico, legalista-positivista, constitucional, social de derecho, debe ser repensada para mantener sus beneficios dentro de los sistemas constitucionales contemporáneos. De ahí que, dentro de un estado constitucional de derechos y justicia, la casación no podría sino constitucionalizarse, redefinirse y renovarse a favor de los derechos y de las garantías fundamentales.

Por ello, la Corte Nacional de Justicia está en la perspectiva de realizar una reconstrucción interpretativa de las normas. Si bien es cierto que la

Corte Nacional no es la responsable de la producción legislativa procesal, observadas las cosas desde el ángulo metodológico de la argumentación jurídica, la Corte Nacional sí interviene en la reconstrucción interpretativa de las normas, en concordancia con los niveles de la argumentación y los criterios de control, por lo que siempre debe tutelar del contexto de aplicación de la Constitución.

Esto implica que la Corte Nacional de Justicia está llamada a dotar de contenidos específicos y concretos a los derechos y principios constitucionales, caracterizados por su amplitud y alta indeterminación y a la vez permite que la Corte evite el envejecimiento de las normas jurídicas, toda vez que su contenido finalista adecúa conceptos jurídicos a contextos sociales dinámicos. En esta línea de pensamiento, el principio de progresividad en materia de derechos fundamentales encuentra en la jurisprudencia su aliada más efectiva y versátil.

Si bien la Corte Nacional no deja de ser un tribunal de justicia ordinaria, el rol que actualmente se le asigna se acerca mucho a la que, tradicionalmente se le ha otorgado al legislador. Efectivamente, a través de la jurisprudencia, la Corte seguirá armonizando el sistema jurídico, de acuerdo a la Constitución.

Por otra parte, a la casación, tradicionalmente se le asignó el control del derecho objetivo, de ahí que a la Corte de Casación, a diferencia de los juzgadores de instancia, le corresponde únicamente la revisión de los errores in iudicando e in procedendo. Es decir, corresponde a la Corte de Casación revisar aquellos errores atinentes a la falta o errónea aplicación o interpretación de las normas de derecho.

Los errores in iudicando trascienden a la ley, a los reglamentos, a los decretos; no solo porque la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos son, formalmente, las más altas expresiones del derecho objetivo, sino porque la jerarquía normativa, en nuestro sistema no es materialmente estable.

La Constitución, al consagrar el principio de interpretación pro homine establece una jerarquía móvil. Por ejemplo si un reglamento amplía el contenido de un derecho, es capaz de prevalecer por sobre la norma constitucional, inclusive.

La cláusula abierta prevista en la Constitución, constituye un reconocimiento expreso de la existencia de derechos implícitos, de ahí que el control del derecho objetivo se diversifica hacia toda forma de derecho positivo y derecho jurisprudencial, en cuanto subregla vinculante.

La incorporación de normas de jerarquía constitucional y reconocimiento de derechos derivados de la dignidad de las personas trae consigo el reconocimiento implícito de la incorporación de la teoría del bloque de constitucionalidad a nuestro ordenamiento jurídico.

Aun cuando la Corte Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Carta Jurídica Fundamental, ejerza, un control concreto de constitucionalidad, esto no significa que la Corte Nacional de Justicia hubiere reducido su ámbito de acción; por el contrario lo conserva y vigoriza porque es la Corte de Casación la llamada a constitucionalizar el derecho ordinario.

De lo indicado, puede concluirse que si bien la casación es una garantía para el derecho objetivo, este derecho objetivo, dadas las diversas formas de interpretación puede variar.

Nuestra Corte no es un órgano del siglo XIX, sino que se desenvuelve en el tiempo presente y con una dimensión proyectiva. Esto la vincula a mostrarnos la siguiente fase de la evolución del instituto de la casación. Es en esta necesidad ineludible e inaplazable que la Corte Nacional de Justicia tiene la obligación de realizar nuevas propuestas, estudios, encuentros académicos y judiciales que nos orienten en la aplicación de este importante recurso, valiéndose de las importantes experiencias que aporta el derecho comparado, más aún cuando estamos a las puertas de la aprobación de un nuevo Código General del Proceso.

En éste contexto, la Corte Nacional de Justicia organizó en la ciudad de Quito, con gran expectación previa, durante los días 21 y 22 de marzo del presente año, el Seminario Internacional “El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia”.

El desarrollo de este encuentro contó con la participación de expertos los que analizaron los procesos normativos que se han desarrollado en las experiencias latinoamericanas y europeas sobre las agendas y estrategias implementadas para el desarrollo de éste importante recurso. Este seminario generó un espacio de reflexión y de intercambio de experiencias en el ámbito internacional, posibilitando una mayor apertura en la discusión en la cual se debatieron.

El libro que presentamos, recoge las conferencias que los expositores nacionales e internacionales realizaron en dicho seminario y los documentos elaborados por las distintas mesas de trabajo.

Los trabajos que se presentan apuntan con una profundidad y claridad notables al tema fundamental de la reforma que debe pensarse a propósito del recurso de casación y el rol que la Corte Nacional de Justicia debe cumplir.

El Dr. Sergio Muñoz Gajardo, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en su ponencia “Historia y naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación”, nos ofrece una visión histórica de éste importante instituto procesal desde su origen romano, su consolidación en el derecho francés, su evolución en el derecho español y en el derecho chileno. Posteriormente realiza un análisis de la naturaleza jurídica del recurso de casación, sus objetivos, finalidades, características e ideas fundamentales.

El recurso extraordinario de casación en el Derecho Procesal: La experiencia uruguaya a más de veinte años de la entrada en vigencia del Código General del Proceso. Cuyo expositor Dr. Jorge Chediak González Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, quien hace referencia a los orígenes del recurso de casación, y su regulación vigente en el Código General del Proceso.

El Dr. Carlos María Folco nos ofrece una visión global de lo que es la casación civil en el sistema jurídico, su pertinencia, vicios e inadmisibilidad, además hace hincapié en los diferentes tipos de casación que se adoptan en las diferentes provincias de Argentina, todo desde la perspectiva de la jurisprudencia.

El Profesor Dr. Nicolás González-Cuellar Serrano, catedrático de Derecho Procesal, en la casación civil: El modelo europeo continental, nos presenta un estudio sobre el origen y finalidad de la Casación, sobre la uniformidad de la jurisprudencia que es la misión esencial de la casación, sobre la infracción procesal que hacen alusión a los vicios in iudicando e in procedendo y finaliza con una visión futurista del recurso en el ámbito supranacional de la Unión Europea.

El Dr. Javier Zapata Ortíz Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su ponencia “Recurso extraordinario de casación en el sistema latinoamericano” realiza un estudio comparado de la concepción del “Estado de Derecho” en las Constituciones latinoamericanas, resaltando como se han ido incorporando diferentes componentes en beneficio social. El Dr. Zapata resalta la importancia de unificar la casación con la jurisprudencia a fin de fortalecer los pilares de un Estado Social de Derecho.

La acción extraordinaria de protección. Eficacia y efectividad en el orden garantista, escrita por el Dr. Patricio Pazmiño Freire Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador. El Dr. Pazmiño argumenta la idea de que el Estado Constitucional de Derechos es un producto social y político, un ordenamiento jurídico, teórico y práctico que se debe mantener a través de la ejecución de los derechos, garantías y obligaciones de las personas, para lo cual inicia revisando la teoría general de las garantías en Europa y América Latina, luego da una explicación de la parte dogmática de la Constitución, realiza un análisis de las garantías jurisdiccionales y termina con una descripción de los retos que tienen el sistema de garantías y algunas propuestas que permiten solventar estos problemas.

La Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en su exposición “El recurso de casación en

el estado constitucional de derechos y justicia” realiza un análisis del estado democrático de derechos y justicia partiendo de antecedentes históricos de lo que implica un estado de derechos, así mismo se refiere a los antecedentes del recurso de casación, realiza un análisis comparativo entre el recurso de casación y el estado constitucional de derechos y justicia para terminar con una serie de conclusiones y recomendaciones.

Todos los trabajos presentados constituyen un excelente e ilustrativo repaso que los autores realizan a las ideas e institutos fundamentales de la casación.

Estimamos que se debe valorar especialmente la publicación de esta obra para una informada y responsable toma de decisiones relativas a la configuración del nuevo modelo procesal civil.

Con este debate se pretende alcanzar la participación de ustedes, de nuestra sociedad, destinataria final de nuestro objetivo. Si emprendimos esta empresa de difícil cuño es porque queremos buscar lo mejor de nosotros mismos para poder servir de la mejor manera a nuestra comunidad. Éste, y no otro, es el propósito que nos mueve.

*Carlos Ramírez Romero*  
Presidente Corte Nacional de Justicia

## Objetivos

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador realizó el Seminario Internacional sobre “*El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia*”, que tuvo lugar en la ciudad de Quito D.M, los días 21 y 22 de marzo de 2013, para exponer un enfoque hispanoamericano de la aplicación del recurso de Casación dentro del marco Constitucional de cada uno de los países participantes.

### **Objetivo General:**

En el marco constitucional ecuatoriano, del estado constitucional de derechos y justicia, es necesario enfocar fehacientemente el quehacer de la labor judicial y de cada uno de sus operadores, pues es fuerza vital de este desarrollo el ejercicio y actividad del juez, para lograr en los inicios del siglo XXI, la conformación de aquél estado anhelado de justicia y del buen vivir. Para ello, el marco teórico constitucional tiene que ser ubicado en cada una de las ramas de derecho, con su verdadera dimensión de respeto a la aplicación directa de la Carta Fundamental, al respeto de los derechos y garantías de las ciudadanas y de los ciudadanos, pero también a la realización de estos postulados con ponderación y proporcionalidad.

### **Objetivos Específicos:**

En la referencia actual del estado constitucional de derechos y justicia, que es la conformación del estado ecuatoriano del nuevo siglo, es necesario enfocar ciertos objetivos específicos, entre ellos:

- El seminario busca establecer los lineamientos y políticas generales de aplicación, que el enfoque constitucional del estado ecuatoriano, aporta en el ejercicio de la función de los jueces ecuatorianos.

- Se busca también abordar el tema desde el origen propio del marco constitucional ecuatoriano, pero reflejado al mundo y a su actuación en el contexto latinoamericano y de Europa.
- Se pretende generar temáticas jurídicas que se planteen en las mesas de discusión para que de forma académica, se discutan en la Alta Corte de Ecuador.
- Se busca emprender y dar inicio a un sistema de formación continua generadora, desde la propia Corte Nacional de Justicia del Ecuador, para implementar y mejorar documentos de estudio, con el apoyo del equipo de trabajo del Comité Académico de la Corte Nacional de Justicia.
- Actualmente en el Ecuador se encuentra en análisis la implementación de una serie de reformas legales, entre ellas la instauración de un proceso unificado en materias no penales, como son, Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia, Administrativo y Tributario, a través de un Código General del Proceso, que ha sido difundido a la comunidad jurídica ecuatoriana, por medio de seminarios y charlas, para finalmente presentarlo al Órgano Legislativo para su discusión, aprobación y promulgación. De esta manera, se busca aportar a este proyecto de discusión con las temáticas que aborda el seminario.

Discursos iniciales

I



*Carlos Miguel Ramírez Romero*  
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

La Corte Nacional de Justicia lleva adelante varias estrategias y líneas de trabajo a partir de las cuales busca sumarse, de manera activa, a los esfuerzos emprendidos por lograr la realización de una justicia transparente, ágil y oportuna. El actual proceso de transformación del sistema procesal, coherente con los aspectos estructurales de ese propósito, demanda la interacción y cooperación permanente de los jueces y juezas con otros operadores procesales de la Función Judicial, entidades públicas vinculadas al sector y actores de la sociedad civil.

El acceso a la justicia, en tanto derecho y servicio fundamental reconocido a nivel constitucional, no puede concebirse al margen de las condiciones materiales, económicas y tecnológicas necesarias para asegurar la proximidad de la sociedad ecuatoriana con las normas y procedimientos jurídicos que subyacen de la solución formal de los conflictos. El proceso de interiorización social de las experiencias que giran en torno a las prácticas propias del derecho tiene que alejarse de los contextos de impunidad e inequidad, en una búsqueda permanente por lograr un acercamiento cada vez mayor a los valores consustanciales de la democracia.

La dimensión de utilidad integral de los procesos judiciales se pone de relieve, entonces, en la humanización de la administración de justicia. La mayor apuesta por el cambio profundo está afincada en la capacidad del talento humano. Solo así cobra sentido verdadero un ejercicio de la función jurisdiccional comprometido con las personas y sus derechos, es decir, el desarrollo de un trabajo judicial que se empodere a través del desarrollo de una jurisprudencia sólida, inspirada en el respeto de los bienes jurídicos protegidos por el Estado, que siempre vaya a la vanguardia de las teorías contemporáneas del derecho.

Precisamente, en esa línea se inscribe el trabajo de la Corte Nacional de Justicia que se ha materializado en la propuesta de varios proyectos legislativos y de reforma legal en temas de sumo interés para el país, tales como la reforma del Código Orgánico de la Función Judicial y el anteproyecto de Código Orgánico General del Proceso. Mediante este último, en concreto, se aspira que las causas de naturaleza no penal e, incluso, el propio recurso extraordinario de casación, sean procesados y resueltos en aplicación de una normativa acorde a los paradigmas jurídicos de avanzada.

El anteproyecto propone recoger el cambio radical del sistema procesal, en cuyo contexto se promueve el tránsito de un proceso escrito a uno que imprima mayor agilidad y dinamismo, que se desarrolle, etapa a etapa, acorde al principio constitucional de oralidad y, ante todo, a su proyección como medio idóneo para la realización de la justicia. Entre otros aspectos y de cara al fortalecimiento de la más alta magistratura del país, la institucionalización del Estado de Derechos y Justicia plantea la necesidad de manejar un diseño normativo moderno, que permita regular el recurso de casación a partir de un esquema que simplifique los procedimientos, optimice la logística judicial y, en definitiva, sea aplicable tanto al ámbito penal cuanto a materias no penales.

En ese marco y con el propósito de continuar generando los espacios de discusión y diálogo necesarios para que la renovación de la cultura jurídica en el país sea capaz de responder a esas expectativas, la Corte Nacional de Justicia tiene le agrado de contar, en esta ocasión, con la valiosa colaboración de juristas de reconocido prestigio —procedentes de Argentina, Colombia, Chile, España, Uruguay y Ecuador—, quienes en el transcurso de este seminario internacional, titulado “El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia”, ofrecerán disertaciones de alta calidad para el análisis de uno de los temas que en la actualidad despierta mayor interés en la comunidad judicial y académica.

Se trata de un certamen organizado con la firme convicción de ofrecer insumos de alta importancia para enriquecer la reflexión e incentivar el debate que gira alrededor del rol que asume la casación en el nuevo orden

constitucional vigente en el Ecuador, más aún cuando resulta innegable el hecho de que, al ser un fenómeno que no tiene fronteras, la constitucionalización del derecho genera múltiples desafíos para los operadores de justicia en varias regiones del mundo, no únicamente en el escenario ecuatoriano. A través de este evento, la Corte busca introducir la temática para identificar los elementos que, mediante un ejercicio comparativo, hagan posible configurar un aporte para la redefinición de sus conceptos primarios.

Por esa razón, el punto de partida está en preguntarse, en términos sencillos, ¿qué es lo que justifica la existencia de un recurso de casación? Pues bien, sin perjuicio de las exposiciones que más adelante abordarán el tema en profundidad, es necesario decir que, más allá de las distintas posiciones que pueden identificarse en los trabajos de doctrina e investigación jurídica, existe un consenso al respecto: la función de administrar justicia es una actividad humana y, en tanto tal, no es una práctica perfecta o exenta de equivocación. En otras palabras, no por ser juez se deja de tener la condición de ser humano; por lo tanto, puede ocurrir que el juez incurra en error al tomar una decisión porque, ciertamente, no es un ser indefectible y, además, su trabajo no es una operación automática, sino una actividad argumentativa.

Ahora bien, tomando en consideración esta posición y como un segundo elemento de esta conferencia introductoria, también es importante precisar la tipología que se utiliza para conferir identidad al error judicial. Así, se tiene que, de acuerdo a su naturaleza jurídica, el error puede ser de dos clases: a) Error de juzgamiento o vicio *in iudicando*; y, b) Error de procedimiento o actividad o vicio *in procedendo*. En el primer caso se está frente a un error judicial de fondo, que involucra al derecho sustantivo o sustancial; mientras que en el segundo, se alude al error judicial de forma, que remite el análisis al derecho adjetivo o procedimental.

En cualquiera de las dos situaciones se encuentra presente el derecho de impugnación, que no ha estado en discusión desde la época en que se lograron las primeras conquistas en el ámbito del reconocimiento de las

libertades y garantías individuales, al igual que el derecho a disentir, es decir, a exteriorizar una opinión diferente a aquella adoptada en una decisión judicial. En la mayoría de los esquemas normativos actuales, ambos componentes se encuentran amalgamados, junto a otros de connotación procesal, gracias a una fórmula jurídica, de rango constitucional, que les confiere un espectro de doble significación en términos de valores, principios y reglas: el debido proceso, que es una garantía, pero al mismo tiempo un derecho, engloba, a su vez, a otras garantías que también son derechos.

Una de esas garantías es, justamente, el recurso extraordinario de casación, cuya instrumentación tiene lugar según los parámetros procesales determinados por el sistema diseñado para el logro de sus finalidades. De esa forma, la respuesta a la cuestión sobre ¿Cuáles son los sistemas de casación? supone, ante todo, la necesaria evaluación de los propósitos que un determinado ordenamiento jurídico busca alcanzar mediante este mecanismo de impugnación. Así, pues, si se sostiene que la casación debe redefinirse a la luz de mandatos constitucionales optimizadores de los derechos humanos, hay que empezar estableciendo una identificación y balance de los objetivos que persigue este mecanismo procesal, en cada esquema jurídico nacional.

Desde la visión de la tradición del derecho civil, al menos, la doctrina muestra que existen tres modelos implementados por los Estados: el sistema de casación semipura otorga preminencia a la función unificadora del derecho, mientras que el sistema de casación pura, con más amplitud, privilegia la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, sin descuidar la importancia de su unificación, con lo cual el legislador apuesta por la potenciación del rol de la jurisprudencia como fuente protagónica de generación del derecho. Por otra parte, el sistema de casación impura, alineado a la doctrina de la arbitrariedad o del absurdo fáctico que aplican algunos países, permite la revisión de los errores de hecho y, en ciertos casos, la de los errores de derecho.

Otra perspectiva, que pone énfasis en la admisión a trámite de este medio de impugnación, a partir del análisis de las causales en las que puede

fundamentarse, distingue otros tres tipos de esquema: el sistema abierto, si se pone a disposición del recurrente un amplio abanico de posibilidades para activar la casación, como ocurre, por ejemplo, cuando el diseño normativo utilizado por el legislador emplea la fórmula “por errores de derecho”; el sistema cerrado, cuando la enumeración de las causales de procedencia del recurso de casación es de carácter taxativo; y, el sistema mixto, que combina los dos anteriores, a cuyo efecto el texto legal, luego de enunciar las causales, se flexibiliza cuando se apoya en la utilización de la expresión gramatical “...y otras”.

Ahora bien, más allá de la clase de esquema que se aplique para el análisis de este recurso extraordinario en un ordenamiento jurídico concreto, lo verdaderamente relevante está en comprender su funcionamiento en el contexto del proceso de constitucionalización del derecho, porque su rol adquiere una connotación garantista que vigoriza el debido proceso como instrumento útil para alcanzar la seguridad jurídica de un Estado. En ese sentido, la casación no puede tener otro horizonte que la efectividad y tutela de los derechos fundamentales reconocidos por las normas integradoras del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, para llegar a este avance cognitivo, la evolución histórica del recurso de casación ha debido atravesar varias etapas. En un inicio, la figura fue concebida como una garantía de defensa del rey, es decir, como un instrumento de protección monárquica que, valiéndose de la anulación de las sentencias, sirvió para contener la invasión del parlamento en la esfera de competencias propias del soberano. Luego, en la época de la Revolución Francesa, aunque se convirtió en una garantía de defensa de la ley, continuó persiguiendo un fin predominantemente político, ya que se creó un tribunal de casación, no como parte de la función judicial, sino como institución de la función legislativa, con la misión de defender 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 fundamental y, a la vez, de una garantía

integrante del debido proceso. Para un Estado de Derechos y Justicia, como se autodefine el modelo ecuatoriano, este estatus impone la necesidad de deconstruir y redefinir esta institución procesal, para que su nuevo diseño no se agote en la defensa de la ley, sino que sea coherente con la nueva finalidad que exige el actual marco constitucional y el entramado de estándares internacionales de derechos humanos: tutelar los derechos y las garantías fundamentales de las personas.

Esa redefinición se apoya en tres elementos de peso que son intrínsecos a los valores protegidos en un Estado de Derechos y Justicia. En primer lugar, el Ecuador es un Estado Constitucional. Esto significa que la Constitución es la norma de más alto rango en el sistema jurídico y que, en consecuencia, la normativa ordinaria se convierte en la garante de su cumplimiento. Por lo tanto, el juez tiene la obligación de aplicar las leyes formalmente vigentes, pero que también sean constitucionalmente válidas.

En segundo lugar, el Ecuador es un Estado de derechos. De esta idea subyace una reorganización de las finalidades del Estado de derecho, pues su sustento deja de ser el derecho en sí mismo para, en su lugar, darle cabida a los derechos de las personas; y esto supone ir más allá de la ley, en el reconocimiento, incluso, de la coexistencia de varios sistemas jurídicos. Potenciado por los fundamentos del pluralismo jurídico, el derecho se estructura por principios. En consecuencia, el Estado tiene un propósito material porque se sustenta en la garantía ejecutiva de los derechos, en la medida en que la Constitución es directamente aplicable, por y ante cualquier autoridad, sin que se requiera desarrollo normativo secundario.

Y, por último, el Ecuador es un Estado de justicia. Es una concepción que transmite el nuevo papel del juez, quien, para hacer justicia, crea derecho y, por consiguiente, construye la norma a partir de principios. Desde esta óptica, el juez ha dejado de ser la boca de la ley porque no es un aplicador automático de un texto, sino una persona investida de la potestad para juzgar conforme a la Constitución y la ley. Existe, entonces, un reforzamiento del rol del juzgador, en un escenario en el que la validez de una

norma no implica únicamente el cumplimiento de procesos legislativos, sino, ante todo, la coherencia de su contenido con principios y valores constitucionales.

Las anteriores reflexiones, aplicadas al análisis de la casación realizado en esta ponencia, permiten formular un par de conclusiones. Por una parte, resulta evidente que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia genera la necesidad de redefinir los fundamentos del recurso extraordinario de casación, a partir de contenidos específicos que sean coherentes con los derechos fundamentales, porque solo asegurando un marco de justicia material para la sociedad, se puede lograr que este recurso se traduzca realmente en una fuente de paz y seguridad.

Por otra parte, un nuevo diseño normativo de la casación volvería factible la potenciación de su función de carácter sistémico, porque, sin duda alguna, este instrumento, quizá el más simbólico que el legislador haya ideado para la revisión y solución del error judicial en la justicia ordinaria, no solo permite el control de la legalidad, sino que estimula la prevalencia de la igualdad de condiciones para las partes y la aplicación de la norma sustancial, por sobre la de naturaleza procesal o instrumental.

Haría posible, además, apuntalar su función eminentemente unificadora, en la medida en que la activación de un medio extraordinario de impugnación de tal magnitud resguarda la coherencia e integridad del ordenamiento jurídico, mediante el sistema de precedentes jurisprudenciales basado en la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho. A la Corte Nacional de Justicia, magistratura competente para la sustanciación y resolución de este recurso, le corresponde el enorme reto de constitucionalizar la casación por medio de su trabajo en beneficio de la seguridad jurídica.

La organización de encuentros nacionales e internacionales como este hacen posible impulsar un intercambio fructífero de conocimientos y experiencias, con la participación de dignos representantes de la comunidad académica y judicial, organismos internacionales y supranacionales,

universidades, profesionales, estudiantes y público, en general. En nombre de la Corte Nacional, les doy una cordial bienvenida e invito a ustedes a participar de las conferencias, formular sus inquietudes y obtener el máximo beneficio de este evento, que ha sido preparado pensando en que debates como el que se busca propiciar durante esta jornada académica auguran días mejores para la justicia y el país.

Muchas gracias.

Quito, 21 de marzo de 2013

*Gustavo Jalkh Röben*

Presidente del Consejo de la Judicatura

Es motivo de profunda satisfacción para quien habla, intervenir brevemente ante este auditorio, a propósito de la inauguración del Seminario titulado: “El recurso extraordinario de casación en el Estado constitucional de derechos y de justicia”. Este evento, que reúne a distinguidos expertos y expertas en la ciencia del Derecho, con especialización en lo que es doctrinaria y procesalmente la Casación, configura el escenario idóneo para debatir las ponencias y disertaciones que propondrán los expertos, todos ellos ilustres juristas de nuestra América y de España, catedráticos y magistrados en sus respectivos países.

La Corte Nacional de Justicia, máximo organismo de la administración de Justicia en el Ecuador y su presidente, han tenido la acertada iniciativa de convocarnos en este foro para profundizar sobre el conocimiento, análisis y proyección inmediata de la figura jurídica de la Casación, siempre en el entorno constitucional vigente y renovado en nuestro país. No es tema menor, por el contrario, el propósito de este encuentro académico exige el rigor que caracteriza a los participantes.

Permítanme continuar esta breve alocución señalando que la temática planteada obliga al menos a detenerse en dos referencias, aunque sea de manera muy breve. Es indispensable ubicarnos en el artículo primero de la Constitución de la República del Ecuador y necesario situarnos en el artículo 184 de la Ley fundamental. En efecto, el primer artículo de la Constitución de la República establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia. Se trata de un mandato renovado, de mayúsculos efectos, diverso con respecto a todos sus predecesores en cuanto a la definición de lo que es la norma Constitucional del Ecuador: la definición de Estado. Este artículo es un ejercicio de progresividad frente a la tradicional expresión del Estado de Derecho. Doctrinariamente, se

sostiene que el antecedente de los derechos humanos, que con pasión defendemos y que consideramos la primera función del Estado defenderlos, es el constitucionalismo; es decir, que aún antes del concepto de Derechos Humanos existió lo que hoy conocemos como Constitucionalismo, a través de la incorporación de las aspiraciones populares en cartas magnas, protocolos, a los que se obligaban los soberanos de la época.

Es a partir de los postulados y declaraciones de la Revolución Francesa que los países occidentales incluyeron la noción de que el Estado debía consagrar expresamente la sujeción del poder a la Ley. Ya no como una dádiva del monarca, sino como un derecho del pueblo para evitar el abuso y la arbitrariedad. Sin embargo, la primigenia expresión del principio de legalidad que tiene la ficción jurídica denominada Estado no puede ser inmutable, menos aún en el siglo XXI, peor aún en el continente de la permanente esperanza que es América.

La Asamblea Constituyente del Ecuador reunida en Montecristi, la bella ciudad de la provincia costera de Manabí donde nació el General Eloy Alfaro Delgado, el gran revolucionario de fines del siglo diecinueve e inicios del siglo XX, modificó el principio que había perdurado durante décadas en el que se definía al Estado como de Derecho, para abrigar en su lugar esta expresión, en la que quiero ser reiterativo: el Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Cuán importante resulta esta afortunada expresión, no solamente en lo jurídico sino en lo que representa el buen vivir. Nada podría tener más valor dogmático y orgánico que la misma naturaleza constitucional del Estado, es decir, la sujeción del Estado a elementos constitutivos, derechos, garantías, estructura orgánica interna, régimen de desarrollo, en fin, siempre preservando la supremacía constitucional y la indispensable seguridad jurídica. De igual manera, no podría existir una expresión más cabal para definir el Estado Constitucional que aquella que he mencionado: el Estado de Derechos.

El pueblo ecuatoriano, en consulta popular, aprobó la Constitución que incluyó la norma que determina que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos. Ahora bien, los derechos consagrados de

los que gozan los habitantes de la República y los ecuatorianos que viven en el exterior, sin discriminación alguna, deben ejercerse cabalmente para que la norma constitucional resulte eficaz. En este momento es cuando corresponde reiterar la expresión constitucional que el Ecuador también es un Estado de Justicia. Es definitivo este principio constitucional, pues los derechos y la justicia están íntimamente vinculados; el acceso a la justicia, además, es un derecho en sí mismo.

El Consejo de la Judicatura tiene un papel preponderante en ese sentido y está obligado a definir y ejecutar políticas para el mejoramiento y modernización de la justicia. Los jueces y juezas tienen también un rol fundamental en atención a que el sistema procesal es un medio para la realización de la Justicia. Montesquieu decía: “El juez no es más que la boca por la que se aplican las palabras de la ley”. El constitucionalismo ecuatoriano ha puesto justamente en juego esa expresión. En efecto, ya no podemos decir que el juez es tan solo la boca de la Ley; y es más, esa expresión con la que muchos aprendimos la definición de Ley ha quedado obsoleta, cuando decíamos y repetíamos: la Ley es la expresión de la voluntad soberana del pueblo. Ya no podemos decir aquello. Ahora la expresión correcta es: la Ley NO es la expresión de la voluntad soberana del pueblo, sino cuando respeta la Constitución. De ahí que esos principios de legalidad se vean revertidos y actualizados, más aún en un país donde la Constitución fue aprobada directamente por el pueblo. Y es justamente ahí donde se tiene que ubicar al recurso de Casación.

El juez ya no es solo boca de la Ley, no la repite de manera automática; la tiene que ponderar en función de derechos constitucionales y aplicarla a la luz de esas normas en cada una de sus actuaciones convirtiéndose, por lo tanto, también en garante de los derechos directos del ciudadano. De ahí la expresión con contenido doctrinario de Estado de Derechos y Justicia. La Corte Nacional de Justicia, por mandato del artículo 184 de la Ley Constitucional tiene entre sus funciones la de conocer los recursos de Casación, de Revisión y los demás que establezca la ley. Es por esto oportuno este encuentro entre juristas del Ecuador, América y España, pues por su complejidad la Casación es una figura jurídica que exige un

detenido estudio. Esta misma mañana se inicia este evento académico con la ponencia del profesor Sergio Muñoz, quien disertará sobre “La historia y la naturaleza jurídica del Recurso Extraordinario de Casación”; por ello, resulta casi un atrevimiento de mi parte formular algunos pocos conceptos sobre esta materia; sin embargo, no quiero dejar de manifestar unas pocas ideas generales sobre el recurso de Casación.

Todos sabemos que el recurso de Casación surgió como resultado del proceso revolucionario francés del siglo XVIII, con un importante desarrollo en Francia y en lo que actualmente es Italia. Su origen data de la dinámica social de la separación de poderes y es importante tener presente este aspecto histórico porque surge del entendimiento de que cualquier sentencia que se opone al mandato de la Ley no puede ser válida. La función inicial de la Casación no era jurisdiccional, su finalidad no consistía en resolver los conflictos que enfrentaban las partes procesales, sino básicamente se orientaba a impedir que los tribunales se inmiscuyan en la labor del poder legislativo, haciendo interpretaciones o aplicaciones contrarias al sentido de la Ley. 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.

Vale la pena recordar esos aspectos: casar, anular, romper, a fin de que se observe la correcta aplicación del Derecho Positivo en las decisiones judiciales y complementariamente la unificación de dichas decisiones en casos similares, generando la famosa Jurisprudencia. La Ley de Casación vigente en Ecuador, de mayo de 1993, establece que la Casación constituye un recurso de carácter extraordinario, que procede contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de tribunales distritales, de lo penal fiscal, de lo contencioso administrativo, es susceptible de interposición por los motivos expresamente previstos en la Ley. El recurso extraordinario de

casación no permite conocer al tribunal el conjunto del litigio, ya que la competencia se limita a revisar la sentencia y determinar si esto afectó o no a principios de Derecho.

Así mismo como ustedes conocen la Casación no tiene por objeto enmendar el perjuicio y agravio inferido a las partes procesales en una sentencia ejecutoriada, más bien se trata de un mecanismo de supervisión jurídica para garantizar la correcta aplicación de las normas sustantivas y materiales, y evitar la infracción de normas procesales. Hemos conversado y mantenido reuniones de trabajo con jueces y juezas, con conjuces y conjujas de la Corte Nacional, a quienes corresponde revisar los criterios de admisibilidad de la Casación. Es oportuno analizar reformas a la Ley de Casación, por ejemplo, para evitar en lo posterior que en materias contencioso-administrativas se desborde la carga procesal. Es necesario rescatar la finalidad misma de este medio de impugnación extraordinario y de estricto derecho, que siendo público y un derecho de las partes, no debe degenerar en mecanismos de dilación procesal como se lo pretende utilizar en muchas ocasiones.

No me debo extender más. Agradezco al señor Presidente de la Corte Nacional, Dr. Carlos Ramírez, por haberme honrado con la oportunidad de dirigirme a tan selecto auditorio. Felicito a la Corte Nacional de Justicia por la iniciativa académica al organizar este seminario contando con panelistas tan destacados. Auguro el mayor éxito a este encuentro de hombres y mujeres de Derecho.

Alfredo Pérez Guerrero —a quien tanto admiramos—, abogado, profesor, rector de la Universidad Central del Ecuador, autor de obras destacadísimas en materia jurídica, ensayista social progresista, escribió lo siguiente, inicio la cita: “los individuos hablan de su derecho a una cosa u otra, y de las obligaciones de ellos para con los demás y los demás para con ellos, y no solo tenemos el concepto del Derecho sino que en todo momento luchamos por él y contra él. Y nosotros estamos dispuestos a sacrificar aún nuestra vida para defender los derechos”. Cierro cita.

El Derecho no es poca cosa. Para nosotros el Derecho es parte de la felicidad que busca el ser humano. Delegaciones internacionales el pueblo ecuatoriano les recibe con afecto.

Muchas gracias.

Quito, 21 de marzo de 2013

Ponencias

II



# Historia y naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación

*Sergio Muñoz Gajardo*

---



---

## Sumario

**1.** Introducción. 1.1 Justicia revisora y cosa juzgada. 1.2 Estructura orgánica. 1.3 Causales del recurso. 1.4 Fallo de reemplazo. **2.** Historia del recurso de casación. 2.1 La raíz romana. 2.2 Procedimiento de las Legis Acciones. 2.2.1 La Manus Iniecto. 2.2.2 Infitatio Iudicati. 2.2.3. Revocatio In Duplum. 2.2.4 Revocatio In Integrum. 2.2.5 Intercessio. 2.2.6 Antecedentes de la casación o nulidad por error de derecho. 2.2.7 Sentencias contra ius constitutionis y sentencias contra ius litigatoris. 2.2.8 Extraordinaria Cognitio. 2.2.9 Apelación y nulidad. 2.3 Derecho germano antiguo. 2.3.1 Estructuración del derecho germano. 2.3.2 Influencia Romana. 2.3.3 Lex Visigothorum. 2.3.4 Legislación Longobarda. 2.3.5 Curia Regis. 2.4 Derecho italiano intermedio. 2.4.1 Querella Nullitatis. 2.4.2 Vicios que la producen. 2.4.2.1 Errores in procedendo. 2.4.2.2 Errores in iudicando. 2.5 Derecho francés. 2.5.1.Época feudal. 2.5.2 Los recursos. 2.5.2.1 Fausation de Jugement. 2.5.2.2 Amendement de Jugement. 2.5.2.3 Apelación. 2.5.2.4 Querella Nullitatis. 2.6 Los parlamentos. 2.7 Época monárquica. 2.8 La Supplicatio. 2.9 Requete Civile 2.10 Antiguo régimen o período anterior a la revolución. 2.10.1 Lettres de avocatio. 2.10.2 Lettres d'Etat

---

• Sergio Muñoz Gajardo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Chile. Profesor de diversos cursos del Programa de Formación, Perfeccionamiento y Habilitación para el cargo de Ministro, impartidos por la Academia Judicial desde el año 1999 a la fecha.

2.10.3 ¿Quiénes podían pedir la casación? 2.10.4 ¿Contra qué sentencias procede? 2.10.5 Causales de la casación. 2.10.6 Distribución de labores del Consejo del Rey. 2.10.7 Procedimiento ante el Conseil. 2.11 Durante la revolución. 2.11.1 Reforma al Poder Judicial. 2.11.2 La casación y su elaboración. 2.11.3 Iniciativa de la casación. 2.11.4 Motivos de la casación. 2.12 Aspecto negativo de la casación. 2.13 El tribunal de casación frente a los tribunales ordinarios. 2.13.1 Primer sistema. 2.13.2 Segundo sistema. 2.13.3 Tercer sistema. 2.13.4 Cuarto sistema. 2.13.5 Quinto Sistema. 2.14. Derecho español. 2.14.1 Antecedentes de la casación. 2.14.2 El recurso de segunda suplicación. 2.14.3 Recurso de injusticia notoria. 2.14.4 El recurso de casación en España. 2.14.5 Tercera etapa. 2.15 Derecho chileno. 2.15.1 Durante el período de la Patria Vieja. 2.15.2 Constitución de 1818. 2.15.3 Reglamentación de los recursos procesales. 2.15.4 Supresión de los recursos de injusticia notoria y de segunda suplicación. 2.15.5 Reglamentación del recurso de nulidad. 2.15.6 Reacciones a la falta de recursos. 2.15.7 La Ley de 1837 (recurso de nulidad). 2.15.8 Primeros proyectos de Código de Procedimiento Civil. 2.15.9 Ley de 1875, Orgánica de Tribunales. **3.** Naturaleza jurídica del recurso de casación. 3.1 Recapitulación. 3.2 Principales características. 3.3 Ideas fundamentales. 3.4 Objetivos. 3.5 Concepto. 3.6 Características. 3.7 Naturaleza jurídica. 3.8 Cuestiones de hecho y de derecho. **4.** Razonamiento final. **5.** Bibliografía.



### **Resumen**

Esta apretada y desordenada síntesis del recurso de casación nos posiciona en la historia del recurso, su naturaleza jurídica, elementos, objetivos y finalidades, estudio que sin duda se ve sobrepasado por la pregunta fundamental que nos hemos hecho: ¿Cuál es la función de la Corte Suprema? y reiteramos la respuesta: garantizar la efectiva vigencia de todos los derechos y de todas las personas.

## 1. Introducción

El requerimiento de la satisfacción de una pretensión por una parte y resistido por aquella en contra de quien se esgrime, genera una controversia, la cual en naturaleza es un estado de violencia. En una comunidad humana que busca mantener la paz entre sus integrantes, se ha dicho que los conflictos en general, y los jurídicos en particular, pueden resolverse por medio de la violencia (rompiendo el presupuesto fundamental de la convivencia, por la imposición de la solución por el más fuerte), por la autocomposición (acuerdo directo entre quienes sostienen posiciones antagónicas) y el proceso (el camino definido por el Estado para mantener la armonía en la sociedad y declarar a quien le asiste el derecho).

Persuadir a los integrantes de la sociedad que concurran al proceso con el objeto de mantener la armonía en la comunidad, es lo que legitima su existencia como a quienes toman parte en el mismo, entre quienes se encuentran los que lo dirigen y resuelven: los jueces. Se llega así a pensar en diferentes materias que están relacionadas con lo anterior y que han inquietado al hombre en su evolución: Presupuestos, estructura, recursos, ejecución, efectos y consecuencias.

Pasaremos revista a uno de estos temas, el sistema recursivo y especialmente a la casación. Se pretende presentar el tema desde una perspectiva general y llegar a determinar los puntos centrales a los cuales hay que atender para decidir el futuro de esta institución.

Desde luego no debemos perder de vista que la consecuencia fundamental a la cual se aspira es a obtener el respeto de la sociedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, por ello resulta indispensable precisar desde estas líneas iniciales que no existe un modelo adecuado para resolver el tema, éste está constituido por el que mejor respeta y se aviene a las tradiciones nacionales de cada país. Es por ello que han cobrado cada vez más importancia las tradiciones de los pueblos originarios y se impone con más fuerza la posibilidad que en un mismo estado convivan diversos sistemas jurídicos.

La evolución de los sistemas jurídicos ha caminado entre los jueces de derecho y los de equidad, siendo ambos juzgados por sus resultados, por las consecuencias en la sociedad, que las personas se sientan conformes tanto con la solución a que se llegó como las posibilidades que se les entregaron para construirla con antecedentes, alegaciones, revisiones y grados jerárquicos a los que se tuvo acceso.

Específicamente, el sistema recursivo tiene por base diferentes presupuestos, pero sin duda el más relevante es la posibilidad de revisar la decisión adoptada por un juez. Los efectos de iniciar esta revisión, el órgano encargado de realizarla, la competencia de esta instancia y la amplitud de la decisión, serán aspectos determinantes, los que diferenciarán a cada sistema. El objetivo fundamental del establecimiento de la revisión judicial de las decisiones de los jueces en la actualidad está dado por garantizar el respeto de garantías y normas procesales, como por la correcta aplicación del derecho en la sentencia.

Podemos pasar directamente al objetivo de nuestro estudio. “La noción etimológica de la palabra “casación” la encontramos en el verbo latino “*cassare*”, que significa “quebrar”, “anular”, “destruir”, etc.; y en sentido figurado, equivale a “derogar”, “abrogar”, “deshacer”, etc. En un sentido restringido, y de acuerdo a los usos forenses, “casar” significa “anular”, “invalidar”, “dejar sin efecto”, etc.” (Casarino, 2005, p. 271).

Este breve análisis histórico lo realizaremos con el propósito de poner en perspectiva el tema, como para advertir las distintas soluciones que han dado los distintos países y sistemas a la materia en comento. Los elementos que integran la casación o nulidad no siempre han sido entendidos como ocurre en la actualidad, se han ido definiendo con los siglos.

Siguiendo el desarrollo que efectuara en mi Memoria de Licenciatura, como la de mi hija Graciela, puedo exponer los siguientes aspectos generales:

### **1.1 Justicia revisora y cosa juzgada**

Se podrá apreciar que en un principio 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 inexistencia, 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.

### **1.2 Estructura orgánica**

De una descentralización en la administración de justicia, el tiempo, las guerras y la personificación del poder se encarga de llegar a su unificación en la persona del monarca, en quien se radica la totalidad de la soberanía y por ende una de sus funciones: la jurisdicción. También la evolución de la cultura jurídica tratará de conjugar ambos principios, pasando a crear una estructura objetivamente independiente y subjetivamente imparcial que detente el ejercicio de la porción de soberanía enunciada o la función que la compone: la jurisdicción. Dentro de esta estructura orgánica se define de distinta manera la autoridad encargada de conocer y decidir los recursos y materias, pero en lo referido a la aplicación de la ley se considera principalmente la tarea unificadora de la jurisprudencia al interior del Estado, otorgando un carácter vinculante a tales sentencias, o manteniendo el principio de la independencia *intraorgánica* de las autoridades que componen la estructura estatal en lo jurisdiccional en procesos diversos, pues, como se ha enunciado, constituye otra materia el determinar el valor de cosa juzgada al interior del juicio respectivo.

### **1.3 Causales del recurso**

Se advertirá como se diferencia entre errores de derecho en el procedimiento y en la sentencia, además de distinguir en esta última aquellos que dicen relación con los aspectos formales y la aplicación de la ley al caso concreto, dejando a la apelación la revisión de los hechos y análisis de las

pruebas, desarrollando en el amplio contexto de la justicia revisora la especial noción de instancia. En el establecimiento de la casación por vicios in iudicando se permite el estudio de los errores en la aplicación de la ley sustancial y en la ponderación de los medios de prueba, siempre que se esté ante un sistema reglado en el establecimiento de los medios de prueba, como en su valoración individual y ponderación comparativa.

### **1.4 Fallo de reemplazo**

El recurso de nulidad, a diferencia de la casación, mantiene en el tiempo un elemento distintivo, no permite una decisión de reemplazo sobre los antecedentes reunidos en el proceso, y en algunas legislaciones tampoco se permite el reenvío, llegando a establecerse que la nulidad hace decaer todo lo obrado, especialmente en los procedimientos orales, ahora en Chile se llega a una solución distinta.

Esta breve enunciación nos permitirá atender el desarrollo de los aspectos esenciales del recurso.

## **2. Historia del recurso de casación**

A continuación pasaremos revista a los ordenamientos más destacados e influyentes en la evolución de la casación.

### **2.1 La raíz romana**

“El carácter terminantemente publicístico que la ciencia actual atribuye al proceso civil no permite determinar la validez de la sentencia, expresión de la voluntad del Estado, con los mismos principios en base a los cuales se mide la eficacia del negocio jurídico, expresión de voluntad privada; semejante carácter no se hacía sentir, en cambio, tan imperiosamente como hoy en el derecho romano clásico, en el que, por la imperfecta separación entre el derecho sustancial y el derecho procesal, y por el reciente origen contractual de la sentencia, el concepto de *iudicium* no aparecía como profundamente diverso del de relación de derecho privado.

Una manifestación de esta afinidad existe en el derecho romano entre el concepto de sentencia y el negocio jurídico, se puede apreciar en el hecho de que el derecho romano extendiese al campo procesal dos institutos nacidos para disciplinar los efectos del negocio jurídico sustancial: me refiero a los institutos de la restitución y de la nulidad.

El instituto de la restitución, con el cual en determinados casos el pretor remueve los efectos lesivos del fallo, no es más que una aplicación al proceso de la *restitutio* de carácter general mediante la cual se aleja la lesión, contraria a la equidad, que podría resultar para alguno de un negocio jurídico plenamente válido según el derecho estricto.

El mismo fenómeno de extensión de una idea del derecho privado al derecho procesal se manifiesta en relación a la nulidad; así como la existencia jurídica de un negocio privado, que la ley reconoce cuando se verifican determinados elementos constitutivos, no puede concebirse cuando falte la presencia de estos elementos, que son presupuestos esenciales de la misma, del mismo modo un pronunciamiento del juez, al que falte alguno de los caracteres que la ley considera necesarios para constituir el concepto de sentencia, no puede nunca comenzar a existir en el mundo jurídico como sentencia: en tal hipótesis, el pronunciamiento del juez, que sin embargo tiene existencia en el mundo real como estado de hecho, no produce cambio alguno en el mundo jurídico, frente al cual es inexistente.

Dejando aparte la *restitutio in integrum*, la alusión a la cual es suficiente a los efectos de mi tema, es necesario estudiar un poco más de cerca el concepto romano de la nulidad de la sentencia.

El derecho republicano no conoció medio alguno de impugnación contra la sentencia del *iudex*; si con el derecho clásico se pudo conciliar la idea de una reclamación contra los actos del magistrado, que, en la jerarquía de la que formaba parte podía encontrar el obstáculo al libre ejercicio del propio poder de una *maior potestas*, superior por razón de grado, pero idéntica por razón de la calidad a la suya, tal idea era absolutamente extraña a la naturaleza del *iudex privatus*, el cual ejercitaba como *civis* un oficio reservado

a él sólo por la constitución pública, una función autónoma de soberanía, diversa enteramente de la que llevaba a cabo el magistrado” (Calamandrei, 1945. p. 39 a 41).

Nos introduce así el insigne jurista italiano en diversos temas que tendrán enorme importancia en el desarrollo del recurso de casación y que revisaremos, términos que hemos reproducido para dejar anotado que las ideas que hoy nos parecen consustanciales a un sistema procesal han sido opciones, decisiones convencionales de la sociedad para llegar a definir los términos en que deben sustanciarse los procesos y los recursos que es posible interponer al interior del mismo. Instancias, pluralidad de magistrados, cosa juzgada formal y sustancial, sentencia definitiva ejecutoriada, que causa ejecutoria, nueva revisión, recursos procesales, nulidad, anulabilidad, inexistencia, etc., son definiciones que la sociedad ha efectuado a lo largo de los siglos.

El mismo jurista italiano nos indica que podría ser un esfuerzo inadecuado remontarnos al estudio del recurso de casación con anterioridad a la Revolución Francesa, porque precisamente en los últimos años del siglo XVIII se produce el nacimiento de la casación por medio de un decreto de la Asamblea revolucionaria. No se puede buscar el origen de algo con anterioridad a su nacimiento. Sin embargo hay que tener presente que la casación resulta de la unión de dos institutos, que se compenetran e integran: Corte de Casación y Recurso de Casación. Un aspecto orgánico político judicial y otro procesal. Esta estructura y procedimiento son anteriores incluso a la Asamblea Nacional francesa. Es por ello que existirán elementos que tendrán sus raíces en siglos anteriores (Calamandrei, 1945. p. 25 a 29).

Sintéticamente veamos este desarrollo.

## **2.2 Procedimiento de las *Legis Acciones***

El procedimiento de la *legis acciones* marca el primer antecedente de lo que será el recurso de nulidad o casación, si bien no lo constituye. Diferentes instituciones del procedimiento romano están destinadas a impugnar la

decisión del juez, todas las que no están referidas a obtener su anulación o casación, sino que a otros recursos, como la apelación, institucionalizando la justicia revisora, especialmente en la doble instancia, entre otros recursos. Esta evolución va entre los tiempos de Rémulo (753 A.C.) y no terminará sino con la muerte de Justiniano (565 D.C.) (Ciudad, 1965, p. 5).

Las figuras más importantes en Roma son las siguientes:

### 2.2.1 La *Manus Iniecto*

Este es uno de los procedimientos más antiguos de Roma. Constituye la primera intervención que hace el Estado frente a las obligaciones no cumplidas, en la que el deudor es llamado ante el magistrado para que pague su deuda, la que de no ser satisfecha, al acreedor le corresponde el derecho para hacer su esclavo al deudor o darle muerte, a menos que éste sea liberado por parientes o amigos. Opción que no podía ser rechazada por el deudor, y sólo se permite la participación de un tercero, el *vindex* o fiador, quien cuestiona la acción del acreedor por injustificada, la que da paso al conocimiento del asunto por un nuevo juez que decidirá si la acción tiene fundamento, único evento en el cual el deudor podría quedar liberado.

Aquí vemos el primer indicio de intervención frente a la posibilidad de error o injusticia, constituye la posibilidad de *negar la existencia del fallo* (Calamandrei, P, 1945, p. 47) y asumiendo así el mismo sistema la responsabilidad de permitir se ataque la validez de la cosa juzgada (Vittorio Scialoja, 1954, página 149), no obstante que esta acción creaba en favor del acreedor un derecho sobre el cuerpo del obligado, el que ejercía por sí mismo (Ciudad, 1965, p. 6).

De lo anterior rescatamos que no hay una revisión de un superior jerárquico, pero si la intervención de un tercero, donde no llega a decretarse la nulidad de la sentencia, pero sí de hecho se produce la inexistencia jurídica del fallo (Ciudad, 1965, p. 8), con lo cual es un antecedente para llegar mucho después a un concepto de nulidad, por lo cual, se entiende que se admite la posibilidad de error o injusticia.

### 2.2.2 *Infitatio Iudicati*

Frente a la dictación del fallo por parte del juez, sólo cabía la oposición fundada, alegando que dicha sentencia no era tal, porque ella incurrió en vicios de nulidad, por lo que entendemos que es la inexistencia material del fallo. Es así como se llega a agrupar los vicios en categorías: 1º Falta de presupuesto procesal (juez o parte); 2º Interrupción de la relación procesal regularmente constituida; 3º Sentencia pronunciada fuera de los límites de la relación procesal o con exceso de poder, y 4º Sentencias pronunciadas sin sujeción a las debidas formas (Calamandrei, 1945, p. 46).

La diferencia que encontramos entre esta nulidad y la consagrada en el procedimiento penal actual, es que la sentencia pasa a ser nula por el sólo hecho de la impugnación, y en la actualidad el vicio esgrimido debe ser examinado por el superior jerárquico del que la dictó, para decidir si el fallo es nulo. Todo esto, porque los romanos sólo distinguían entre sentencia válida o inexistente, entre ellos el recurso tiene por objeto obtener una nueva decisión, no como hoy, que toda pretensión importa resolver el problema planteado: concurrencia en el fallo del vicio que se esgrime, para llegar a declarar la nulidad sólo en el evento que sea efectivo. Además nos encontramos con conceptos tales como anulabilidad, nulidad absoluta y nulidad subsanable, perjuicio, vicio reparable sólo con la invalidación de fallo, preparación del recurso, entre otros, que hace más relativa la declaración de nulidad.

Para tener un cuadro completo al respecto debe indicarse que existieron otras instituciones.

### 2.2.3. *Revocatio In Duplum*

Es la alegación de nulidad por vía principal, sin esperar que se pidiera la ejecución por la contra parte. Ni la *revocatio in duplum*, ni la *infitatio iudicati* son medios de impugnación ni recursos, sólo son acciones de declaración de certeza, las que en esencia son acciones de declaración negativa de certeza que lleva el juez a poner en claro la inexistencia del fallo

(Calamandrei, 1945, p. 49 y 50) y sólo se diferencian en la oportunidad de interposición, no en su esencia.

#### **2.2.4 *Revocatio In Integrum***

Está constituida por la posibilidad de que uno de los litigantes le pueda solicitar al juez que se restituya el asunto al estado anterior, como si nunca se hubiese dictado sentencia. Esto por ejemplo, se daba en el caso de que se omitiera resolución respecto de una excepción perentoria.

#### **2.2.5 *Intercessio***

Se le da origen cuando las partes se veían ofendidas o temían las consecuencias del fallo, evento en el que acudía donde el magistrado superior o uno de igual grado, para hacerle presente lo anterior y con el fin que haga uso de un *derecho de veto*. Con esto se quiere prohibir o destruir el acto del magistrado, lo cual ya tiene más relación con la nulidad, que con la apelación.

#### **2.2.6 Antecedentes de la casación o nulidad por error de derecho**

Las causales de nulidad de una sentencia sólo se encontraban en vicios de procedimientos y no en los errores del juez en la aplicación del derecho, ya que se consideraban casos fortuitos.

En un paso en el avance de los conceptos posteriormente se diferenció entre errores de derecho, que se reserva al fallo que niega la existencia de una ley y produce su nulidad. Por otra parte están los errores de hecho, consistentes en la errónea interpretación y falsa aplicación de ley (Calamandrei, 1945, p. 49 y 50), que no tienen el efecto de derivar en la nulidad de la decisión.

#### **2.2.7 Sentencias contra *ius constitutionis* y sentencias contra *ius litigatoris***

La posibilidad de recurrir respecto de las sentencias dictadas contra *ius*

*constitutionis*, las que son nulas por incurrir en un error acerca de la existencia de una norma de derecho objetivo (Ciudad, 1965, p. 13), y las sentencias dictadas *contra ius litigatoris*, que son válidas, pues contienen un error consistente en negar la observancia de la ley en el caso concreto (Ciudad, 1965, p. 13), es el paso siguiente, pero transcurridos algunos siglos.

Para Calamandrei estas sentencias quedan fuera de los límites de la facultad jurisdiccional, ya que el juez debe obediencia a la ley. Insiste en que su validez no dependerá de su justicia, sino que de su adaptación y de la correcta interpretación que se haga de la ley.

### **2.2.8 Extraordinaria *Cognitio***

Ya en los tiempos de Diocleciano todos los procedimientos anteriores fueron decayendo y se dio origen a éste, en que el magistrado ostenta funciones de conocimiento y fallo del asunto. El juez, por medio de su función, protege al Estado al administrar justicia, de modo que corresponde regular a éste los procedimientos, como, además, implementa su monopolio, dando origen a la función privativa del Estado.

Este movimiento es un antecedente para las Cortes de Casación en Francia (*Conseil de Parties*), aunque aquí era un recurso de invalidación, no como en Roma que era la inexistencia.

### **2.2.9 Apelación y nulidad**

Son conceptos diversos, la nulidad es inexistencia por vicios de procedimiento o error de juicio grave y la apelación se interpone por el perjudicado frente a errores de derecho, aunque esta última influyó sobre la nulidad.

De lo anterior podemos concluir que en el procedimiento romano no se encuentra el origen del recurso de casación, sino que sólo un antecedente, para su posterior creación, pero sí es importante y fundamental el hecho de haber desarrollado la noción de una estructura central que decide la unidad en la interpretación de la ley, junto con otras ideas ya mencionadas,

que con el paso de los años han llegado a perfeccionar y formar el recurso de casación actual, el cual puede considerarse desarrolla las ideas fundamentales del recurso de nulidad.

## 2.3 Derecho germano antiguo

### 2.3.1 Estructuración del derecho germano

Se distinguen muchos períodos: primitivo, franco, medieval, contemporáneo, pero son de mayor importancia los dos primeros, en que se origina en un derecho consuetudinario, en que la administración de justicia se radica en una asamblea judicial, la cual estructura la decisión en conjunto y es proclamada por su presidente. Luego se dicta *Ley Sállica*, la *Ley Ripuario*, *Lex Burgundiorum*, el *Código de Eurico*, el *Breviario de Alarico*, etc. (Ciudad, 1965, p. 21), también hay recopilaciones de leyes romanas como la *Lex Visigothorum* y otras. Los componentes de la asamblea son elegidos y luego pasan a ser verdaderos jueces (*escabinos*), presididos por un conde (*centenier*). La sentencia la elaboraban los *escabinos* y la proclamaba el conde, la que era aprobada previamente por la asamblea popular, de ser rechazada daba origen a la *urteilschelte*.

El rey actuaba como tribunal, pero sólo sujeto a normas de excepción.

El juicio de desaprobación otorga competencia a un tribunal superior, por cuanto no se llegó a una acertada decisión del conflicto, pero limitado a errores de derecho, en atención a que los hechos se consideran inamovibles. El juez aplica la norma consuetudinaria o escrita al caso concreto, según la etapa de evolución. La que se convertirá en sentencia al ser proclamada por el presidente de la asamblea.

Esta desaprobación es distinta de la *appellatio* romana, porque en los dos casos había dos tribunales, pero en Roma existe sólo un *control de la decisión* por el superior al inferior y en el germano se *conoce del conflicto* resuelto por el inferior por el superior.

En la apelación subyace la noción de resarcimiento al presumirse mala fe, y en la desaprobación se plantea un cuestionamiento personal al dictamen del juez.

La asamblea constituía el poder legislativo y una vez aprobada la sentencia, debía ser cumplida por las partes con el carácter de ley.

Los germanos desconocieron el concepto de cosa juzgada, en atención al hecho que una vez fallado el pleito las partes podían renovar la litis, a menos que convinieran lo contrario, y en éste caso la irrevocabilidad del fallo derivaría del acuerdo de las partes y del carácter de mandato soberano de la sentencia (Calamandrei, 1945, p. 148).

### **2.3.2 Influencia Romana**

Al tomar contacto con esta cultura, surgen variaciones en los procesos germanos, la jurisdicción pasa a ser Real, ejercida por el juez a nombre o en representación del soberano, el juez elabora y pronuncia el fallo, ahora también el juez conoce de las cuestiones de hecho, y se admite la posibilidad de que el juez falle contra ley; legislación contenida principalmente en *Lex Visigothorum* y en la *Legislación Longobarda*.

### **2.3.3 *Lex Visigothorum***

Fue dictada por *Recesvinto* en el año 654 D.C., en donde la desaprobación se ve como un recurso frente a la sentencia injusta, derivada de error o corrupción del juez, se cuestiona el vigor de la sentencia debido a su injusticia, la que es reclamada ante el superior jerárquico, para que surta sus efectos, a diferencia del derecho romano donde era *ipso iure*.

La competencia es ampliada a las cuestiones de hecho, de este modo las desaprobaciones pueden tener su origen tanto en errores de derecho como de hecho, aunque la sanción es la misma: la nulidad.

### **2.3.4 Legislación *Longobarda***

La invalidación se persigue mediante su interposición ante el rey o, en ciertos casos, ante el superior jerárquico del que realizó dicho dictamen injusto. Se busca un examen, reforma, reconocimiento de injusticia y responsabilidad pecuniaria del juez.

Estas modificaciones aproximan el principio de la validez formal al concepto de anulabilidad (Ciudad, 1965, p. 26). Y son un antecedente para la querrela de nulidad.

### **2.3.5 *Curia Regis***

En ella el rey tenía el poder supremo con el que supervigilaba toda la administración de justicia, la que ya no es consuetudinaria, porque ordenó a sus funcionarios que escribieran y recopilaran dicho derecho. Así el rey vigila el recto funcionamiento de los jueces, además se reserva la interpretación de las leyes y la integración de sus lagunas, ya que tiene plenos poderes en la administración de justicia.

Algunas partes tenían la posibilidad de reclamar ante el rey por lo obrado por los jueces, entonces el juez resolvía no de acuerdo a derecho, sino a la equidad. Este reclamo se denomina *cartas de mundeburde*, y es un remoto antecedente de la apelación.

### **2.3.6 *Reclamatio***

Esta tiene elementos en común con la anterior vía de impugnación, pero les diferencia el hecho que el rey opera como órgano controlador (juez supremo) y él no resuelve de acuerdo a la equidad, sino que lo devuelve al juez, para que pueda enmendarlo, con lo cual constituye un antecedente del reenvío, elemento propio de la casación francesa.

De este modo sólo las leyes visigodas y longobarda son antecedentes de la querrela de nulidad, y de la casación (parte externa) lo es la *reclamatio*,

pero este derecho, aunque es posterior en el tiempo, no es tan evolucionado y avanzado como el romano, que tiene mayor concordancia (antecedentes u origen) con lo actual.

## 2.4 Derecho italiano intermedio

### 2.4.1 *Querella Nullitatis*

Es un medio de impugnación en el cual se solicita que el tribunal anule una sentencia jurídicamente existente, la que debe contener vicios, los cuales es posible sanarlos si es que dicha querella no se entabla en el plazo predeterminado. Esta surge en Italia en el siglo XII y alcanza su pleno desarrollo en el siglo XIV (Ciudad, 1965, p. 29), y es producto de la fusión de las leyes romanas como las germanas, dando como resultado:

1. Distingue entre errores in procedendo (vicios de actividad) y errores in iudicando (errores de juicio, injusticia) (Calamandrei, 1945, p. 169).
2. Sólo los errores in iudicando, y en ciertos casos, dan origen a la nulidad.
3. La nulidad debe ser reclamada y en un plazo preestablecido, de lo contrario se entenderá saneada.

Se puede sostener que del derecho romano se extrae lo referente a la distinción o diferencia de errores, y del derecho germano que debe reclamarse la nulidad, que no es ipso iure.

La querella de nulidad, como medio de *impugnación*, busca destruir la sentencia viciada, en oposición al medio de *gravamen* que está dirigido a obtener una nueva decisión del pleito que fue resuelto por una sentencia, no necesariamente viciada (Calamandrei, 1945, p. 169).

En una comparación de la nulidad con la *apelación*, se advierte que esta última se interpone contra la sentencia *injusta*, y la querella se dirige en contra de una sentencia nula, las que en el derecho italiano se llegan a

confundir en un mismo recurso. Este derecho tiene como antecedente el derecho germano y específicamente el Longobardo, el cual se interpone sin causales predeterminadas.

En este derecho la nulidad no es *ipso iure*, sino que es potencial, pues la sentencia es anulable, cuya existencia no se desconoce, en atención a que la concurrencia de vicios permite declarar su nulidad.

El derecho italiano es una clara expresión de la fusión del romano y el germano, lo que luego se conocerá como derecho romano-germánico, que inunda toda la Europa continental. Lo anterior se refleja en la concepción de la convalidación o posibilidad de sanear las nulidades, constituida por aquéllas que, de no entablarse la querrela en un determinado plazo, se entiende que no se han producido, idea que proviene del derecho germano, y las nulidades insanables son en las que no importa el paso del tiempo, ya que no pueden sanearse por el transcurso de éste, y equivalen o tienen su *origen* en el derecho romano.

#### **2.4.2 Vicios que la producen**

En los motivos de la nulidad encontramos una mayor influencia romana, y se limitaron a enumerar los casos en que la inobservancia de las leyes produce como consecuencia la nulidad.

En cuanto a sus causales, la gran mayoría está constituida por los errores *in procedendo*, y no todo lo que comprende los errores *in iudicando*.

##### **2.4.2.1 Errores *in procedendo***

No hay una mayor elaboración que las recibidas del derecho romano, como son:

1. Falta de un presupuesto procesal (falta de jurisdicción, incompetencia, incapacidad, falta de mandato válido);
2. Falta de regularidad en el acto constitutivo de la relación procesal;

3. Omisión de actos esenciales para la validez del proceso, o bien la inobservancia del orden riguroso en que deben cumplirse, y
4. Omisión de formalidades puramente externas (Ciudad, 1965, p. 29).

#### 2.4.2.2 Errores *in iudicando*

Se marca una diferencia con el derecho romano, porque en el derecho italiano importa *evidenciar* el *error in iudicando*, como motivo de nulidad, y no la gravedad, como en el derecho romano, en el que existe evaluación del vicio. Para que pueda producir nulidad en el derecho italiano, deben reunirse los siguientes requisitos:

1. Debe ser expreso: Entendido como aquél que puede ser percibido fácilmente por una persona culta en derecho y de normal inteligencia con la lectura de la sentencia.
2. Determinante: Implica que el error es de tal importancia que, de no existir, la sentencia hubiera sido totalmente distinta, es decir, dicho error influyó en lo fundamental de la sentencia y la hizo notoriamente injusta.

Entre estos errores encontramos: infracción de una norma legal, la que debía estar en la colección oficial, y la violación de ley, aunque no se admitía como error la falsa interpretación de la ley. En este último concepto, en algunos casos existe más propiamente error de hecho, pero se admiten pues la sentencia para las partes constituía una norma legal.

La querrela de nulidad se desvió de su objeto fundamental, ya que ahora no sólo apuntaba a los errores *in procedendo*, sino que también a aquellas sentencias consideradas injustas, incluso si es que eran procesalmente perfectas, ello debido a la confusión que se originó entre los conceptos de nulidad e injusticia.

En este estado del desarrollo se distinguen dos tipos de vicios:

1. Vicios que afectan el proceso. Lo anulado es el proceso, y se comienza todo de nuevo, desde el punto donde se encuentre el vicio, por lo que si está en su inicio se realiza un proceso nuevo.

2. Vicios que afectan la sentencia. Se dicta una nueva sentencia, la que se basa en el proceso ya realizado, porque el procedimiento está exento de vicios.

Los Medios de Impugnación desarrollados son:

1. *Appellatio*. Medio de impugnación contra la sentencia injusta. Para el derecho italiano era sólo una revisión de la sentencia, sin nuevas pruebas, y no del proceso entero.
2. *Supplicatio*: Este caso el medio de impugnación se entabla ante el mismo juez que la dictó, pero no sólo para una revisión de la sentencia, sino que de todo el proceso, y para su nuevo fallo el juez debía consultar a otro tribunal o a un colegio jurídico. Es posible de interponer para ante el Emperador, por sentencias dictadas por tribunales inferiores o sentencias del tribunal Cameral del Imperio.

*La supplicatio con la appellatio* no eran excluyentes.

3. *Restitutio In Integrum*: También es considerado un medio de impugnación que se interpone en contra de las sentencias inapelables, que busca la rescisión de la sentencia, cuando se comprobaba la existencia de alguna causal de restitución (Ciudad, 1965, p. 37).

En el derecho italiano se encuentra el antecedente más cercano del recurso de nulidad o de nuestra casación formal, ya que se precisan los diversos tipos de errores, se adopta el concepto de anulabilidad, y lo principal es que hay un plazo o tiempo para reclamar el vicio, de lo contrario será saneado. En tanto que el error *in iudicando* se vincula propiamente con la casación por error de derecho, porque es un conflicto entre el legislador y el juez.

La finalidad política de la querrela tendía a proporcionar al monarca un arma en la lucha entre el poder del cual emanaba la ley y el poder de los jueces (Ciudad, 1965, p. 39), para que así el monarca vigilará la correcta aplicación del derecho por parte de los jueces.

Los tribunales supremos del derecho italiano son un antecedente de las Cortes de Casación y no cumplen una función política, ni tampoco tratan de uniformar la aplicación de la ley, sólo pretenden el buen funcionamiento de la justicia en el caso concreto.

Aunque lo más importante en el derecho italiano, sin desmerecer las ideas romanas, son los fundamentos y estructura de la *querella nullitatis*, porque es un paso clave en la gestación histórica de la casación, indiscutible antecedente del concepto de nulidad. De hecho “casar” es “anular”.

## 2.5 Derecho francés

### 2.5.1. Época feudal

Existe una jurisdicción Real con una ya evolucionada y compleja organización judicial, estructurada en clases, las cuales son:

1. Ordinaria (*bailliages, seneschaussés, presidiaux, parlamentos*).
2. Excepcionales (*prévotés, tribunaux, consulaires, tribunaux d'aumirauté, conseil des parties*).
3. Privilegiadas.
4. Administrativas.
5. Fiscales (Ciudad, 1965, p. 41).

Por otra parte está la jurisdicción señorial, que se clasificaba según la dignidad del poseedor del feudo, y las clases se dividen en: alta justicia, justicia media y justicia baja.

Los tribunales eclesiásticos paulatinamente perdieron importancia.

En esta época la justicia era principalmente administrada por los señores feudales, en sus territorios, y los reyes no se podían entrometer en ellos, sólo resolvían los asuntos donde eran dueños de las tierras, ya que pasaron muchos años hasta que hubo una administración de justicia para toda la nación, la que recaía en manos del monarca.

## 2.5.2 Los recursos

### 2.5.2.1 *Faussation de Jugement*

Se interpone contra la sentencia y se asimila a la desaprobación de la sentencia del derecho germano. Era sólo para caballeros, los que retaban a duelo a los jueces y de su resultado dependía si se probaba la justicia o injusticia del fallo, era sólo de jurisdicción señorial, no real.

En 1260 el monarca *Luis IX* terminó con el duelo, reemplazándolo por un debate judicial, donde enfrentaban las pruebas de testigos, y no los caballeros y jueces. La *faussation de jugement* se reemplazó por la apelación, pero siguió basándose en el principio de la validez formal, pero ahora coexistiendo con la nulidad.

### 2.5.2.2 *Amendement de Jugement*

Este recurso llegaba a más gente, ya que todos podían optar a él: caballeros y villanos, además era de jurisdicción real y señorial.

Se perseguía la reforma de la sentencia, la cual emanaba de la “Curia Regis”, debía entablarse ante el rey, el que resolvía por sí o por su Consejo, o de lo contrario se entablaba ante el mismo tribunal que la dictó.

### 2.5.2.3 *Apelación*

Este recurso en una primera época se refiere sólo a sentencias, excluidas las dictadas por la Curia Regis o Cortes del Monarca. Tiene su origen en Roma, por lo que primero se aplicó este recurso en el sur de Francia y con el paso de los años se extendió al norte, donde tenían vigencia otros recursos, los que se rigen por el derecho germano.

### 2.5.2.4 *Querella Nullitatis*

Tiene un amplio plazo de interposición, la que debe hacerse conjuntamente con la apelación, porque por la sola interposición de apelación, la

sentencia automáticamente quedaba saneada de todo posible vicio formal. Aunque en un comienzo, debido a la diferencia de derecho a aplicar (antes de la unificación jurídica), en el sur y en el norte de Francia, se llegó a soluciones diversas, siendo éstas:

**Sur.** La falta de interposición conjunta de ambas acciones y sólo deducirse apelación, cierra la posibilidad a una *actio nullitatis*, no sujeta a plazo.

**Norte.** Por regla general la sentencia adquiere firmeza, sin la posibilidad de ser recurrida, a menos que el vicio fuere grave, y ahí se provocaba su inexistencia jurídica.

## 2.6 Los parlamentos

Nacieron dentro del Consejo Real con el objeto de asesorar al rey y actuar en su nombre por delegación expresa del monarca, pero debido al alto número de pleitos que éste debía conocer, los que deriva en ellos, son de hecho los verdaderamente encargados de administrar justicia. En un comienzo sólo tenía sede en París, pero con el pasar de los años en toda la nación, llegando incluso a constituir unas verdaderas cortes de apelaciones. Sus decisiones no son impugnables, situación que con el correr de los años se modificó.

Además de ser un órgano jurisdiccional, adquiere competencia legislativa, dictando los *arrêts de réglément*, con jurisdicción para dicho parlamento. Los *régléments* contenían normalmente reglas sobre procedimiento, pero también abarcaban materias de derecho consuetudinario, policía, etc. (Ciudad, 1965, p. 45).

En cuanto a sus atribuciones, registraban y sancionaban las Ordenanzas, las que sin este pronunciamiento no adquieren fuerza obligatoria en la jurisdicción del Parlamento. Sancionan las costumbres, entre otras funciones. Por lo anterior se resaltan sus ilimitadas atribuciones, lo que originó un conflicto entre el Parlamento y el Rey, dándole así el punto de partida a la casación.

## 2.7 Época monárquica

El monarca tiene en su poder y bajo su arbitrio todos los poderes del Estado, entre ellos la administración de justicia, que admite la posibilidad de recurrir al rey, ante el evento de haber agotado todas las instancias ordinarias. El rey tenía un órgano asesor, el que le ayudaba con la tarea de gobernar todo el Estado, que era el “*Conseil du Roi*”, gracias a éste órgano pudo romper las resistencias locales, evitar los abusos y unificar la legislación y el derecho.

## 2.8 La *Supplicatio*

Fue un medio de impugnación frente a las sentencias inapelables ante las *Cour du roi*. Así Chenon dice que “la *supplicatio* era, bajo San Luis, como bajo Teodosio, una verdadera apelación” (Ciudad, 1965, p. 47).

Tenía lugar cuando se dictaban sentencias *contre droit*, es decir, una sentencia injusta, lo que debía ser resuelto por el rey, asesorado por su consejo, para así hacer una revisión, y sólo si era procedente reformar la sentencia calificada como injusta.

En el siglo XVI los Parlamentos constituyeron la última instancia, al independizarse del Consejo del Rey de donde nacieron, sin que esta última instancia fuera absoluta, porque hubiera implicado un desconocimiento a las facultades del rey.

Éste recurso que se podía interponer ante los Parlamentos se denominó *proposición d'erreur*, el que era procedente frente a los errores de hecho, no de derecho. No se consideran errores de derecho, porque se decía que los jueces conocían perfectamente el derecho y no podían cometer estos errores, pero sí errores de hecho.

Se plantea el conflicto al rey presentando una súplica o demanda a las *Requetes de l'Hostel du Roi* que eran parte del Consejo del Rey, quienes le plantean el conflicto al rey. El monarca entrega su decisión por las llamadas

*lettres de justice* o *lettres de Chancellerie*, éstas eran órdenes escritas que daba rey a los jueces inferiores, respecto al caso concreto.

Este procedimiento no puede confundirse con la censura especial, que los soberanos franceses podían ejercer sobre la administración de justicia, y dirigida a impedir que los jueces se sustrajeran a la observancia de las ordenanzas reales y preordenadas, de este modo se impone el respeto al poder real mediante el ejercicio de la función legislativa (Calamandrei, 1945, p. 297).

Estas demandas o súplicas debían contener:

1. La especificación de los errores que tenía la sentencia (exigencia que efectúa la ordenanza de 1334).
2. Depositar caución, para garantizar el pago de la multa o indemnización.
3. Ejecución provisoria de la sentencia atacada (Ciudad, 1965, p. 50) (agregada también por la ordenanza de 1334).
4. No se puede entablar frente a sentencias interlocutorias y sentencias en materia posesoria.
5. Si el recurso se rechazaba sin fundamento, el soberano debía pagar la multa, y la contraparte una indemnización.

Pero ello no fue suficiente para frenar los abusos, transformándose así éste recurso en una mera apelación, quedando las Cortes como sus tribunales inferiores.

Estas *lettres* fueron abolidas en 1545 por Edicto de *Chanteloup*, para que el Parlamento volviera a corregir, el mismo, sus propias sentencias, aunque el consejo siempre trató de tomar parte de ello, no obstante que las ordenanzas se lo prohibieran.

## **2.9 Requete Civile**

Contenido en la ordenanza de 1667.

Es un recurso frente a las sentencias de las Cortes soberanas, se interpone ante el rey.

Absorbió la *proposition d'erreur*, es decir, en la práctica las hizo desaparecer, dando origen a la siguiente distinción:

1. Error por ignorancia del juez—*proposition d'erreur*.
2. Error por dolo de las partes o sus procuradores—*requete civile*.

Los vicios por lo que se puede interponer se clasifican en dos grupos:

1. Los que constituyen motivo de restitución, como el dolo o hecho de las partes.
2. Los que dan origen a vicios procesales, como la *ultra petita*, la contradicción entre las diversas partes de una sentencia, etc. (Calamandrei, 1945, p. 311).

La sentencia era modificada por el mismo tribunal que la dictó, salvo en el caso de contradicciones de distintos Parlamentos, sobre el mismo caso concreto, donde resolvía el *Grand Conseil*.

## 2.10 Antiguo régimen o período anterior a la revolución

*Aquí nace la casación*, constituida por la respuesta del monarca al amplio poder que estaba teniendo el parlamento, para así poder anular los actos de las Cortes soberanas, las que estaban contrariando su voluntad.

Por lo que la casación se transformó en la anulación que hacía directamente el rey, es un derecho exclusivo del monarca, el que tenía por objeto proteger sus intereses, y se lleva a cabo por razones de índole política, era un acto ejecutivo no jurisdiccional.

A través de la casación se suspendía o modificaba la marcha de un proceso, limitándolo o simplemente eliminando su competencia como tribunal ordinario (al parlamento). Se dividen en:

### 2.10.1 *Lettres de avocatio*

El rey priva al tribunal competente del conocimiento de una causa y le da la competencia a otro tribunal.

### 2.10.2 *Lettres d'Etat*

El rey suspende un proceso judicial, por encontrarse al menos una de las partes fuera del país, ello por razones de orden público.

Las *lettres* al contener ordenanzas abusivas, en desmedro de los parlamentos éstos no las obedecieron, por lo que el rey sanciona estas rebeldías mediante la casación, debido a que su existencia viola la voluntad real, por lo que al ser tan manifiestas constituye un error *in procedendo*.

Podemos notar que es una sanción singular, no general y que además actúa el rey en base a sus facultades como juez supremo.

También existe casación por violación de normas específicas o de prohibiciones impuestas por el rey con un carácter general, para todos los juicios (Ciudad, 1965, p. 54).

En el fondo es una oposición entre el actuar de los jueces y la orden de cómo actuar, según la ley. También es una sanción singular y el rey actúa en base a su facultad como poder legislativo. Luego aparece la casación como sanción general y permanente, carácter que se dio con la *Ordenanza de Blois* dictada en marzo de 1579, en ella se declara nulas y de ningún efecto y valor las sentencias dadas contra el tenor y forma de las ordenanzas (Ciudad, 1965, p. 54). Sin embargo, la contravención a las ordenanzas no fue el único motivo de la casación, sino que sólo el primero y el más importante, pues en esta primera época el rey basa la casación en un interés propio y no de justicia o de los particulares su actuar.

Su único motivo era la contradicción entre el actuar de los jueces y el actuar ordenado por la ley.

La finalidad de la casación era la defensa de la voluntad real, manifestada en las ordenanzas y violentada por la desobediencia de los jueces (Ciudad, 1965, p. 56), lo que importaba era el juez como un funcionario real y, por lo tanto, se podía recurrir de casación si éste desobedecía al soberano.

La violación de normas del derecho romano o del consuetudinario no constituye causal de casación. (Calamandrei, 1945, p. 353)

### **2.10.2.1 El acto de la casación**

Es un acto ejecutivo, es decir, un acto de soberanía legislativa, no un acto jurisdiccional. El rey era el encargado de resolver el asunto controvertido, el cual era de su propio interés.

En consecuencia, este acto tenía como finalidad combatir las transgresiones a las ordenanzas cometidas, por el poder judicial, las que perjudicaban, vulneraban y disminuían su calidad de juez supremo.

### **2.10.2.2 La Casación de los particulares**

Debido a la creación de los nuevos parlamentos y la multiplicación de las ordenanzas, fue casi imposible que el rey pudiese tener el control sobre todas ellas; se comienzan a presentar casos en los cuales los particulares son los que ponen en marcha la casación. Donde los primeros se presentaron antes que la *Ordenanza de Blois* le reconociera a la casación el carácter de sanción general.

Se dio así una delegación tácita que hacía el rey a los particulares, otorgándoles la facultad de denunciar al *Conseil Real* las violaciones de ley que se contuvieran en ellas y de provocar, por parte del monarca, la anulación, es decir, el rey les da el derecho a los particulares de promover la casación, no la casación misma. Este derecho sólo existe en la práctica, ya que la legislación no lo contempla. Más adelante en las normas relativas al Consejo del Rey, aparece reglamentado, ello en 1738.

Posteriormente en los siglos XVII y XVIII se distinguen las materias de las ordenanzas entre interés público y privado, donde se entregó al rey la casación por violación de las primeras y, a iniciativa de los particulares, por la violación de las segundas.

### **2.10.3 ¿Quiénes podían pedir la casación?**

Todos aquellos que hubieran sido parte en el juicio, en el que se produjo la contravención a las ordenanzas y siempre que tuvieran interés real en ella.

### **2.10.4 ¿Contra qué sentencias procede?**

Contra las sentencias dictadas por las cortes soberanas, en las que ya se hubieren utilizado todos los recursos contemplados por las leyes procesales, es decir, un recurso extremo, cuando ya se han cerrado todas las vías posibles contra dicha sentencia. Como dice *Garsonet et Bru*; “la casación no es una vía de derecho, sino como una especie de recurso extra legal a la soberanía real” (Bru, Garsonet, 1913, p. 370).

### **2.10.5 Causales de la casación**

1. Violación u omisión de formalidades sustanciales.
2. El exceso de poder y la incompetencia de los jueces;
3. La contravención a las ordenanzas;
4. La contradicción entre sentencias emanadas de tribunales diversos;
5. El “*mal jugé*” en juicios de incompetencia fallados a favor de *prévots, marechaux y sieges presidiaux* (Chenon, 1882, p. 60).

### **2.10.6 Distribución de labores del Consejo del Rey**

1. *Conseil d'Etat*: Es el encargado de los asuntos políticos, como las finanzas, la conservación de las provincias, entre otros.
2. *Conseil Privé*: Es el encargado de los asuntos judiciales, como el conocimiento de las demandas presentadas por los particulares, es decir, es el

órgano de casación del antiguo régimen, además el defensor del poder legislativo del rey, entre otros.

Lo regían numerosas ordenanzas, como las de 1667 y 1738, siendo esta última un verdadero Código de Procedimiento.

El nombramiento de los miembros del consejo, lo hacía el rey a su arbitrio, variando incluso el número y disposición de los jueces, si así lo necesitare conforme a sus deseos, por lo que eran simples funcionarios políticos sin dependencia, también podían integrar el consejo los consejeros de estado, el contralor general de las finanzas y los intendentes de finanzas.

El consejo era presidido por el Canciller, quien indicaba la fecha de las audiencias, a su arbitrio, dicho cargo, en un principio era ocupado por el rey.

### **2.10.7 Procedimiento ante el *Conseil*:**

La demanda no suspende la ejecución de la sentencia.

La demanda debe:

1. Presentarse dentro del plazo de 6 meses.
2. Contener la enumeración de los motivos.
3. Acompañar copia de la sentencia.
4. Ir firmada por el recurrente y dos abogados.
5. Cumplir con un propósito a beneficio del rey, en el caso de ser rechazado el recurso.

Al presentarse la demanda, primero es estudiada por el *Bureau de Casation*, este organismo está encargado de ver si el recurso está bien fundamentado o no. Después de este examen la demanda pasa al conocimiento del consejo, se decide el recurso donde, de ser necesario, se le pedía al tribunal que pronunció la sentencia que enviara los motivos de ésta.

Luego de ello, el consejo tomaba su decisión, pero aún así de no estar

claro, se podía abrir el contradictorio, donde el consejo aceptaba o rechaza el recurso sin necesidad de motivación.

De ser aceptado el recurso el consejo debía remitir la decisión al tribunal inferior.

Se procedía según fueran errores *in procedendo*—forma o *in iudicando*—fondo.

En consecuencia, *el Conseil des Parties* funcionó como un órgano político que con el tiempo se convirtió en tribunal, y careció de las garantías procesales, como lo son la independencia y la inamovilidad. El juicio que desarrollaba era sin contradictorio y sin publicidad. Cumplía tanto funciones legislativas como judiciales.

No es un organismo unificador de jurisprudencia, sino que sancionador frente a la desobediencia de la voluntad subjetiva del rey.

Las Cortes de Casación siempre fueron un órgano jurisdiccional.

## **2.11 Durante la revolución**

### **2.11.1 Reforma al Poder Judicial**

Las reformas comenzaron con la abolición de las justicias señoriales, la supresión de los parlamentos, debido al detrimento que causaban sobre los demás poderes, pues los jueces y la justicia en general, eran financiados por el estado, todo ello decretado por la Asamblea Constituyente.

Lo anterior integra los siguientes principios:

1. Separación de Poderes (judicial del legislativo o respecto del administrativo).
2. Igualdad ante la justicia, es decir, “las mismas formas y los mismos jueces en los mismos casos para todos” (Ciudad, 1965, p. 69).

3. Gratuidad de la justicia, es decir, el estado asume el costo de la justicia.
4. Se prohíbe alterar el orden constitucional de las jurisdicciones, es decir, no se podía distraer al juez de sus funciones, atribuciones o avocaciones, a aquellas distintas a las mencionadas en la ley.

Comprendía los siguientes tribunales:

1. Tribunales de Distrito.
2. Tribunales de Comercio.
3. Jueces de Paz.
4. Jurados para los asuntos Criminales.

Hay doble instancia, pero en otro tribunal del mismo grado, pero ninguna manera pasaban a las cortes debido al temor a que renovar los abusos cometidos los años anteriores.

Se creó el cargo de Comisario del Rey, que equivalía al oficial del ministerio público. Eran los agentes del poder ejecutivo ante los tribunales, su función era velar por la observancia de las leyes, por lo que les correspondían denunciar las sentencias que se violaban.

Entre algunos cambios encontramos que no se contempla la jerarquía judicial, los tribunales eran independientes entre sí, y se crea en 1.790 el Tribunal de Casación.

Este sistema de organización tuvo corta vida, ya que surge la modificación que cualquier ciudadano tenía la posibilidad de ser elegido para desarrollar un cargo judicial.

Todos estos cambios llevaron a años de anarquía y desorden en la organización judicial (Ciudad, 1965, p. 70).

La organización se solidificó con la constitución del año VIII, y ahora se componían de; tribunales civiles, jueces de paz, tribunales de comercio, tribunales de apelación y una corte de casación. Esta constitución crea una jerarquía judicial y tribunales de alzada.

### 2.11.2 La casación y su elaboración

El decreto de fecha 27 de noviembre de 1.790 señaló que se suprimía el *Conseil des Parties*, el día en que el tribunal de casación comenzara a funcionar.

Gracias a *Rousseau* en su obra el *Contrato Social*; se cambia la definición antigua de ley que era: la voluntad de todos los ciudadanos asociados en estado (Ciudad, 1965, p. 73). Por lo que surge la casación como instrumento estatal destinado a proteger la ley.

Otra de las ideas de *Rousseau* fue la igualdad jurídica, que se consagra en la *Declaración de los Derechos del Hombre*, donde la casación viene a garantizarla.

*Montesquieu* tuvo mayor influencia, su dogma de la separación de poderes fue determinante en la búsqueda y adopción de un medio que mantuviera intacto dicho principio. Fue mayor su influencia debido a que era necesario un control sobre el poder Judicial.

El *Conseil des Parties* continuaría en sus funciones hasta que el tribunal de casación estuviera instalado.

Thouret fue el primero en estudiar a fondo una ley sobre casación, proponiendo una nueva estructura judicial, en donde existiría una corte de revisión, para vigilar la recta observancia de la ley.

La asamblea aceptó la propuesta de la casación, dejándola como última instancia.

En un principio, por el temor a que se originara el exceso de atribuciones como en el pasado, los tribunales de casación fueron ambulatorios, lo que empezó a suscitar problemas, ya que se producía falta de unidad en la aplicación de la ley. Con ello la idea de la sedentariedad triunfó; ideas que fueron expuestas por *Merlin y Clermont - Tonerre*.

En cuanto a las salas, se creó una única sala, para así velar por la unidad en la aplicación de la ley. Y pertenecía al poder legislativo, ya que según

*Robespierre*: “a los legisladores pertenece el poder de velar por el mantenimiento de las leyes” (Ciudad, 1965, p. 75), por lo que no podría corresponder al poder judicial, porque sería absurdo encomendar la función de vigilancia al mismo poder que se pretendía vigilar.

Por ello su función era la de velar por la separación de poderes y asegurar en toda la nación el cumplimiento estricto de las leyes, donde lo principal era la defensa del Poder Legislativo frente a los ataques del Poder Judicial, y el tribunal de casación se encargaba de anular las sentencias que violaban las leyes.

Se dispuso que el reglamento de 1738 sería la ley a aplicar en el procedimiento ante la corte de casación.

En 1791 se dictó una constitución, la que incorporó las normas de la ley de 1790.

Con la creación del tribunal revolucionario en 1793, estuvo amenazada la autoridad del tribunal de casación, debido a que hubo numerosas sentencias que se dejaron sin efecto, pero la constitución del año III, vino a poner término a dicha situación, exponiendo: “el cuerpo legislativo no puede anular las sentencias del tribunal de casación” (Ciudad, 1965, p. 76).

En 1793 se modifica el tribunal de casación, quedando ahora con tres secciones, ello para acelerar los procesos.

Los miembros del tribunal de casación eran elegidos por el Senado Conservador, sin limitación de plazo para sus funciones.

Al término del año X se reestableció el cargo de Canciller de Francia, con lo que se violaba la separación de poderes, por cuanto éste presidía el tribunal de casación siendo un elemento del poder ejecutivo, con lo que sería igual de reprochable que el *Conseil des Parties*.

En el año XII el tribunal de casación cambió su nombre por el de corte de casación, que se conserva hasta hoy.

Por último, la ley de 1837 dio un sistema de interpretación judicial, para el caso en que hubiera varias casaciones sucesivas, el que se había convertido en un verdadero tribunal supremo unificador de la jurisprudencia.

En conclusión, la casación no es una apelación, ni tampoco de jurisdicción ordinaria. Su función es conducir a la ejecución de las leyes, a toda parte del orden judicial que intente separarse de ella, por lo que tiene un carácter extrajudicial, no es una tercera instancia, sino que es una actividad ejercida por un órgano autónomo situado dentro del poder legislativo, ya que el legislador debía velar por el cumplimiento de las leyes que dictara. Pero en su afán de la separación de los poderes sólo separa el legislativo y el judicial, y su vigilancia no es igualitaria, ya que controla los actos de los jueces, en cuanto estuvieran desobedeciendo a los legisladores.

Si comparamos la casación monárquica y la casación en la revolución, en ambos casos, “encontramos una facultad de anulación unida a un poder público para reprimir los ataques dirigidos al mismo, por otro poder público que se resiste a mantenerse dentro de un determinado campo de acción (Calamandrei, 1945, p. 56).

En la casación monárquica:

1. El rey vigilaba y controlaba la correcta ejecución de las leyes.
2. Se defiende la voluntad subjetiva del monarca contenida en la ordenanza.
3. Órgano ligado e intervenido por el gobierno.

En la casación de la revolución:

1. El poder legislativo es el encargado de velar y controlar la correcta ejecución de las leyes.
2. Se defiende la separación de poderes.
3. Órgano autónomo situado dentro del poder legislativo, cuya única función era casar.

En definitiva, su función se limitaba a destruir la sentencia viciada sin poder expresar ninguna opinión acerca de cómo debía resolverse la

cuestión de fondo, no a unificar la jurisprudencia, ya que iba contra los principios revolucionarios.

### **2.11.3 Iniciativa de la casación**

Puede ser iniciada por los particulares como por el comisario del rey, esta última se identifica más con la naturaleza misma de la casación.

La casación no se preocupa de ver los derechos de los particulares, que están en juego sino que de eliminar las sentencias que violen las leyes. Porque en el caso de la casación iniciada por particulares, ellos sólo pueden denunciar la contravención a la ley, para poner en marcha la labor fiscalizadora del tribunal de casación. La interposición de esta denuncia no suspendía la ejecución de la sentencia.

### **2.11.4 Motivos de la casación**

1. Contravención expresa al texto de la ley.
2. Procedimientos en los cuales, las formas hayan sido violadas (formas procesales).
3. Formas procesales prescritas bajo pena de nulidad.
4. En el primer caso se refiere a vicios *in iudicando*, en el segundo y tercer caso, se refiere a vicios *in procedendo*.

#### **2.11.4.1 Vicios *in iudicando***

Son la oposición entre las palabras del texto que contiene la ley, y las palabras de la sentencia.

Dicha contravención debe contener los siguientes requisitos:

1. Expresa.
2. Debe referirse al texto de la ley, no a su espíritu, es decir, aquellos casos en que el juez negara la existencia de una ley o afirmara una ley inexistente. Por lo que no entran los casos de falsa interpretación de la ley (errores *in iudicando*), lo que se contrapone a los principios revolucionarios, porque impide una amplia fiscalización y posibles sanciones.

Además, lo que se protegía es la ley, no el derecho, porque para los revolucionarios la ley era la más genuina y perfecta manifestación del derecho. Por lo que se dejaba fuera al derecho extranjero, las costumbres y los principios generales del derecho.

#### **2.11.4.2 Vicios *in procedendo***

Estos vicios no ponían en peligro el principio de la separación de poderes. Pero los revolucionarios no lo creyeron así, y vieron en la violación de las formas procesales un motivo de casación, porque éstas también emanaban de la ley.

Sólo se sancionó la infracción de aquellas formas procesales que habían sido prescritas bajo pena de nulidad, es decir, sólo se protegía aquellas en que su violación estaba sancionada con la nulidad.

El hecho de que la casación pudiera ser iniciada por los particulares, hizo que tomara un carácter jurisdiccional, y más bien sirviera al interés de la justicia.

#### **2.12 Aspecto negativo de la casación**

1. La prohibición impuesta al tribunal de pronunciarse sobre el fondo de los asuntos.
2. La obligación de remitir el proceso, una vez casada la sentencia, a los tribunales ordinarios para que ellos resolvieran el fondo de la causa (Ciudad, 1965, p. 83).

Ello porque era un organismo fiscalizador, no un órgano jurisdiccional, debido a que su función era eliminar los actos del poder judicial que lesionaban las atribuciones del poder legislativo, y si se hubiera extendido más allá violaría el principio de la separación de poderes cuya defensa el mismo había instituido.

No tenía lugar el aspecto negativo en los vicios *in procedendo*, debido a que en ellos no se necesita tocar el fondo del asunto.

## **2.13 El tribunal de casación frente a los tribunales ordinarios**

El tribunal de casación no puede imponer una solución a la causa, cuya sentencia se ha casado, y el juez del tribunal ordinario está en libertad para resolver el conflicto.

Por lo que podía suceder que el juez del tribunal ordinario volviera a violar la ley, para ello, surgieron diversos sistemas de solución, y son los siguientes:

### **2.13.1 Primer sistema**

Sistema de la interpretación legislativa. Decreto del 16 - 24 agosto de 1790.

De entablarse una segunda casación, y por los mismos motivos que la primera, el tribunal de la casación deberá pedir al poder legislativo la interpretación auténtica de la ley que provoca el conflicto. Con ello, debía hacerse lo establecido por el poder legislativo, el era el árbitro del conflicto, debido a que el conflicto era ocasionado por fallas en la obra del legislador.

### **2.13.2 Segundo sistema**

Ley del año VIII. Inconvenientes doctrinarios.

De interponerse una segunda casación, y por los mismos motivos que la primera casación, el tribunal de casación resolvía el conflicto pero reunido en sus tres secciones.

### **2.13.3 Tercer sistema**

Ley de 16 de septiembre de 1807. Interpretación reglamentaria.

De presentarse una segunda casación, y por los mismos motivos de la primera tenía una doble vía de solución:

1. Se podía juzgar por el tribunal de casación en sus tres secciones reunidas;
2. Antes de sentenciar se debe pedir la interpretación reglamentaria, donde el emperador a través del consejo de estado tenía el derecho a interpretar, y lo hacía en forma de reglamentos de la administración pública.

Si se interponía una tercera casación, por los mismos motivos, la interpretación era de derecho.

Todo esto demuestra una violación del principio de separación de los poderes del estado, ya que es función del poder legislativo interpretar las leyes.

#### **2.13.4 Cuarto sistema**

Ley de 30 de julio de 1830.

Interpuesta una segunda casación, y por los mismos motivos que la primera casación, la corte de casación lo decidiría con todas sus secciones reunidas, asunto que se reenviaría a una corte de apelaciones, la que resolvería en sesión solemne, y su sentencia no podía ser llevada ante la corte de casación, por los mismos puntos de derecho y los mismos medios, por los que no se podría interponer una tercera casación.

##### **2.13.4.1 La casación y su nuevo carácter (jurisdiccional)**

Causas que favorecieron la transformación de la casación:

1. La codificación del derecho.
2. Antes, una de las causales que impedían la unificación jurisprudencial era la multiplicidad del derecho, pero bajo el gobierno de Napoleón con la codificación, se pudo lograr la unidad.  
La desaparición del repudio a la interpretación jurisprudencial.

Con el transcurso del tiempo se fueron borrando los principios revolucionarios, y entre ellos el repudio a la interpretación jurisprudencial.

Por lo que se reestableció el derecho de los jueces a interpretar la ley, pero se hizo distinción entre interpretación jurisprudencial; perteneciente a los tribunales, para el caso concreto, y la interpretación auténtica; perteneciente al legislador.

Cabe destacar que la evolución de la casación, primero se dio en la práctica, y luego la legislación la vino a reconocer tardíamente, debido a que antes existía al margen de ella.

#### **2.13.4.2 Ampliación de los motivos de casación**

1. Contravenciones al espíritu de la ley, es decir, la intención que tuvo el legislador al momento de dictar la ley.
2. Errónea aplicación de la ley.
3. Debido a que se autorizó la interpretación de la ley por los jueces. Con ello era necesario un organismo que destruyera los errores y abusos de los tribunales. Y fue la causal más invocada.
4. Falsa aplicación de la ley, es decir, que el juez hubiera errado en cuanto al significado concreto de la ley, o más bien dicho, que hubiera equivocado la calificación legal de los hechos (Ciudad, 1965, p. 90).

Aquí no sólo la corte de casación se limitaba a conocer el derecho, sino que también a los hechos, para así poder compararlos con los actos definidos por la ley.

Por lo tanto, la corte de casación abarcó todos los vicios *in iudicando*, así la “la contravención de ley como causal de casación pasó a ser sinónimo de error de derecho” (Ciudad, 1965, p. 90).

#### **2.13.5 Quinto Sistema:**

Ley de 1837, desaparece el carácter negativo de la Casación.

En él, de presentarse una segunda casación, y por los mismos motivos que la primera casación, la segunda casación era dictada por todas las secciones de la corte de casación, al juez del tribunal ordinario se remite el fondo del proceso, el que está obligado a confirmar la decisión de la corte, por lo que se entiende el reconocimiento de la corte, de su derecho de interpretar la ley. Hecho que se hizo obligatorio para el caso particular, sin excluir la posibilidad de la interpretación auténtica (legislativa).

La corte de casación en este sistema, es la que decidía el mérito de la controversia, relegando al juez del tribunal ordinario la resolución de las cuestiones de mero hecho.

No se viola el principio de la separación de poderes, porque ahora la corte de casación es un órgano jurisdiccional, que se preocupa de unificar la jurisprudencia, de manera que podía actuar con el juez ordinario en el juzgamiento del caso particular.

Como ya hemos dicho, el juez era libre para juzgar debido a que lo resuelto por la corte de casación era para el caso concreto, pero los jueces ordinarios, para no llegar a una posible casación de sus sentencias tendían a guiarse por lo resuelto por la corte de casación, lo que conlleva a la unificación de la jurisprudencia.

Esta casación evolucionada tiene como finalidad el interés público, es decir, la unificación de la jurisprudencia para garantizar a través de ella la igualdad jurídica de los ciudadanos (Ciudad, 1965, p. 92). Con lo que esta nueva concepción amplía el campo de acción de la casación, porque en ese período se regulaba el derecho objetivo, no la ley como antes, con lo que se extendió la casación a las infracciones del derecho extranjero, los principios generales del derecho y las costumbres.

Por ello, se llegó a tener como finalidades; la defensa de la ley, la claridad del derecho y la igualdad de la ley para todas las personas.

Y hace quedar en la cima del poder judicial a la corte de casación,

porque tiene la función de juzgar, no como la anterior que era sólo una función de casar, debido a que era un órgano de control político.

## **2.14. Derecho español**

En el derecho español no se sancionaba la violación del derecho en sí, sino que se buscaba corregir las injusticias o salvaguardar prerrogativas reales, que fueron puestas en peligro por algún otro órgano del estado.

La casación proveniente de Francia fue entrando lentamente a España debido a sus leyes incompletas, por lo tanto la falta de codificación hacía imposible este recurso, que conllevaba a la unificación de la jurisprudencia y unidad del derecho.

### **2.14.1 Antecedentes de la casación**

Los remotos antecedentes que tuvo la casación en España, fueron los siguientes:

#### **2.14.1.1 Época visigoda**

No existía una unidad en el derecho, ni una jerarquía judicial. Las partes elegían al juez, incluso podían elegir al rey en su calidad de juez supremo. Esto ocurrió desde la época goda hasta la monarquía.

De los recursos podemos decir que sólo existían para perseguir la responsabilidad de los jueces. Pero la *Ley 28 título I del Fuero Juzgo* permitía *deshacer* la ley en algunos casos, donde se castigaba con la nulidad la injusticia cometida en una fallo específico, pero distinguía el tipo de error. Con la *Ley Rescesvindiana* gracias a la influencia romana, se logró separar el error de derecho del error de hecho.

#### **2.14.1.2 Las Siete Partidas**

Es el primer cuerpo legal español; lo importante para la casación es que le otorga valor a la jurisprudencia de los tribunales y contempla recursos contra las sentencias.

Aquí ya se hace mención a la distinción entre interpretación jurisprudencial y la interpretación auténtica.

Se adoptan una serie de motivos de nulidad para poder “quebrantar” la sentencia, aunque ésta no haya sido apelada (alzada).

Se distingue entre los vicios *in iudicando* y los vicios *in procedendo*. El vicio *in iudicando* es aquella en que la sentencia ha sido dictada *contra ley o fuero*. En cuanto a los vicios *in procedendo* son aquellos en que hay una inexistencia más que una anulabilidad, no existen plazos para reclamar el vicio, y se actuaba como si el vicio jamás se hubiese producido, si se anulaba.

### **2.14.2 El recurso de segunda suplicación**

Fue establecido en 1390 por el rey Juan I, por la Ley Segovia y su reglamentación estaba contenida en la Novísima Recopilación.

Procedía contra las sentencias dictadas por las audiencias, que eran los tribunales superiores, ello debía ser en conflictos comenzados ante las audiencias, por una nueva demanda.

Este recurso supremo era de conocimiento del rey, quien lo delegaba en el Consejo de Castilla (Consejo del Rey); de ser acogido el recurso se procedía a reabrir el proceso y decidirlo en una tercera instancia.

Este recurso es un antecedente del recurso de casación, en éste se hace una revisión extraordinaria de la sentencia, pero tanto en el hecho como en el derecho, aunque no busca la unidad de la jurisprudencia ni la defensa de la ley.

### **2.14.3 Recurso de injusticia notoria**

La reglamentación de este recurso se encuentra dispersa en numerosas leyes, su finalidad es sancionar la injusticia de la sentencia.

Tiene semejanzas con la *querella nullitatis*, porque lo principal es sancionar la injusticia, no la ilegalidad como la casación.

#### **2.14.4 El recurso de casación en España**

La Constitución de 1812 incorporó el recurso de nulidad, cuya finalidad era perseguir la responsabilidad personal de los jueces, en el evento que hubieran infringido las leyes de procedimiento. Esto era de conocimiento del supremo tribunal de justicia.

El recurso de casación aparece en 1855, pero limitado a los juicios de contrabando y defraudación de la Hacienda Pública, lo que sólo se aplicaba en las provincias de ultramar.

Para llegar a la adopción del recurso de casación hubo tres períodos:

##### **2.14.4.1 Primera etapa**

De la influencia francesa.

Empiezan a infiltrarse las ideas francesas en el decreto del 4 de noviembre de 1838. Esta ley restringe los recursos e implanta un recurso de nulidad, el cual tiene los rasgos semejantes a la casación, donde incluye la distinción entre errores *in procedendo* e *in iudicando*, aunque con procedimientos distintos. Si es un vicio *in iudicando* el tribunal supremo debe devolver el fallo al tribunal que lo dictó, para que así éste emita una nueva resolución de la causa. Si es un vicio *in procedendo*, el proceso debe reiniciarse en su totalidad o a partir del acto viciado (Ciudad, 1965, p. 98).

Como se dijo, la casación, con tal nombre aparece en 1855, pero restringida a las provincias de ultramar, y a los juicios de contrabando y defraudación.

Los motivos del recurso de casación son más amplios, ya que incluye dentro de los vicios *in iudicando*, la violación de doctrina legal recibida a

falta de ley por la jurisprudencia de tribunales, relativa al fondo o lo sustancial del fallo que se pretende anular.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en 1855 consolidó el recurso de casación en España, tiene como finalidad la sanción y reparación de las infracciones a la ley, y la unidad de la jurisprudencia.

Se contempla un recurso en interés de la ley, el que puede interponerse en cualquier momento.

#### 2.14.4.2 Segunda etapa

De las reformas en la Casación.

La primera reforma es en 1870, ocasión en se modifica la casación civil, la que establece que una vez acogido el recurso de casación, por el motivo de infracción de ley, y casada la sentencia, ésta pasará al tribunal supremo, para que previa sustanciación y vista, se pronuncie el fallo conforme a derecho.

En 1878 se promulgó la ley de casación civil, que derogó aspectos de la ley de 1870, sobre la vista del fondo de la sentencia.

1. **Procedimientos por vicios *in procedendo*:** La presentación del recurso de casación debe hacerse previa caución, tiene efecto suspensivo, la admisibilidad la examina el tribunal a quo, a menos que el juez ordene lo contrario; aceptado el recurso se reenvía el proceso al tribunal a quo, para que se vuelva al momento del acto anulado.
2. **Procedimiento por vicios *in iudicando*:** El examen de admisibilidad lo realiza la otra sección, debe interponerse previa caución, por lo general tiene efecto suspensivo, a menos que el juez diga lo contrario, pero aquí el tribunal supremo es el encargado de subsanar los errores por el acto anulado.

En 1893 el tribunal supremo se divide en una sala civil y otra criminal, la sala civil es la encargada de decidir la admisibilidad de los recursos.

En 1920 se incorpora al tribunal supremo una sala para conocer recursos en lo contencioso administrativo. En 1931 se le agrega una para cuestiones sociales y otra para justicia militar. Lo que conlleva a quebrantar y desviar los principios rectores de la casación.

### **2.14.5 Tercera etapa**

En 1941 se creó el Tribunal Central del Trabajo, ante el cual se puede entablar el recurso llamado casación menor. Este recurso examina el derecho aplicado por la resolución recurrida, donde puede el tribunal ratificarla o dictar una que se ajuste más a la ley. Este recurso se interpone por cuantías menores que el recurso de casación, por cuestiones sociales interpuestas ante el tribunal supremo.

Todo esto, produce que se creen jurisdicciones especiales que pretenden una jurisprudencia propia, la que puede incluso llegar a ser contradictoria con la del Tribunal Supremo.

## **2.15 Derecho chileno**

Durante la Colonia rigieron las leyes españolas como las *Partidas*, *Fuero Juzgo*, *Leyes de Toro*, *Leyes de Indias*, *Novísima Recopilación*, entre otras. Por ende, también rigieron los recursos que éstas leyes contenían, los que son; injusticia notoria y la segunda suplicación, como también la acción rescisoria o de retractación de las sentencias.

Una vez producida la Emancipación desaparecieron los Tribunales Españoles, pero continuaron algunas leyes que no afectaron las leyes patrias.

### **2.15.1 Durante el período de la Patria Vieja**

Por el reglamento de la autoridad ejecutiva de 8 de agosto de 1811 o Constitución de 1811, se prohíbe terminantemente al ejecutivo conocer *causas entre partes*, limitándosele a las funciones referidas al gobierno, hacienda y guerra (Artículo 9), con lo cual se acoge el principio de separación

de poderes, según el modelo francés, por cuanto en España la autoridad jurisdiccional dependía del monarca y se reconoció que la autoridad ejecutiva chilena lo representaba; lo que permitió la dictación el 4 de octubre del mismo año del “Reglamento provisional para el entable, sustanciación y término de los recursos de injusticia notoria, segunda suplicación, y otra extraordinaria que puedan interponerse a las últimas sentencias de los tribunales del reino”, fundamentándose en que se hacía para que los litigios fueran resueltos en Chile y por conciudadanos de las partes, creándose al efecto el tribunal supremo judicial. A este tribunal se le otorga competencia para conocer de los recursos de injusticia y segunda suplicación, pleitos que al ser resueltos producían “absoluta e irrevocable ejecutoria” (Artículo 14).

El mismo criterio se mantiene en la Constitución Política provisional de 27 de octubre de 1812 (Arts. 5 y 17), en orden a vedar el conocimiento de asuntos judiciales al ejecutivo y se le otorga obligatoriedad y *ejecutoria* a los fallos expedidos por los tribunales chilenos.

### **2.15.2 Constitución de 1818**

Como en la Patria Vieja, la Constitución de 1818 expresa que la autoridad judicial reside en el supremo tribunal judicial (título V, capítulo 1º, artículo 1º), ordenando a los miembros del poder judicial, juzgar “todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnen con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el senado, que proveerá de remedio”. Es la primera oportunidad en que encontramos plasmado en el texto constitucional el principio de legalidad, con la salvedad anotada, referente base de la casación.

Se mantiene en general la misma competencia al máximo tribunal, otorgándose efecto suspensivo a los recursos interpuestos.

### **2.15.3 Reglamentación de los recursos procesales**

Por Senado Consulto de 26 de julio de 1820, reglamento del recurso

de injusticia notoria, se reitera el principio de la ejecutoriedad de los fallos emanados del Tribunal Supremo Judicial.

En la Constitución Política de 1822, se amplían las atribuciones del Tribunal Supremo, estableciéndose el principio jerárquico (artículo 160) y, además de los recursos que conocía a la fecha, se establece el de nulidad respecto de “las sentencias de última instancia, al solo efecto de reponer y devolver” (artículo 166 nro. 2). Primera oportunidad en que encontramos rasgos concretos de la casación, tanto por sancionar vicios de procedimiento, como por el establecimiento de la institución del reenvío.

Sin perjuicio de lo anterior, poniendo de manifiesto una preocupación por el respeto de las leyes que reglamentan el fondo de los asuntos, se ordena que “las sentencias de muerte, de expatriación o destierro por más de un año, no podrán ejecutarse en todo el territorio de la nación, sea cual fuese el tribunal o juzgado que las pronuncie, sin la aprobación de este Supremo Tribunal” (artículo 167).

Por el mismo motivo, debe tenerse en cuenta el proyecto de reglamento de administración de justicia presentado al Congreso Constituyente el 19 de agosto 1823, mediante el cual el ministro don Mariano Egaña propone la sustitución de los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación, por una tercera instancia.

#### **2.15.4 Supresión de los recursos de injusticia notoria y de segunda suplicación**

En la Constitución de 29 de diciembre de 1823 se derogan tácitamente los recursos de injusticia notoria y de segunda suplicación, estableciéndose como únicos, los de apelación y el de nulidad. Siendo admisible este último, si se falta a las “formas esenciales de la ritualidad de los juicios, determinadas materialmente por la ley”, en cuyo caso se otorga competencia para conocer del negocio principal (artículo 137), regresando con ello al sistema español.

Debemos hacer presente que el artículo 148, del citado texto legal mantiene el principio jerárquico, entregando a la Corte Suprema “la superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial de los tribunales y juzgados de la Nación”.

En el Reglamento de Administración de Justicia de 1824 se mantienen los recursos de apelación y nulidad, ordenándose tanto a la Corte de Apelaciones, respecto del tribunal de primera instancia, como a la Suprema Corte, en relación a aquélla, retener el conocimiento del asunto principal; ello si declara haber lugar a la nulidad solicitada para la sentencia impugnada (artículos 54 y 62). En cuanto a las leyes de fondo, se sanciona su transgresión haciendo precedente con carácter de acción popular las denuncias por soborno, cohecho y prevaricación de los jueces.

Tanto la Constitución de 1828, en su artículo 96 nro. 9, como la de 1833, en sus artículos 108 y siguientes, mantienen las reglas anteriores, agregando esta última en cuanto a la responsabilidad personal de los jueces, la falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, y en general, toda prevaricación o torcida administración de justicia, dejando a la ley la determinación de los casos y modos de hacerla efectiva (artículo 111), ordenando la dictación de una ley de organización de tribunales y administración de justicia (artículo 20 nro. 3 transitorio).

### **2.15.5 Reglamentación del recurso de nulidad**

En virtud de la ley de 31 de enero de 1837, que confiere facultades extraordinarias al Presidente de la República, se dictó el Decreto Ley de primero de marzo del mismo año, el cual reglamentó la forma de interponer, substanciar y fallar el recurso de nulidad, el que se otorga a la parte agraviada por una sentencia definitiva pronunciada “faltando a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios, determinados literalmente por la ley” (artículo 1º); ello que el tribunal superior la pueda anular; estableciendo dos sistemas atendiendo al tribunal que haga la declaración: así, si ésta es declarada por la Corte de Apelaciones, en relación a una sentencia pronunciada por un juez de instancia, devolverá “el conocimiento de la causa

al mismo juzgado, funcionando en él el individuo o individuos llamados a subrogar al juez que cometió la nulidad” (artículo 17). Por el contrario, si es la Corte Suprema la que anula una resolución de la Corte de Apelaciones “retendrá el conocimiento de la causa” (artículo 17). Por el hecho de no distinguirse en este último caso los motivos que originan la nulidad, la Corte Suprema debía tramitar y fallar las causas en que había recaído la nulidad de la sentencia, pero si tal declaración se limitaba a un vicio contenido en la sentencia, procedía a dictar nueva resolución.

Es en este texto legal en el cual encontramos el primer antecedente, en nuestra legislación, de la casación de oficio propiamente tal, al disponerse en el artículo 15 inciso segundo, que el hecho de no haberse preparado el recurso, no impide se sancione el vicio advertido en el examen del proceso en segunda instancia, ordenando se repusiera al estado en que se notare el vicio, o se subsanen los defectos, “aun cuando ninguna de las partes haya dicho de nulidad”.

### **2.15.6 Reacciones a la falta de recursos**

Al transcurrir el tiempo, se advierte la falta de recursos que permitan corregir los errores en la aplicación misma de las leyes de fondo, es así como una persona que tenía preocupación preferente por este tipo de disposiciones lo pone de manifiesto al publicar un comentario en el diario El Araucano, en 1836. En efecto, don Andrés Bello manifiesta: “la seguridad, la propiedad, el honor, todo en fin, cuanto el hombre busca y encuentra en la sociedad estriba precisamente en la recta administración de justicia. Son sin ella las leyes un vano simulacro; porque nada importa que existan y sean las mejores, si su mala aplicación o inobservancia las anula, o si, para conseguir su efecto, se han de experimentar mayores males que las que obligaron a reclamar su incumplimiento”, añade más adelante, que al no poder “adoptarse el recurso de súplica, ni debiendo proporcionar mayores esclarecimientos en los hechos después del que ofrecen los trámites adoptados con ventajas en el nuevo proyecto, es preciso conformarnos con las dos instancias y con que la segunda produzca cosa juzgada; pero es necesario dejar a esto una excepción, que no es posible desatender. A pesar que las

instituciones sean las mejores, puede abusarse de ellas; y así como puede en la primera y segunda instancia faltar a un trámite substancial y cometerse una nulidad a que se deja recurso, puede también en una y otra sentencia infringirse manifiestamente una ley y causarse una injusticia notoria. ¿Por qué, para este caso, se ha de negar un recurso? ¿por qué el que obtuvo con esa injusticia ha de llevar el fruto de la victoria, y por qué al que ha perdido se le ha de dejar sólo la acción tal vez estéril de repetir contra los jueces que mal fallaron? No parece que esto está en consonancia con la razón ni la justicia, cuyo atributo es dar a cada uno lo suyo. Somos, por tanto, de sentir que, para el caso designado, debe dejarse el recurso conocido en nuestras antiguas leyes con el nombre de notoria injusticia”.

### **2.15.7 La ley de 1837 (recurso de nulidad)**

La importancia de esta ley es que el recurso de nulidad que se establece en ella, tiene todas las características, incluso en sus aspectos procesales del recurso de casación en la forma, y actualmente en los motivos absolutos de nulidad del Código de Procedimiento Penal. Así también lo entendió el Código de Procedimiento Civil (1902).

El objetivo del recurso de nulidad es invalidar las sentencias, en los casos establecidos por la ley. Era de conocimiento del tribunal superior al cual lo dictó, de carácter extraordinario, de derecho estricto y con causales taxativas.

Las causales eran las siguientes:

1. Ser el juez manifiestamente incompetente.
2. No dar traslado de la demanda y de los documentos a ella acompañados.
3. Ocultar algún documento que hiciere fe contra alguna de las partes.
4. No recibir la causa a prueba, en el evento que existan hechos controvertidos.
5. Si no se hubiere notificado el auto de prueba o alguna diligencia probatoria a alguna de las partes.
6. Negarse el juez, sin causa legal, a admitir las declaraciones de testigos de alguna de las partes.

7. Omitir la citación de las partes para oír sentencia.
8. Pronunciar el fallo con *ultra petita*.
9. Despachar la ejecución en casos que la ley no la concede; o si se hubiere faltado a términos legales en el juicio ejecutivo o se hubieren admitido dentro de él otras excepciones que las permitidas por la ley.
10. Faltar a determinados trámites esenciales en la segunda instancia.
11. Conocer la causa un juez legalmente implicado o recusado.
12. Si hubiere mediado cohecho.
13. Falsedad por parte del relator, escribano u otra persona o existiere documentos falsificados.
14. Faltar a las leyes que determinan quiénes deben concurrir a los acuerdos de los tribunales colegiados.
15. Faltar a cualquier otro trámite por cuyo motivo las leyes prevengan expresamente que hay nulidad (Ciudad, 1965, p.p. 107 y 108).

Estas causales son muy similares a las establecidas en el artículo 768 C.P.C., excepto los números 12 y 13.

#### 1. Interposición del recurso.

Por escrito ante el tribunal que dictó la sentencia, expresando las causas por las cuales se invocaba. Se debía dejar consignación; si se trataba de sentencia de primera instancia debía interponerse, también, la apelación.

De declararse admisible el recurso, el tribunal fijaba un plazo para la comparecencia de las partes ante el tribunal superior.

Si era acogida la nulidad, la sentencia se anulaba y el tribunal remitía el pleito al juez que había dictado el fallo anulado, salvo que fuera una resolución de la Corte de Apelaciones, porque aquí la Corte Suprema se encargaba de retener el proceso y fallar sobre el fondo.

También “don Salvador Sanfuentes en la Memoria de Justicia que presentó en 1849, se extendió en latas e interesantes consideraciones acerca de la codificación procesal en lo civil, la que según él, debía irse dictando paulatinamente, aprovechando los datos de la visita, pero recomienda que, desde luego, se adopte el recurso de injusticia notoria y se ampliase el de nulidad”.

El primer proyecto para implantar la casación fue en 1853, pero fue rechazado de plano debido a la gran diversidad de legislación, con ello menos se podía obtener una unidad en la jurisprudencia.

En 1855 comienza la codificación en Chile con la creación del Código Civil, aunque los primeros orígenes en Chile de la casación fueron en 1875, con la dictación de la ley Orgánica de Tribunales, ya que señaló los tribunales que debían conocer del recurso de casación, sin éste estar reglamentado. Debido a su urgencia se presentó la casación como proyecto aparte, al Congreso por el Poder ejecutivo.

### **2.15.8 Primeros proyectos de Código de Procedimiento Civil**

Uno de los primeros proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil fue elaborado por el señor Francisco Vargas Fontecilla, el que presentó en 1867, en su Libro I Disposiciones Comunes a todos los Juicios, labor que es continuada por don *Joaquín Blest Gana*, quien redacta el Libro II, sobre El Juicio Ordinario y el Libro III de Juicios especiales en 1872. Todo lo cual es compilado y nuevamente redactado por don José Bernardo Lira en 1875, complementándolo con el Libro IV el año 1877. Esto es estudiado por la Comisión Revisora de los proyectos de códigos de procedimiento, terminando en el mes de noviembre de 1884, encomendándosele nuevamente al señor Lira revisar el proyecto, labor que cumplió el mismo año. Posteriormente, pasa por diferentes comisiones que lo revisan, reestructurándolo, modificando la redacción en algunos párrafos, lográndose presentar como proyecto definitivo al Congreso en 1893, el cual, en general, tiene por base el proyecto de 1884.

### **2.15.9 Ley de 1875, Orgánica de Tribunales**

Fue el primer cuerpo legal en referirse al recurso de casación, pero le entrega su reglamentación a los Códigos de Procedimientos, y mientras éstos no se creen, estará en vigencia el recurso de nulidad, que equivalía al recurso de casación en la forma.

En 1881 se designó una comisión formada por Jorge Huneeus, José Bernardo Lira, Luis Aldunate, José Antonio Gandarillas, Julio Zegers, Cosme Campillo, José Clemente Fabres, Ramón A. Vergara Donoso y Enrique Coó, para la creación del proyecto de ley sobre casación.

La discusión de este proyecto sólo se concretó hasta mayo de 1902, al incorporarse éste al Código de Procedimiento Civil.

En 1902 con la promulgación del Código de Procedimiento Civil comenzó a regir el recurso de casación en el fondo, porque en la forma comenzó a regir en 1837 con la ley de nulidades. Con el recurso de casación en el fondo, se puso fin a las infracciones de leyes sustantivas.

1. *Código de Procedimiento Civil*. Conviene señalar lo que expresa el mensaje de este cuerpo legal, en cuanto precisa que el recurso de casación en la forma no difiere del recurso de nulidad, determinándose en mejor forma los vicios que dan lugar al mismo. Por su parte la casación en el fondo se introduce para unificar la jurisprudencia en la aplicación de las leyes.
2. *Código de Procedimiento Penal*. Se atiende a la necesidad urgente de mejorar el sistema de enjuiciamiento criminal, lo que se ha tratado de hacer por diversas reformas, pero conservando el modelo inquisitivo establecido en la Edad Media, por esto se hace indispensable establecer una reforma completa al derecho procesal.

### **3. Naturaleza jurídica del recurso de casación**

#### **3.1 Recapitulación**

Para afrontar con un meritorio éxito la tarea de precisar la naturaleza jurídica de una institución y en este caso particular del recurso de casación, corresponde precisar sus elementos, objetivos y finalidades principales que se asocian al mismo.

Este tema nos enfrenta con la recapitulación a la que nos introduce Calamandrei al indicarnos que nada es espontáneo, “como una nueva Minerva saliendo de la cabeza de Júpiter” (obra citada página 27). Existe un necesario escenario de observación del camino recorrido, el cual, sin duda alguna, nos orienta en nuestras conclusiones.

Conforme al desarrollo del recurso de casación en el tiempo es posible efectuar un esquema de los principales elementos, objetivos y finalidades.

### **3.1.1 Elementos**

1. De un instrumento político, pasa a ser un recurso judicial;
2. Legitimado activo: El Rey, un funcionario y las partes;
3. Tribunal: Luego de diferentes soluciones y de una institucionalidad insipiente, se llega a la Corte de Casación;
4. Causales: Vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*. Vicios en el proceso y en la sentencia. Vicios de hecho y de derecho;
5. Carácter negativo, con reenvío. Carácter positivo, con resolución del caso, y
6. Evaluación de los vicios.

### **3.1.2 Objetivos**

1. Interés de la ley;
2. Respeto de la soberanía;
3. Control o supervigilancia del sometimiento del juez a la ley;
4. Anular determinaciones que contraríen la ley;
5. Preservar la correcta aplicación de la ley al caso particular, y
6. Unificar la aplicación de la ley

### **3.1.3 Finalidades:**

1. Igualdad ante la ley;
2. Igualdad ante la justicia;
3. Respeto de las garantías del debido proceso legal, y

4. Ejercicio de las garantías procesales respecto del juez. Preparado, profesional, calificado.

### 3.2 Principales características

En la discusión del sistema procesal, dadas las distintas características que se le imprimen al recurso de casación en el fondo, configuran un todo orgánico, en que cada particularidad permite constituir un conjunto sistémico.

Sin duda el antecedente de mayor importancia doctrinaria se encuentra en la raigambre democrática, pues se supera el concepto que posibilita la revisión de todos los aspectos de la *litis* por la Corte Suprema, reconociendo la existencia e importancia del concepto de juez natural, en quien queda radicada la competencia integral del caso.

Un aspecto que los sistemas jurídicos han ido incorporando en los últimos treinta años es el respeto de las garantías procesales, las que pueden o no encontrarse recogidas en la ley. Se ha integrado la ley con los principios. De la misma forma se ha dado paso a la concepción unificada del derecho nacional e internacional, con la aplicación directa de los tratados internacionales en el ámbito local. Así uno de los derechos procesales es el derecho al juicio y a la revisión de la sentencia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14.5, señala que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, derecho ampliado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 8, que al regular las garantías procesales mínimas, reconoce ya a toda persona y en condiciones de plena igualdad en el N° 2, letra h) el *derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior*. Se puede destacar el reconocimiento a recurrir a todas las partes, en condiciones de plena igualdad, ante un tribunal de jerarquía superior y no exclusivamente a fallos condenatorios, sin pronunciarse respecto de la naturaleza de esta impugnación.

La respuesta del órgano jurisdiccional queda totalmente legitimada con la posibilidad que todas las partes puedan recurrir a un tribunal superior.

La definición de la extensión de la competencia del tribunal superior que debe conocer del recurso es un tema arduo en la doctrina, principalmente dominado por la determinación de una doble instancia o la revisión ampliada del cumplimiento de las formalidades procesales. Se debe optar por regular acciones de impugnación o medios de gravamen. Se mantiene la naturaleza de la función jurisdiccional, como una respuesta a lo planteado por las partes.

Nos encontramos en la actualidad que los países desarrollan un sistema recursivo limitado y excepcional, el cual privilegia el control horizontal, por sobre el control vertical, decisión que se adopta principalmente por el amplio respeto al derecho a defensa de las partes, cuyo pilar fundamental está basado en la publicidad de los antecedentes, por la calidad de tribunal letrado, al que se impone la inmediatez en sus actuaciones.

Resuelto lo anterior se debe afrontar el tema de qué, quien, cuando, cómo y por qué recurrir. Coincido con Binder en que debe existir la más amplia impugnabilidad subjetiva, esto es en cuanto a los intervinientes que pueden recurrir, puesto que si bien el Estado debe garantizar que su facultad punitiva se ha empleado de manera adecuada, entregando al imputado amplias posibilidades de alzarse en busca de acertadas y justificadas decisiones, pues es su parte la que deberá satisfacer lo declarado.

En lo relativo al ámbito de aplicación del sistema recursivo no estoy de acuerdo con el destacado jurista Binder, en cuanto también solicita una amplia impugnabilidad objetiva, que está referido a las resoluciones judiciales que pueden ser objeto de esta impugnación (Binder, 2009, p. 207), dado que ello se asemeja a un sistema de doble instancia general y de control jerárquico.

El procedimiento de impugnación debe ser el más simple y desformalizado posible, con plazos adecuados y competencia del tribunal *ad quem*

acorde a los principios democráticos del juez natural. En efecto, sin querer hacer un repaso de la forma en que se administra justicia desde la antigüedad hasta ahora, lo cierto es que de un juicio de asamblea en única instancia, en donde eran los demás habitantes de la ciudad quienes ejercían la función pública de resolver los litigios, como expresión de participación en las labores de la comunidad, pero luego, por la concentración del poder en la autoridad, se deriva en tribunales especializados, con la posibilidad de llegar hasta quien se sostuvo era el depositario de la soberanía: el monarca. Los movimientos democráticos, sin embargo, centrarán el problema en sus justos límites: el juez natural y no el monarca es quien detenta la más amplia competencia para decidir los conflictos jurídicos, en atención a que es en él en quien el Estado ha radicado acoger a las partes, escucharles, recibir sus pruebas y decidir. La posibilidad de recurrir estará limitada a los aspectos en que no exista conformidad, sin que esté habilitado el tribunal superior para revisar los aspectos en que las partes no se han alzado.

Los pueblos adoptan ciertos caminos en su evolución jurídica de manera racional o como reacción a ciertos sucesos, por sus consecuencias prácticas o por los principios doctrinarios en juego, una motivación doctrinaria que tiende a evitar la *reformatio in peius* y otra concreta de terminar los procesos en un plazo razonable.

El fundamento y causa final que persigue el recurso es obtener un pronunciamiento en torno a la cuestión debatida. Siguiendo la jurisprudencia *ius* publicista española se puede establecer como exigencia material al sistema recursivo, que éste permita efectivamente reparar los agravios, de manera real y efectiva, en su caso. En este punto, los legisladores en los distintos países han dejado constancia que, en lo que respecta al ministerio público, su agravio comprende “cuando no fueren acogidas sus peticiones de cualquier manera, sea en la calificación del delito, en la extensión de la pena o en el grado de participación que le haya cabido al imputado, es decir, tanto si la sentencia concede menos como si concede más de lo que el fiscal hubiere pedido” (Piedrabuena Richard, 2001, p. 10 y 11), justificando esto último fundado en los principios de objetividad y legalidad a que está sometido el ministerio público. Por nuestra parte diremos que, en

general, se requiere una doble identidad entre el perjuicio y el agravio. En efecto, la sentencia deberá contener una decisión que no acoge una petición de las partes, pero, además, sustentarse en ser agraviada directamente con el vicio o defecto que se reclama, pues la doctrina y la jurisprudencia ya se han pronunciado reiteradamente en el sentido que aquello que perjudica a una parte no puede ser esgrimido por otra para alzarse respecto de la decisión o el procedimiento.

De este modo los recursos constituyen los medios procesales que habilita la ley a los intervinientes en el procedimiento, que estiman haber sufrido un agravio por una resolución judicial, a fin de obtener del tribunal que establezca la ley, para que se revise el respeto de las garantías procesales, la regularidad del procedimiento y/o la aplicación del derecho en que descansa la decisión, la que podrá ser mantenida, modificada o dejada sin efecto, según corresponda.

En Chile, durante la tramitación del proyecto del CPP en el Parlamento se manejaron diversas alternativas en cuanto a los recursos contra la sentencia definitiva del tribunal a quo, pero todas ellas sobre la base de permitir la revisión posterior de las decisiones judiciales. Es así que de un sistema de casación, diferenciado en cuanto al carácter de juez unipersonal o colegiado del tribunal ante el cual se sustanció el juicio penal para radicar su conocimiento en la Corte de Apelaciones o Corte Suprema, se evoluciona hasta el denominado “recurso extraordinario”, que fue cuestionado arduamente por la doctrina por su carácter de apelación encubierta, pues tendía a revisión de actas del juicio y la decisión podría pasar por una nueva valoración de la prueba, incompatible con el principio de inmediatez, por lo que se llega a reformular todo el proyecto y nace el recurso de nulidad (Chahuán Sarrás, 2007, p. 350), cuyas causales se estudiarán detenidamente más adelante.

### **3.3 Ideas fundamentales**

Al estudiar el recurso de casación debe tenerse en consideración diferentes ideas bases o fundamentales:

### **3.3.1 Respeto de garantías a intervinientes**

Se pretende llegar a una decisión definitiva evitando los errores judiciales en el procedimiento, concediendo el más amplio control de los intervinientes en todas las actuaciones, de hecho, la implantación del recurso mismo constituye el respeto a una de dichas garantías, cual es la de recurrir.

### **3.3.2 Se aplique correctamente el derecho**

El objetivo es obtener el respeto de la soberanía reflejado en la formación de las leyes.

### **3.3.3 Uniformar jurisprudencia**

El legislador busca que por medio del recurso se “pueda desarrollar un proceso de estandarización en la aplicación de la ley por parte de los tribunales inferiores”, el que debe comprender “no sólo la aplicación de la ley penal, sino también los parámetros de interpretación de la ley procesal para la determinación precisa de los estándares a los cuales debe apegarse el procedimiento”, por ello es que se ha incorporado expresamente la posibilidad de que por medio del recurso pertinente “pueda revisarse la infracción de normas constitucionales”, circunstancia que resulta coherente de “una incorporación creciente de las normas de la carta fundamental al desarrollo jurisprudencial en materia de procedimiento penal”<sup>1</sup>, todo unido a “la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas (o cumplan su función pacificadora), y el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo” (Binder, 2009, p. 286).

### **3.3.4 Conocimiento natural**

El órgano llamado naturalmente a conocer del recurso de casación es la Corte Suprema, la que está llamada a decir la última palabra en las causas civiles y criminales en general. Se resuelve así el dilema de quien conocerá el recurso, existe un principio claro: es un tribunal superior el que conocerá del recurso de nulidad y se estima que tendrá una competencia cuantitativa y cualitativamente superior a la Corte de Apelaciones respectiva.

### **3.4 Objetivos**

Los objetivos del recurso de casación son de carácter general y particular. Como garantía del procedimiento o remedio efectivo en un caso concreto.

#### **3.4.1 Revisar el juicio y la sentencia**

Se ha tenido la oportunidad de exponer que por esta vía se podrá impugnar aspectos derivados del procedimiento como de las decisiones con que culmina el juicio, corresponde a dar aplicación a la garantía que posibilita permitir la revisión por un tribunal superior.

#### **3.4.2 Nulidad del juicio y la sentencia**

Como regla general al ser acogido el recurso de casación, éste acarreará la nulidad del procedimiento y la sentencia, debiendo realizarse un nuevo juicio si el vicio se encuentra en el procedimiento, evento en el cual se determinará el estado en que hubiere de quedar éste y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

Las legislaciones entregan diversas soluciones cuando el vicio procesal está en la sentencia: reenvío y sentencia de mérito.

#### **3.4.3 Invalidez la sentencia**

Cuando la causal de nulidad se refiera a vicios *in iudicando*, igualmente surge la respuesta del reenvío o el fallo de mérito por el Tribunal de Casación.

### **3.5 Concepto**

Todo concepto puede ser sustantivo o descriptivo.

<sup>1</sup> Mensaje del Ejecutivo, párrafos décimo y undécimo, del numeral séptimo, sobre Los Recursos.

Desde un punto de vista descriptivo diremos que el recurso de casación es uno de los medios procesales, por los que la ley permite a las partes y funcionarios legitimados para interponerlo, que estiman les perjudica la sentencia definitiva del juicio, circunstancia que tiene su fundamento en un agravio referido a vicios en el procedimiento o que radican en la misma sentencia misma, con el objeto de obtener del tribunal superior competente, la revisión del cumplimiento de las garantías procesales, la regularidad del procedimiento y/o la aplicación del derecho en que descansa la decisión, la que podrá ser mantenida, modificada o dejada sin efecto, según corresponda, en el evento de acoger el recurso, anulando ya sea el procedimiento o la sentencia, precisando el estado en que queda el juicio o dictando la sentencia de reemplazo, según corresponda.

Desde un punto de vista sustantivo, se puede señalar que es el derecho que franquea la ley a la parte agraviada, con el fin que se anule el procedimiento o la sentencia o a ambos.

Se llega así a la definición del recurso de nulidad o casación, señalando que es el medio que franquea la ley a la parte que ha sufrido un agravio y perjuicio por una sentencia, cuya dictación tiene por base un procedimiento con actuaciones viciadas o el fallo mismo los contiene, para que el tribunal superior competente, revise si concurren los supuestos que le motivan y, en su caso, los mantenga o los enmiende, privando de eficacia al procedimiento o la sentencia o ambos, según corresponda.

### **3.6 Características**

1. *Jurisdiccional*. Es un mecanismo de carácter jurisdiccional, que actualmente en algunos países incorpora el resguardo expreso de garantías constitucionales.
2. *Garantía procesal*. Tiene por fundamento revisar si en un juicio preciso y determinado se observaron las garantías de las partes, que se aplicó correctamente el procedimiento y la legislación que resuelve el caso.

3. *Puede afectar el procedimiento y la sentencia.* El objeto concreto que se pretende es invalidar el procedimiento o la sentencia, pero sólo en los casos determinados por la ley, en el evento que se infrinjan garantías, se aparte del procedimiento establecido por la ley o se decida la controversia con infracción de las normas de derecho.
4. *Generalmente anula el procedimiento.* Como norma general, de acogerse un recurso de nulidad por vicios formales o de procedimiento, se pretende anular el juicio y se proceda a su repetición. Excepcionalmente, como competencia asociada al recurso de nulidad, que no lo integra doctrinariamente, se concede la competencia para dictar sentencia de reemplazo de acuerdo a lo que es la correcta aplicación de la ley, de ser necesario.
5. *Sin decisión de mérito.* Conceptualmente y en doctrina el recurso tiene por objeto lograr la declaración de nulidad, con lo cual termina la competencia propia de la impugnación, pues el fallo de reemplazo es facultad anexa.
6. *Extraordinario.* Tiene un carácter extraordinario, porque no procede respecto de toda resolución judicial, sino las que están delimitadas precisamente por el legislador, como los fundamentos por los que puede interponerse el recurso.
7. *De derecho estricto.* Su naturaleza de derecho estricto se constata en las distintas formalidades que corresponde satisfacer en su interposición y tramitación, que de no cumplirse se contempla la declaración de inadmisibilidad de la impugnación. Además procede solamente por causales específicas y determinadas.
8. *De reforma.* Como el conocimiento del recurso no está entregado al mismo tribunal, evento en el cual correspondería calificarlo de retractación, sino que a uno diverso, en que la nueva decisión importará una reforma de la anterior.
9. *Se interpone ante el tribunal que dictó la resolución impugnada.* Se precisa

que es competente para recibir la impugnación aquel que extendió la sentencia y decidió el juicio.

10. *Conoce del recurso un tribunal superior.* La competencia para tramitar, conocer y decidir el recurso generalmente será la Corte o Tribunal Supremo. En algunos países existe una Cámara especial y en otros se permite que sean Tribunales colegiados locales de segunda instancia.
11. *Otorga competencia excepcional y per saltum a la Corte Suprema.* Dentro de la orgánica, se puede consultar, que en el evento que pueda conocer del recurso de casación un tribunal de segunda instancia, en casos especiales y graves, se puede recurrir directamente o per saltum a la Corte Suprema, circunstancia que dependerá del fundamento invocado.
12. *Extensión de la competencia de la Corte Suprema.* Si bien la causal de infracción de ley es amplia, en el evento del recurso por motivos de procedimiento suele indicarse circunstanciadamente el motivo de nulidad. Al atribuirse como causal la infracción substancial de garantías corresponde generalmente a la Corte Suprema exclusivamente, su invocación y procedencia tiene como efecto que la causal de error de derecho y los motivos absolutos de nulidad corresponderá que los conozca y resuelva la misma Corte, extendiendo de este modo su competencia originaria per saltum.
13. *Invariable.* Quedan fijados los límites de la impugnación con la interposición del recurso, luego de lo cual los motivos y causales son inamovibles.
14. *Medio de impugnación.* Atendido que corresponde a una respuesta jurisdiccional, en que la facultad de proceder de oficio está ostensiblemente limitada y no procede la *reformatio in peius*, corresponde a lo que la doctrina denomina un medio de impugnación y no de gravamen, pues la decisión no podrá ser más gravosa para la única recurrente o exceder lo solicitado por los demás que se alzan en contra de la resolución.

15. *Legal*. Es un remedio procesal establecido por el legislador, no por el ordenamiento constitucional.
16. *Definitivo*. No puede ser objeto de otras impugnaciones, no se contemplan recursos para la sentencia que resuelve el recurso de nulidad, sin perjuicio que la decisión tenga importancia si se repite el juicio.
17. *Por regla general se dispone la improcedencia de interposición conjunta o subsidiaria*. El legislador no ha contemplado la posibilidad de interponer en un mismo escrito o en otros diversos el recurso de casación con otras acciones de impugnación o recursos, ya sea de manera conjunta, principal o subsidiaria. En algunos países es posible cuando se diferencia entre recursos por vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*.
18. *Requiere perjuicio y agravio*. El interviniente que interpone el recurso no sólo debe ser afectado con la decisión que impugna, sino que, además, el sustento del vicio o error, en definitiva el agravio, estar referido a su parte.
19. *No constituye instancia*. En atención al antecedente que el tribunal ad quem no conoce de todas las cuestiones de hecho y derecho, no puede estimarse como una nueva instancia, dado que sólo comprenderá los aspectos en que se funda la impugnación y al momento de interponerse el recurso. Además, en principio, el conocimiento y decisión del recurso no importa la revisión de los hechos.
20. *Irrenunciable*. La renuncia constituye la manifestación de voluntad de no ejercer un derecho de manera anticipada, con anterioridad al evento en el cual se está en condiciones de ejercerlo. Por la naturaleza de derecho público del derecho procesal, sus normas deben ser observadas perentoriamente bajo sanción de nulidad, de modo que las convenciones que tiene por fundamento evitar dicha sanción, que tiene por efecto privar de eficacia al procedimiento no resulta permitido, pues con ello de posibilita se adopten procedimientos distintos al legal.

### 3.7 Naturaleza jurídica

Se ha transitado en la historia por diversas naturalezas para el recurso de casación, que está asociado a su finalidad y objetivo. Cuando respondía al ejercicio de una actividad del monarca, fue de carácter político y ejecutivo, no jurisdiccional. Este antecedente es el que se considera para asignarle un carácter de proceso autónomo destinado al análisis del proceso y su sentencia. Compartiría así la idea fundamental de la acción, entendida en su concepción substancial, procesal o de garantía, pues reuniría todos estos antecedentes, puesto que por una parte es un derecho subjetivo y público para reclamar del órgano estatal correspondiente la pretensión que el titular cree le asiste en derecho. Por otra es el medio que franquea el ordenamiento jurídico a quien reconoce legitimación activa en el proceso, para que pueda obtenerse de una autoridad judicial competente se revise la determinación de un tribunal conforme a los motivos que el mismo ordenamiento prevé. Se profundiza lo anterior al entenderle con Couture como una expresión del derecho de petición que pertenece a toda persona y que en el constitucionalismo moderno estará considerada como una garantía en sí misma y como una salvaguardia del debido proceso, pero indudablemente del correcto ejercicio de la jurisdicción conforme al sistema de fuentes del derecho que cada estado determine.

Al pasar al conocimiento de los tribunales adquirió un carácter jurisdiccional. Procesalmente el recurso en el proceso ha sido entendido como el medio que el ordenamiento jurídico concede a la parte agraviada por una resolución para solicitar que ella sea revisada. Es un error permanente de la doctrina hacer el estudio de los recursos desde la mirada de quien los ejerce y para el evento que sean acogidos. El recurso cumple su función por el hecho de generar la revisión del agravio, entrega la respuesta de manera positiva, acogiendo el planteamiento de quien lo interpone, pero igualmente si se rechaza, desestimando la posición del recurrente. Así queda en claro que el objetivo final de todo recurso y especialmente el de casación, es obtener la revisión por un tribunal superior, cerrando la posibilidad a toda discusión posterior. El conflicto a resolver es la incertidumbre de la validez de la resolución impugnada, el cual es decidido mediante el pronunciamiento del tribunal, lo que puede suceder acogiendo o rechazando el recurso.

De la misma manera, según se ha visto, el recurso de casación transita de un carácter o naturaleza eminentemente negativo, por constituirse en una sanción, por la que se priva de efectos y validez a la sentencia, y pasa a ser complementado con un rol positivo, al extenderse la competencia al Tribunal de Casación para emitir una decisión de mérito cuando el vicio o defecto se encuentra en la sentencia o se refiere a vicios *in iudicando*. Por ello es que hoy, en la mayoría de los ordenamientos y respecto de un conjunto de casos, se indica que el recurso de casación en el fondo tiene un doble carácter: negativo y positivo.

En el evento de errores *in iudicando* constituye un recurso de derecho, en el que se observa la correcta aplicación de la ley. La discusión se inicia y no termina cuando se trata de mantener la conceptualización original de la ley y restringirla exclusivamente a esta fuente del derecho, excluyendo tanto la constitución, como otras fuentes formales y materiales. Garantías, tratados internacionales, reglamentos generales, costumbre, principios, convenciones, etc.

Se extiende la controversia cuando se ingresa en los extremos de la función misma de la casación con el objeto de determinar sus límites, en especial aquella por errores *in iudicando*, en que los países, por regla general, excluyen la valoración de la prueba. En algunos países se ha incursionado en lo que se conoce infracción a las leyes reguladoras de la prueba, cuya infracción permite invalidar la sentencia y en el pronunciamiento de mérito valorar correctamente la prueba, estableciendo hechos diversos a los fijados por los jueces de la instancia.

Al asociarse el respeto de las garantías fundamentales al recurso de casación, éste ha pasado a tener en sí mismo un doble carácter: constituye en sí mismo una garantía y adquiere una connotación fundamental de resguardo de los derechos fundamentales.

Nutriendo de nuevos horizontes al recurso de casación que no fueron considerados en su oportunidad, especialmente derivados del constitucionalismo, se llega a precisar que su naturaleza hoy ha dejado de ser simplemente legal, para instalarse ya sea directa o indirectamente en el orden

fundamental del estado, tanto por estar contemplado en algunos ordenamientos fundamentales, como por tener que considerar ciertas garantías fundamentales como es la noción de debido proceso, igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia, derecho de defensa, derecho a ser asistido por un defensor letrado, derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, derecho a una doble instancia y derecho a la revisión judicial, etc.

En un estado social de derecho el recurso además está llamado a contribuir no solamente a la igualdad ante la justicia, sino que a reconocer y aplicar las garantías fundamentales del proceso y aquellas que el Estado mismo reconoce a sus ciudadanos. El horizonte ha subido y es más exigente respecto de los jueces. Como nos expresara nuestro querido amigo Luis Paulino Mora “ahora las demandas sociales se litigan. Esa judicialización que tanto molesta a un sector de los políticos, no es más que un grito de auxilio de una sociedad que clama por justicia social y por soluciones”.

En una arremetida en contra de los poderes de las Cortes y Tribunales Supremos se ha pretendido reducir su función a un efecto o consecuencia de la casación mediante el denominado “recurso extraordinario”, uniformar la jurisprudencia. Esta labor ciertamente importante no alcanza a integrar los objetivos y finalidades de la casación.

La uniformidad de la jurisprudencia es una consecuencia de la forma en que se regule el recurso en un estado. Si se establece un Tribunal Supremo con una competencia amplia de primera y segunda instancia, con un número importante de integrantes, diversas salas no especializadas, con efectos relativos de los fallos y sin efectos vinculantes, no será posible obtener tal efecto o consecuencia. Por el contrario, un tribunal con competencia restringida, especializada y que sus sentencias tengan efectos vinculantes, a lo menos para el mismo tribunal y no verticalmente, podrá ejercer su jurisdicción, con efectos determinantes en el Estado.

### **3.8 Cuestiones de hecho y de derecho**

Uno de los elementos en los que sin duda hay que detenerse es en la evolución del contenido del recurso de casación. Cuando fue entendido

como una sanción de nulidad y que su control estaba radicado en la forma como los jueces aplicaban las ordenanzas del monarca, la mirada fundamental se radicó en la sentencia y en los vicios *in iudicando*, posteriormente se extiende a los vicios *in procedendo*.

Los vicios *in procedendo* quedaron expresados en diversas causales o vicios que constatados daban origen a la sanción, la nulidad. Pero no es a este aspecto al que deseo referirme, de enorme importancia, pero que por factores de tiempo y espacio dejamos para una próxima oportunidad. Es el contenido del vicio *in iudicando*. La infracción de ley, error de derecho, falta al ordenamiento jurídico, etc., circunstancia que para reflejar el carácter de remedio extremo algunos países requieren que influya substancialmente en lo dispositivo del fallo y que no exista otro medio para repararle.

Implica la correcta aplicación de la ley penal, pero, además, de todos los conceptos que el tribunal ha valorado e interpretado en el desarrollo de su función jurisdiccional, esto implica el uso de vocablos jurídicos. Para lo anterior, podemos encontrar dos situaciones distintas:

1. Consiste en la inteligencia de la ley en sí misma; se da en los casos en que el tribunal tiene autonomía lo que comprende por los diversos conceptos jurídicos contenidos en las normas, de tal modo, que sólo se incurrirá en la causal de errónea aplicación del derecho, en el evento que aparte de la interpretación que le da la ley a dicho vocablo.
2. Consiste en los problemas de calificación o subsunción de los hechos a la causa, esto significa, por ejemplo en materia penal al determinar la figura delictiva o grado de participación, en base a los hechos acreditados en dicho juicio. De manera, que se incurrirá en esta causal de errónea aplicación del derecho, en el evento de incurrir en la falta o incorrecta aplicación de la norma sustantiva, que corresponda a los hechos comprobados en la tramitación del juicio por el tribunal correspondiente.

El tribunal que conoce del recurso está limitado a determinar si el derecho ha sido aplicado correctamente en la sentencia correspondiente.

En cuanto a esta causal, se cubre una de las causales tradicionales de la casación, esto es el caso que no se respeta una regla que debió aplicarse, se utiliza una norma inaplicable, o bien, seleccionándose correctamente la norma, se aplica inadecuadamente.

*La causal se plasma en la causal: errónea aplicación de la ley, infracción de ley o error de derecho.* El defecto en el obrar por parte del sentenciador se refleja en una inadecuada aplicación de una fuente del derecho, la cual se ha tenido en vista para resolver el juicio, que corresponde a lo que actualmente se conoce como contravención formal, interpretación errónea y falsa aplicación.

*Una pregunta previa: ¿Constituye en realidad esta causal un vicio de nulidad?* Como primer aspecto debemos señalar que la doctrina ha discutido si en el presente caso realmente nos encontramos ante un vicio o solamente se trata del ejercicio inadecuado de las facultades jurisdiccionales por parte del tribunal (Farren Cornejo, ¿Casación en el fondo de oficio?, 1973). Quienes sostienen esta última doctrina afirman que no se observa ninguna deficiencia en el fallo que le impida tener vigencia como resolución, pues formalmente está ajustada a la reglamentación procesal, que es aquella resguardada por el recurso de nulidad. Sin embargo, se ha sostenido que el recurso de casación no difiere en su fundamento de la inspiración de la acción de nulidad en general, la que permite impugnar un acto tanto por que no se han respetado los procedimientos, competencias y formas del acto, cuanto por transgredir las disposiciones sustantivas que reglamentan las exigencias que el ordenamiento jurídico efectúa a quienes lo suscriben, o por apartarse de los aspectos generales que la legislación sanciona con nulidad o no se siguen los lineamientos de la institución misma materia de la expresión de voluntad.

La nulidad responde a reprimir tanto requisitos de forma como de fondo. En esta causal se reprime la falta de cumplimiento de la normativa de fondo, la que, siguiendo la doctrina clásica, se puede concretar en lo siguiente:

1. *Contravención formal.* Se produce al existir contradicción entre lo que dispone la norma y lo que ordena la sentencia, sobre la base o argumentando el tribunal que se está aplicando dicha disposición. Hay oposición directa entre la ley y el fallo, se constata una antinomia o divorcio entre lo que dice la norma y lo que dispone la sentencia. Como el fallo debe respetar la voluntad del legislador, al no hacerlo, se genera el vicio.
2. *Interpretación errónea.* Es la que se ocasiona cuando el juez, al aplicar la disposición al caso concreto de que está conociendo, al singularizar el mandato normativo, le otorga a la estipulación legislativa un sentido y alcance diverso del previsto por la norma. Ya no se trata de resolver el litigio de un modo diverso a lo ordenado por el legislador, sino que la inteligencia con que es entendida la disposición no corresponde a la prevista por el autor de la norma o lo que racional y lógicamente éste pudo tener en consideración al dictarla.
3. *Falsa aplicación.* Se plasma al decidir una controversia sobre la base de una disposición que no regula precisamente la situación o se deja de reconocer vinculación a una norma que está llamada a resolver el conflicto. En el primer evento se aplica la norma a una situación no prevista y en el segundo caso no se considera la estipulación a un litigio para el cual fue dictada.
4. *Labor del tribunal en la sentencia. Los hechos y el derecho.* Para el estudio de estos presupuestos se ha llegado por la doctrina y jurisprudencia a delimitar la actividad del juez en la sentencia frente a la adopción de la decisión, que en general está constituida por el establecimiento y determinación de los hechos, precisar el carácter legal de los mismos, calificarlos jurídicamente y delimitar sus efectos.
5. *Los hechos.* En primer término, al fijar los hechos en la sentencia, hay que fijar los presupuestos fácticos de la contienda, las conductas u omisiones que las partes esgrimen respectivamente y que el tribunal ha fijado.
6. *Carácter legal.* Fijados los hechos, debe precisarse su carácter legal. En materia penal es su correspondencia con los elementos que utiliza el

legislador para definir los ilícitos o sus circunstancias, así como su *iter criminis*, participación de los imputados y demás reglas para la determinación de la penalidad. Es el estadio posterior a la fijación de los hechos y que antecede a su calificación jurídica, en que se tienen por acreditados los supuestos legales. Constituye el razonamiento de los magistrados para justificar la aplicación de la ley. No debe olvidarse que esta tarea cobra también su trascendental importancia al verse frustrada la búsqueda de correspondencia de los hechos fijados con una acción punible y se imponga la absolución del responsable por falta de tipificación de la conducta.

7. *Calificación jurídica.* La calificación jurídica está constituida por el encuadramiento de los hechos, según su carácter legal, en la descripción legal correspondiente, esto es la naturaleza del delito, grado de desarrollo y participación del imputado, como de las circunstancias que influyen en la penalidad. Cumplido todo lo anterior se podrá llegar a asignar las consecuencias jurídicas de la calificación.
8. *Efectos.* Los efectos jurídicos de la calificación se concretarán en primer término en la absolución o condena y en este último caso, en la extensión de la pena y posibles sanciones accesorias y beneficios alternativos que proceden.

Con un ejemplo ilustramos el punto.

1. Establecimiento de los hechos: El día 5 de febrero de 2004, siendo las 10:30 horas, en circunstancias que Francisca López Bravo caminaba por la vereda norte de calle Agustinas, al llegar a la intersección con calle San Antonio, Benito Soto González, le exhibió un revólver y le solicitó hiciera entrega de su billetera; exigencia que aquella satisfizo, luego de lo cual Soto González corrió en dirección al sur por calle San Antonio.
2. Determinación del carácter legal: Los hechos dados por establecidos permiten precisar que una persona, mediando intimidación, se apropió de especies muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño.

3. Calificación jurídica: Los sucesos son constitutivos del delito consumado de robo con intimidación, previsto en el artículo 436, inciso segundo del CP, cuyo responsable tiene la calidad de autor.
4. Efectos jurídicos: A Benito Soto González, en calidad autor del delito de robo con intimidación, considerando que le beneficia una circunstancia atenuante y ninguna agravante, se le sancionará con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Constituyen errores denunciables por esta causal los que se refieren al derecho, descartando aquellos que dicen relación con los hechos. Sin lugar a dudas es un aspecto de hecho su establecimiento y de derecho la calificación jurídica de los mismos y la determinación de sus efectos. En lo que se plantea discusión es en cuanto a la determinación del carácter legal, pero desde el momento en que se está circunscribiendo la correspondencia de los hechos con el derecho, integra este último tópico.

*La pregunta fundamental que corresponde enfrentar es la precisión de las funciones esenciales de una Corte Suprema.* El tema lo ha planteado de otra forma Michele Taruffo (Taruffo, p. 205), contestando cuales son las funciones de las Cortes Supremas en un Estado moderno. Expresa que tradicionalmente se ha seguido a Calamandrei, en cuanto asigna dos funciones fundamentales: En primer término, el control de legitimidad sobre las decisiones emanadas de los jueces inferiores, teniendo como contexto de comparación la Constitución y la ley. En segundo lugar, asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia propia y de los órganos jurisdiccionales de nivel inferior. Estas labores las cumplen las Cortes Supremas con modalidades muy diversas, acentuando una u otra, según las particulares definiciones estatales. En el sistema del common law, “en la formulación de sus decisiones, no se limitan a controlar si la decisión impugnada contiene errores de derecho sustancial o procesal, sino que —aunque sea decidiendo sobre el caso individual— se orienta hacia aquello que podría definirse como la *legalita* futura, o sea la definición de la correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de juicio en casos sucesivos en que las mismas normas podrían ser relevantes para el futuro” (Taruffo, p. 207).

*Estados Unidos e Inglaterra.* Se proyecta la solución de un caso concreto a los casos futuros, con la salvedad que estas Cortes son verdaderas Cortes Constitucionales y que su módulo de contraste es la Constitución. La característica más notable de la Suprema Corte estadounidense es el *certiorari*, que tiene como consecuencias el dotarle de un poder discrecional para elegir los casos y que le permite concentrar sus esfuerzos en el estudio de un número reducido de ellos. La *House of Lords* pronuncia menos de cien sentencias al año y la Suprema Corte de Estados Unidos menos de doscientas, demostrando que no es necesario dictar una gran cantidad de decisiones para mantener el control de la legitimidad de las sentencias y otorgar estabilidad a un sistema, lo cual está aparejado a las virtudes que demuestra el precedente o fuerza vinculante de las sentencias.

*Alemania.* En Alemania se ha desarrollado un modelo casi similar al anterior, pero con particularidades propias en que trata de responder con identidad, reglar el poder discrecional de elección del Tribunal.

*Francia e Italia.* Por su parte el modelo franco-italiano no tiene estándares de selección y los instaurados no han dado el resultado esperado, por ello en el año 2006 dictó la Corte de Casación francesa 32.000 sentencias y la italiana 50.000, que redundan en que la primera tenga casi 200 magistrados y la última cerca de 500.

*Chile.* Integran la Corte 21 ministros, los que se dividen en cuatro salas en materias especializadas. Se resuelven al año aproximadamente 10.000 asuntos. Sin embargo, por la fuerza relativa de los fallos no se ha desarrollado una jurisprudencia robusta.

Conocidos estos ejemplos: ¿cuál debiera ser hoy la función de un Tribunal o Corte Suprema en un Estado? Sin duda resguardar los derechos fundamentales de las personas.

La casación pasa a tener justificación en la medida que esté al servicio de tal postulado, sin embargo, se puede expresar que, además, tiene objetivos específicos:

1. Protección de la constitución;
2. El juez no desconozca la norma general, no sobrepase al parlamento y se mantenga el principio de separación de funciones en el Estado, subordinando la sentencia a la ley;
3. Resguardar el respeto a la soberanía que importa la dictación de las normas jurídicas;
4. Uniformar la jurisprudencia de los tribunales;
5. Lograr la aplicación de los principios de igualdad ante la ley y ante la justicia, como el de no discriminación;
6. Obtener la observancia de las garantías procesales, entre ellas el debido proceso y la motivación de las sentencias;
7. Aplicar de manera concreta el principio del derecho al recurso, que implica someter a control de legalidad y legitimidad a las determinaciones de los tribunales;
8. Lograr mayores condiciones de estabilidad en el Estado, mediante la certeza y seguridad jurídica que importa la aplicación constante y permanente de la legislación;
9. Gobierno judicial mediante la determinación de valores relevantes a destacar en las decisiones de la Corte de Casación.

El Tribunal Constitucional de Chile, en la sentencia dictada con fecha primero de febrero de mil novecientos noventa y cinco, en los autos rol nro. 205, se refirió a este tema, expresando que “mediante el recurso de casación en el fondo, el sistema procesal da eficacia al principio de legalidad y al de igualdad ante la ley, garantizados ambos plenamente por la Constitución Política”, “toda vez que se ha establecido un solo tribunal competente para conocerlo con el objeto de que éste resuelva si ha existido error de derecho en la sentencia recurrida y si lo hubiere la anule y restablezca el imperio de la norma violentada”.

“Con ello se logra que sea la Corte Suprema cuyas sentencias no son susceptibles de recursos, la que fije la correcta aplicación de la ley *decisoria litis*.

“Se trata de evitar el error judicial y de buscar mecanismos para corregirlo cuando él haya sido cometido por los jueces de la instancia al

manifestar su voluntad en la sentencia.

“En este entendido, nuestro sistema procesal constitucional contempla los siguientes principios fundamentales que dicen relación con la materia que debe resolverse:

a. Jurisdicción de derecho. Los tribunales deben fallar de acuerdo a la ley vigente los conflictos de intereses de relevancia jurídica sometidos a su conocimiento.

“Por lo tanto, las sentencias deben ajustarse a la ley, cuya igualdad para todos establece perentoriamente el artículo 19, nro. 2, de la Constitución Política.

La jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 73 de la Carta Fundamental, cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley.

Debe destacarse que impulsada la jurisdicción por la parte afectada por el vicio propio de la sentencia, el tribunal tiene el deber de fallar el recurso que ha sido sometido a su juzgamiento.

b. Debido proceso. La Constitución en el artículo 19, nro. 3, asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Esto significa que los afectados que estimen que los tribunales de la instancia no han aplicado correctamente la ley que regula su conflicto, tienen derecho a que esos errores sean corregidos por el máximo tribunal de la República, siendo únicamente ellos los que pueden calificar el agravio y perjuicio que le causa el vicio que afecta a la sentencia dictada con error de derecho.

El citado artículo señala que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y

agrega que corresponde al legislador establecer las garantías de un racional y justo procedimiento. La procedencia del recurso de casación en el fondo es uno de los instrumentos más importantes para dar eficacia a este derecho constitucional.

A propósito de esta materia, debe igualmente recordarse el principio establecido por el artículo 19, nro. 2, de la Constitución, en cuanto expresa que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, lo que debe tenerse en cuenta para la adecuada decisión de la materia sometida al conocimiento de este Tribunal Constitucional.

c. Recursos procesales. Son los medios que la ley franquea a las partes para impugnar las resoluciones judiciales.

Los recursos de casación son los que aseguran que el proceso se tramite de acuerdo a las normas de procedimiento, que contienen las garantías procesales de las partes, y que el tribunal al resolver lo haga como se lo ordena la ley.

La casación de forma se ha establecido para invalidar procesos o sentencias que no se ajusten a la norma procesal, y la de fondo, para anular sentencias dictadas con error de derecho o, como los códigos lo denominan, con infracción de ley.

El establecimiento de recursos es una de las principales garantías que las partes tienen en el desarrollo del proceso.

Agotados, la sentencia queda ejecutoriada y el conflicto resuelto con efecto de cosa juzgada;

9°. Que, en un estado de derecho existen leyes dictadas para ser cumplidas y las personas que entren en conflicto con quienes las infrinjan tienen derecho a recurrir al juez en demanda de justicia. Esta es la compensación constitucional por haberse abolido y prohibido la autotutela en la solución de los conflictos.

Por lo tanto, el Estado es el garante de que los referidos conflictos se fallen de acuerdo a la ley conocida de todos.

El ordenamiento ha tomado preventivamente en consideración la hipótesis de la inobservancia de la ley por parte de los obligados, preestableciendo mecanismos que restablezcan su vigencia en caso de conflicto.

El conflicto es una realidad históricamente demostrada, actualmente cada vez más aguda, y se genera precisamente cuando un sujeto con su actuación u omisión infringe una ley.

Su solución a través del proceso cumple dos objetivos:

- a. La satisfacción del interés subjetivo de los sujetos en conflicto.
- b. La actuación del derecho objetivo para mantener la exacta observancia de la ley. Esta debe ser acatada por las partes del proceso y por los jueces de la instancia. Para controlar a estos últimos se han establecido los recursos de casación y de queja.

Feuerbach, en su obra sobre La Casación Civil, Tomo II, pág. 36, expresa: “Así como los tribunales deben mantener la observancia de la ley sobre los súbditos, la Corte de Casación debe mantenerla sobre los tribunales. El control de la Corte de Casación se ejerce, pues, solamente sobre los órganos de la jurisdicción, y no sobre los órganos de la función ejecutiva y de la función legislativa.”

La norma decisoria *litis* es la ley aplicable a la solución del conflicto y su infracción, al decir de Chiovenda, “es un vicio de juicio”. El error *in iudicando* sólo puede cometerlo el juez puesto que es un atributo de la jurisdicción. El error no recurrido se transforma en verdad jurídica cubierta por los efectos de la cosa juzgada. El juez es el centinela de la ley y, como tal, debe ser el primero en cumplirla y hacerla cumplir.

10°. Que, los antecedentes más remotos de la casación de fondo la

configuran como una de las máximas expresiones de la garantía del estado de derecho y de la igualdad ante la ley.

En efecto, ya la Ley *Visigothorum*, publicada por el Rey *Recesvinto* en el año 654, contemplaba recursos contra el juez que hubiere pronunciado una sentencia injusta por mero error. No obstante, su sustentación viene de la *querella nulitatis* del derecho romano enriquecida al correr de los siglos. Esta aparece en el siglo XIII y se perfecciona en el siglo XIV. Su origen surge de la combinación del derecho romano con el derecho germánico. Toma del primero la validez formal de la sentencia y del segundo la clara distinción entre nulidad e injusticia del fallo por error de juicio.

Calamandrei expresa en su clásica obra sobre La Casación Civil —Tomo I, pág. 225—, que: “Enseña un maestro que, cuando la querella de nulidad del derecho común se ejercitaba porque la sentencia era contra *ius*, “la querella servía para garantizar la exacta observancia de la ley por parte del juez y para impedirle realizar obra de legislador: de manera que la querella en todo tiempo tuvo en sí un elemento político, asociando la defensa del individuo (*ius litigatoris*) a la del interés general (*ius constitutionis*)”.

Los estatutos italianos, especialmente los de Milán, Génova, Venecia y Florencia contenían normas sobre el error *in iudicando* y su sanción. Su objetivo estaba encaminado a obtener la exacta observancia de la ley.

En el derecho francés, hacia el año 1000 la facultad jurisdiccional se fue radicando paulatinamente en los señores feudales, quienes la ejercían a través de sus cortes. Entre esa fecha y la Revolución Francesa los monarcas, tratando de reivindicar sus prerrogativas, fueron creando una super estructura judicial dedicada a anular sentencias dictadas en forma injusta por violentar sus decisiones. Este es el origen directo de las cortes de casación y del recurso de casación. El Rey se transforma en Juez Supremo delegando tal facultad en su propia Corte de Justicia.

De este modo la palabra *cassation*, que originalmente tenía el significado genérico de anulación, tomó el significado técnico y específico de

aquella anulación que sólo el Rey podría llevar a cabo sobre una sentencia por razones de índole política. La casación nace así como acto de soberanía legislativa, no jurisdiccional.

Con la división en 1578 del Consejo del Rey en dos secciones, se estableció, por primera vez, un tribunal de casación que era *Conseil privé* con facultad de conocer recursos de los particulares.

A partir de la Revolución Francesa se produce la independencia del Poder Judicial y se declara la garantía de la igualdad ante la justicia.

Nace el tribunal de casación y el recurso de casación.

En Chile, el Mensaje del Código de Procedimiento Civil expresa: “La casación en el fondo introduce en nuestra legislación una novedad reclamada por las necesidades de dar uniforme aplicación a las leyes. Se ha limitado sólo a las sentencias de las Cortes de Alzada, como encargadas de dar la norma para el correcto funcionamiento de los tribunales inferiores”. Igual alusión hace el Código de Procedimiento Penal, en su origen, en el proyecto de don Manuel Egidio Ballesteros. En la Comisión Revisora prevaleció el criterio que introdujo dos modificaciones en el sistema: sólo se otorga por infracción de la ley penal y se establecen causales taxativas.”

11°. Que, la sentencia de casación de fondo, cuando acoge el recurso y reemplaza el fallo, cumple dos finalidades: la primera, se desprende de su parte resolutive y es la de poner término definitivo al conflicto con efecto de cosa juzgada.

La segunda, se desprende de su parte considerativa, que fija la doctrina frente a la aplicación de la ley infringida generando un precedente jurisprudencial, que aunque no crea derechos, tiene gran influencia para la dictación de futuras sentencias en casos similares.

La interpretación de la Corte Suprema, que es la del Estado, precisa la conducta futura de los jueces, al ajustarse a su doctrina, o sea, unifica el trabajo de interpretación jurisdiccional.

Se genera así la convicción de que si un conflicto plantea nuevamente la misma infracción de ley, su decisión va a ser similar.

Se ajusta de esta forma el derecho a las nuevas situaciones. La Corte aplica y desarrolla la norma poniéndola en contacto con la realidad práctica, surgiendo de ella su mejor aplicación. Murzel califica la casación de fondo como “la válvula de seguridad del derecho objetivo”.

Finalmente, en este considerando, debemos recordar nuevamente al maestro de Italia, Piero Calamandrei, cuando afirma en sus estudios sobre el proceso civil que “Así, para que el derecho, de la conciencia social en la que vive en estado inorgánico, pueda llegar a transformarse en sentencia, son necesarias aquí dos etapas cuando en la consociación primitiva bastaba con una etapa sola: entre el juez y el derecho, que en su realidad social es algo vivo, cambiabile, flexible, se ha interpuesto hoy una sustancia rígida y fija, que se llama ley, de la que el juez no puede apartar los ojos para parangonarla con la sociedad de la que se dice ser expresión, para comprobar si verdaderamente ha tenido en cuenta los intereses y los sentimientos colectivos, que deberían formar su contenido sustancial.”

Esto no significa que, en el sistema de la formulación legislativa del derecho, éste se identifique con la ley; al contrario, la ley queda únicamente como la expresión oficial del derecho, como su fuente formal, mientras que la fuente material del derecho, la sustancia de la que el legislador se sirve para llenar sus fórmulas verbales, existe antes que la ley y por encima del legislador; pero, no obstante esto, dado el principio de la separación de los poderes, que prohíbe al juez ir más allá de la fuente formal y verificar su correspondencia con la fuente material, el juez no es tanto un intérprete del derecho cuanto un intérprete de la manifestación de la voluntad emanada del legislador; así, mientras en el sistema de la formulación judicial el juez lee el derecho en el texto original, en el sistema de la formulación legislativa el juez puede leer solamente la traducción más o menos correcta, que el legislador ha hecho en sus leyes.

Esta barrera colocada entre el juez y las fuentes sociales vivas del dere-

cho se refuerza por el dogma de la plenitud de la ley escrita, que se encuentra en la base de todas las codificaciones; confiando en la llamada “fuerza de expansión lógica” de la ley, el juez debe, con imperturbable impassibilidad, buscar en una ley emanada hace cien años la solución de todos los problemas jurídicos que un siglo de civilización ha suscitado y que el legislador de entonces no pudo ni remotamente prever. Si la ley no responde ya a las necesidades de la sociedad actual, corresponde al legislador de hoy modificarla; pero mientras al legislador no le plazca dismantelar alguna de las torres de su viejo castillo, el juez debe dar vueltas como prisionero dentro de los muros sin ventanas, olvidando que fuera de aquella prisión el mundo vive al aire libre y se renueva sin cesar.”

Concluye en el párrafo final del motivo 14° “El objetivo de la casación es la aplicación de la ley en la solución de los conflictos y, residualmente, lograr una aplicación e interpretación uniforme de derecho.”

#### **4. Razonamiento final**

Esta apretada y desordenada síntesis del recurso de casación nos posiciona en la historia del recurso, su naturaleza jurídica, elementos, objetivos y finalidades, estudio que sin duda se ve sobrepasado por la pregunta fundamental que nos hemos hecho: ¿Cuál es la función de la Corte Suprema? y reiteramos la respuesta: garantizar la efectiva vigencia de todos los derechos y de todas las personas.

#### **5. Bibliografía**

Academia Judicial de Chile. Profesores Jorge Bofill G., Julián López M., Oscar Clavería G., Carlos Gajardo G., Leonardo Moreno H. (s.f.). *Sistema de recursos en el nuevo proceso penal II*.

Actas oficiales de la comisión de estudios de la nueva Constitución. (s.f.). Sesión 101 de 9 de enero de 1975.

Actas oficiales de la Comisión de estudios de la nueva Constitución. (s.f.). Sesión 108 de 16 de enero de 1975.

- Actas oficiales de la Comisión de estudios de la nueva Constitución. (s.f.).  
Sesión 48 de 25 de junio de 1974.
- Actas oficiales de la Comisión de estudios de la nueva Constitución. (s.f.).  
Sesión 49 de 27 de junio de 1974.
- Alcalde Rodríguez, E. (1965). *Los principios generales del derecho*. Santiago:  
editorial Universidad Católica de Chile.
- Alessandri, F. (1950). *Derecho Procesal*. Universitaria: Santiago.
- Avsolomovich Callejas, A., Lühns Antoncich, G., & Noguera Gorget, E.  
(1965). *Nociones de Derecho Procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Binder, A. (2009). *Introducción al Derecho Procesal penal* (segunda ed.).  
Editorial Ad-hoc.
- Bru Garsonet. (1913). *Traité theorique et pratique*. París.
- Calamandrei, P. (1945). *La casación civil* (Vol. Volumen I.). Buenos Aires,  
Argentina: EBA.
- Carocca, A. (s.f.). *La defensa penal pública*. Lexis Nexis - Conosur.
- Casarino, V. (2005). *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica de  
Chile.
- Cerda San Martín, R. (2003). *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*. Edi-  
torial Librotecnia.
- Chahuán Sarrás, S. (2007). *Manual del nuevo procedimiento penal*. (M.  
Bender, Ed.)
- Chenon. (1882). *Origines, conditions et effets de la cassation*. París.
- Ciudad, L. (1965). *Origen y desarrollo de los elementos fundamentales de la  
casación*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Código de Procedimiento Civil de Argentina.
- Código Procesal Penal de Argentina.

Constitución Política de la República de Argentina.

Corte Suprema. (2004). *Recurso de Nulidad Informe 14-2004*.

CS 233-2003, 233-2003 (Corte Suprema 1 de abril de 2003).

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De la Plaza, M. (1944). *Casación civil*. Madrid: Editorial revista de derecho privado.

Espinoza Solís de Ovando, A. (s.f.). *Manual de procedimiento civil*. Editorial Jurídica de Chile.

Fallo nro. 1. (enero de 1996). *Revista Fallos*, 446.

Farren Cornejo, F. (1973). ¿Casación en el fondo de oficio? *Revista de Ciencias Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 4.

Fenech, M. (1952). *Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Editorial Labor S.A.

Fiamma O, G. (s.f.). Seminario: Principios del debido proceso legal. *Academia Judicial de Chile*.

Horvitz Lennon, M., & López Masle, J. (2004). *Derecho Procesal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.

Infante D., J. (1933). *Causales de casación de fondo en materia civil*. Valparaíso: Soc. Imr. Litografía Universo.

Jensen M., R. (2002). El recurso de nulidad en el nuevo código procesal penal. memoria Universidad de Chile.

Jiménez Asenjo. (1958). *Derecho Procesal Penal* (Vol. tomo I). Madrid: Editorial Revista de derecho privado.

Larrañaga Esparza, P., & Urquieta Sotomayor, Y. (s.f.). *El derecho al debido proceso en el derecho internacional*. Memoria Universidad de Chile.

- Ley 7, título 29, partida 7.
- Ley 3390 - 17 de julio de 1.918.
- Ley 19374.
- Lira (Ed.). (s.f.). *Legislación chilena* (Vol. III).
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal penal* (segunda ed., Vol. 1). Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Maturana, C. (s.f.). Los Recursos, apuntes Universidad de Chile.
- Miguel, F. (s.f.). *Derecho Procesal Penal*.
- Monreal Bello, A. (s.f.). *Del recurso de casación en la forma en materia civil*. Universidad de Chile.
- Muñoz, P. C. (diciembre de 2001). Síntesis de los recursos y otras herramientas en el código procesal penal. *Revista de Derecho*, 5.
- Ortúzar Latapiat, W. (1958). Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal. Editorial jurídica de Chile.
- Pastor, D. (01 de 2013). *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Recuperado el 01 de 2013, de <http://www.buenastareas.com/ensayos/El-Plazo-Razonable-En-El-Proceso/7053517.html>
- Pedro Julio, M., & Preminger H., A. (1999). El recurso de casación en el fondo civil: manifiesta falta fundamento como causal de rechazo. Santiago de Chile: Memoria Universidad Central.
- Peña Ceballos, A. (s.f.). *Recurso de nulidad*.
- Piedrabuena Richard, G. (2001). Los recursos en el nuevo Código Procedimiento Penal. *Revista de Derecho* (Nº 8-2001).
- Piero, C. (1945). *La casación civil*. Santiago de Chile.
- Proyecto Lira de 1884, artículos 814, 941, 971. (s.f.).

- Recopilación de disposiciones de la excelentísima Corte Suprema sobre el nuevo sistema procesal penal (Corte de Apelaciones de Santiago. septiembre de 2003).
- Repertorio de jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. (s.f.).
- Scialoja, V. (1954). *Procedimiento civil romano*. Ediciones jurídicas europa america.
- Scialoja, V. (1954). *Procedimiento civil Romano*. Ejercicio y Defensa de los Derechos. (Sentis Melendo, & M. Ayerba Redin, Trads.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Taruffo, M. (s.f.). *La prueba, artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana.
- Universidad Alberto Hurtado. (2004.). Colección de Investigaciones Jurídicas. (4,5,6).
- Universidad del Desarroll. (julio de 2002). Revista Actualidad Jurídica. (6).
- Verdugo M., M. (s.f.). Seminario: Principios del debido proceso legal. *Academia judicial de Chile*.



# El recurso extraordinario de casación en el derecho procesal. La experiencia uruguaya a más de veinte años de la entrada en vigencia del Código General del Proceso

*Jorge Chediak González*  
*Gustavo Nicastro Seoane*

---



---

## Sumario

**1.** Introducción. **2.** Breve referencia a los orígenes del recurso de casación a nivel de derecho comparado. **3.** El recurso de casación en el ordenamiento jurídico uruguayo. 3.1. Antecedentes de la regulación actual. 3.2. Regulación vigente en el código general del proceso. **4.** Procedencia del recurso. 4.1. Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia. 4.2. Sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas dictadas en segunda instancia. **5.** Contenido de la sentencia de segunda instancia y monto del asunto. 5.1. Decisión de segunda instancia confirmatoria sin discordia. 5.2. Decisión de segunda instancia confirmatoria con discordia. 5.3. Decisión de segunda instancia confirmatoria y sin discordia en los juicios seguidos contra el estado. 5.4. Sentencias que decretan medidas cautelares. 5.5 Sentencias recaídas en asuntos que admiten un proceso posterior sobre la misma cuestión. **6.** Facultades del tribunal de casación. **7.** El interés del

- 
- Jorge Chediak González: Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay y Profesor Titular de la asignatura Introducción a la Judicatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa.
  - Gustavo Nicastro Seoane: Asesor Técnico Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay.

recurrente: agravio de la sentencia. **8.** Causales de casación. 8.1. Clasificación de los errores en las sentencias. 8.1.1. Error de hecho y error de derecho. 8.1.2. Error in iudicando y error in procedendo. 8.2. Infracción a las normas de derecho en el fondo. 8.2.1. Cuestiones que pueden enmarcarse en la noción de error de derecho. 8.2.2. Cuestiones no revisables en el ámbito casatorio. 8.3. Infracción a las normas de derecho en la forma. 8.4. Infracción por violación de las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba. **9.** Conclusiones. **10.** Bibliografía.



### Resumen

El órgano de casación siempre habrá de tener en consideración su tarea de corregir los errores jurídicos de los órganos inferiores. En esta línea de razonamiento y recordando las palabras de Carnelutti “*El proceso quizás no sea más que un sistema de precauciones contra el error*” (Carnelutti, 1955, p. 18.), se puede afirmar que el recurso de casación constituye una importante herramienta para solucionar o mitigar las consecuencias de los errores judiciales, que tanto daño pueden causarle a los justiciables y a toda la sociedad.

*“El proceso quizás no sea más que un sistema de precauciones contra el error”.*

Francesco Carnelutti, “La prueba civil”.

## 1. Introducción

El presente trabajo no pretende abordar de manera pormenorizada las muchas particularidades que presenta el recurso de casación en materia civil, sino que a lo que se dirige, medularmente, es a analizar la regulación normativa de dicho medio impugnativo en Uruguay y a la forma en que la Suprema Corte de Justicia —órgano encargado de resolver el recurso— ha

resuelto varios temas vinculados a la casación, tanto desde el punto de vista procesal como desde la óptica del derecho sustantivo.

Así, haremos mención de la jurisprudencia más trascendente de la Corporación sobre los diversos temas a analizar, de modo de proporcionarle al lector un panorama lo más vasto posible de los criterios y pautas que ha tenido en consideración dicho órgano para resolver los recursos sometidos a su decisión.

Sin duda alguna, un estudio más exhaustivo requeriría un trabajo de más largo aliento que, como tal, supondría una extensión no admisible en una instancia como ésta, por lo que es nuestra intención tratar los temas que más reiteradamente se someten a consideración de la Suprema Corte de Justicia desde un enfoque primordialmente normativo y jurisprudencial, sin perjuicio de mencionar, cuando el tema lo requiera, la opinión de la doctrina más autorizada sobre el punto y la posición personal de los autores.

## **2. Breve referencia a los orígenes del recurso de casación a nivel de derecho comparado**

El vocablo *casación* proviene de la voz francesa *casser*, que significa romper, partir, quebrar, cascar, anular (García-Pelayo y Gross, 1990, p. 44).

*Tarde* ha pretendido encontrar la fuente del recurso en el Derecho Romano, en una institución de la época de Justiniano por la cual los actos del Pretor que impartían justicia se podían llevar a un funcionario superior para que los afirmara cuando eran convenientes. No obstante, la mayoría de los tratadistas que han ahondado en el tema opinan que esto es solo una similitud con el moderno instituto de la casación, que es una consecuencia de la evolución de la jurisprudencia.

*Morales Molina* entiende que el origen remoto del recurso se encuentra en la época feudal. En este sentido, señala que, en el capítulo primero de los *Etablissements de Saint Louis*, se les permitía a las partes suplicarle al rey la revisión de un juicio y su reforma, si era contrario a derecho. El referido autor colombiano enseña que, sin embargo, ésta era más bien una acción

personal del monarca que la institución de una jurisdicción permanente, regular y constantemente abierta a los querellantes.

En 1302, el rey Felipe el Hermoso organizó por primera vez el procedimiento del recurso, que se tramitaba ante el Consejo del Rey contra los fallos de las Cortes Soberanas.

En los primeros tiempos, esta corporación decidía como tribunal de instancia y en 1334 se dijo que quien invocaba el recurso debía proponer las tachas que tuviera contra la sentencia cuya revisión pretendía.

En la época de Luis XIV, se modificó el Consejo y se estatuyó el error de derecho como fundamento de casación en reemplazo del de hecho, y se quitó así a la institución la apariencia de juicio de instancia.

En 1778, el canciller D'Aguesseau redactó la ordenanza de 28 de junio, que estableció el procedimiento del recurso de casación y cuyos principios, en su mayor parte, perduran hoy en día. La Revolución conservó con restricciones el Consejo, y en 1790 creó el Tribunal de Casación como supremo regulador del derecho. Luego, se denominó Corte de Casación, la cual se compuso de tres Salas: la de casación civil, la de casación criminal y la de "*requetes*", que decidía sobre la admisión o el rechazo del recurso. Las Salas civil y criminal nunca actuaban como tribunal de instancia, y, si casaban un fallo, enviaban el asunto al tribunal que lo dictó o a otro de la misma jerarquía para que dictara la resolución correspondiente (Morales Molina, 1951, pp. 494 y 495).

*Calamandrei* enseña que el instituto de la casación, tal como lo encontramos en los Estados modernos, resulta de la unión de dos institutos diversos, que se compenetran y se integran recíprocamente. Resulta de un instituto que forma parte del ordenamiento judicial-político: la Corte de Casación; y de otro instituto que pertenece al Derecho Procesal: el recurso de casación.

Sostiene que si buscamos en los textos legales cuándo se ha verificado por primera vez esta unión de los dos institutos en el instituto complejo

que recibe el nombre de casación, no podemos remontarnos más allá de la Revolución Francesa, porque precisamente en los últimos años del Siglo XVIII el nacimiento de la casación moderna aparece formalmente fijado en un decreto de la Asamblea revolucionaria.

Considera que los innovadores franceses, cuando instituyeron el Tribunal de Casación con el oficio político que representaba en la historia del Derecho una verdadera novedad, debieron servirse, para dar las bases de su construcción, de elementos procesales y políticos ya elaborados bajo el antiguo régimen, y coordinar, para una nueva finalidad, viejos medios que se habían desarrollado y madurado durante siglos, en la fusión de romanismo y germanismo que se había realizado en Francia en el período intermedio. (Calamandrei, 1945, pp. 26 y 27).

*Chioyenda* (Vescovi, 1996, p. 11) también ubica el origen de la casación en Francia, sosteniendo que el recurso nació en el antiguo régimen y se consolidó con la Revolución Francesa.

En nuestra doctrina, *Barrios de Ángelis* (Barrios de Ángelis, 1976, p. 55) coincide con que la casación nace en Francia, como defensa de los poderes del monarca, y sostiene que una vez caída la monarquía, servirá o se propondrá como un medio de mantener la división de los poderes constitucionales. Indica que a esta altura de su desarrollo, pierde paulatinamente su carácter de medio de política general —predominantemente constitucional— para pasar a ser un instrumento de políticas particulares del proceso; en principio, del mantenimiento de la regularidad y de la unidad de la jurisprudencia.

### **3. El recurso de casación en el ordenamiento jurídico uruguayo**

#### **3.1. Antecedentes de la regulación actual**

La casación en materia civil recién se aprueba en Uruguay en el año 1979, con la sanción del Decreto-Ley nro. 14.861 del 8 de enero del referido año.

En cambio, se incorporó a la materia penal en el año 1909, mediante la Ley nro. 3.439 del 5 de abril de ese año, y a la materia penal militar con la entrada en vigencia del Código Penal Militar de 1943.

Nuestra ley de 1979 tiene varios antecedentes en diversos proyectos de la doctrina procesal nacional en la materia.

Así, podemos mencionar el del *Dr. Ros De Oger* que, en un antiguo proyecto de Reforma del viejo Código de Procedimiento Civil, incorporó este recurso en el ámbito civil, inspirándose en la ley procesal penal de 1909.

Más adelante, se sucedieron los proyectos de *Geille*, de *Armand Ugón* y de *Couture* (el de este último inserto en su Proyecto de Código de Procedimiento Civil).

Posteriormente, la Comisión Extraparlamentaria de 1972 previó un recurso que no era de casación, pero cumplía alguno de sus fines: el recurso extraordinario de ilegalidad.

El antecedente inmediato del Decreto-Ley nro. 14.861 fue el proyecto que, para la apelación y segunda instancia (colegiada), redactó una Comisión integrada por magistrados, abogados y profesores de Derecho Procesal en representación de la Asociación de Magistrados del Uruguay, el Colegio de Abogados del Uruguay y el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, compuesta por los *Dres. Orlando Olmedo, Armando Tomassino, Erik Colombo, Adolfo Gelsi Bidart, Dante Barrios de Ángelis y Enrique Vescovi*.

Como señalamos anteriormente, este anteproyecto constituye el antecedente más inmediato —referido a la apelación y segunda instancia— de la ley que consagró la casación en el ordenamiento jurídico patrio. Constaba de 34 artículos que regulaban el régimen de apelación y segunda instancia en su totalidad, sustituyendo, así, todas las disposiciones contenidas, hasta tal momento, en los diversos códigos (principalmente, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Organización de los Tribunales) y en leyes especiales.

El Poder Ejecutivo, en un Mensaje y Proyecto de Ley enviado al Consejo de Estado<sup>1</sup>, recogió este Anteproyecto (titulándolo como del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal) prácticamente sin modificaciones (salvo en lo relativo a excluir de él el régimen de la apelación en la materia del proceso penal).

El legislador modificó el anteproyecto en lo relativo a la segunda instancia y apelación, limitando sus alcances, introduciendo algunas modificaciones y propiciando la implementación del recurso de casación en materia civil. En cambio, se suprimió el recurso de segunda apelación (tercera instancia) y el recurso extraordinario de nulidad notoria. El Poder Ejecutivo (de iniciativa privativa en toda ley) aprobó el temperamento y el Consejo de Estado, sin mayor discusión y en unas breves sesiones extraordinarias, sancionó el Proyecto presentado en su seno.

Luego, en 1988, se aprobó el Código General del Proceso, cuerpo normativo que regula el recurso de casación civil hasta el día de hoy (Vescovi, *El recurso de casación*, 1996, pp. 13 a 16).

### **3.2. Regulación vigente en el Código General del Proceso**

Para una mejor comprensión de los temas a analizar a lo largo del presente trabajo, consideramos de utilidad transcribir las normas vigentes en Uruguay sobre el recurso de casación en materia civil, sin perjuicio de que, en los apartados correspondientes, hagamos referencia a la regulación anterior a la introducción de dichas modificaciones.

Título VI. De la actividad procesal

Capítulo VII. Medios de impugnación de las resoluciones judiciales

Sección VI. Recurso de casación

*Artículo. 268. Procedencia.* El recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelaciones

---

<sup>1</sup> Durante la dictadura cívico-militar que atravesó el país durante los años 1973 y 1985.

en lo Civil, de Trabajo y de Familia, así como los Juzgados Letrados de Primera Instancia, sean definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas.

No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia, excepto cuando se trate de juicios seguidos contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general. En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordias la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6.000 UR (seis mil unidades reajustables)<sup>2</sup>.

*Artículo 269. Improcedencia.* No será procedente el recurso de casación:

- 1) Contra las sentencias que decreten medidas cautelares;
- 2) Contra las sentencias recaídas en asuntos que admiten un proceso posterior sobre la misma cuestión;
- 3) Contra las sentencias recaídas en asuntos cuyo monto no superare el importe equivalente a 4.000 UR (cuatro mil unidades reajustables)<sup>3</sup>.

*Artículo 270. Causales de casación.* El recurso solo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba.

No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia.

En cuanto a las normas de procedimiento, solo constituirá causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

---

<sup>2</sup> Con una Unidad Reajutable a \$613,95 y un dólar estadounidense aproximadamente a \$19,30, las 6.000 UR equivalen a U\$S190.865 en el mes de febrero de 2013.

<sup>3</sup> Tomando en consideración las mismas variables referidas en la nota anterior, las 4.000 UR equivalen a U\$S127.244 en febrero de 2013.

*Artículo. 271. Plazo y forma para interponer el recurso.* El recurso se interpondrá en forma escrita y fundada dentro del plazo de quince días siguientes al de la notificación de la sentencia.

*Artículo. 272. Legitimación para interponer el recurso.* El recurso solo podrá interponerse por la parte que recibe un agravio de la sentencia. No podrá interponer el recurso quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la del tribunal superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla.

*Artículo. 273. Requisitos de la interposición del recurso.* El escrito introductorio, que deberá presentarse ante el tribunal que dictó el fallo cuya casación se pretende, deberá contener necesariamente:

- 1) La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas; y
- 2) La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos de manera clara y concisa.

*Artículo. 274. Procedimiento de admisibilidad del recurso.* El tribunal otorgará a la contraparte traslado del recurso por quince días. Si el recurso se hubiere interpuesto a tiempo, el asunto fuera susceptible de casación y el escrito introductorio cumpliera con los requisitos legales (artículos 268, 269 y 273), el tribunal lo franqueará.

Contra la resolución denegatoria habrá recurso de queja (artículos 262 a 267).

Concedido el recurso, el expediente se elevará a la Suprema Corte de Justicia para su resolución.

*Artículo. 275. Efectos del recurso.*

275.1. Salvo que el proceso versare sobre el estado civil de las personas, la interposición del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, para lo cual deberá expedirse, a pedido de parte, testimonio de la misma.

Cuando la sentencia ejecutada fuere, en definitiva, casada y sustituida por otra que la modifique total o parcialmente, se procederá, en lo pertinente, conforme con lo dispuesto por el artículo 375.

275.2. Sin embargo, al interponer el recurso o dentro del término para hacerlo, podrá solicitar el recurrente que se suspenda la ejecución de la sentencia, prestando garantía para responder de los perjuicios que a la parte contraria pudiere ocasionar la demora, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 260.3. El monto y la naturaleza de la garantía serán fijados, en forma irrecurrible, por el tribunal en la providencia que conceda el recurso y disponga la suspensión de la ejecución. Dicha garantía deberá constituirse dentro de los diez días siguientes al de la notificación de aquélla. Si así no se hiciere ni se solicitare prórroga de dicho plazo o ésta se denegare, se dispondrá el cumplimiento de la sentencia.

275.3. La caución se cancelará por el tribunal si la sentencia es casada. De lo contrario seguirá garantizando los mencionados perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento establecido por el artículo 378.3.

*Artículo. 276. Procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia.*

276.1. Recibidos los autos, la Suprema Corte de Justicia dará vista al Fiscal de Corte, cuando correspondiere, por el plazo de treinta días. Devuelto el expediente, será pasado a estudio de todos los Ministros, conjuntamente, en facsímil. Concluido el estudio, de oficio, a pedido de cualquiera de las partes o del Fiscal de Corte, se convocará a una audiencia en la que tomará primero la palabra la parte recurrente, luego la recurrida y, finalmente, el Fiscal de Corte.

276.2. Los miembros de la Suprema Corte de Justicia podrán solicitar alguna aclaración o ampliación de los argumentos de las partes, que no podrán versar más que sobre los motivos que determinaron la introducción del recurso o sobre los requisitos de admisibilidad.

276.3. Al dictar resolución, la Suprema Corte de Justicia podrá declarar

inadmisible el recurso por cualquier motivo legal, salvo que se trate de una cuestión que ya hubiere sido resuelta al conocer del recurso de queja.

La Suprema Corte de Justicia, en los casos previstos por el artículo 200, podrá dictar decisión anticipada sobre el propio mérito del recurso o declararlo inadmisibile.

*Artículo. 277. Casación por vicios de fondo o de forma.*

277.1. Si la Suprema Corte de Justicia casare la sentencia en cuanto al fondo, dictará la que en su lugar corresponda sobre la materia de hecho del fallo recurrido y reemplazará los fundamentos jurídicos erróneos por los que estimare correctos.

277.2. Si la sentencia se casare por vicio de forma, la Suprema Corte de Justicia anulará el fallo y remitirá el proceso al tribunal que deba subrogar al que se pronunció, a fin de que continúe conociendo desde el punto en que se cometió la falta que dio lugar a la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho.

277.3. Si la casación se fundare en errónea decisión en cuanto a la admisibilidad o valoración de la prueba, siempre que la misma determinare la parte dispositiva del fallo, la Suprema Corte de Justicia pronunciará sentencia sobre la base de la prueba que juzgare admisible o conforme con la valoración que entendiere corresponder.

Solo procederá el reenvío, si la Suprema Corte de Justicia estimare que la no admisión de prueba admisible afecta a la resolución sobre el mérito. En tal caso deberá procederse al diligenciamiento omitido y al posterior dictado de la sentencia que corresponda por el tribunal a quien se remita el proceso, conforme a lo dispuesto en el ordinal 2.

*Artículo. 278. Casación por vicios de forma y de fondo.* Si la casación se interpusiere por vicios de forma y de fondo, la Suprema Corte de Justicia solo se pronunciará sobre los segundos en el caso de estimar que no se ha cometido infracción formal que invalide el procedimiento.

*Artículo. 279. Costas y costos.* Las costas y costos de la casación se interpondrán de conformidad con el artículo 56.1.

*Artículo. 280. Publicación.* Las sentencias que recojan el recurso de casación se publicarán en el Diario Oficial u otra publicación jurídica que disponga la Corte, mientras no exista una publicación oficial especialmente destinada a esos efectos.

#### 4. Procedencia del recurso

##### 4.1. Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia

Como enseña *Couture*, sentencia definitiva es aquella que recae, normalmente, sobre el mérito de la causa y mediante la cual se pone fin a la instancia (Couture, 2004, p. 670).

En este apartado, haremos referencia a dos hipótesis analizadas por la Suprema Corte de Justicia; una, vinculada con la naturaleza jurídica de la sentencia recurrida; y, la otra, referida a la admisibilidad o no de la casación contra la sentencia definitiva de segunda instancia dictada en el marco de un proceso laboral.

La primera problemática se plantea cuando se somete a consideración del Alto Cuerpo la casación de aquellas sentencias que fijan el *quantum debeatur* en la etapa de liquidación. En tales situaciones, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que se trata de una sentencia dictada en segunda instancia en un proceso de ejecución de sentencia (aunque, formalmente, en un etapa incidental previa, según lo establecido en el art. 378 del Código General del Proceso —en adelante: C.G.P.—), que, por resolver lo concerniente al *quantum debeatur* (conjuntamente con la que decidió respecto al *ad debeatur*), constituye, por formación progresiva, la decisión final de la cuestión litigiosa, culminante del proceso de conocimiento. Por tales razones, la Corporación entiende que se trata de una sentencia definitiva dictada en segunda instancia y que, como tal, es posible de ser impugnada mediante el recurso de casación (Sentencia nro. 103/1988) (Sentencia nro. 125/1991) (Sentencia nro. 168/2002).

En segundo lugar, veremos la procedencia o no del recurso de casación respecto a las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas en el marco del proceso laboral regulado por la Ley nro. 18.572, del 8 de octubre de 2009.

Antes de la entrada en vigor de la referida ley, el proceso laboral se regía por las disposiciones del Código General del Proceso.

Con la sanción de la Ley nro. 18.572 se buscó, medularmente, dotar de mayor celeridad al proceso laboral, aunque con soluciones que la doctrina procesal mayoritaria consideró inapropiadas (Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, 2010) y con normas que fueron sistemáticamente declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia<sup>4</sup> (Sentencia nro. 137/2010) (Sentencia nro. 148/2010) (Sentencia nro. 221/2010).

La interrogante acerca de la admisibilidad del recurso de casación tuvo su fundamento en el hecho de que este medio impugnativo no fue previsto a texto expreso para el denominado proceso laboral ordinario (cuya cuantía exceda de \$81.000 —ochenta y un mil pesos uruguayos—).

Este tema suscitó opiniones divergentes en el seno de la Suprema Corte de Justicia. En tal sentido, la mayoría del Cuerpo sostuvo que la casación era admisible, por entender que la falta de mención expresa en el nuevo régimen procesal laboral se subsanaba aplicando el criterio de integración previsto en el art. 31 de dicha ley, según el cual todo lo no previsto se regularía por las disposiciones del Código General del Proceso que resultaren aplicables (entre las que se incluían las referentes al recurso de casación); mientras que la minoría consideró que no procedía el recurso porque no estaba previsto expresamente y porque la intención del legislador fue dotar de mayor celeridad al proceso laboral<sup>5</sup> (Sentencia nro. 1.376/2011) (Sentencia nro. 2.583/2011).

---

<sup>4</sup> Principalmente, por transgredir el principio de igualdad.

<sup>5</sup> La mayoría estuvo conformada por los Dres. Jorge Ruibal Pino, Jorge Larrieux Rodríguez y Jorge Chediak González, y la minoría estuvo integrada por los Dres. Leslie Van Rompaey Servillo y Daniel Gutiérrez Proto.

Posteriormente, el legislador zanjó esta discusión a través del dictado de la Ley nro. 18.847, del 8 de diciembre de 2011<sup>6</sup>, cuyo artículo 7 previó expresamente la procedencia del recurso de casación.

#### **4.2. Sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas dictadas en segunda instancia**

Las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas forman una categoría intermedia entre las sentencias interlocutorias simples y las sentencias definitivas. Las interlocutorias con fuerza de definitivas son aquellas que, a pesar de que formalmente solo deciden —como toda interlocutoria— una cuestión accesoria o incidental respecto a la principal, desde el punto de vista sustancial le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación (Tarigo, 1998, p. 179).

Como señalan en reciente trabajo *Leles Da Silva y Nicastro* (Leles da Silva & Nicastro, 2011, pp. 799 y 800) en el elenco de sentencias interlocutorias casables según el criterio de la Suprema Corte de Justicia, se pueden mencionar: la resolución que declara mal franqueada la alzada y la resolución que fija en forma definitiva los honorarios del abogado y rechaza la condena al pago del I.V.A.<sup>7</sup> en un proceso de ejecución.

En la primera de las hipótesis, la Corporación ha manifestado que las sentencias que declaran mal franqueada la alzada tienen naturaleza jurídica de sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, puesto que la declaración efectuada por el tribunal *ad quem* le pone fin al proceso, tornando imposible su continuación (Sentencia nro. 29/1993) (Sentencia nro. 744/1996) (Sentencia nro. 302/1997) (Sentencia nro. 308/2000).

En la segunda situación, el Colegiado catalogó como interlocutoria con fuerza de definitiva a la providencia que fijó de forma definitiva los

---

<sup>6</sup> Norma con la cual se salvaron las objeciones que la Suprema Corte de Justicia había realizado con relación a la regularidad constitucional de varios artículos de la anterior Ley N° 18.572.

<sup>7</sup> Impuesto al Valor Agregado.

honorarios por la actuación profesional del letrado patrocinante, al tiempo que rechazó la condena al pago del I.V.A., poniendo fin a la liquidación correspondiente y operando, en autos, la imposibilidad de revisar el fallo en el futuro (Sentencia nro. 18/2006).

## **5. Contenido de la sentencia de segunda instancia y monto del asunto**

En este punto, veremos que la procedencia o no de la casación depende, también, del contenido de la sentencia de segundo grado y del monto o cuantía del asunto.

Con relación a este último punto, en la Exposición de Motivos de la Ley nro. 15.892 (norma madre del C.G.P.), los codificadores expresaron:

*“Se ha mantenido (...) el límite cuantitativo mínimo para que proceda admitir el recurso (aunque tal limitación es, teóricamente, repudiada por los miembros de la Comisión redactora) en función de que, no siendo posible aumentar el número de miembros de la Corte sin una reforma constitucional, no parece viable una modificación en ese sentido”* (Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Ley 15.892 , 2010, p. 30).

A nuestro juicio, la limitación para el acceso al recurso de casación derivada de la cuantía del pleito deriva de la entendible razón de no sobrecargar de trabajo al órgano máximo del Poder Judicial Nacional, en el bien entendido de que, de lo contrario y en teoría, todos los asuntos sometidos a consideración de los órganos judiciales del Uruguay podrían ser revisados por la Suprema Corte de Justicia, lo cual no parece razonable ni necesario.

El monto exigido por la ley ha variado a lo largo de los años. En un primer momento, el monto mínimo era el equivalente a 1.500 UR. Luego, en virtud del art. 38 de la Ley nro. 17.243 del 29 de junio de 2000, la cuantía se aumentó a 4.000 UR. Y, finalmente, en cuanto a los procesos seguidos contra el Estado en sentido amplio, se previó el monto de 6.000 UR, mediante el art. 342 de la Ley nro. 18.172 del 31 de agosto de 2007.

### 5.1. Decisión de segunda instancia confirmatoria sin discordia

Según el art. 268 inc. 2 del C.G.P., en la redacción dada por el art. 37 de la Ley nro. 17.243, no será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo y sin discordia a la sentencia de primera instancia.

La interpretación literal de esta norma parecería conducir a sostener que la improcedencia de la casación se daría en aquellos casos en que la confirmación alcanzada en segunda instancia fuera absoluta, esto es, que ambas sentencias fueran una especie de reflejo. A modo de ejemplo, sería improcedente la casación cuando ambas sentencias desestimaran o ampararan totalmente la demanda, o cuando los rubros objeto de la condena fueran idénticos. Para un sector de la doctrina, el fundamento de la norma fue limitar la procedencia del recurso, siguiendo un criterio preciso, procurando limitar lo menos posible el acceso al medio impugnativo, lo cual se hizo estableciendo que no hubieran opiniones diferentes de ninguno de los magistrados que intervienen en segunda instancia (Landoni, González, & Cabrera, 2009, p.168).

No obstante, la Suprema Corte de Justicia ha realizado otra interpretación del citado texto legal.

En efecto, la Corporación ha sostenido invariablemente que la *ratio legis* del artículo 268 del Código General del Proceso —con la redacción dada por el artículo 37 de la Ley nro. 17.243— radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias. Por ello, el Colegiado entiende que aquellas cuestiones involucradas en el objeto de la litis y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia se encuentran exiliadas del control en sede de casación (Sentencia nro. 24/2003) (Sentencia nro. 37/2003) (Sentencia nro. 578/2004) (Sentencia nro. 38/2005) (Sentencia nro. 26/2008) (Sentencia nro. 1.851/2011).

## **5.2. Decisión de segunda instancia confirmatoria con discordia**

En esta hipótesis y conforme a la posición de la Corporación señalada en el punto anterior, solo sería pasible de ser revisada en el ámbito casatorio aquella parte de la sentencia que motivó la discordia.

## **5.3. Decisión de segunda instancia confirmatoria y sin discordia en los juicios seguidos contra el Estado**

El artículo 268 inciso 2 del Código General del Proceso, en la redacción dada por el art. 342 de la Ley nro. 18.172 del 31 de agosto de 2007, preceptúa:

*No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia, excepto cuando se trate de juicios seguidos contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general. En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordias la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6.000 UR (seis mil unidades reajustables).*

Esta norma dividió la opinión de los Señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia en su anterior integración.

Así, pues, para la mayoría de la Corporación, la expresión “*aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordia la sentencia de primera instancia*” da a entender que el requisito de admisibilidad del monto mínimo habilitante no se aplica solamente a los casos de confirmatoria en todo y sin discordias de lo resuelto en primera instancia. De modo, entonces, que siempre que sea demandada una Administración estatal, el monto del asunto debe superar el equivalente a 6.000 UR para admitir casación, independientemente del contenido del fallo de segunda instancia.

En cambio, para la minoría, el monto de 6.000 UR se aplica exclusivamente en los casos de confirmatoria sin discordias. Por ello, entienden

que en los casos en que se arribe a una solución revocatoria total parcial el monto mínimo es de 4.000 UR<sup>8</sup> (Sentencia nro. 72/2010) (Sentencia nro. 219/2010) (Sentencia nro. 1.367/2010) (Sentencia nro. 360/2011) (Sentencia nro. 426/2011) (Sentencia nro. 2.060/2011) (Sentencia nro. 2.292/2011) (Sentencia nro. 2.817/2011).

#### **5.4. Sentencias que decretan medidas cautelares**

Las medidas cautelares constituyen, en general, decisiones provisorias, anticipadas y dictadas con el objetivo de prevenir un daño que podría sufrir el justiciable debido a la demora del proceso. Estos caracteres determinan que, en la gran mayoría de las legislaciones, las providencias que decretan medidas cautelares sean excluidas del control casatorio (Vescovi, 1996, pp. 52 y 53).

Por su propia naturaleza accesoria, se trata de sentencias interlocutorias simples, por lo que, por definición, no son susceptibles de casación.

La Corporación ha entendido que la limitación comprende todo el desarrollo de la cautela, por lo que tampoco serían pasibles de casación las providencias que levantan medidas cautelares (Sentencia nro. 214/1997) (Sentencia nro. 134/1998) (Sentencia nro. 138/1999) (Sentencia nro. 882/2004, 2005).

#### **5.5. Sentencias recaídas en asuntos que admiten un proceso posterior sobre la misma cuestión**

En este apartado, solo analizaremos la inadmisibilidad del recurso de casación en materia de amparo y la procedencia del recurso en materia de protección de la libertad sindical.

---

<sup>8</sup> La mayoría estaba integrada por los Sres. Ministros Dres. Daniel Gutiérrez Proto (miembro de la Corporación hasta noviembre de 2012), Jorge Ruiibal Pino y Jorge Chediak González y la minoría lo estaba por los Sres. Ministros Dres. Leslie Van Rompaey Servillo (integrante del Alto Cuerpo hasta febrero de 2012) y Jorge Larrioux Rodríguez. Sobre el punto, pueden mencionarse las sentencias.

La Corporación ha sostenido que lo resuelto en sede de la acción de amparo consagrada en la Ley nro. 16.011 del 19 de diciembre de 1988 no procede, por la intelección que surge de los artículos. 11 de dicha ley<sup>9</sup> y 269 numeral. 2) del C.G.P.<sup>10</sup>.

Si bien la Ley nro. 17.940 del 2 de enero de 2006 de protección de la libertad sindical prevé que las pretensiones de reinstalación de trabajadores presuntamente despedidos por su actividad sindical se tramitarán por la estructura procesal prevista en los arts. 4 a 10 de la Ley nro. 16.011, la referida remisión no alcanza al art. 11 de esta última.

En consecuencia, al no regir la limitación prevista en el artículo 11 de la ley de amparo, lo resuelto en el proceso de tutela especial establecido en la Ley nro. 17.940 no podría ser revisado a través de ningún proceso posterior.

Por tal motivo, la sentencia definitiva de segunda instancia que resuelve una pretensión deducida a la luz de las disposiciones de la Ley nro. 17.940 es pasible de ser impugnada mediante el recurso de casación (Sentencia nro. 1.050/2006).

## **6. Facultades del tribunal de casación**

La principal facultad del tribunal de casación (o, mejor dicho, su principal poder-deber) es la de declarar si se ha infringido, efectivamente, como lo alega el recurrente, la ley (norma de derecho), para resolver la casación de la sentencia o, si no ha existido la infracción invocada (dado que, en principio, no se puede innovar en los motivos), para rechazar el recurso.

Como se analizó anteriormente, la casación se puede pronunciar por vicios de forma *in procedendo* o por vicios de fondo *in iudicando*.

---

<sup>9</sup> “La sentencia ejecutoriada hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistente el ejercicio de las acciones que pudieran corresponder a cualquiera de las partes con independencia del amparo”.

<sup>10</sup> Ver *ut supra* el texto de esta norma (pág. 7).

Para las hipótesis de vicios de procedimiento (quebrantamiento de las formas), está previsto el instituto del reenvío, en virtud del cual la Suprema Corte de Justicia anula el fallo impugnado y remite el proceso al tribunal que deba subrogar al que se pronunció, a fin de que continúe conociendo desde el punto en que se cometió la falta que dio lugar a la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho (artículo 277.2 del Código General del Proceso).

Por otra parte, cuando la Suprema Corte de Justicia casa la sentencia en cuanto al fondo del asunto, dicta la que en su lugar corresponda sobre la materia de hecho del fallo recurrido, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos (artículo. 277.1 del Código General del Proceso).

Si la casación se funda en errónea decisión en cuanto a la admisibilidad o valoración de la prueba, siempre que ésta determine la parte dispositiva del fallo, la Suprema Corte de Justicia pronuncia sentencia en cuanto al fondo, sobre la base de la prueba que juzgue admisible y conforme con la valoración que entienda correcta (artículo 277.3 inc. 1 del citado cuerpo normativo). En este supuesto, solamente procede el reenvío si la Suprema Corte de Justicia estima que la no admisión de prueba admisible afecta la resolución sobre el mérito. Si lo entiende así, deberá procederse al diligenciamiento omitido y al posterior dictado de la sentencia que corresponda por el tribunal a quien se remita el proceso (artículo 277.3 inc. 2 *ejusdem*).

## 7. El interés del recurrente: agravio de la sentencia

Puesto que la casación es un recurso, se considera un presupuesto indispensable para su interposición la expresión de un agravio por parte del recurrente. Dicho en otros términos, solo está legitimado para recurrir quien se considere perjudicado por la decisión jurisdiccional.

Se trata de un requisito común a todos los recursos. Así, pues, está referido en el artículo. 242 del Código General del Proceso<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 242 del C.G.P.: “*Legitimación para impugnar. Tienen legitimación para impugnar las resoluciones judiciales, las partes, entre las cuales se entienden incluidos los terceros intervinientes en el proceso, los sucesores y demás sujetos alcanzados por la sentencia (artículo 218) a los que la resolución cause un perjuicio, aunque éste sea parcial*”.

De manera, pues, que se requiere un interés en el sujeto activo del recurso. El interés —que constituye un requisito de impugnabilidad subjetiva— es, concretamente, la utilidad (o el perjuicio) jurídico (moral, económico) que para las partes puede presentar determinada situación jurídica que, en este caso, está constituida por la sentencia (Vescovi, 1996, p. 42).

Tan trascendente es la mención de las normas supuestamente infringidas y la individualización del agravio que la Suprema Corte de Justicia, en múltiples oportunidades, ha desestimado recursos de casación por esta sola circunstancia.

En efecto, en aquellos casos en que los recurrentes no han mencionado cuál sería la norma de derecho infringida o erróneamente aplicada por el tribunal (artículo 273 numeral 1 del Código General del Proceso) ni han explicitado, de manera clara y concisa, cuáles fueron los motivos constitutivos del fundamento de la casación (artículo 273 numeral 2 del mencionado cuerpo normativo), la Corporación ha rechazado los recursos, sin ingresar a analizar la fundabilidad de estos.

Ello, por cuanto el referido Alto Cuerpo ha sostenido, reiteradamente, que el requisito fundamental del recurso de casación consiste en individualizar el agravio, de modo que, a través de los motivos, también pueda individualizarse la violación de la ley que lo constituye (Sentencia nro. 280/1997) (Sentencia nro. 543/2000) (Sentencia nro. 6/2007) (Sentencia nro. 125/2008) (Sentencia nro. 1.216/2010) (Sentencia nro. 2.914/2011) (Sentencia nro. 806/2012).

Asimismo, cabe entender que el órgano de casación no puede examinar de oficio defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente y decidir la anulación del fallo por errores no invocados en el recurso (Morales Molina, Técnica de Casación Civil, 1983, p. 29).

En este punto, resulta conveniente recordar las enseñanzas de uno de los más ilustres procesalistas de todos los tiempos que ha escrito sobre el tema que nos ocupa. Así, *Calamandrei* expresa:

... los poderes de examen del juez de casación no se extienden a todas las violaciones de ley *in iudicando* existentes en la sentencia denunciada, sino que están contenidos en estas dos reglas: 1ª, el juez de casación no puede, de oficio, censurar las violaciones de ley no expresamente denunciadas por el recurrente; 2ª, el juez de casación no puede censurar las violaciones de ley, aun cuando sean expresamente denunciadas por el recurrente, que no refieran a cuestiones de derecho ya discutidas en el juicio de mérito... (Calamandrei, La Casación Civil, Tomo I, 1945, pp. 165 y 166).

De lo contrario, esto es, si el tribunal de casación anulara la sentencia por una violación a la ley no manifestada como agravio, estaría vulnerando los principios dispositivo y de congruencia, incurriendo en incongruencia por fallar *extra petita*.

## 8. Causales de casación

### 8.1. Clasificación de los errores en las sentencias

La doctrina de mayor prestigio que ha escrito sobre el tema es conteste en clasificar los posibles errores en que puede incurrir el sentenciante en:

- Error de hecho y error de derecho; y
- Error *in iudicando* y error *in procedendo*.

Esta clasificación ha sido recogida en gran parte de los ordenamientos jurídicos procesales contemporáneos, entre los cuales se encuentra nuestro Código General del Proceso.

Si bien sobre tal clasificación ya existen valiosos trabajos tanto de doctrina extranjera como nacional, cuya extensión y profundidad servirán al lector para ahondar en el tema, consideramos de utilidad hacer una somera referencia a ella, que nos ayudará a comprender mejor los planteos que haremos a continuación.

#### 8.1.1.- Error de hecho y error de derecho

Esta distinción es uno de los problemas más difíciles de resolver en

materia de casación, puesto que al respecto aún existen grandes discrepancias a nivel de doctrina y jurisprudencia, a tal punto que prestigiosos autores niegan validez y utilidad a esta categorización. Es así que, si no se manejan con cautela y precisión las nociones que analizaremos seguidamente, muy probablemente el operador del derecho incurrirá en equivocaciones a la hora de subsumir el error de la sentencia en una u otra categoría, lo cual se traduce, nada más y nada menos, en el reexamen o no del material fáctico de la instancia por parte del órgano de casación.

Como antecedente de esta diferenciación en nuestro ordenamiento jurídico procesal, podemos mencionar algunas disposiciones de nuestro viejo Código de Procedimiento Civil —en adelante— C.P.C.), así como también del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de *Eduardo J. Couture*.

En este sentido, en la Parte Segunda (“De la administración de Justicia Civil”), Título II (“De los recursos”), Capítulos IV y V respectivamente del C.P.C., se regulaban el recurso de nulidad y el recurso extraordinario de nulidad notoria, en los cuales el legislador patrio insinuó esta distinción que fue objeto de mayores desarrollos años después.

Más concretamente, el artículo 670 del C.P.C. establecía:

*“El recurso de nulidad tiene lugar contra las sentencias pronunciadas con infracción de la ley, o con violación de la forma o solemnidad que prescriben las leyes para la ritualidad de los juicios”.*

En similar sentido, refiriéndose al recurso extraordinario de nulidad notoria, el artículo 679 del C.P.C. preceptuaba:

*“Para que pueda admitirse este recurso, deberá señalarse expresamente la falsedad de algún fundamento esencial y determinante de la sentencia, o la ley que ha sido infringida”* (Código de Procedimiento Civil, 1976)

En su Proyecto de Código de Procedimiento Civil, COUTURE también manejó la referida distinción.

En el Libro Segundo (“Recursos”), Título V (“Recurso de casación”), Capítulo I (“Procedencia del recurso”), el art. 516 disponía:

*“Motivos del recurso.- El recurso sólo puede fundarse en infracción de la ley.*

*Constituyen infracción de la ley y, en consecuencia, motivos de casación, las siguientes circunstancias:*

- 1.- La aplicación de una ley inaplicable al caso o la no aplicación de la ley aplicable;*
- 2.- La incompetencia absoluta del tribunal que ha dictado la sentencia recurrida, siempre que esa incompetencia no haya podido debatirse en la instancia;*
- 3.- El insuficiente número de votos en el tribunal que dictó la sentencia recurrida;*
- 4.- La nulidad de procedimiento consumada luego de concluida la causa en la instancia en que se dictó la sentencia impugnada;*
- 5.- La omisión de expresar fundamentos en la sentencia definitiva recurrida;*
- 6.- La ultrapetición o la omisión de pronunciarse sobre un petitorio concreto de la demanda o de la contestación;*
- 7.- El hecho de haberse dictado una interlocutoria en contra de la doctrina de la Suprema Corte sobre el punto decidido. En los casos en que la Suprema Corte no se hubiera pronunciado sobre la cuestión, cabrá el recurso si la sentencia se pronuncia en contra de la doctrina de uno de los Tribunales de Apelaciones.*

*No constituye infracción de la ley, la errónea interpretación de la prueba” (Couture, 1945, pp. 304 y 305).*

En la actualidad, el artículo 270 inc. 1 del Código General del Proceso claramente establece: *“El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma...”*.

De manera que el recurso de casación no procede contra los posibles

errores de hecho en los cuales se haya incurrido en las instancias de mérito, por lo que resulta indispensable encontrar criterios claros y precisos para poder diferenciar el error de hecho y el error de derecho.

La doctrina procesalista también ha acuñado esta distinción, aunque varios autores solo se hayan pronunciado sobre el punto para negarle validez y utilidad práctica.

Entre los principales autores que critican la referida distinción, podemos ubicar a: *Satta*, *Barrios De Ángelis* y *Gelsi Bidart*, entre otros.

*Satta* sostiene que la referida contraposición, racionalmente, no tiene validez. A su entender, Hecho y Derecho no existen en el proceso como datos externos o categorías abstractas: el hecho se presenta por un lado, como afirmación, y, por otro, como un juicio de valor donde *hecho y juicio de hecho* vienen a juzgar que cierto elemento fáctico existe, lo que implica ya darle una cierta significación jurídica, esto es, supone pensarlo jurídicamente (Hitters, 1998, p. 384).

*Barrios De Ángelis* ha expresado que la distinción entre error de hecho y error de derecho no es correcta, puesto que ambos conceptos son, en esencia, idénticos, ya que, en su opinión, todo juicio de hecho implica un juicio de Derecho, y todo juicio de Derecho que constituya una subsunción —según la terminología alemana— o una aplicación del Derecho a los hechos es, esencialmente, idéntico a un juicio —jurídico— de hecho (Barrios de Ángelis, *Distinción de las cuestiones de hecho y de derecho, en casación, con especial referencia al proceso penal*, 1976, pp. 17 a 31).

Por su parte, *Gelsi Bidart* entiende que, en su regulación práctica, la casación se basa en la antigua, famosa y en parte incongruente distinción entre las dos cuestiones a tomar en cuenta para resolver el litigio —*quaestio facti y quaestio iuri*—, dejando la primera reservada a las instancias anteriores y reduciendo el ámbito de la casación a la segunda, en aquellos aspectos que sean impugnados por la o las partes intervinientes en el litigio. Lo cual, a su juicio, plantea diversas interrogantes:

- ¿Resulta lógico distinguir ambas cuestiones?; vale decir: ¿son efectivamente separables entre sí?
- En el proceso, ¿no resulta esto aun más dudoso y menos fundado?

Y, luego, concluye que en distintas oportunidades ha sostenido, como *Barrios De Ángelis*, que, desde el punto de vista de la lógica jurídica, la distinción total entre ambas cuestiones no es viable (Gelsi Bidart, 1989, pp. 564 y 565).

Otros autores sostienen una postura intermedia, como, por ejemplo, *Morello*.

Este autor afirma que la separación entre cuestiones de hecho y de derecho es puramente convencional y que se basa en un criterio de utilidad práctica, anunciando de ese modo que no es una distinción esencial, sino simplemente circunstancial (Morello, 1980, p. 158).

A diferencia de los autores anteriormente citados, otra parte de la doctrina —a la cual adherimos— reconoce la legitimidad y trascendencia de la mencionada dicotomía.

Es así que, dentro de esta línea argumental, encontramos, entre otros, a autores tales como *Morales Molina*, *Vescovi* y *Tarigo*.

*Morales Molina* considera que el error en materia jurídica puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. El primero es la noción o creencia equivocada que uno tiene en cuanto a que una cosa ha sucedido o no ha sucedido; el segundo es la noción equivocada que uno tiene de las disposiciones de la ley.

Citando la jurisprudencia colombiana de la época, señala que hay error de hecho cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera como si no hubiese sido producida, o cuando al ser analizada en sí misma y no en función de su mérito probatorio, se interpreta sin fidelidad objetiva para desconocerle su propia sustancia, o para restringirle, ampliarle o cambiarle su contenido real.

Considera que existe, en cambio, error de derecho, en esta circunstancia, cuando la falla de la sentencia se refiere a la valoración legal de la prueba, como cuando se atribuye pleno valor probatorio a un documento no reconocido o se niega a uno público o auténtico crédito total; o cuando se desestima el mérito legal de un elemento o conjunto de probanzas, que tiene la virtud jurídica de crear evidencia, como cuando haciendo parte del acervo probatorio una confesión válida y perfecta de la parte, deja de asignarle su valor definitivo (Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil (Parte General), 1951, pp. 515 y 516.).

A su vez, *Vescovi* considera que, en principio y en la mayoría de los casos, es perfectamente diferenciable en la sentencia a casar, según que la infracción se refiera al Derecho, esto es, a la aplicación de la norma legal, o a ésta misma, y cuando se refiere a los hechos históricos sobre los cuales el juez ha emitido su juicio, y a los cuales ha encuadrado en dicho Derecho, esto es, considerado como una situación jurídica.

Además, señala que es indudable que hay zonas grises, como las referidas a la apreciación de las pruebas o a las máximas de experiencia, pero ello no puede llevarnos a negar una diferencia que está aceptada por el Derecho positivo y que la jurisprudencia deberá aplicar a cada paso para saber si una cuestión es susceptible de ser revisada en casación (Vescovi, 1996, p. 67).

En similar posición y al estudiar la diferencia entre el error de derecho y el error de hecho, *Tarigo* afirma que la fijación de los hechos formulada por la sentencia no resultará revisable en casación, por cuanto el recurso está referido únicamente a los errores de derecho (Tarigo, 1998, pp. 272 y 273).

Si bien reconocemos que la distinción en la práctica entre los errores de hecho y los errores de derecho puede resultar, en ocasiones, por demás dificultosa, no debemos olvidar que no se trata de una mera clasificación doctrinaria, sino que es una categoría legal y, por consiguiente, no debe ser dejada de lado ni olvidada por los operadores jurídicos.

### 8.1.2 Error in iudicando y error in procedendo

*Vescovi*, haciendo referencia a las enseñanzas de *De la Rúa* —que compartimos—, señala que, en general, el error in procedendo es aquel que versa sobre la actividad procesal, mientras que el error in iudicando es aquel que recae sobre la determinación de la norma aplicable o del hecho y su inserción en dicha norma.

También indica que más que interesar el criterio orgánico de si la norma violada está contenida en una ley procesal o sustancial, lo importante es el contenido. Si la norma atañe al procedimiento o determina el modo de conducta para hacer valer los derechos en juicio, su infracción constituirá error in procedendo. En cambio, si la norma violada tiene por fin establecer y resguardar los derechos subjetivos y determina el contenido de la resolución en cuestión, se estará ante un vicio in iudicando (*Vescovi*, 1996, p. 62) (*Vescovi*, *Las Causales de la Casación Civil*, 1978, p. 44).

Entre las diversas hipótesis posibles de error de derecho en el fondo o error in iudicando, *Landoni* (*Landoni*, 1990, pág. 31) señala:

- a) error acerca de la existencia de la norma, como ocurre cuando se declara inexistente la norma que existe, o existente la que no existe;
- b) error en la interpretación, que puede consistir, por ejemplo, en interpretar mal su alcance o en aplicar mal la interpretación debida;
- c) error en la aplicación, que se da cuando se utiliza una norma inaplicable al caso o se deja de aplicar la norma que corresponde;
- d) error en la deducción de las consecuencias de la norma, que se verifica cuando, siendo correcta la interpretación y la subsunción del hecho en la hipótesis prevista en la norma, se extraen consecuencias que no corresponden con la norma interpretada;
- e) error en la decisión, lo cual se da cuando, violando el principio de congruencia (artículo 198 del Código General del Proceso), se falla a más, a menos o a cosa distinta de lo solicitado.

## 8.2. Infracción a las normas de derecho en el fondo

A continuación, veremos algunos casos en los que la Suprema Corte de Justicia ha entendido que los vicios denunciados encuadran en la categoría de error de derecho y otras hipótesis en que dicho órgano ha considerado que se trata de cuestiones que se enmarcan en el ámbito de discrecionalidad de que gozan los tribunales de mérito y, en consecuencia, no son revisables en casación.

### 8.2.1. Cuestiones que pueden enmarcarse en la noción de error de derecho

1. *Interpretación de los contratos.*

La Corporación ha sostenido que las cláusulas contenidas en los contratos son normas jurídicas en la medida en que, conforme a la regla consagrada en los artículos. 209 del C. de Comercio y 1291 del C. Civil (principio de asimilación del contrato a la ley), constituyen normas que vinculan a las partes como la ley misma. Por ello, se entiende que todo lo relativo a la interpretación de los contratos es una cuestión de derecho, por lo que tal aspecto de la sentencia de segundo grado es revisable en casación (Sentencia nro. 250/1985) (Sentencia nro. 327/1985) (Sentencia nro. 31/1991) (Sentencia nro. 934/1996) (Sentencia nro. 388/2004) (Sentencia nro. 286/2009).

2. *Noción de conjunto económico.*

Esta noción constituye un concepto jurídico y, por consiguiente, su verificación o no (tarea de subsunción) supone la existencia de una verdadera *quaestio iuris* que, como tal, es pasible de ser reexaminada en el ámbito casatorio (Sentencia nro. 69/1998) (Sentencia nro. 182/2001) (Sentencia nro. 57/2004) (Sentencia nro. 282/2004) (Sentencia nro. 3/2005) (Sentencia nro. 78/2012).

3. *Existencia de relación de trabajo.*

La naturaleza del vínculo que une o unía a las partes cuando éste es controvertido (contrato de trabajo o contrato de arrendamiento de servicios, por ejemplo) es una cuestión jurídica, por lo que puede ser analizada nuevamente en casación (Sentencia nro. 85/1998) (Sentencia nro.

14/2001) (Sentencia nro. 48/2003) (Sentencia nro. 8/2007) (Sentencia nro. 6/2010) (Sentencia nro. 462/2010) (Sentencia nro. 413/2012).

4. *Existencia de relación causal y culpa en la responsabilidad extracontractual.*

La Suprema Corte de Justicia ha expresado en múltiples oportunidades que si bien el establecimiento de la situación fáctica que se aduce como causa u origen del daño invocado por el accionante es una cuestión de hecho (ajena, en principio, al ámbito casatorio), constituye una *quaestio iuris* la determinación del nexo causal, esto es, la calificación de si esa situación fáctica tiene, con el resultado dañoso, la relación necesaria para ser considerada, desde el punto de vista jurídico, la causa del daño en cuestión.

En este mismo orden de ideas, el máximo órgano judicial uruguayo ha sostenido que la *culpa* también es un concepto netamente jurídico, en la medida en que implica determinar si existió apartamiento de los deberes que, en cada caso, regulan la conducta del sujeto implicado (Sentencia nro. 323/1997) (Sentencia nro. 196/2005) (Sentencia nro. 61/2010) (Sentencia nro. 3.379/2011).

### 8.2.2. Cuestiones no revisables en el ámbito casatorio

1. *Estimación del quantum del daño moral.*

La Suprema Corte de Justicia ha manifestado en múltiples ocasiones que la fijación de las cifras de reparación del daño moral pertenece a la órbita de discrecionalidad de que gozan los tribunales de mérito, en la medida en que la estimación se efectúa teniendo en cuenta, esencialmente, circunstancias de hecho.

Sin embargo, la Corporación reconoce que la única posibilidad que tiene de ingresar a analizar el monto de la indemnización se da cuando la cantidad establecida resulta arbitraria o absurda, ya sea por lo ínfima o por lo desmesurada (Sentencia nro. 35/1993) (Sentencia nro. 67/1998) (Sentencia nro. 269/2001) (Sentencia nro. 219/2003) (Sentencia nro. 309/2004) (Sentencia nro. 83/2006) (Sentencia nro. 137/2008) (Sentencia nro. 408/2012).

2. *El dictado de decisión anticipada.*

Es criterio firme del Alto Cuerpo que la determinación de si se verifican

o no las causales previstas en el artículo 200 del C.G.P.<sup>12</sup> es de resorte exclusivo de los tribunales de mérito (Sentencia nro. 551/2000) (Sentencia nro. 5/2004) (Sentencia nro. 155/2006) (Sentencia nro. 39/2007) (Sentencia nro. 942/2008) (Sentencia nro. 153/2009) (Sentencia nro. 4.008/2011).

3. *Imposición de condenas procesales.*

La calificación de la conducta procesal de las partes y la imposición de condenas causídicas por parte de los tribunales constituyen una facultad discrecional de estos cuando una determinada condena no está impuesta por la ley, por lo cual un pronunciamiento de tal naturaleza solo puede ser revisado en sede de casación si resulta ostensiblemente arbitrario o injusto (Sentencia nro. 257/1997) (Sentencia nro. 165/1998) (Sentencia nro. 155/2001) (Sentencia nro. 288/2001) (Sentencia nro. 271/2002) (Sentencia nro.120/2005) (Sentencia nro. 48/2007) (Sentencia nro. 460/2010).

4. *Condena a pagar daños preceptivos en procesos laborales.*

En la medida en que el porcentaje impuesto no exceda el límite legal (hasta el 50% de las cifras de condena), la fijación del quantum pertenece al ámbito de discrecionalidad de los órganos de mérito, por lo que su criterio no puede ser reexaminado en sede de casación (Sentencia nro. 309/2003) (Sentencia nro. 223/2004) (Sentencia nro. 218/2007) (Sentencia nro. 578/2012).

### **8.3. Infracción a las normas de derecho en la forma**

En el presente apartado, haremos referencia a solo una hipótesis de infracción a las normas de derecho en la forma —aunque, claro está, existen

---

<sup>12</sup> Esta norma prevé que, en segunda instancia, los cuerpos colegiados podrán resolver en cualquier momento el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los casos siguientes:

- 1) si se tratare de cuestiones simples o reiteradamente consideradas por el tribunal;
- 2) si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla;
- 3) si hubiesen manifiestas razones de urgencia;
- 4) si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso.

En los mismos casos y cuando se trate de sentencias de segunda instancia, también los tribunales unipersonales podrán dictar decisión anticipada.

otras— que, por su trascendencia, amerita tener un tratamiento singular, dentro de lo que nos permite la limitación en cuanto a la extensión del presente opúsculo.

Y este vicio es la ausencia de motivación en las sentencias.

En reciente sentencia, la Corporación analizó un caso en el que el Tribunal de Apelaciones interviniente infringió lo preceptuado en el artículo 140 inc. 2 del Código General del Proceso, según el cual el tribunal debe indicar, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión.

La Sala no mencionó ni siquiera una prueba que avalara su conclusión de que la pretensión carecía de asidero.

Una infracción de esta envergadura constituye causal de casación, en la medida en que la debida fundamentación de las sentencias es esencial para la plena vigencia de las garantías del debido proceso (artículo 270 inc. 3 del Código General del Proceso).

También corresponde hacer referencia a lo establecido en los artículos 18 a 27 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, los días 21 y 22 de junio de 2006. Cabe señalar que, por Acordada Nro. 7.688, la Suprema Corte de Justicia le confirió valor de Acordada a los “Principios de Ética Judicial Iberoamericana” previstos en la “Parte I” del Código Modelo de Iberoamericano de Ética Judicial. En las mencionadas normas se dispone, entre otras cosas, que: la obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del Juez, el buen funcionamiento de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los Jueces son titulares y la justicia de las resoluciones judiciales; el Juez debe motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de derecho: en materia de hechos, el Juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio, debe mostrar, en concreto, lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una

apreciación en su conjunto; en cuanto al derecho, la motivación no puede limitarse a invocar las normas aplicables (Sentencia nro. 2.094/2011).

#### **8.4. Infracción por violación de las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba**

En el presente apartado analizaremos, someramente, el alcance de la valoración de la prueba en el recurso de casación, vinculada, fundamentalmente, a la interrogante de si la Suprema Corte de Justicia está habilitada para reexaminar los hechos tenidos en consideración por los tribunales de mérito o si el control solo puede ejercitarse respecto de las cuestiones jurídicas debatidas.

Este tema dividió la opinión de los Sres. Ministros que componían la anterior integración de la Corporación<sup>13</sup>.

Así, el Sr. Ministro Dr. Van Rompaey entendía que la apreciación equivocada, errónea o desajustada de la prueba que, sin constituir un disparate o un gigantesco y absurdo apartamiento de las reglas de la lógica y de la experiencia, suponga una transgresión de las reglas legales de valoración probatoria prevista en el artículo 140 del Código General del Proceso constituye causal casatoria, en la medida en que tal hipótesis resulta subsumible en el supuesto consagrado en el artículo 270 del Código General del Proceso y por la primera parte del artículo 277.3 de dicho cuerpo normativo, aun cuando la infracción a la referida pauta de valoración no pueda ser calificada como grosera.

Por otra parte, los Sres. Ministros Dres. Gutiérrez, Ruibal, Larrioux y Chediak consideran que si bien no es preciso utilizar las palabras “absurdo”, “irracional” o “arbitrario”, es menester que el error ostensible en la

---

<sup>13</sup> Sres. Ministros Dres. Leslie Van Rompaey Servillo, Daniel Gutiérrez Proto, Jorge Ruibal Pino, Jorge Larrioux Rodríguez y Jorge Chediak González. Actualmente, debido a sus retiros en febrero y en noviembre de 2012 por haber cumplido el máximo de diez años en el ejercicio del cargo previsto en el art. 237 de la Constitución de la República, los cargos que ocupaban los Dres. Leslie Van Rompaey Servillo y Daniel Gutiérrez Proto son ocupados, actualmente, por los Sres. Ministros Dres. Ricardo Pérez Manrique y Julio César Chalar Vecchio, respectivamente.

valoración de la prueba emerja de la forma en que fueron estructurados los agravios, que el recurrente explique o fundamente en qué consiste el apartamiento grosero de las reglas de la sana crítica y que manifieste la incidencia de tal error en la decisión impugnada (Sentencia nro. 1.644/2011) (Sentencia nro. 4.491/2011).

En tal marco, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido en forma reiterada que a pesar de que el artículo 270 del Código General del Proceso prevé la infracción a las reglas legales de admisibilidad o valoración de la prueba como causal de casación, el ámbito de la norma queda circunscripto al de la denominada prueba legal o tasada y, en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando se incurre en absurdo evidente por lo grosero o infundado del razonamiento.

De tal forma, la revisión de la plataforma fáctica y la revaloración de la prueba no constituyen motivo casable, en el bien entendido de que el ingreso a ese material convertiría a la etapa de casación o de revisión netamente jurídica en una tercera instancia, la cual no fue querida por el legislador (Sentencia nro. 58/1993) (Sentencia nro. 716/1996) (Sentencia nro. 338/2002) (Sentencia nro. 323/2003) (Sentencia nro. 202/2005) (Sentencia nro. 706/2008) (Sentencia nro. 74/2009) (Sentencia nro. 2.410/2010).

Partiendo de estas premisas, si se entiende que el tribunal de mérito realizó una valoración absurda del material probatorio allegado al proceso, para que prospere la casación el recurrente deberá:

- a) indicar cuál ha sido la regla legal de valoración de la prueba infringida;
- b) demostrar cómo se tradujo la pretendida violación, esto es, si la misma supuso el apartamiento de algún postulado científico, de determinado principio de valoración de la prueba —*v. gr.*: principio de valoración en conjunto o unitaria—, de cierto principio de la lógica o de determinada máxima de experiencia;
- c) señalar cuál es el fundamento científico correcto, el principio de valoración, la regla de la lógica adecuada, o la máxima de la experiencia que debió tenerse en cuenta para resolver la cuestión debatida;

- d) demostrar la trascendencia de ese error, de manera que si no se hubiera incurrido en él, la decisión del tribunal hubiese sido radicalmente distinta (Nicastro, 2006, p. 64).

## 9. Conclusiones

Una de las funciones principales de la Suprema Corte de Justicia, actuando como órgano de casación, consiste en precaver el error en que pueden incurrir los órganos de mérito, analizando la regularidad jurídica de los fallos de segunda instancia.

Asimismo, también se destaca la tarea de delimitar criterios que resulten de utilidad para cumplir con la tradicional finalidad de la unificación de la jurisprudencia, máxime cuando, en Uruguay, existe un número significativo de Tribunales de Apelaciones (7 Civiles, 3 Laborales, 2 de Familia y 4 Penales) y, en varios temas, varios de ellos tienen posiciones disímiles.

Frente al tema de si debe o no haber limitación para el ingreso de los asuntos al máximo órgano judicial uruguayo en vía del recurso de casación —dilema de carácter doctrinario—, somos partidarios de la limitación legal vigente en cuanto al contenido de la decisión de segundo grado (interlocutoria con fuerza de definitiva y definitiva; y confirmatoria o revocatoria con discordia del fallo de segundo grado). Ello, en el bien entendido de que, dado que la Corporación no está integrada por Salas y cuenta con solo cinco Ministros (que conocen, además, de los recursos de casación, de los procesos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de las contiendas de competencia que se suscitan entre los tribunales del Poder Judicial, sin mencionar las competencias administrativas que no se pueden delegar), si todos los asuntos fueran susceptibles de llegar a conocimiento del Alto Cuerpo, éste se vería sobrecargado de expedientes, lo cual conduciría, claramente, a una morosidad que no es querida por ningún operador jurídico.

Está fuera de controversia que la casación es un recurso extraordinario (solo procede cuando se verifican determinadas causales), pero la Suprema

Corte de Justicia, dentro de los márgenes legales que limitan el alcance de este medio impugnativo, tiene y siempre deberá tener en cuenta que, como claramente expresa el artículo 14 inc. 1 del Código General del Proceso, el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

En tal sentido, el órgano de casación siempre habrá de tener en consideración su tarea de corregir los errores jurídicos de los órganos inferiores. En esta línea de razonamiento y recordando las palabras de Carnelutti “*El proceso quizás no sea más que un sistema de precauciones contra el error*” (Carnelutti, 1955, p. 18.), se puede afirmar que el recurso de casación constituye una importante herramienta para solucionar o mitigar las consecuencias de los errores judiciales, que tanto daño pueden causarle a los justiciables y a toda la sociedad.

## 10.- Bibliografía

- Barrios de Ángelis, D. (1976). Distinción de las cuestiones de hecho y de derecho, en casación, con especial referencia al proceso penal. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal R.U.D.P.*, (2).
- Barrios de Ángelis, D. (1978). Distinción de las cuestiones de hecho y de Derecho en la casación, con especial referencia al proceso pena. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal. R.U.D.P.*, 3.
- Calamandrei, P. (1945). *La Casación Civil, Tomo I* (Vol. Volumen 1). (S.S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú.
- Código de Procedimiento Civil. (1976). (I.U. Sociales, Recopilador) Montevideo: División Publicaciones y Ediciones de la Universidad de la República.
- Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Ley 15.892. (2010). *12ª edición actualizada*. Montevideo: F.C.U.
- Couture, E. (1945). Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Montevideo: Impresora Uruguaya S.A.

- Couture, E.J. (2004). *Vocabulario Jurídico* (3ª edición actualizada y ampliada ed.). (Á. Landoni Sosa, Ed.) Montevideo: Editorial B de F.
- García-Pelayo y Gross, R. (1990). *Diccionario Práctico Larousse, Français / Espagnol Español / Francés*. Buenos Aires: Ediciones Larousse S.A.
- Gelsi Bidart, A. (1989). Apelación o Casación ante el Superior Tribunal. (I.U. Procesal, Ed.) *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4.
- Hitters, J.C. (1998). *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
- Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. (2010). *Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral. Ley N° 18.572* (1ª edición ed.). Montevideo: F.C.U.
- Landoni, Á. (1990). *Recurso de casación civil, en Curso sobre el Código General del Proceso* (Vol. Tomo II). (I. U. Procesal, Ed.) Montevideo: F.C.U.
- Landoni, Á., González, S., & Cabrera, R. (2009). Procedencia del recurso de casación y alcance en hipótesis de confirmatoria parcial de la sentencia apelada. En *Ponencias de las XIVas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (1a. Edición ed.). Colonia del Sacramento.
- Leles da Silva, M., & Nicastro, G. (2011). *Recurso de casación*. Aspectos procesales en la jurisprudencia actualizada a 2011. Montevideo: F.C.U.
- Morales Molina, H. (1983). *Técnica de Casación Civil*. Rosario: Ediciones Rosaristas.
- Morales Molina, H. (1951). *Curso de Derecho Procesal Civil (Parte General)* (Tercera Edición ed.). Bogotá: Talleres Editoriales de la Universidad Nacional de Colombia.
- Morello, A. (1980). *Dificultades de la casación* (Vol. Volumen III). Buenos Aires: Jurisprudencia argentina.
- Nicastro, G. (2006). Valoración de la prueba en casación: La teoría del absurdo evidente. (I.U. Procesal, Ed.) *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*(1).
- Sentencia nro. 2.410/2010, 2.410 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 271/2002, 271 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 286/2009 , 286 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 551/2000, 551 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 69/1998, 69 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 83/2006, 83 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 85/1998, 85 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 74/2009 , 74 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 1.851/2011, 1.851 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 2.094/2011, 2.094 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 2.583/2011, 2.583 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 3.379/2011, 3.379 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 360/2011, 360 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 408/2012, 408 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 413/2012, 413 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 48/2007 , 48 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 6/2007, 6 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 6/2010, 6 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 67/1998, 67 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 8/2007, 8 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 806/2012, 806 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 882/2004, 563 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay 2005).  
Sentencia nro. 1.050/2006, 1.050 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 1.216/2010, 1.216 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 1.367/2010, 1.367 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 1.376/2011, 1.376 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 1.644/2011 , 1.644 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 103/1988, 103 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 120/2005, 120 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 125/1991, 125 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 125/2008, 125 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 134/1998, 134 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 137/2008, 137 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 137/2010, 137 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 138/1999, 138 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 14/2001, 14 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 148/2010, 148 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 153/2009, 153 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 155/2001, 155 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 155/2006 , 155 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 165/1998, 165 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 168/2002, 168 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 18/2006, 18 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 182/2001, 182 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 196/2005, 196 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 2.060/2011, 2.060 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 2.292/2011, 2.292 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 2.817/2011, 2.817 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 2.914/2011, 2.914 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 202/2005, 202 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 214/1997, 214 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 218/2007, 218 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 219/2003, 219 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 219/2010, 219 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 221/2010, 221 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 223/2004, 223 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 24/2003, 24 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 250/1985, 250 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 257/1997, 257 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 26/2008, 26 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 269/2001, 269 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 280/1997, 280 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 282/2004, 282 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 288/2001, 288 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 29/1993, 29/1993 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 3/2005, 3 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 302/1997, 302 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 308/2000, 308 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 309/2003, 309 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 31/1991, 31 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 323/1997, 323 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 323/2003, 323 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 327/1985, 327 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 338/2002, 338 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 35/1993, 35 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 37/2003, 37 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 38/2005, 38 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 388/2004, 388 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 39/2007, 39 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 4.008/2011, 4.008 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 4.491/2011, 4.491 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 426/2011, 426 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 460/2010, 460 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 462/2010, 462 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 48/2003, 48 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 5/2004, 5 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 543/2000, 543 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 57/2004, 57 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 578/2004, 578 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 578/2012, 578 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 58/1993, 58 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 61/2010, 61 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).  
Sentencia nro. 716/1996, 716 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 72/2010, 72 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 744/1996, 744 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 78/2012, 78 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 934/1996, 934 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 942/2008, 942 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 137/2010, 137 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 309/2004, 309 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Sentencia nro. 706/2008, 706 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay).

Tarigo, E. (1998). *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (2ª edición ed., Vol. Tomo II). Montevideo: F.C.U.

Vescovi, E. (1978). Las Causales de la Casación Civil. (I. U. Procesal, Ed.) *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3.

Vescovi, E. (1996). *El recurso de casación* (2a.ed. ed.). Montevideo: Ediciones Idea.

# El recurso extraordinario de casación y la jurisprudencia

*Carlos María Folco*

---



---

## Sumario

**1.** Breves consideraciones preliminares. **2.** La casación civil en el sistema jurídico argentino. 2.1 Errores de actividad o *in procedendo*. 2.2 Casación por errores de juicio. 2.3 Casación constitucional. 2.4 La cuestión el orden federal. **3.** La casación penal federal. **4.** Bibliografía.

---



---

## Resumen

Habremos de referirnos primeramente al recurso de Casación Civil, el cual solo se encuentra instituido en los Códigos Procesales Provinciales, debiéndose poner de resalto que existe una gran diversidad en su regulación procesal, que atañe no solo a su disímil denominación, sino también en cuanto a las causales fundantes expresamente señaladas en las diferentes leyes provinciales.

---

• Carlos María Folco, Juez Federal de Ejecuciones Fiscales Tributarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Director Académico del Posgrado de Especialización en Procedimiento Tributario y Ley Penal Tributaria y Previsional, Instituto Estudios de las Finanzas Publicas Argentina y Universidad Nacional de La Matanza.

## 1. Breves consideraciones preliminares

Permítasenos señalar *ab initio*, por las características internacionales de este evento científico académico, que el sistema de justicia de la República Argentina está compuesto por el Poder Judicial de la Nación; el Poder Judicial de cada una de las veintitrés provincias y el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bien que minorado esté en materia de competencia por diversas normas legales, las cuales escapan al contenido del presente trabajo.

Además, el sistema está integrado por el Ministerio Público, órgano constitucional que encuentra sus pautas básicas regulatorias en el artículo 120 de la Carta Magna<sup>1</sup>; organismo de carácter independiente, que goza de autonomía funcional y autarquía financiera, el cual tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público nro. 24.946 regla lo atinente a su organización, integración, funciones y actuación.

Está constituido por el Ministerio Público Fiscal, a cargo del Procurador General de la Nación, quien tiene a su cargo la acción de los fiscales, y el Ministerio Público de la Defensa, dirigido por el Defensor General de la Nación y encargado de la acción de los defensores oficiales o públicos.

Finalmente, digamos que también integra el sistema de justicia, el Consejo de la Magistratura de la República Argentina. Es un órgano

---

<sup>1</sup> Artículo 120 de la Constitución de la Nación Argentina.- El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

constitucional con sus raíces en el artículo 114<sup>2</sup> de la Constitución Nacional y que resulta encargado de confeccionar las ternas de aspirantes al Poder judicial (jueces nacionales y federales), para su posterior designación por el Presidente de la Nación en acuerdo con el Senado.

Asimismo, le compete a este órgano permanente del Poder Judicial de la Nación, la administración de los recursos y la ejecución del presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia; así como también el ejercicio de facultades disciplinarias sobre magistrados; y decidir la apertura del procedimiento de remoción de éstos o bien en su caso, ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

Precisamente, es el órgano encargado de abrir el juicio político para resolver sobre la destitución de los jueces ante el Jurado de Enjuiciamiento, frente al cual el Consejo de la Magistratura actúa como acusador.

La Ley nro. 24.937 reglamenta su estructura orgánica y funciones.

Queda visto entonces que la organización judicial reconoce por sí, el carácter federal del Estado Argentino, coexistiendo una Justicia Federal y una Justicia Provincial u Ordinaria.

---

<sup>2</sup> Sección Tercera - Del Poder Judicial. Capítulo Primero. De su Naturaleza y Duración.

Artículo 114.- El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

El deslinde de competencias esta materializado en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.<sup>3</sup>

Por tanto, la Justicia Federal revela competencia en todo el país en aquellas causas relativas a estupefacientes, contrabando, evasión fiscal nacional, lavado de dinero u otros delitos que afectaren la renta y a la seguridad de la Nación o en asuntos que la Nación sea parte, citándose ellas a mero título ejemplificativo.

A su vez, las provincias —en merito a la autonomía consagrada en el artículo 5 de la Constitución Nacional— determinan la administración y organización de la justicia ordinaria dentro de su territorio. En materia penal —por ejemplo— resulta competente para entender en causas relativas a delitos comunes. Aparte de sus propios órganos judiciales, las provincias dictan su legislación adjetiva.

## 2. La casación civil en el sistema jurídico argentino

Habremos de referirnos primeramente al recurso de Casación Civil, el cual solo se encuentra instituido en los Códigos Procesales Provinciales, debiéndose poner de resalto que existe una gran diversidad en su regulación procesal, que atañe no solo a su disímil denominación, sino también en cuanto a las causales fundantes expresamente señaladas en las diferentes leyes provinciales.

La doctrina nacional (Asociación Argentina de Derecho Procesal,

---

<sup>3</sup> Artículo 116.- *Corresponde a la corte suprema y los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores; ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte ; de las causas que se susciten entre dos o mas provincias; entre una provincia y vecinos de otra; entre vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un estado o ciudadano extranjero.*

Artículo 117.- *En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.*

2010) en general reconoce los errores judiciales que bien podrían agruparse sintéticamente de la siguiente manera:

## **2.1 Errores de actividad o *in procedendo***

Ciertas provincias<sup>4</sup> regulan con amplitud este tipo de casación.

Receptan como fundamento del recurso los errores de actividad instalados en la sentencia definitiva o resolución equiparada; lo hacen con fórmulas generales, aunque algunos, redundantemente, refieren a la ausencia de ciertos recaudos de validez en particular.

Al mismo tiempo, contemplan aquellos vicios previos al pronunciamiento definitivo sometido a recurso, esto es, los que pueden afectar a las resoluciones no definitivas a los fines de los remedios extraordinarios (por ejemplo las providencias o decretos, interlocutorias o autos), o bien a otros actos procesales, según el caso (notificaciones, audiencias, etc.).

Al contrario, en varias otras provincias<sup>5</sup>, solo procede para enmendar los errores de actividad cometidos al dictar la sentencia definitiva o la resolución equiparada sometida a recurso, excluyendo del ámbito recursivo lo relativo a vicios de los actos jurídicos procesales anteriores al pronunciamiento atacado.

Por último, hay provincias<sup>6</sup> que no prevén casación por errores *in procedendo*.

La enmienda de algunos errores graves de actividad se logra a través de la doctrina de la arbitrariedad, tema sobre el cual nos detendremos en relación con el orden nacional

---

<sup>4</sup> Chubut, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Tierra del Fuego y Tucumán

<sup>5</sup> Buenos Aires, Chaco, Corrientes, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro y Santiago del Estero

<sup>6</sup> Catamarca, Formosa, Salta y San Luis

A nivel provincial, Entre Ríos<sup>7</sup> se ubica en este grupo, pero la revisión de los vicios procedería mediante el recurso por inaplicabilidad de la ley. El mismo abarca las normas procesales a las cuales de manera insoslayable debe sujetarse la sentencia que se dictare.

La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de esa provincia ha declarado inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de ley cuando en el escrito de interposición del mismo no expresare cuáles son las normas legales que considerare infringidas por la sentencia recurrida "... no siendo suficiente la enunciación de los supuestos yerros en que incurre el Tribunal ni la formulación de la distinta solución que, a juicio del recurrente, debió imprimirle a la causa..." (Petit, Elida Graciela y otros v. Clínica Santa María STJ, 05/07/2001).

## **2.2 Casación por errores de juicio**

Aquí —al igual que en el análisis precedente— de manera clara se advierten tres grupos normativos de Estados provinciales:

### **a) Sistema de Casación semipura**

Algunos de ellos<sup>8</sup> adoptan el sistema denominado casación semipura, asignando preeminencia a la función uniformadora. Estas legislaciones instituyen el recurso a efectos de denunciar la contradicción entre la interpretación legal sentada en la sentencia recurrida y la consagrada en otro pronunciamiento emanado de un órgano judicial de grado o en anteriores pronunciamiento de la Corte Suprema Provincial.

Así, por ejemplo, el artículo 383 del Código Procesal Civil y Comercial

---

<sup>7</sup> Código Procesal Civil y Comercial, Entre Ríos. Inaplicabilidad de la ley. Artículo 276: Admisibilidad.- El recurso de inaplicabilidad de la ley para ante la Sala en lo Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia, sólo será admisible contra la sentencia definitiva de las cámaras de apelaciones que viole o haga errónea aplicación de la ley o de la doctrina legal establecida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 284º y 285º a la fecha del fallo recurrido.

<sup>8</sup> Córdoba, Formosa, Salta y Santa Fe.

de la Provincia de Córdoba, determina la procedencia del recurso de casación por los motivos taxativamente enunciados en cuatro incisos:

1. Que la decisión se hubiere dictado violando los principios de congruencia o de fundamentación lógica y legal, o que se hubiere dictado con violación de las formas y solemnidades prescriptas para el procedimiento o la sentencia. No procederá si el recurrente hubiere concurrido a producirla, aceptado los actos nulos, o que éstos, no obstante la irregularidad, hubieren logrado la finalidad a que estaban destinados; o no resultare afectada la defensa en juicio.
2. Que se hubiere violado la cosa juzgada.
3. Que el fallo se funde en una interpretación de la ley que sea contraria a la hecha, dentro de los cinco años anteriores a la resolución recurrida, por el propio tribunal de la causa, por el Tribunal Superior de Justicia, un Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, u otro Tribunal de Apelación o de instancia única de esta Provincia. Si el fallo contradictorio proviniere de otra sala del Tribunal Superior de Justicia, o de un Tribunal de otro fuero, el Tribunal de Casación se integrará con la Sala Civil y con la sala que corresponda del Tribunal Superior de Justicia.
4. Que el fallo contraríe la última interpretación de la ley hecha por el Tribunal Superior de Justicia en ocasión de un recurso fundado en el inciso precedente.

Al respecto, conforme inveterada jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Audano Osvaldo Antonio y Otros v. Sucesores de Ana Teresa Aimale de Cladera TSJ, Sala Civil y Comercial, Córdoba, 15/09/2011):

“...las hipótesis impugnativas de los incisos 3 y 4 del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil y Comercial autorizan a que este Alto Cuerpo ejerza el control —limitadamente— a la *cuestión de derecho* decidida en el pronunciamiento bajo anatema, siendo absolutamente ajena a su competencia —en cambio— la revisión o alteración de la *plataforma*

*fáctica* fijada en la sentencia, la que subsiste inmune a todo análisis por las causales de casación sustancial.- En sentido concordante, autorizada doctrina enseña que: ‘A ello se circunscribe el análisis de casación sustancial, sin que tal examen pueda extenderse a la cuestión fáctica, desde que los poderes asignados a ese Tribunal en los incisos 3 y 4 se contraen a la sola y exclusiva *interpretación de la ley*, lo que significa que los hechos de la causa deben ser asumidos en casación tal como fueron descriptos y fijados en la instancia de mérito’” (Fontaine, 2000, p. 735).

## **b) Sistema de Casación pura**

Otras provincias<sup>9</sup> adhieren al sistema de *casación pura*, a efectos de lograr la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia.

Ello ejerciendo las funciones tendientes a preservar el cumplimiento de las normas tal y como han salido de la legislatura —que la pluma brillante de Calamandrei denominara *nomofiláctica*— y la función *uniformadora* de los criterios jurisprudenciales.

Esta tesis considera que el recurso de casación es un instrumento de perfección procesal, concretamente destinado a revisar cuestiones de derecho.

Por lo tanto, dejan reservado el recurso a los errores de juicio de derecho, excluyendo —en principio— a los fácticos, proclamando la doctrina autoral<sup>10</sup> que así se erradica de los fines de la casación, la justicia del caso concreto.

---

<sup>9</sup> Buenos Aires, Chaco, Entre Ríos, La Pampa, Río Negro, Santa Cruz, Santiago del Estero y San Luis,

<sup>10</sup> En relación con ello, en las Jornadas citadas precedentemente, el Dr. Tessone aclara que el conocimiento del órgano de casación parte de los hechos determinados en la instancia de grado, revisando únicamente el posible error cometido al comprenderlos con el sentido que le confieren las normas jurídicas, de modo que si el proceso arriba a sede de casación con una exacta reconstrucción del tramo fáctico, va de suyo que la corrección del error iuris repara la injusticia que anidaba en el pronunciamiento impugnado, para concluir en que, si no medió una fiel y cabal determinación de los hechos, la desacertada solución jurídica no tendrá remedio en ese sistema.

### c) Sistema de Casación impura

Por último, los restantes Estados provinciales<sup>11</sup> instituyen en sus Códigos Procesales, el sistema de la *casación impura*, por el cual no solamente se admite la revisión de cuestiones de derecho, sino también de ciertos errores de hecho, por conducto de la doctrina de arbitrariedad o absurdidad fáctica.

En esa inteligencia, tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que si bien es cierto que los jueces de los hechos son soberanos en la apreciación de la prueba, el principio cede cuando la valoración está teñida de absurdidad (Marutke de Espósito, María v. Coop. textil de trabajo, SCBA, 03/12/1985) y que el ámbito funcional del absurdo opera cuando el vicio es fáctico; si el defecto es de derecho no hace falta alegar absurdidad. (Alvarez, Jorge Edgar v. Todoli Hnos. S.R.L. y otra, SCBA 30/09/1997. Souto, Héctor y otro v. Diesel Liniers S.A. y otro, SCBA 30/09/1997).

La doctrina de la arbitrariedad surgió de la doctrina de la absurdidad, tratándose de dos causales diferentes: la primera es procedente ante la prescindencia de pruebas esenciales o decisivas, mientras que la segunda lo será ante la apreciación de la prueba.

El Tribunal Superior de Neuquén (Lillo Segundo v. Contreras - Esucoburwardt), TSJ, Neuquén, 30/12/2003) afirma que el absurdo constituye un supuesto límite en que las sentencias finales de los tribunales de instancia son descalificados por el de casación, en razón de que en el acto judicial definitivo, los jueces han incurrido en una flagrante e intensa desviación de su cometido, por lo que la sentencia no llega al nivel mínimo como para autojustificarse el acto que emana de uno de los poderes del Estado, expresando que "...la temática de la valoración de la prueba se torna revisable en casación cuando se invoca como fundamento recursivo la violación

---

<sup>11</sup> Catamarca, Chubut, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, San Juan y Tucumán.

de normas legales que rigen específicamente la materia, imponiéndole al juzgador una consecuencia de la que no podría apartarse, e importando esas supuestas violaciones una alteración en el proceso lógico de revisión, confrontación, selección y calificación de las probanzas que delimitan el fundamento fáctico del decisorio (Acuerdos Nros. 65/89, 171/96 y 25/01, entre otros)...”.

Asimismo, el máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires entiende que se incurre en absurdidad cuando el juicio que proviene de la valoración de la prueba, se emite a fin de responder un interrogante distinto al que se encuentra sometido a consideración del sentenciante (S.,B. v. S.,I., SCBA, 27-12-2006).

Sentado ello, permítasenos señalar que los tribunales provinciales se han orientado hacia este último sistema de casación impura, en virtud de la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Efectivamente, el tribunal cimero ha tenido oportunidad de expedirse al resolver la causa *Casal* (Casal, Matías Eugenio y otro, CSJN, 20/09/2005) dejando allí establecido que no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta, señalando que “...El concepto de diferenciación entre cuestiones de hecho y derecho, vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, vicios de la actividad y vicios del juicio, o cualquier otra clasificación diferencial sobre las materias atendibles, ha deformado la práctica recursiva ante la Casación Nacional...”.

### **2.3 Casación Constitucional.**

No resulta ocioso recordar en relación con el objeto central del proceso, la clásica división que recoge la doctrina de nuestro tribunal cimero, en cuestiones federales *simples* y *complejas*, pudiendo estas últimas ser conceptuadas como *directas* e *indirectas*.

Habrà una *cuestión simple*, cuando se cuestiona la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución Nacional, Leyes Federales, Tratados o de una autoridad o comisión ejercida en nombre de la Nación (Ley 48, artículo 14, incisos. 3º y 1º).

Aquí corresponde determinar el sentido o alcance de dichas normas u actos, sin que exista conflicto normativo alguno.

La Corte Suprema de Justicia (Perazzi, Juan A. y otros v. Lamas, Luis, CSJN, 29/10/1987) “tiene dicho que constituye una cuestión federal simple, la interpretación del acto de igual naturaleza producido por la Corte al descalificar el anterior fallo de la misma Cámara.

A su vez, estaremos frente a una cuestión *compleja directa* cuando se impugne una norma o acto local o nacional, por resultar contraria a la Constitución Nacional.

Por otra parte, habrá de resultar una cuestión *compleja indirecta*, cuando la inconstitucionalidad de una norma esté fundada en la incompatibilidad con otra norma que goce de supremacía constitucional según el artículo 31 de la Carta Magna Argentina.<sup>12</sup>

Nuestro máximo tribunal (Partido Libertad y Democracia Responsable impugnación Eduardo Alfredo Fellner y a Pedro Segura, CSJN, 16/11/2004) ha entendido que no se presenta una cuestión constitucional compleja, si el interesado no pudo demostrar que el sentido atribuido por la justicia local a los preceptos de la Constitución provincial, atente contra el régimen republicano de gobierno previsto en el artículo 5 de la Constitución Nacional ni contra la garantía de la igualdad ante la ley reconocida en el artículo 16 de la Ley Suprema.

---

<sup>12</sup> Constitución Nacional. Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Partiendo de tales premisas, corresponde señalar que existen provincias<sup>13</sup> que establecen el recurso de inconstitucionalidad de manera significativamente amplia, comprendiendo errores cometidos al resolver cuestiones simples o complejas por infracción a la Constitución Nacional y a las Cartas Magnas provinciales.

En contrario y con alcances diversos, otro importante grupo de provincias argentinas instituyen el recurso para invocar, exclusivamente, la incompatibilidad con la Constitución local, sea la cuestión simple o compleja.<sup>14</sup>

Finalmente, en el conjunto restante de provincias<sup>15</sup> se ha implementado el recurso para la revisión de lo resuelto en el marco de las cuestiones complejas a la luz de las Constituciones locales, quedando excluidas las denominadas cuestiones simples.

## 2.4 La cuestión el orden federal

Tal y como se ha dicho precedentemente, en nuestro sistema no existen tribunales federales de casación civil.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé el Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia<sup>16</sup> y el recurso de Inaplicabilidad de la Ley.<sup>17</sup>

El Recurso Extraordinario Federal procede a instancia de parte y constituye una especie de recurso de casación *reducido* toda vez que en principio no permite el contralor de los hechos, sino solo cuestiones de derecho y específicamente, derecho federal.

---

<sup>13</sup> Mendoza y Salta.

<sup>14</sup> Chaco, Chubut, Córdoba, Jujuy, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

<sup>15</sup> Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén y Río Negro.

<sup>16</sup> Código de Procedimiento Civil y Mercantil, Artículos: 256 al 258 y Arts.14 al 16 de la Ley N° 48

<sup>17</sup> Código de Procedimiento Civil y Mercantil, Artículos: 288 al 303.

Habremos de analizar posteriormente, el ensanchamiento del Recurso Extraordinario, a partir de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, en una memorable familia de fallos.

En lo que aquí corresponde, señalamos que el Recurso Extraordinario se encuentra expresamente previsto en el artículo 14 de la Ley nro. 48 y reglamentado mediante Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia.

La citada norma legal establece:

*“Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de la provincia en los casos siguientes:*

- 1)- Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez;*
- 2)- Cuando la validez de una ley, decreto de autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.*
- 3)- Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.”*

La cuestión federal es la base del Recurso Extraordinario, remitiéndonos a lo dicho en párrafos precedentes, a efectos de evitar inútiles reiteraciones.

La misma debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los Jueces de la causa puedan tratarla y

resolverla, pues tanto la admisión como el rechazo de las pretensiones de las partes son eventos previsibles que obligan a plantear en su momento las defensas a que hubiera lugar. (Cáceres, Nimia v. S.A. Plubex, CSJN, 31/03/1977).

El maestro *Morello* señala que la introducción válida de la cuestión federal no está sometido a solemnidades particulares ni a términos sacramentales, pero en cambio exige, necesariamente, la mención concreta y circunstanciada del derecho federal en juego y de su vínculo con la materia controvertida, que obligue al órgano a expedirse sobre este tema capital (1999, p. 237 y sig.)

Además de ser oportuna y adecuadamente introducida en la causa, la cuestión federal debe ser mantenida en el curso del procedimiento, bajo pena de improcedencia del mismo. (Tello, Isidro, y otros v. San Martín Hotel S.R.L, CSJN, 1959)

Habremos de adentrarnos ahora en el ámbito excepcional del Recurso Extraordinario.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Rey, Celestino v. Rocha, Alfredo y Eduardo, CSJN, 02/12/1909) en una creación pretoriana, desde los albores del siglo pasado admite el Recurso Extraordinario por arbitrariedad de sentencia, al establecer por entonces que: “El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recurso ante la Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes.”

El tribunal cimero (Carlozzi, Domingo v. Tornese Ballesteros, Miguel y otros, CSJN, 14/02/1947) ha dejado en claro que el error en la interpretación de las leyes o en la estimación de las pruebas, sea cual fuere su gravedad, no hace arbitraria a una sentencia, manifestando además que si bien el recurso extraordinario procede no obstante tratarse de la aplicación

de normas procesales o comunes o de cuestiones de hecho cuando la sentencia apelada es arbitraria y carente de todo fundamento jurídico, para que esto ocurra se requiere que se haya resuelto contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso, o de pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio, o que se haga remisión a las que no constan en él.

Al decir del célebre Juez *Homes*, (*Chicago Life Insurance C. v. Cherry*, Suprema Corte de EE.UU., 244 US 25), la *autocontradicción*, para que sea tal, debe ser una equivocación tan grosera que aparezca como “algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia; la misma no es otra cosa que imperfección humana y no una negación de los derechos constitucionales”.

Igualmente, la Corte Suprema ha prescindido del requisito de sentencia definitiva previsto en el artículo 14 de la Ley nro. 48, habilitando su jurisdicción extraordinaria para revisar decisiones cautelares cuyos efectos eran equiparables a los de una sentencia definitiva, a la par que comprometían situaciones de inocultable “gravedad institucional, en la medida que trasciende aquél mero interés particular para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional (Thomas, Enrique c. E.N.A., CSJN, 15/06/2010); bien cuando lo decidido pueda afectar principios del orden social vinculados con instituciones básicas del derecho que autoricen a prescindir de los recaudos formales y sustanciales de la apelación intentada (Automotores Saavedra S.A. v. Fiat Concord S.A., CSJN, 17/03/2009); o cuando existiere afectación del régimen federal y del reparto de competencias que los constituyentes diseñaron para preservarlo (A.F.I.P. v. Neuquén, CSJN, 16/04/2008).

Al resolver la causa *Alsogaray* (Alsogaray, María Juli, CSJN, 22/12/2008), el alto cuerpo ha dejado en claro que la invocación de la excepcional doctrina de la gravedad institucional sólo faculta a la Corte a prescindir de ciertos requisitos formales, pero no a suplir la inexistencia de cuestión federal.

En fecha relativamente reciente, por Ley nro. 26.790, (B.O.: 04/12/2012) el Congreso ha modificado el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incorporando los 257 bis y 257 ter al referido cuerpo legal, de manera tal que se instituye el denominado Recurso Extraordinario por salto de instancia (*per saltum* o *by pass*), teniendo como fuente el derecho de los Estados Unidos, donde se lo ha denominado *certiorari before judgement*.

El citado artículo 257 bis establece que: *“procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria”*.

La notoria *gravedad institucional* requerida ha sido calificada por dicho artículo al disponer que existirá en *“...aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados.”*

El texto de la ley deja establecido que *“la Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad”* y que *“sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares”*.

No procederá el recurso en causas de materia penal.

Ello se explica claramente en los propios fundamentos del proyecto de ley, al afirmarse que se ha dejado a salvo de la procedencia del instituto del recurso por salto de instancia, a las cuestiones que versen sobre materia penal, en el entendimiento de que el principio de la doble instancia en estos casos, es un requisito constitucional insoslayable en virtud del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En todos los referidos recursos extraordinarios se requiere la existencia de una cuestión federal que haya sido oportunamente introducida en el juicio y que guarde una relación directa e inmediata con la materia en litigio, es decir, una cuestión de derecho sobre la interpretación de normas o actos de federales de autoridades nacionales o acerca de conflictos entre la constitución Nacional o actos locales o nacionales.

Partiendo de tales premisas, poco esfuerzo requiere advertir que el recurso extraordinario —en principio— tiene por objeto mantener la supremacía de la Carta Magna Nacional (art. 31 C.N.), y establecer la interpretación que corresponde a las normas contenidas en las leyes federales del Congreso (Ley 48, artículo 14, inc.3°).

Entonces, al considerar que la actividad de la Corte Suprema está circunscripta al análisis y revisión de las conclusiones de derecho establecidas por la sentencia atacada, en principio cabe señalar que el recurso extraordinario por su propia naturaleza resulta un recurso de casación por errores *iuris in iudicando*.

Ahora bien, queda visto que la propia Corte Suprema ha hecho excepción a este principio cuando los hechos de la causa exhiban una vinculación tal a la cuestión federal que resulta imposible su decisión en forma independiente.

Así, por ejemplo, para establecer el criterio para la determinación del límite de confiscatoriedad en materia tributaria, el alto tribunal (Banco Hipotecario Franco Argentino v. Provincia de Córdoba, CSJN, 1948) ha dicho desde antaño que no puede ser férreamente uniforme, debiendo analizarse las diversas circunstancias del país y la variable relación de determinadas especies de impuestos con el bienestar general que se ha de promover mediante tales instrumentos de gobierno para alcanzar los propósitos fundamentales enunciados en el preámbulo de la Constitución, diversa relación que tanto puede obedecer a la clase de riqueza o actividad lucrativa gravada, cuanto a la vinculación directa o indirecta del contribuyente con el país donde la riqueza tiene su asiento o la ganancia es obtenida

pueden justificar que la determinación del mencionado límite varíe, en más o en menos.

También constituyen excepción a dicho principio, los casos de *sentencias arbitrarias* en los cuales lo resuelto sobre los hechos resulta insostenible y conduce a la frustración del derecho federal invocado.

Efectivamente, el tribunal cimero (*The First National Bank of Boston v. Bercomat S.A.* y otros, CSJN, 12/09/2002) —tal como ya hemos pre-anunciado— ha dejado sentado que si bien el recurso extraordinario no resulta procedente en aquellos supuestos donde se discute la interpretación que hacen los jueces de los hechos y pruebas de la causa, cabe admitir tal remedio cuando media arbitrariedad en la decisión por traducir la solución dada al caso sólo la voluntad de los jueces apartada de las constancias comprobadas de la causa.

En el mismo sentido, la Corte (*Keylián, Luis Alberto y otro v. Santillán, María Laura y otros*, CSJN, 31/08/2004) tiene establecido que corresponde tratar en forma conjunta los agravios relativos a la arbitrariedad del fallo en consideración de los hechos y pruebas de la causa, y en la interpretación normativa y de la doctrina de la Corte Suprema “... pues se invoca una directa violación de derechos constitucionales, y ambos aspectos guardan entre sí, estrecha conexidad.”

### **3. La casación penal federal**

Hemos dicho reiteradamente que a nivel federal, solamente existe casación en materia penal, encontrándose regulada por los artículos 456 a 473 del Código Procesal Penal de la Nación.

El artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación establece que dicho recurso podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

1º) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

2º) Inobservancia de las normas que dicho Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación.

Este recurso tramita por ante la Cámara Federal de Casación Penal, la cual desde su creación en 1992 hasta épocas relativamente recientes, había limitado su accionar a los cánones clásicos de estos organismos, es decir, entender únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal —excluyendo las cuestiones de hecho y, en consecuencia, la valoración de las pruebas— y función de unificación de la jurisprudencia.

*La jurisprudencia de sus Salas había sentado una clara orientación al respecto, circunstancia puestas de manifiesto con claridad meridiana por el Dr. Daniel Eduardo Rafecas al referirse a la Casación y su panorama frente al cambio de siglo:*

1. Imposibilidad de revisar en casación cuestiones de hecho y prueba;
2. La casación es una instancia extraordinaria. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa *Hassanie*, E. (09/02/1993) al resolver las cuestiones formales de rechazo al recurso por inconstitucionalidad y revisión rechazados, el tribunal remite al artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (trámite del recurso extraordinario).
3. El requisito de la doble instancia queda satisfecho con el recurso extraordinario federal. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa *Girolodi* Horacio s/recurso de casación (27/9/93), rechazó el planteo de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró inadmisibile el recurso de casación. Para llegar a ese resultado, invocó en lo que interesa, el caso *Jáuregui* (Fallos: 311:274), en el que la Corte Suprema resolvió que el requisito de la doble instancia judicial en materia penal quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso

extraordinario previsto en el artículo 14 de la Ley 48. Contra el pronunciamiento de la Cámara de Casación, la defensa interpuso recurso extraordinario.

Por nuestra parte, agregamos que la Corte Suprema (Giroldi, Horacio David y otro, CSJN, 07/04/1995), “revocó ese pronunciamiento, sosteniendo que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (artículo 75, inciso 22, párrafo 2º,) entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado artículo 8º, párrafo. 2º, inciso h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho *de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior* y que ello determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8º, inciso 2º, apartado h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inciso 2 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.

Agrega luego el alto cuerpo que:

“...la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional, a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la Justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales *intermedios* en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado”.

4. Impedimento de acceder a la casación para revisar una condena por debajo del límite del artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación.

Este artículo establece que: “Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.”

La Cámara de Casación Penal (Villagra, Raúl Antonio, CNCP, Sala II, 25/11/2011) ha sostenido que el ordenamiento procesal excluye del conocimiento del Tribunal, por razones de política legislativa, los asuntos que a juicio del legislador no contienen un agravio considerable, estableciéndose entonces mediante esa pauta, una limitación objetiva a la posibilidad de recurrir.

5. Rechazo del recurso por interpretación restrictiva del artículo 457, C.P.P.N., en punto a si corresponde el abordaje y en su caso cuáles deben considerarse “*pronunciamientos equiparables a sentencia definitiva*”.
6. Incumplimiento de requisitos formales en la presentación, en especial, sobre la adecuación del motivo casatorio y la fundamentación del recurso.

Como hemos dicho en párrafos anteriores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case Casal* (Fallos, 328:3399), ha establecido pautas que resultan obligatorias para los tribunales de casación.

El alto tribunal entiende que no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta.

Agrega la Corte que el concepto de diferenciación entre cuestiones de hecho y derecho, vicios in iudicando y vicios in procedendo, vicios de la actividad y vicios del juicio, o cualquier otra clasificación diferencial sobre las materias atendibles, ha deformado la práctica recursiva ante la Casación Nacional.

En su voto, la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, pone de manifiesto que tanto la adecuación del recurso de casación a los tratados internacionales no se produzca, corresponde a la Corte —en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y en su carácter de órgano esencial del gobierno federal— adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a tal efecto ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, o sea permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso.

Finalmente, la Corte intenta establecer una delimitación entre *Casación y Arbitrariedad*, fundante esta del Recurso Extraordinario.

En el considerando 9) del voto conjunto expresa:

*“Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.b de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios que en definitiva no tiene mayor relevancia, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia*

*afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la Convención.”*

Permítasenos entresacar las siguientes conclusiones.

Resulta claro e inopinable que la Corte Suprema realiza una interpretación amplia sobre las facultades de control de los tribunales de casación penal respecto de cuestiones de hecho, asegurando así un examen integral de la decisión recurrida.

Para ello no se requiere que medie *absurdidad o arbitrariedad* con el sentido y alcance descriptos en forma precedente, con lo cual se ensancha el campo casatorio, antes minorado por tales exigencias.

Ahora, habiéndose adoptado la interpretación amplia, cabe determinar en casación si se aplicó o no el sistema legal de apreciación de la prueba y en caso afirmativo, si se lo hizo correctamente.

La Corte Suprema solo entenderá, vía Recurso Extraordinario, en el primero de los casos citados anteriormente, esto es, cuando no se haya respetado la aplicación del sistema de la sana crítica.

En materia de *Arbitrariedad*, una vez satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, la Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno.

El tribunal cimero cambia el criterio sostenido en el fallo *Jáuregui* (1988), por el que no consideraba la doble instancia en el proceso penal como exigencia constitucional, y confirma el fallo *Giroldi* —precedentemente citado— según el cual la doble instancia en el proceso penal es requisito constitucional del debido proceso.

Supera la distinción entre cuestiones de derecho y de hecho, sosteniendo que se trata de un recurso del imputado contra la sentencia condenatoria que habilita a su revisión completa, encontrando como único límite aquello que es producto de la inmediatez.

Para así concluir, el alto tribunal se funda en las exigencias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5), ambos de jerarquía supra legal por integrar el “bloque de constitucionalidad federal” (artículo 75 inciso 22 CN), que postulan la garantía de revisión de la sentencia; en la imposibilidad de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho; y en el texto del artículo 456 inciso 2º del Código Procesal Penal de La Nación, que según la nova exégesis del tribunal, no impide una interpretación amplia de la casación.

Asimismo, cabe ponderar los postulados de la teoría del máximo rendimiento, según la cual el tribunal deberá “...agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisarse, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...”.

Así, recepta la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, o del “agotamiento de la capacidad de revisión”.

Deviene oportuno señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica* (Sentencia de 2 de Julio de 2004), en relación con la legislación costarricense, dejó sentado que: “El recurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana. No permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe

exclusivamente al derecho. El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan. A pesar de que en Costa Rica ha habido avances para desformalizar el recurso de casación, éste sigue siendo un recurso formalista y limitado. Costa Rica tiene que ampliar y desformalizar el mencionado recurso, variar su finalidad para convertirlo en un recurso que haga justicia en el caso concreto, sin sacrificar la oralidad.”

La sentencia de nuestra Corte sigue en el punto, la doctrina allí establecida.

#### **4. Referencias:**

Álvarez, Jorge Edgar c/ Todoli Hnos. S.R.L. y otra, indemnización, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 05/07/1996.

Alsogaray, María Julia, recurso de casación e inconstitucionalidad, Fallos, 331: 2799, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 22/12/2008.

Automotores Saavedra S.A v. Fiat Concord S.A s/ordinario, Fallos, 332:466, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 17/03/2009.

A.F.I.P. v. Provincia del Neuquén, ejecución fiscal, Fallos, 331:793, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 16/04/2008.

Asociación Argentina de Derecho Procesal, Junta Federal de Cortes, Cortes Supremas: Funciones y Recursos Extraordinarios, Cuarta Jornada de Profesores de Derecho Procesal. Orientada al análisis crítico y al debate, Salta, 28 y 29 de octubre 2010.

Audano, Osvaldo Antonio y Otros v. Sucesores de Ana Teresa Aimale de Cladera, división de condominio, recurso de casación, Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Comercial, Córdoba, 15/09/2011.

Banco Hipotecario Franco Argentino v. Provincia de Córdoba, Fallos, 210:1208, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1948.

Boletín Oficial de España: 04/12/2012.

Carlozzi, Domingo v. Tornese Ballesteros, Miguel y otros, Fallos, 207:72, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argetina, 14/02/1947.

Cáceres, Nimia v. S.A. Plubex, C.I., Fallos, 297:285, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argetina, 31/03/1977.

Casal, Matías Eugenio y otro, robo simple en grado de tentativa, causa nro. 1681, Fallos, 328:3399, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 20/09/2005.

Chicago Life Insurance C. v. Cherry, 244 US 25, Suprema Corte de EE.UU., citado por Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 247:713.

Código de Procedimiento Civil y Comercial de Entre Ríos.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina.

Giroldi, Horacio David y otro, recurso de casación, causa nro. 32/93, Fallos, 318:514, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 07/04/1995.

Keylián, Luis Alberto y otro v. Santillán, María Laura y otros, sumario, Fallos, 327:3536, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 31/08/2004.

Lillo Segundo c. Contreras, *Esucoburwardt*, daños y perjuicios, expediente nro. 66 - Año 2002, Tribunal Superior de Justicia, Neuquén 30/12/2003.

Marutke de Espósito, María v. Coop. textil de trabajo, enfermedad accidente, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 03/12/1985, AyS 1985 III, 605.

Morello, A. (1999). *El Recurso Extraordinario*, Buenos Aires: Librería Ed. Platense.

Perazzi, Juan A. y otros v. Lamas, Luis, desalojo, Fallos, 310: 2184, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 29/10/1987.

- Petit, Elida Graciela y otros v. Clínica Santa María S.R.L., Cobro de pesos-recurso de inaplicabilidad de ley, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 05/07/2001.
- Partido Libertad y Democracia Responsable s/ formulan impugnación al candidato a gobernador de la provincia por el Partido Justicialista Dr. Eduardo Alfredo Fellner y el candidato a diputado provincial en 6° término Sr. Pedro Segura, Fallos, 327:505, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/11/2004,
- Rafecas, D. *El recurso de casación en relación con el recurso extraordinario federal: Panorama frente al cambio de siglo.* [http://www.catedrahendler.org/doctrina\\_in.php?id=91](http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=91)
- Rey, Celestino v. Rocha, Alfredo y Eduardo, Fallos, 112:384, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 02/12/1909.
- Souto, Héctor y otro c/ Diesel Liniers S.A. y otro, Cobro indemnización especial, SCBA 30/09/1997.
- S.B. v. S.I., Indemnización por accidente de trabajo, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 27-12-2006.
- Tello, Isidro y otros v. San Martín Hotel S.R.L., Fallos, 243:330, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1959.
- The First National Bank of Boston c/ Bercomat S.A. y otros, juicio ejecutivo, fallo 325: 2262, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/09/2002.
- Thomas, Enrique v. E.N.A., amparo, Fallos, 333:1023, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 15/06/2010.
- Villagra, Raúl Antonio, recurso de casación, causa nro. 13.090, Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, Sala II, 25/11/2011.



# La casación civil: el modelo europeo continental

*Nicolás González-Cuellar Serrano*

---



---

## Sumario

**1.** Introducción. **2.** Origen y finalidad de la casación **3.** La uniformidad de la jurisprudencia **4.** La infracción procesal **5.** El futuro **6.** Bibliografía.

---



---

## Resumen

La casación no sólo tiene como finalidad crear y desarrollar la jurisprudencia para asegurar la seguridad jurídica. También debe tutelar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, cuya tutela ante el tribunal de casación corresponde a las partes solicitar. La *cuestión prejudicial* como mecanismo para la creación y el desarrollo de la jurisprudencia es ajena a la tutela del citado derecho, al cual los justiciables no tienen por qué renunciar. Así pues una evolución de la casación en el sentido indicado resultaría autoritaria.

---

• D. Nicolás González-Cuellar Serrano, Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Abogado en libre ejercicio.

## 1. Introducción

Más allá del mito jurídico, el único modelo europeo continental de casación civil que puede ser identificado es el formado por los elementos de dicho recurso que son compartidos en los ordenamientos que conforman la tradición jurídica común que se invoca, también denominada *romano-canónica*, propia de los países europeos latinos y germánicos. En la actualidad dichos elementos coincidentes son los siguientes (tomando como referencia las legislaciones de Francia, Italia, España y Alemania y equiparando la *revisión* germana a la casación):

1. Del recurso de casación brota la *jurisprudencia civil*, no reconocida como fuente del Derecho y supeditada a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos;
2. El conocimiento del recurso de casación de atribuye al más alto tribunal del orden jurisdiccional civil; y
3. La casación no se configura como una última instancia, sino como *medio de impugnación*, admisible únicamente por motivos tasados, entre los que no se encuentra el control de la valoración razonable de la prueba sobre los hechos.

## 2. Origen y finalidad de la casación

Impregnados por la teoría del contrato social de Rousseau y decididos a organizar el Estado según la teoría de la división de poderes de Montesquieu, los revolucionarios franceses crearon el Tribunal de Casación con la misión de proteger la Ley, para evitar la rebelión de los jueces procedentes del Antiguo Régimen frente a la nueva legalidad, por medio de la anulación de las sentencias que contuvieran *una contravención expresa del texto de la ley* y sin posibilidad de enjuiciar el fondo del asunto, que había de ser sometido nuevamente a conocimiento de un juez del mismo rango que aquél que había dictado la sentencia casada por medio de un instrumento peculiar, el reenvío (Calamandrei, p. 25) (Satta, 1962, p. 175 a 179).

Obviamente para los revolucionarios la casación no podía poseer una finalidad uniformadora de la jurisprudencia, pues en realidad detestaban la interpretación de la Ley:

*“En el Gobierno republicano —había dicho Montesquieu— es propio de la naturaleza de la Constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual pueda interpretar ninguna ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida”* (Montesquieu, 1971, p. 100).

Así pues en su origen la casación tenía una finalidad exclusivamente protectora de la norma (*nomofláctica*). Pero pronto el positivismo jurídico radical se desprendió de sus postulados más ingenuos y, gracias a ello, el recurso de casación se convirtió en instrumento de creación de la jurisprudencia. Los hitos fundamentales de su transformación fueron: i) la posibilidad de motivación de las decisiones del tribunal; ii) su publicación en el Boletín Oficial y; iii) la necesidad de que, tras el segundo reenvío, el juzgador de instancia acatara el punto de vista jurídico expresado en la sentencia de casación (establecida por la Ley francesa de 1 de abril de 1837) (Prieto-Castro, 1985, p. 102 y ss).

Actualmente la doctrina, siguiendo a *Calamandrei* y sobre la base de remotos antecedentes situados en el Derecho romano de la época imperial, conviene en otorgar a la casación una doble finalidad: la protección del *ius constitutionis* y la defensa del *ius litigatoris* (Calamandrei, 1945, p. 70 y ss). Generalmente se concede a la primera función mencionada, la *salvaguarda del Derecho objetivo*, mayor relevancia que a la segunda, la *tutela de los derechos de las partes*, considerada frecuentemente con la *artimaña* de la que se sirve la Ley para la satisfacción de los verdaderos fines de la casación, que estarían constituidos por la *nomoflaxis* y la *uniformidad de la jurisprudencia*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre los defensores de tal postura destaca en la actualidad Taruffo, quien considera la tutela de la ley en el caso concreto un efecto colateral (side-effect) del recurso de casación, cuyo fin sería la unificación de la jurisprudencia a través de la creación de precedentes. (La Corte di cassazione e la legge, 1990, p. 379).

Algunos autores, sin embargo, no aceptan que los derechos de las partes sean situados en una posición subordinada respecto del Derecho objetivo y defienden el valor de la casación como el último recurso mediante el cual los particulares pueden tratar de obtener la tutela de sus derechos subjetivos (Valls, 1977, pág. 29 y 38 a 49) (Serra, 1984, p. 785) (Vázquez Sotelo, 1974, p. 925 y 926).

Ahora bien, es muy dudoso que la distinción entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* deba mantener su sentido tradicional en el ámbito del recurso de casación y resulta igualmente discutible que pueda diferenciarse con nitidez la finalidad *nomofiláctica* de la *uniformadora de la jurisprudencia*. En realidad la finalidad de la casación habría de ser la *creación y el desarrollo de la jurisprudencia*, mediante la *unificación de la interpretación y aplicación del derecho*.

Para la adecuada comprensión de su finalidad, la casación debe desprenderse de la idea de la *nomofilaxis* como objetivo a alcanzar, pues resulta materialmente imposible que cualquier transgresión normativa cometida por los tribunales de instancia sea corregida a través de dicho medio de impugnación. No existe ninguna razón que obligue a mantener, como reliquias del pasado, las particularidades de un recurso creado hace más de doscientos años si no son útiles para resolver los problemas de la sociedad contemporánea. La evolución que ha sufrido la institución del reenvío en los países de la Europa continental constituye un claro ejemplo de ello<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La concepción de los revolucionarios franceses del tribunal de *casation* como una “*jurisdicción negativa*” que, casada la sentencia, debía remitir la decisión sobre el fondo a un órgano judicial del mismo nivel que aquél que hubiera dictado la resolución impugnada, a través del llamado “*reenvío*”, pervivió durante decenios, hasta fechas muy recientes, en países como Francia e Italia. En ambos países, sin embargo, la legislación ha evolucionado finalmente y se permite al tribunal de casación, al igual que sucede en Alemania (556 ZPO) y en Austria (510 ZPO), fallar sobre el fondo sin reenvío cuando los hechos han sido suficientemente constatados y apreciados por los jueces de instancia y permiten al tribunal aplicar la regla de derecho (Artículo 627 CPC francés, redactado por el Decreto num. 79/941, de 7 de diciembre de 1979) o, en palabras del Código italiano, cuando no son necesarias ulteriores investigaciones sobre los hechos (artículo 384 CPC, reformado por la Ley de 26 de noviembre de 1990, num. 353).

En España tradicionalmente se ha considerado que la función primordial de la casación consiste en lograr la uniformidad jurisprudencial (Vázquez Sotelo, Rasgos definidores de la casación civil española, 1974p. 859 a 926) (Vázquez Sotelo, La casación civil (revisión crítica), 1979) (Gaité, 1971, p. 127 a 183) (Fairen, 1969, p. 198 a 235), aunque por influencia de la clásica obra de *Calamandrei*, suele hacerse alusión a la *función nomofiláctica* (Calamandrei, La casación civil, 1959) (Calamandrei, La casación civil. Novissimo Digesto Italiano, 1958) (Calamandrei, 1937)<sup>3</sup>. No se repara, sin embargo, en que cuando se emplea tal expresión no se hace alusión sólo a la *protección de la norma*. La *nomofilaxis*, referida a la casación, se halla cargada de un contenido semántico más concreto. Si no fuera así, como desde la perspectiva de las llamadas *teorías objetivas* sobre los fines de la jurisdicción (Prieto-Castro, Derecho de los Tribunales, 1986, p. 85 y ss.) la actuación de todo órgano judicial tendría como meta la protección del Derecho objetivo —en definitiva, de las normas—, la actuación de cualquier juez de primera instancia o de cualquier tribunal de apelación podría ser calificada también como *nomofiláctica*.

En realidad, cuando se emplea el término *nomofilaxis* para describir el fin de la casación se pretende hacer alusión a algo distinto. Concretamente, a la tarea que desempeña el tribunal de casación, como órgano que ocupa la cúspide de la organización judicial, en la corrección de los errores de interpretación jurídica cometidos por los órganos inferiores (Calamandrei, La casación civil, 1945, p. 29 a 36, 116 a 118 y 178 a 180). Más que la norma, lo que protegería la casación sería la *exacta observancia de la ley*, por emplear las palabras utilizadas por el artículo 65 del *Ordinamento Giudizario* italiano. Interesa destacar que la redacción de este precepto, que data de 1941, ha sido muy criticada por la doctrina, que ve en ella, como afirma *Taruffo*, una clara influencia de la concepción clásica de la casación formulada por *Calamandrei* y de una visión *burocrática y autoritaria* del recurso de estilo fascista (Taruffo, 1990, p. 350, 351 y 373). “*El interés de la ley de que se habla comúnmente en materia de casación* —decía Calamandrei— *no*

<sup>3</sup> Me refiero a La Cassazione civile, publicada en 1920 en Turín en dos tomos. Ha sido traducida al castellano por Sentis Melendo en dos volúmenes, que son los que han sido citados con anterioridad.

*quiere decir, pues, otra cosa que el interés público en la actuación de los preceptos nacidos de la norma abstracta exactamente interpretada*” (Calamandrei, La casación civil, 1945, p. 18).

Pero el propio *Calamandrei*, aunque sostenía que la interpretación conforme a la ley sólo podía ser una, era consciente de la imposibilidad teórica de identificarla con exactitud y defendía, en consecuencia, la relatividad de los conceptos de verdad y falsedad en el contexto de la interpretación normativa, la cual, basada —a su juicio— en un “razonamiento que puede ser más o menos persuasivo” nunca conduciría a una “certeza absoluta e irrefutable”. Entendía *Calamandrei* que “para mantener la certeza y la igualdad del Derecho” es oportuno “considerar oficialmente como interpretación verdadera de la ley la que se elige por el órgano unificador de la jurisprudencia como interpretación única” (Calamandrei, La casación civil, 1945, p. 106 a 111).

Hoy en día, sin embargo, prevalece la idea, intuida por el profesor florentino, de la inexistencia de una única interpretación de la norma que pueda considerarse jurídicamente correcta, pues una norma puede ser objeto de más de una interpretación razonable (Taruffo, 1990, p. 370). Por ello la doctrina italiana ha dirigido sus esfuerzos hacia la redefinición del concepto de *nomofilaquia*, que, siguiendo a *Borré*, habría de entenderse de modo diferente y más complejo, como procedimiento que permitiría llegar a la unidad a partir de la diversidad (Borré, 1991, p. 820).

En palabras de *Brancaccio*, en la nomofilaxis “encuentra el modo de expresarse el pluralismo ideológico, puesto que la certeza del derecho, que constituye el fin de la nomofilaxis, resulta así redefinida, en el sentido que ella se presenta no como un valor absoluto y abstracto, sino como un valor tendencial, correlativo al debate que ha precedido a la decisión” (De la necessità urgente di restaurare la Corte di Cassazione, 1988, p. 462.).

De este modo —advierte *Taruffo* con acierto—, la nomofilaxis no se apoyaría en los postulados de las teorías formalistas de la interpretación y en la “autoridad jerárquica” del tribunal de casación, sino en la “autoridad de las buenas razones” que el más alto tribunal ha de exteriorizar a la hora de acep-

tar o rechazar nuevos puntos de vista jurídicos adoptados por los órganos judiciales inferiores (Taruffo, 1990, p. 384) (Borré, 1991, p. 821 y 822).

La *nomofilaxis* se presenta así enlazada con la idoneidad de la casación como instrumento al servicio de la evolución de una jurisprudencia que pueda considerarse “*coherente y responsable*” (Borré, 1991, p. 822), que permita someter las decisiones innovadoras de los tribunales inferiores ante el tribunal de casación, con el fin de que dicho órgano enjuicie su legalidad y haga públicos los motivos de su rechazo o admisión, de forma que la sentencia pueda servir como precedente para la resolución de otros asuntos posteriores<sup>4</sup>. La nueva perspectiva de la función nomofiláctica nos conduce, por tanto, a la cuestión de la aptitud del recurso para lograr la uniformidad de la jurisprudencia.

### 3. La uniformidad de la jurisprudencia

Nadie duda que es misión esencial de la casación lograr la uniformidad jurisprudencial, si bien frecuentemente se afirma que el citado recurso tiene como finalidad la defensa del *ius ligatoris*. Y es cierto que, más que a la protección del *ius constitutionis* la casación debe orientarse hacia la tutela de los derechos de los ciudadanos. Ahora bien ¿qué derechos? No es difícil

---

<sup>4</sup> Algunos autores italianos, en contra de la doctrina mayoritaria que coincide en su crítica a la caótica situación actual de la casación en aquel país, principalmente por su incapacidad para lograr la uniformidad de la doctrina legal (las distintas posturas pueden encontrarse en Fanelli, (La funzione nomofilattica de la Corte di Cassazione, 1989, p. 42 y 43), han defendido el valor de las contradicciones jurisprudenciales, aunque se manifiesten en sentencias dictadas en un corto espacio de tiempo por el tribunal de casación, e incluso aunque los contrastes adopten la forma de una jurisprudencia pendular, con argumentos tales como el carácter heterogéneo de la sociedad, el valor de la diversidad en un mundo en permanente mutación y la independencia de los magistrados de la Corte di Cassazione (véase (Senese, 1987, p. 264) (Franceschelli, 1986, p. 39 a 41). La definición de la nomofilaxis como el “valor tendencial” o “metodológico” al que se ha hecho referencia no implica que deba compartirse semejante punto de vista (Denti, p. 417 y ss); (Chiaroni, 1990, p. 993 y ss.). Antes al contrario, aunque la evolución de la jurisprudencia deba partir necesariamente de la diversidad, de las inevitables discrepancias entre los órganos judiciales de instancia, la misión de la casación ha de ser la de dotar al sistema de una coherencia interna que permita alcanzar la seguridad jurídica (Moneta, 1990, p. 1017), cierta previsibilidad del resultado de un proceso, y un tratamiento igual de los ciudadanos ante los tribunales.

dar respuesta al interrogante planteado cuando se constata la aptitud de la casación para salvaguardar los derechos de las persona a la igualdad y a la seguridad jurídica (Calamandrei, La casación civil, 1945, 81) (De la Plaza, 1944, p. 22) (Gimano, 1988, p. 1741), los cuales expresan valores superiores del ordenamiento jurídico, de rango constitucional<sup>5</sup>. En este sentido la función uniformadora de la jurisprudencia es consecuencia de la protección del *ius litigatoris*.

El principio de igualdad, constitucionalmente proclamado en España en los artículos 1 y 14 CE, no sólo exige la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley efectuada por los órganos jurisdiccionales. En situaciones iguales la jurisdicción debería pronunciar decisiones iguales, siempre que no concurrieran razones objetivas y razonables que justificaran el trato desigual o, en otras palabras, la evolución de la jurisprudencia. Como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/92, de 21 de diciembre, *“no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante”*.

Pues bien, para garantizar la eficacia del principio de igualdad en la aplicación de la ley el recurso de casación es esencial. Por su posición institucional, al carecer los Tribunales Constitucionales de competencia para pronunciarse sobre cuestiones de mera legalidad ordinaria, su doctrina sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley ha de ser necesariamente restrictiva. En España el Tribunal Constitucional considera que el citado derecho no resulta infringido cuando las resoluciones contradictorias emanan de distintos órganos judiciales y sostiene que sólo se produce su vulneración cuando la contradicción se produce entre resoluciones de un mismo órgano judicial que, además, no haya motivado suficientemente su cambio de criterio, en la sentencia impugnada o con anterioridad en

---

<sup>5</sup> Aunque el artículo 1.1 CE no menciona la seguridad jurídica entre los valores superiores del ordenamiento, Peces-Barba Martínez considera que posee tal carácter, por su conexión con la justicia y la igualdad. (Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española, p. 247 a 245).

decisiones precedentes. El Alto tribunal ha llegado a afirmar incluso que dos Secciones de una misma Sala constituyen órganos judiciales distintos y que el término de la comparación es el precedente, entendido no como decisión aislada, sino como línea jurisprudencial que constituya una doctrina ya consolidada, de la que seña predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza.

Pero que los Tribunales Constitucionales no sean foros adecuados para lograr la uniformidad jurisprudencial no implica que, con base en el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, no pueda reclamarse del legislador la instauración de un sistema de recursos que impida la discriminación en la resolución de asuntos sustancialmente iguales. Precisamente es mediante una adecuada regulación de la casación como puede lograrse la plena efectividad del citado derecho fundamental. La existencia de un Tribunal Supremo, cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional, permite que la doctrina contenida en cualquier sentencia que se separe de precedentes anteriores pueda ser sometida al control de un único órgano encargado de unificar la jurisprudencia. Las resoluciones de dicho Tribunal que resultaran contradictorias con su propia doctrina habrían de exteriorizar las razones del cambio de criterio, los motivos conducentes al abandono de una postura y la asunción de otra que en el futuro servirá como precedente (en España la ausencia de tal motivación justificaría la interposición de un recurso de amparo ante el TC con fundamento en el artículo 14 de la Constitución).

Así, junto con el principio de igualdad resultaría fortalecida la seguridad jurídica, pues el contenido de la sentencia en el caso concreto sería más fácilmente predecible. Como afirma *Chiarlioni* una práctica inspirada en el respeto a los precedentes permite a las personas prever las consecuencias de sus acciones, reduce la conflictividad judicial y dota al tráfico jurídico de mayor seguridad y posibilidades de programación (Eficacia del precedente judicial y tipología del contrasti di giurisprudenza, 1989, p. 121).

Acertadamente manifiesta *Taruffo* que “*la autoridad de las resoluciones de un órgano es, o tiende a ser, inversamente proporcional al número de veces que el mismo se pronuncia*”. Respecto a Italia añade que en los repertorios de

jurisprudencia es posible hallar sentencias favorables a cualquier posición que se quiera defender (Taruffo, *La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y la de instancia*, 1990, p. 550) (Taruffo, *Linee per una riforma della Cassazione Civile*, 1987, p. 207 a 209).

Pero ¿cómo resolver la paradoja planteada? ¿cómo puede extenderse la posibilidad de interponer el recurso frente a todas las sentencias dictadas en apelación sin que ello suponga el colapso del tribunal de casación? La única manera de conseguirlo es a través de la restricción de los motivos de impugnación de la sentencia recurrida.

Aunque para reducir el volumen de trabajo de los tribunales de casación la medida más sencilla que podría implantarse es la propuesta por *Cappelletti* (Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano, 1974, p. 280), que consiste en la concesión al tribunal de casación de la posibilidad de seleccionar los recursos sobre los que considerara conveniente pronunciarse, como hace el Tribunal Supremo norteamericano, la traslación de dicha técnica al Derecho continental resulta problemática. En el derecho europeo continental no rige el principio del *stare decisis* y los tribunales no se sienten tan vinculados a los precedentes como en los países del *common law*. Por ello, dado que las resoluciones contradictorias son muy frecuentes, parece necesario dejar expedita a los ciudadanos la vía de acceso al Tribunal Supremo, órgano que está obligado a restablecer el derecho a la igualdad en todos los casos en los que haya sido infringido.

En Alemania —tras su reforma en 2001— el parágrafo 543 (2) ZPO establece la admisibilidad del recurso de revisión cuando la cuestión jurídica (*rechtsache*) tiene una “*importancia fundamental*” (*grundsätzliche bedeutung*) o “*el desarrollo del Derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia uniforme precisa de una decisión del tribunal*”. En principio es el tribunal de apelación (*Berufung*) el que otorga el acceso a la *Revision* si se satisfacen los citados requisitos, aunque las partes pueden impugnar ante el Tribunal Supremo Federal la falta de autorización para impugnar la sentencia si el asunto excede en su cuantía de 20.000 €.

En España, con el antecedente del recurso para la unificación de doctrina

establecido para los órdenes de lo contencioso-administrativo y de lo social, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil estableció en su artículo 477.2 un sistema híbrido de acceso a la casación, en el que combinaba los criterios de la cuantía del asunto y del *interés casacional*, en virtud del cual se pretendía que llegaran a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo las sentencias dictadas: i) en procesos de protección de derechos fundamentales; o ii) en los que la cuantía superara 150.000 €; o iii) las que fueran contradictorias con la jurisprudencia o con decisiones de los tribunales de apelación en casos sustancialmente iguales o las relativas a normas cuya vigencia no excediera a cinco años sobre las que no existiera jurisprudencia. Pero la Ley resultó interpretada de forma artificiosamente restrictiva por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con la finalidad de ahorrarse carga de trabajo, sin que el Tribunal Constitucional lo remediara y durante un decenio el acceso a la casación se rigió por el criterio irracional establecido por el Acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera de 12 de diciembre de 2000 (el cual impedía el acceso a la casación a los pleitos que se tramitaran con arreglo a un determinado tipo de proceso en razón a la materia aunque su cuantía excediera la legalmente fijada para la admisibilidad de la casación, mientras cercenaba también la posibilidad de recurso por *interés casacional* a las sentencias dictadas en los tipos de procesos seguidos en razón a las cuantía). Felizmente, tras la entrada en vigor de la Ley de Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, la casación es admisible: i) si se trata de un proceso de protección de derechos fundamentales; o ii) si la cuantía del asunto supera los 600.000 €; o iii) si la resolución del recurso presenta *interés casacional*, definido exactamente igual que antes, pero esta vez correctamente interpretado por la Sala de lo Civil, la cual, ante la subida del límite económico, ha desbloqueado el acceso mediante el Acuerdo de la Junta General de Magistrados de 30 de diciembre de 2011, que sustituye al anterior.

Ni en Francia ni en Italia existen restricciones como las que se acaba de indicar que rigen en Alemania o en España. Si se han establecido en ambos países, sin embargo, filtros de acceso que permitan rechazar anticipadamente los recursos claramente infundados (en 2001 y en 2006, respectivamente). Vemos, así, que la tendencia en el Derecho continental es hacia la restricción de la casación.

Frente a la citada tendencia limitativa se alzan voces críticas, aunque minoritarias. En ocasiones se alude al *ius litigatoris* para hacer referencia a un supuesto derecho a presentar ante el Tribunal Supremo, como máximo órgano del Poder Judicial, el último recurso, con objeto de que sea dicho órgano el que se pronuncie sobre los derechos en que las partes han fundamentado sus pretensiones deducidas en el proceso (Serra, 1984, p. 785). Tal concepción de la casación la convierte en realidad en una tercera instancia, aunque *sui generis*, en cuanto se orienta a la discusión de cuestiones de aplicación e interpretación jurídica de las normas y deja al margen el control de las razones que han conducido a los tribunales inferiores a formar su convencimiento sobre los hechos. Incluso cierta parte de la doctrina defiende el control en casación de las máximas de la experiencia empleadas por el juzgador de instancia en la apreciación de la prueba conforme al principio de libre valoración (Prieto-Castro, Los hechos en casación (líneas generales), 1950, p. 259) (Prieto-Castro, Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución, 1985, p. 492 a 495 y 511 a 519).

¿En virtud de qué motivos se identifica el derecho a interponer el recurso de casación con el pretendido derecho de las partes a presentar un último recurso? Como respuesta a esta pregunta no se puede afirmar el derecho a una tercera instancia como exigencia derivada del derecho de acceso a los tribunales o a la tutela judicial efectiva, pues dentro del ámbito del proceso civil el legislador ni siquiera se encuentra obligado a instaurar la doble instancia en todo tipo de procesos, a diferencia de lo que acontece en el proceso penal, en el que el artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas obliga a asegurar a todo condenado por delito la revisión de la sentencia por un tribunal superior. Difícilmente, en consecuencia, se puede negar al legislador libertad de configuración para restringir el acceso a la casación, de acuerdo con criterios no discriminatorios. Además, no parece que tres instancias garanticen una mayor justicia en la decisión. Primera instancia y apelación —aun cuando ésta se inspire en criterios restrictivos de la posibilidad de alegación de hechos y proposición de pruebas— son suficientes para asegurar una razonada aplicación del Derecho. Una instancia más provoca lo que *Cappelletti* ha denominado la “*desvalorización del juicio de primer grado y la glorificación de las impugnaciones*”

(Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano, 1974, p. 278) y, en definitiva, una considerable pérdida de tiempo.

Realmente los defensores de la visión del recurso de casación como el “último recurso” no suelen fundamentar su posición afirmando la necesaria existencia de una tercera instancia. Salvo excepciones, como la de *Dualde* (Una revolución en la lógica del Derecho, 1933, p. 306) o su discípulo *Condomines Vals* (El recurso de casación en materia civil, 1977, p. 104), niegan que la casación constituya una instancia más. No obstante consideran positivo que todo proceso civil pueda llegar hasta el Tribunal Supremo. Como ello resulta imposible, la lógica consecuencia de esta postura es la instauración de filtros de diversa naturaleza. Entre ellos en España gozaron de gran predicamento dos, el primero creado por la jurisprudencia y el segundo establecido por la ley: un exacerbado rigor formal, inicialmente superado gracias a la jurisprudencia antiformalista del Tribunal Constitucional en sus primeros tiempos (pero en la que se ha vuelto a recaer) y el valor económico de la pretensión discutida en el juicio, criterio de agrio sabor clasista que, tras las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fueron gradualmente alejando al Tribunal Supremo de las controversias de menor valor económico, hasta que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil lo relativizó, al establecer el criterio del *interés casacional*, al que antes se hizo referencia.

Es cierto, sin embargo, que entre los partidarios de la concepción de la casación como el último recurso en el que pueda hacerse valer, sin limitaciones, los derechos subjetivos de las partes, se encuentran algunos autores, como es el caso de *Serra Domínguez*, que se han opuesto al establecimiento de filtros como los mencionados y otros, como, por ejemplo, la carga de constituir depósitos (Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1984, p. 789 y 887 a 882). Pero dichos autores no aclaran cuál puede ser la forma de evitar el colapso del Tribunal Supremo si a dicho órgano jurisdiccional se le atribuye la tarea de enjuiciar la corrección, desde el punto de vista de la legalidad, e incluso de la valoración de la prueba, de todas las sentencias definitivas dictadas por los tribunales de apelación.

En definitiva, el problema radica en que el tribunal que tenga atribuido el conocimiento de los recursos de casación, para que tal medio de impugnación pueda cumplir con eficacia el fin de dotar de uniformidad a la doctrina legal, debe ser uno, situado en la cúspide de la organización judicial. Y simultáneamente la existencia de un único tribunal imposibilita que en él converjan todos los procesos civiles que se tramitan ante los órganos judiciales del país.

La restricción del acceso a la casación debe ser considerada, en consecuencia, consustancial a la institución, pese a que en Italia el acceso al recurso se establezca como derecho en términos absolutos en el artículo 111 de la Constitución.

Queda por referir que, en tal contexto de limitación del ámbito de la casación, en España la Ley 7/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil suprimió la tradicional casación por quebrantamiento de forma y creó un curioso recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento quedó residenciado ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, el cual merece mención aparte en el siguiente epígrafe.

#### 4. La infracción procesal

Aunque, como sostiene SATTA, no parece acertado afirmar que la casación tenga sus antecedentes históricos en la *querela nullitatis* (Comentario al Codice di Procedura Civile. Libro Secondo. Processo di cognizione, 1962, p. 174 y 175), es innegable que, con la casación, los revolucionarios franceses otorgaron a la *infracción de ley* tratamiento similar al que se dispensaba a los vicios de nulidad. En España se abandonó pronto la equiparación de la infracción de ley a un vicio de dicha naturaleza, pero como el recurso había penetrado en el ordenamiento asimilado a un recurso de nulidad —según llegó a denominarse en un principio a la casación—, la posibilidad de denunciar los defectos procesales causantes de nulidad se consideró consustancial a la naturaleza del recurso, que se estimaba procedente no sólo para denunciar los vicios *in iudicando*, sino también los vicios *in procedendo*, como resulta posible también en Francia, Italia y Alemania.

Desde un punto de vista práctico es muy difícil deslindar las categorías de los errores *in iudicando*, de un lado, y de los errores *in procedendo*, de otro. A juicio de *Vásquez Sotelo* “*aun cuando la mayor parte de la doctrina acepta que la distinción clásica es útil como base de partida para estudiar los vicios de la sentencia, en torno a su invalidez y a su injusticia, así como para establecer las diversas funciones de la casación respecto de cada una de dichas categorías, no existe absoluto acuerdo a la hora de definir en qué consisten tales vicios*”. Como advierte el autor citado, la posibilidad de fundar la distinción en la naturaleza materia o procesal de la norma infringida debe ser descartada. Basta para ello con comprobar cómo tradicionalmente se venía admitiendo en España la posibilidad de denunciar como infracción de ley, con los efectos propios de los vicios *in iudicando*, la vulneración de normas procesales como las que distribuyen la carga de la prueba o regulan los requisitos de la sentencia (La casación civil (revisión crítica), 1979, p. 73 y 74).

Ciertamente, la distinción entre ambos grupos de vicios no debe ostentar utilidad práctica si no se enfoca desde la perspectiva de la diferencia entre los defectos que causan la nulidad de actuaciones y los que ocasionan la mera revocación de la sentencia impugnada. Mientras la concurrencia de los primeros ha de impedir al tribunal de casación pronunciarse sobre el fondo, la estimación de los segundos permite a dicho tribunal a decidir sobre la fundamentación de las pretensiones deducidas en el proceso, si no se impone necesariamente el *reenvío*. Y ello tanto si la norma posee carácter material como si ostenta naturaleza procesal (así, por ejemplo, si la sentencia carece de motivación o es incongruente).

Pero no lo entendió así el legislador en España y consideró apropiado desgajar la infracción de la norma procesal del ámbito de la casación, como si respecto a ella no rigiera el principio de igualdad en la aplicación de la ley en todo el territorio nacional, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. ¿Por qué? Sería grato creer que respaldaba al Poder Legislativo una plausible doctrina jurídica justificativa de la original innovación, pero lo cierto es que el creativo, aunque pernicioso, invento legal obedeció a un cálculo político de conveniencia para la obtención de una mayoría parlamentaria que, a la postre, resultó erróneo. Como quiera que

el Gobierno que había remitido el Proyecto de Ley al Congreso carecía de la mayoría parlamentaria para asegurar su aprobación en la parte del articulado para la que precisaba de mayoría absoluta (aquella en la que se modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial) pensó en complacer a los parlamentarios catalanes de Convergencia i Unió restando poder al Tribunal Supremo mediante el transvase de la interpretación de las leyes procesales a los Tribunales Superiores de Justicia, en contradicción con el carácter estatal que la Constitución atribuye a las leyes procesales (salvo excepciones que no vienen al caso). Quedó así en el articulado de la LEC limitada la infracción de ley como motivo de casación a la vulneración de la ley material y atribuido el conocimiento de la lesión de cualquier norma procesal (afectara a la jurisdicción, a la competencia, al procedimiento, a la prueba, a la sentencia o a las costas), e incluido el artículo 24.1 de la Constitución, a las salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, tantos como Comunidades Autónomas existen en el país. No obstante, por carambola política, el pacto con los nacionalistas catalanes se rompió y finalmente, por no conformarse mayoría absoluta para modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial, las mencionadas Salas de lo Civil y Penal no pudieron asumir competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, lo que supuso la necesidad de adición de una Disposición Final en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Decimosexta, que en definitiva volvía a atribuir a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, materialmente como si se tratara de motivos de *casación por quebrantamiento de forma*, las denuncias de infracción de la ley procesal. Pese a que desde el año 2001 en tres legislaturas ha habido mayorías en el Parlamento con capacidad para implantar el recurso extraordinario por infracción procesal en los Tribunales Superiores de Justicia, mediante la correspondiente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se ha hecho. Curiosamente la casación sigue formalmente amputada y la norma procesal minusvalorada en el régimen de recursos que luce en el articulado de la LEC, sin transcendencia práctica.

Una última reflexión, al hilo de lo expuesto: frente a tendencias territoriales disgregadoras se muestra como pieza esencial de protección de la igualdad de los derechos de los ciudadanos que comparten un régimen de derechos y libertades en un Estado de Derecho común.

## 5. El futuro

Dado que el Derecho de la Unión Europea unifica y armoniza en importantes sectores las relaciones civiles y mercantiles y existe un Tribunal de Justicia encargado de asegurar una interpretación uniforme de la normativa en el territorio de la Unión ¿no es curioso que la institución de la casación no sea utilizada en el ámbito supranacional y para la formación de la jurisprudencia se prefiera el mecanismo de la *cuestión prejudicial*? Conforme al artículo 19. 3 b) del Tratado de la Unión Europea y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los tribunales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en el Derecho interno deben someter ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones relativas a la validez o la interpretación del Derecho de la Unión Europea, salvo que exista jurisprudencia europea acerca de la misma o la manera de resolverla sea evidente, consulta que pueden realizar también los tribunales nacionales cuyas resoluciones sean recurribles conforme al Derecho interno (Recomendaciones a los órganos judiciales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales).

Mediante el mecanismo colaborativo descrito, al Tribunal de Luxemburgo se le asigna la función de crear jurisprudencia, de carácter vinculante, a través de resoluciones que sirven como precedentes que deben ser seguidos por los tribunales nacionales. ¿Servirá en el futuro la *cuestión prejudicial europea* como modelo en el Derecho continental? No parece previsible, ni deseable.

Las sentencias de los tribunales de casación continentales, especialmente los latinos, exponen *reglas de derecho* sin una exposición de los hechos suficiente para establecer una vinculación de los tribunales inferiores jurídicamente significativa respecto a la resolución previa del caso. El precedente se basa en la *tópica*, la jurisprudencia en la depuración analítica del Derecho aplicado. Un paso adelante para la consecución de una interpretación y aplicación uniforme del Derecho en la Europa continental sería que las sentencias de casación expusieran con claridad y detalle los hechos para que la *ratio decidendi* de las sentencias fuera comprendida más allá de la enunciación de la *regla de derecho* aplicada (que en Francia y, especialmente, en

Italia es somera). Pero conseguido tal objetivo y partiendo de la hipótesis de que la jurisprudencia de los tribunales de casación fuera en sí misma consistente y no oscilante cuando no caótica ¿habrían de quedar los jueces inferiores vinculados a la jurisprudencia? Si por vinculación se entiende el deber de conocerla y tomarla en consideración, obviamente sí. Pero si vinculación se identifica con obligación de seguirla sin posibilidad de apartarse de la misma, pese a la existencia de razones jurídicamente fundadas para resolver el asunto de modo diverso al que la aplicación de la jurisprudencia conduciría, tal efecto sería de naturaleza normativa, colocaría al tribunal de casación en el papel del legislador y al juez en posición subordinada, carente de independencia y sometido, además de a la ley, a sus superiores jerárquicos. Además, si la casación quedara limitada a la *unificación de doctrina* —como más arriba se ha defendido— la consecuencia inexorable sería la *petrificación* de la jurisprudencia.

Como se ha explicado con anterioridad, la casación no sólo tiene como finalidad crear y desarrollar la jurisprudencia para asegurar la seguridad jurídica. También debe tutelar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, cuya tutela ante el tribunal de casación corresponde a las partes solicitar. La *cuestión prejudicial* como mecanismo para la creación y el desarrollo de la jurisprudencia es ajena a la tutela del citado derecho, al cual los justiciables no tienen por qué renunciar. Así pues una evolución de la casación en el sentido indicado resultaría autoritaria.

## 6. Referencias:

- Borré. (1991). Verso un ruolo piú significativo del giudizio di leffittimitá. En Dibattito su: La cassazione e el suo futuro. Italia: Questione Giustizia.
- Brancaccio. (1988). De la necessitá urgente di restaurare la Corte di Cassazione . En La cassazione civile. Foro italiano.
- Calamandrei, P. La Corte di cassazione e la legge.
- Calamandrei, P. (1945). La casación civil (Vol. I). Buenos Aires: EBA.
- Calamandrei, P. (1959). La casación civil. (S. Melendo, & Ayerra, Trads.) Buenos Aires: 1959.

- Calamandrei, P. (1958). *La casación civil*. Novissimo Digesto Italiano. (Fumo, Trad.) Turín.
- Calamandrei, P. (1937). *Cassazione civile*, en *Nuovo Digesto Italiano*. (S. Melendo, & Ayerra, Trans.) Turín.
- Cappelletti, M. (1974). *Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano*. En *Proceso, ideologías, sociedad* (S. Melendo, Trad.). Buenos Aires.
- Chiarloni. (1989). *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*. RTDPrC.
- Chiarloni. (1990). *La cassazione e la norma*. Riv. Dir. Pr.
- De la Plaza, M. (1944). *La casación civil*. Madrid.
- Denti. *A propósito de Corte di Cassazione e di nomofilachia*. En *La cassazione civile*.
- Dualde. (1933). *Una revolución en la lógica del Derecho*. Barcelona.
- Fairen Guillen, V. (1969). *Temas del ordenamiento procesal*. En *La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)* (Vol. I). Madrid.
- Fanelli. (1989). *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*. 23.
- Franceschelli. (1986). *Nomofilachia e Corte di Cassazione*. Giustizia e Costituzione.
- Gaite, L. (1971). *Evolución histórica de la casación civil en España* (Vol. 1). RDPib.
- Gimano. (1988). *La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1448.
- Martínez, P.-B. *Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española*. En *Funciones y fines del Derecho Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista Separata*.
- Moneta. (1990). *Contrasti nella giurisprudenza della Cassazione civile 1990*. *Rivista Contratto e impresa*, 3.

- Montesquieu. (1971). *El espíritu de las leyes*. Madrid.
- Prieto-Castro. (1986). *Derecho de los Tribunales*. Pamplona.
- Prieto-Castro. (1950). Los hechos en casación (líneas generales). En *Estudios y comentarios para la práctica procesal civil*. Madrid.
- Prieto-Castro. (1985). *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución (Vol. II)*. Pamplona.
- Recomendaciones a los órganos judiciales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, DOUE C 338/1. 6.11.2012 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).
- Satta, S. (1962). *Comentario al Codice di Procedura Civile. Libro Secondo. Processo di cognizione (Vol. Parte Seconda)*. Milán.
- Senese. (1987). *Funzione di leffittimitá e ruolo di monofilaquia (Vol. V). Foro italiano*.
- Serra, D. (1984). *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (V. Cortés Domínguez, Ed.)* Madrid.
- Taruffo, M. (1990). La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y la de instancia. En *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Víctor Fairén Guillén (M. Villagómez Cebrián, Trad.)*. Valencia.
- Taruffo, M. (1990). *La Corte di cassazione e la legge (Vol. 2)*. RTDPrC.
- Taruffo, M. (1987). *Linee per una riforma della Cassazione Civile. Revista Critica del Diritto Privato, 5*.
- Valls, C. (1977). *El recurso de casación en materia civil*. Barcelona.
- Vázquez Sotelo, J. L. (1979). *La casación civil (revisión crítica)*. Barcelona.
- Vázquez Sotelo, J. L. (1974). *Rasgos definidores de la casación civil española. RDP 1974*.

# El recurso de casación en el sistema España: la casación penal<sup>1</sup>

*Ágata M<sup>a</sup> Sanz Hermida*

---



---

## Sumario

**1.** Introducción. **2.** El sistema español de recursos en el orden penal. 2.1 Sobre la necesidad de existencia de un recurso en el sistema penal de enjuiciamiento. 2.2 Sistema de recursos en el orden penal y derecho a la revisión de la sentencia por un Tribunal Superior. **3.** El modelo de casación española. 3.1 Infracción de ley. 3.2 Quebrantamiento de forma. 3.3 Infracción de precepto constitucional (arts. 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 LOPJ). **4.** Necesidad y propuestas de reforma. **5.** Referencias.

---



---

## Resumen

Esbozado el panorama español en materia de recursos, resulta clara la necesidad de llevar a cabo una actualización y racionalización del sistema, tal como se había manifestado el Legislador en la reforma de la LOPJ en el año 2003 y que cuenta con el consenso generalizado en la doctrina española, a fin de implantar el principio de la doble instancia para garantizar la efectividad del derecho de todo condenado a recurrir la sentencia ante un Tribunal superior.

---

<sup>1</sup> El texto de esta contribución se corresponde con la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre “El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia”, organizada por la Corte Nacional de Justicia, Quito, 21 y 22 de marzo de 2013.

## **1. Introducción**

A diferencia de la casación civil, la evolución de la casación penal desde sus orígenes en la Francia revolucionaria de finales del siglo XVIII hasta nuestros días ha estado marcada de manera significativa por el reconocimiento y garantía del derecho a los recursos en el ámbito penal, como a continuación se expondrá. Se afirma que actualmente el fin de unificación de doctrina de la casación penal resulta impracticable, mientras que su finalidad de control en la aplicación de la ley y, a través la misma, el ejercicio del derecho del condenado a reprobación la sentencia, ha ganado definitivamente la prioridad. Tal es la importancia para algunos autores de esta finalidad que abogan por un replanteamiento de la denominada “dogmática de la casación penal”, al objeto de que este recurso de casación contra la sentencia condenatoria se configure de manera amplia para poder permitir satisfacer eficazmente la garantía del derecho a que la condena sea revisada por un Tribunal superior (Pastor, 2001, p. 14).

Por el contrario, otros autores reclaman devolver a la casación penal su esencia, otorgando prioridad al fin de la unificación de doctrina, fin institucional que está llamado a colmar este recurso. A este respecto se señala que el derecho del condenado a recurrir la decisión puede verse satisfecho con otros recursos como el de apelación, de modo que la configuración de la casación debe responder principalmente a la necesidad de unificar la interpretación de las normas jurídicas (Vecina Cifuentes, 2003, p. 127 y ss).

Este contexto debe servir, a efectos expositivos, de punto de partida para entender el modelo español, lo que actualmente es y lo que puede estar llamado a ser.

## **2. El sistema español de recursos en el orden penal**

### **2.1 Sobre la necesidad de existencia de un recurso en el sistema penal de enjuiciamiento**

Una primera aproximación a la regulación española del recurso de casación permite definirlo como un recurso extraordinario, puesto que sólo

puede fundarse en motivos tasados —vulneración de ley material o procesal o precepto constitucional— y sólo procede contra decisiones tasadas<sup>2</sup>, del que conoce la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo con la finalidad de instar la anulación de la decisión impugnada. La naturaleza material o procesal de los motivos lleva al Legislador a distinguir respectivamente dos modalidades, el recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma (artículo 847 Ley de Enjuiciamiento Criminal), a las que se une la de infracción de precepto constitucional (artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Si bien en atención a las consideraciones anteriormente expuestas, el recurso de casación en España en el orden penal parece mantener su caracterización como recurso extraordinario, la peculiar conformación de nuestro modelo procesal penal y del sistema de recursos, así como la aplicación jurisprudencial que del mismo se ha hecho, lleva necesariamente modular esta primera delimitación a la luz del derecho fundamental al recurso o al doble pronunciamiento (Hinojosa, 2007, p. 607 a 624), inherente al más amplio derecho a la tutela judicial efectiva que consagra nuestra Constitución en adelante, Constitución Española en el artículo 24.1<sup>3</sup> aunque no obstante en ocasiones también se ha vinculado al derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 Constitución Española.

En efecto, siguiendo la doctrina del más alto intérprete constitucional en España, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), puede afirmarse que, con carácter general, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no obliga a que el Legislador regule algún recurso contra la resolución

---

<sup>2</sup> Actualmente, el artículo 847 Ley de Enjuiciamiento Criminal permite recurrir en casación las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en única instancia (causas contra aforados, conforme al artículo 73.3 a y b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o en segunda instancia (decisiones del TSJ que resuelven en segunda instancia los recursos de apelación dictadas por el Tribunal del Jurado, artículo 846 bis a) Ley de Enjuiciamiento Criminal) y las dictadas por las Audiencias —Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional— en única instancia. Además, el artículo 848 permite recurrir en casación por infracción de ley algunos autos en los casos legalmente previstos.

<sup>3</sup> En efecto, señala el Tribunal Constitucional español, “las especialidades del recurso de casación penal en nuestro ordenamiento no oscurecen el hecho de que este instrumento procesal ocupa hoy una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas por el artículo 24 de la Norma Fundamental” (STC 60/1985).

jurisdiccional. Se trata a priori de un derecho de configuración legal que puede ser concretado en los siguientes términos:

1. El Legislador es libre a la hora de establecer o no recursos, así como para determinar los requisitos de los mismos (SsTC 3 18/1983), si bien prevista legalmente la existencia de un recurso, el derecho a la tutela judicial efectiva sí lo comprende.
2. El Legislador también es libre para determinar los requisitos legales para admitir o inadmitir un recurso, pero puede considerarse que existe vulneración de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando el legislador establece requisitos de difícil o imposible cumplimiento (STC 9/1983), así como cuando el Tribunal ordinario interpreta esos requisitos de manera rigurosa, no en el sentido más favorable a la admisión del mismo.

Sin embargo, estas afirmaciones deben necesariamente deben ser matizadas en el proceso penal, en el que el derecho a la tutela judicial efectiva sí comprende un derecho fundamental a los recursos (SsTC 42/1982) (STC 116/1988), debido a lo dispuesto en el artículo 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (en adelante, PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977 que señala:

*“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”<sup>4</sup>.*

Aunque la formulación del artículo 14.5 PIDCP no tiene un reconocimiento constitucional expreso en España, se ha incorporado a nuestro

---

<sup>4</sup> De manera similar, el artículo 2.1<sup>o</sup> del Protocolo nro. 7 de 01.11.1988, al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, del que España también es parte, señala que “toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluido los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley”

sistema a través de la previsión del artículo 10.2 CE, cláusula de singular valor y trascendencia en el ordenamiento en tanto en cuanto obliga a interpretar los derechos y garantías fundamentales *de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*. La consagración en nuestra Constitución de esta previsión interpretativa se ha convertido para nuestro Tribunal Constitucional en un valioso instrumento para dotar a los derechos fundamentales de un carácter expansivo y de un efecto amplificador, a la vez que se erige en cláusula de actualización permanente que permitiría, por esta vía, acoger en nuestro sistema cualesquiera nuevas garantías que, en el futuro, pudieran ser reconocidas a nivel internacional.

Pues bien, efectivamente lo dispuesto en el artículo 14.5 PIDCP obliga a considerar, como señala el TC, que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24, se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior. Este mandato, no obstante, no es bastante para crear, por sí mismo, recursos inexistentes (STC 60/2008 FJ4) (STC 70/2002) (SsTC 76/1982), si bien el Legislador está obligado a prever un recurso en el ámbito penal, manteniendo libre capacidad normativa para su configuración. En todo caso, las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento deben ser interpretadas en el sentido más favorable para la efectividad de tal garantía.

Y a partir de ahí surgen diversas cuestiones que es preciso dilucidar: ¿el sistema español cumple con la garantía del condenado a la revisión de la sentencia por un Tribunal Superior en el sentido del artículo 14.5 PIDCP? ¿Es el recurso de casación un medio de impugnación adecuado para la citada revisión de la sentencia? Para responder a las cuestiones anteriormente enunciadas se hace preciso partir, con carácter sintético, del modelo español de recursos en el orden jurisdiccional penal, por un lado, y de la configuración del recurso de casación, por otro, cuestiones a las que se van a dedicar los siguientes apartados.

## 2.2 Sistema de recursos en el orden penal y derecho a la revisión de la sentencia por un Tribunal Superior

El sistema español de recursos en el orden penal posee una peculiar configuración, conforme al cual, las faltas y delitos menos graves enjuiciadas por órganos jurisdiccionales unipersonales<sup>5</sup> son susceptibles de recurso de apelación, mientras que, el enjuiciamiento de los denominados delitos graves en única instancia por órganos jurisdiccionales colegiados, sólo puede ser objeto de recurso a través de la casación, único medio de impugnación contra las sentencias que recaigan en dichas causas (artículo 847 Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir en casación las sentencias dictadas en única o en segunda instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 847 Ley de Enjuiciamiento Criminal)<sup>6</sup>. El sistema se ve complementado por lo previsto en ámbitos específicos de la justicia penal, como el proceso penal de menores, donde está generalizada la apelación<sup>7</sup> y se ha implementado el sistema con la configuración de un recurso de casación para unificación de doctrina en los supuestos legalmente previstos<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Se trata de delitos castigados con penas privativas de libertad inferior a 5 años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía o si es de otra naturaleza, inferior a 10 años.

<sup>6</sup> A este respecto, ha señalado el TS en el Acuerdo de Pleno de 22.07.2008 que “la referencia que el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace el recurso de casación por infracción de la ley contra las sentencias dictadas por las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, incluye los motivos previstos en los números 1 y 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”

<sup>7</sup> El artículo 41 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM) establece que “contra la sentencia dictada por el Juez de menores en el procedimiento regulado en esta ley cabe recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial (...)”.

<sup>8</sup> Señala el artículo 42 LORRPM (2000): “1. Son recurribles en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal supremo, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere interpuesto una de las medidas a que se refiere el artículo 10; 2. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”. A este respecto hay que tener en cuenta el reciente acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del T.S., de 13.03.2013, referido a los efectos de la sentencia recaída en los recursos de casación para unificación de doctrina en materia de menores, señala que “sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de

y también la existencia de un recurso de casación para unificación de doctrina en el ámbito penitenciario<sup>9</sup>.

De ahí que se haya afirmado de manera genérica que el sistema de recursos en la justicia penal española —a salvo de las especialidades reseñadas— es, no sólo atípico, sino también discriminatorio, ya que en función de la pena correspondiente al delito imputado disminuyen las posibilidades de defensa de la persona acusada (Vecina Cifuentes, 2003, p. 127). Las consecuencias de este sistema en relación a la casación se podrían concretar en:

1. Disminuye la función uniformadora de la casación en tanto en cuanto se mantienen un buen número de asuntos que no van a poder llegar a este nivel de impugnación.
2. Al no existir un recurso de apelación para determinados asuntos, el recurso de casación vendría y/o debería venir a colmar esa posibilidad de que el condenado vea satisfecho su derecho a la revisión del asunto por

---

un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (artículo 42 LORRPM) *solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor*".

<sup>9</sup> En efecto, se introdujo un recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria, por la LO 5/2003 de 27 de mayo, que modificó la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, conforme al cual, puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada. A este respecto, establece el TS en el acuerdo de Pleno de la Sala Penal del TS de 22.07.2004, relativo al recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria, que son requisitos de este recurso:

- a) La identidad del supuesto legal de hecho.
  - b) La identidad de la norma jurídica aplicada.
  - c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Y,
  - d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.
- En cuanto a su naturaleza, señala el TS que el recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario:
- a) No es una tercera instancia.
  - b) Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal "a quo". Y,
  - c) No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita".

un Tribunal Superior (Vecina Cifuentes, 2003, p. 128) en los términos que se van a exponer.

En efecto, en este contexto ha subrayado el TC español que nuestro modelo de casación puede ser funcionalmente asimilable al derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, “siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra de juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia, las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado.” (SsTC 70/2002) (STC 80/2003) (STC 105/2003) (STC 116/2006) (STC 60/2008 FJ4).

Como puede deducirse, para nuestro TC el amplio contenido del artículo 24.1 de la C.E. en relación a la tutela judicial que protege al justiciable, alcanza, a la formulación de los recursos ordinarios y extraordinarios procesales concedidos por las Leyes, y entre ellos al recurso de casación penal, por constituir —entre otras— la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el «tribunal superior» en la vía criminal que ha de revisar las Sentencias de instancia a que se refiere el artículo 14.5 del PIDCP, precepto que, según el artículo 10.2 de la C.E. como se ha señalado, forma parte de nuestro ordenamiento a efectos de la regulación e interpretación de los derechos fundamentales. Corresponde al recurso de casación la depuración y control del Derecho en su aplicación por los Tribunales de instancia, asegurando el indispensable sometimiento de las decisiones de éstos a la Ley y unificando la interpretación jurisprudencial, a la vez que erigiéndose en un valioso medio para aplicar, defender y velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido, establecida en el artículo 24.1 de la C.E. (SsTC 17/1985, de 9 de febrero, y 60/1985, de 6 de mayo, entre otras).

No es ésta, sin embargo, la conclusión a la que ha llegado la Comisión de Derechos Humanos quien, a partir de su Dictamen de 20 de julio de 2000, asunto “Gómez v. España” y en dictámenes posteriores<sup>10</sup> ha condenado a nuestro país precisamente por entender que el recurso de casación no se ajusta a las exigencias derivadas de lo dispuesto en el artículo 14.5 PIDCP<sup>11</sup> y con la que, sin embargo, no están de acuerdo nuestros más altos órganos jurisdiccionales, ni el TC, como se acaba de señalar, ni el Tribunal Supremo —en adelante, TS—<sup>12</sup>.

### 3. El modelo de casación española

Planteada la controversia entre nuestros más altos órganos jurisdiccionales y el CPIDCP —ciertamente este último con dictámenes no siempre en la misma línea condenatoria, cfr. nota a pie 17—, la cuestión que se suscita es si atendiendo a nuestro actual modelo procesal, la casación penal

---

<sup>10</sup> Dictámenes de 30 de julio de 2003 —caso Joseph Semey c. España—; de 15 de noviembre de 2004 —José María Alba Cabriada c. España—; de 25 de mayo de 2005 —Antonio Martínez Fernández c. España—. No obstante, ha habido otros dictámenes en los que no se ha confirmado la condena a España como el Dictamen de 13 de mayo de 2003 —Luis Pascual Estevil c. España—; el de 10 de mayo de 2005 —caso Parra Corral c. España—; de 16 de agosto de 2005 —caso Luis Bertelli Gálvez c. España— o de 21 de noviembre de 2005 —Héctor Luciano Carvalho Vilar c. España—, entre otros. Un estudio sobre estos aspectos y las decisiones del CPIDCP puede verse en (González García J.) (González García J., 2008, pp. 361-382).

<sup>11</sup> Señala el citado Comité que si bien el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame apelación, no obstante la denominación que se utilice, debe cumplir con los elementos que exige el Pacto (de ahí que se haya interpretado que el derecho fundamental a los recursos no conlleva el derecho a un determinado tipo de recurso —no necesariamente es el derecho a una apelación en la que el órgano jurisdiccional ad quem se sitúa en la misma posición que el órgano a quo—) Y a estos efectos entiendo que la casación española no cumple con tales exigencias, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia.

En el mismo sentido se pronuncia un sector de la doctrina española que entiende que el derecho a los recursos del condenado debiera conllevar el derecho al doble grado de jurisdicción, es decir, a la apelación o a la doble instancia (GIMENO SENDRA, 2013, p. 76).

<sup>12</sup> De hecho, la citada decisión tuvo una inmediata réplica con el ATS de 14 de diciembre de 2001, a la que han sucedido numerosas decisiones más como, entre otras, de 23 de marzo de 2003 y de 16 de febrero de 2004. El citado Auto del 2001 tiene su origen en el recurso interpuesto por el Sr. Gómez tras el citado Dictamen del Comité al objeto de solicitar la declaración de la nulidad de la condena por no existir legislación que estructure el derecho de una revisión acorde con el artículo 14.5 PIDCP. A este respecto, el TS, tras subrayar que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales que le permitan otorgar la dictamen el carácter de título ejecutivo que legitime al recurrente para

responde o no verdaderamente a las exigencias del apdo. 5 del art 14 PID-CP, más aún porque los dictámenes de la CPIDCP han obligado a nuestros más altos órganos jurisdiccionales a reinterpretar la vigente normativa en la materia, dotándola de un significado acorde con lo dispuesto en dicho precepto. Con este objeto se van a exponer algunos de los más significativos caracteres de la casación española, para intentar sacar conclusiones al respecto.

Como anteriormente se ha subrayado, la casación es un recurso extraordinario, porque sólo cabe interponerse contra resoluciones tasadas (artículo 847 LECRim) y por motivos tasados (infracción de ley material o procesal o de precepto constitucional) del que conoce la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para pretender la anulación de las resoluciones objeto de impugnación<sup>13</sup>. Por lo que se refiere a los motivos que recoge la LECRim se pueden sintetizar del siguiente modo:

---

solicitar la revisión de la sentencia, subraya que el sistema español sí responde a las exigencias de dicho precepto, así como a lo dispuesto en el Protocolo Adicional 7 al CEDH, debido a la amplia y flexible interpretación que, del sistema de recursos, se viene haciendo desde la STC 60/1985 y las decisiones posteriores del mismo TC y su desarrollo en la jurisprudencia del TS: "(...) Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia a partir de esas decisiones, ampliando extraordinariamente, respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución, el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho que quedan fuera del recurso de casación exclusivamente a aquellas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos. Todo ello sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas, que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, pueden, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (artículo 954 Ley de Enjuiciamiento Criminal) que indudablemente completa el conjunto de garantías del debido proceso".

<sup>13</sup> De ahí que se venga afirmando que el modelo de casación española persigue las siguientes finalidades.

1. *Nomofiláctica* o de revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia
2. *Unificación de doctrina jurisprudencial*
3. Velar por el *cumplimiento de las garantías constitucionales*, en virtud de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, conforme al cual, "en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional".

### 3.1 Infracción de ley

A estos efectos, se entenderá infringida la Ley (artículo 849 LECrim):

*1º Cuando dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.*

*2º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios<sup>14</sup>.*

### 3.2 Quebrantamiento de forma

Con base en motivos procesales que sirven para fundar el recurso aparecen tasados en los arts. 850 y 851 LECrim (motivos tasados referidos a infracción procesal que cause indefensión o a la vulneración de los requisitos internos y externos de la sentencia expresamente tasados).

### 3.3 Infracción de precepto constitucional (artículos 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>15</sup> y 5.4 LOPJ)

De los tres motivos, resulta especialmente trascendente este tercero. En

---

<sup>14</sup> La apreciación de este motivo demanda, según el TS, que el mismo pueda demostrarse a través de «documentos obrantes en los autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios» (artículo 849.1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, en particular: ha de tratarse de verdaderas pruebas documentales, y no de otra clase aunque estén documentadas en la causa; normalmente de procedencia extrínseca a la causa (aunque al respecto quepan excepciones, especialmente cuando de datos objetivos se trata, en cuyo supuesto podría tratarse de meros errores materiales); que dichos «documentos» acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia (lo que suele denominarse «litosuficiencia» de tales documentos); que el error afecte a extremos jurídicamente relevantes, y que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio. (Cfr. STS 02.07.1998, entre otras).

<sup>15</sup> Precepto introducido por la Disposición Final 12ª, apdo 6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

efecto, según el TC, el recurso de casación en su concepción originaria y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la CE se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fuese derivada, con carácter excepcional, del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador en la instancia (en relación al artículo 849.2). Ahora bien, éste ya no es el modelo actual. La Constitución y la LOPJ, en el artículo 5.4, han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y fundamentalmente la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución son suficientes elementos para afirmar que el recurso puede ser efectivo en los términos del PIDCP (STC 1000/2005) y ATS de 16.02.2004, entre otros).

En efecto, nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de las cuestiones jurídicas y formales y que sólo permite revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2. En virtud de lo previsto en el artículo 852, el recurso de casación puede interponerse en todo caso fundándose en infracción de precepto constitucional de modo que, a través de la invocación de los derechos y garantías fundamentales del artículo 24.2, fundamentalmente del derecho a la presunción de inocencia, es posible que el TS controle, tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. Con la alegación de este motivo se puede cuestionar, pues, como reiteradamente ha señalado el TC, no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. La CE y la LOPJ han abierto, desde esta perspectiva, una amplia expectativa a la revisión probatoria.

Esta configuración permite, como señalan tanto el TC como el TS, entender que el recurso de casación vigente en España, similar al existente en otros Estados miembros de la UE, constituye un recurso efectivo

en el sentido del artículo 14.5 del PIDCP<sup>16</sup>, atendiendo a las siguientes consideraciones:

- 1º El TS ostenta la condición de superior, tanto respecto de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, como de la Audiencia Nacional, tal como se requiere en el precepto mencionado.
- 2º El sistema español cumple con las previsiones del Pacto ya que sí establece mecanismos que permitan reinterpretar el sentido dado al material probatorio por el Tribunal de instancia, revisando la racionalidad de los métodos lógico-inductivos que suponen toda actividad judicial de evaluación de las pruebas (ATS de 16.02.2004, entre otros). El único límite que en realidad tiene el recurso de casación en la revisión fáctica es el principio de inmediación<sup>17</sup>, límite que también se aplica al recurso de apelación (STC 167/2002) de modo que puede afirmarse, como señala el TS, que en España existe de hecho un sistema de “casación ampliada”, paralelamente al de una “apelación limitada” de manera que, en realidad, las diferencias entre una y otra son prácticamente irrelevantes (ATS de 24.05.2006).

No obstante, hay que tener en cuenta que las posibilidades revisoras de las sentencias absolutorias en sede casacional son limitadas —al igual que en el recurso de apelación—, debido a la imposibilidad de condenar

---

<sup>16</sup> (Auto TS, 13-09-2000, 2000) (Auto TS, 14-12-2001, 2001) (SSTS 3 de enero de 2008, 2008) (SSTS 8 de enero de 2008, 2008).

<sup>17</sup> En este sentido, cfr. el ATS de 13.09.2000 señalaba “esta Sala del Tribunal Supremo (cfr. SS de 12-5 y 19-6-1.995) ha de limitarse a comprobar si hubo o no prueba de cargo practicada con todas las garantías respecto de la existencia del hecho punible o de la participación del inculpado o de aquel concreto elemento fáctico objeto de impugnación y cuya presencia ha servido para la construcción del delito de que se trate o para aplicar alguna de sus agravaciones, sin que pueda entrarse a valorar de nuevo el alcance de los diversos medios probatorios utilizados en la instancia, tarea que la Ley procesal (artículo 741) encomienda en exclusiva al órgano judicial que presidió el juicio oral y dictó sentencia, en reconocimiento a las exigencias derivadas de los principios de inmediación y libre apreciación de la prueba, lo que no le excusa (al Tribunal de Instancia), siquiera sea a grandes rasgos, de explicar en el texto de su resolución (motivación fáctica) qué medios concretos tuvo en cuenta para la confección del relato de hechos probados, particularmente respecto de aquellos que hayan sido objeto de debate y, más aún, cuando se haya utilizado la prueba de indicios”.

*ex novo* a un acusado absuelto en la instancia o de agravar la condena del acusado cuando se dirimen cuestiones de hecho y de Derecho que afectan a la culpabilidad o inocencia del acusado, dado que ello requiere, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, un examen directo y personal del acusado y de los demás interesados o partes adversas. No puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las pruebas practicadas en la instancia cuando, por la índole de las mismas, es exigible la inmediatez y la contradicción<sup>18</sup>, teniendo en cuenta que en la casación no está prevista la celebración de una vista con fines probatorios<sup>19</sup>.

#### 4. Necesidad y propuestas de reforma

Esbozado el panorama español en materia de recursos, resulta clara la necesidad de llevar a cabo una actualización y racionalización del sistema, tal como se había manifestado el Legislador en la reforma de la LOPJ en el año 2003 y que cuenta con el consenso generalizado en la doctrina española, a fin de implantar el principio de la doble instancia para garantizar la efectividad del derecho de todo condenado a recurrir la sentencia ante un Tribunal superior.

En efecto, por un lado, se pone de manifiesto que la casación penal española, pese al esfuerzo interpretativo del TS y del TC a los que se ha hecho referencia, resulta insuficiente para posibilitar un control completo de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. Pero, por otro, el sistema de recursos desde la perspectiva de los procesos penales por delitos juzgados en primera instancia por los Juzgados de lo penal y en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, tampoco resulta satisfactorio con las exigencias constitucionales, en tanto que, si bien se garantiza

---

<sup>18</sup> Sobre estos aspectos, vid. Por todas, la (STC 167/2002), donde se instaura esta doctrina, si bien inicialmente en el ámbito del recurso de apelación y después también extendida a la casación penal. Asimismo, cfr. (Sánchez Melgar, 2012).

<sup>19</sup> Aspecto especialmente subrayado por la Sala de lo Penal del TS en su Acuerdo de 19.12.2012, conforme al cual se señala que: "La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley".

el principio de la doble instancia, se vulnera el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE) y el principio de seguridad jurídica (artículo 9 CE), al negárseles el acceso a la casación<sup>20</sup>.

A este respecto y aunque ha habido en nuestro ordenamiento otras propuestas de reforma, nos vamos a detener en la reciente propuesta de nuevo Código Procesal Penal (Comisión de expertos, 2012) —en adelante, Propuesta—, que pretende transformar la situación en que se encuentra nuestro modelo de enjuiciamiento criminal en general y, por lo que se refiere al tema que nos ocupa, el vigente régimen legal de recursos a través de lo que el prelegislador denomina una auténtica reordenación al objeto de simplificar y unificar a través de:

1. El establecimiento de unas disposiciones comunes a todos los recursos, regulando aparte sólo las especialidades que la naturaleza del concreto recurso exija.
2. En materia de recursos contra sentencias, generaliza la doble instancia penal, prevista ya en el artículo 73 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>21</sup> pero que todavía no está en vigor.
3. Además también la Propuesta va encaminada a revisar la valoración de la prueba en segunda instancia, de acuerdo con los límites fijados por el TC que, siguiendo la doctrina del TEDH iniciada en el asunto Ekbatani v. Suecia, de 26.05.1988, entiende que el Tribunal de apelación ha de conocer de cuantas cuestiones de hecho como de derecho se susciten y, en especial, ha de valorar la culpabilidad o no del acusado, sin que pueda resolver el Tribunal de apelación con respeto a un derecho al proceso justo sin un examen directo y personal del acusado, respetando los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Se mantiene

---

<sup>20</sup> Como pone de manifiesto (González-Cuellar Serrano, 2006, pp. 17-30, esp. pp. 29-30).

<sup>21</sup> El artículo 73.3c) atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de justicia, como Sala de lo Penal, “el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las audiencias Provinciales, así como de todos aquellos previstos en las leyes”, precepto introducido en la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

- por otra parte la posibilidad de recurrir sentencias absolutorias pero con determinados correctivos:
- a. El error en la valoración de la prueba sólo puede fundamentar el recurso contra sentencia condenatoria<sup>22</sup>.
  - b. En la apelación, las sentencias absolutorias pueden ser anuladas para un nuevo juicio (reenvío) o nueva sentencia cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable de acuerdo a las máximas de la experiencia<sup>23</sup>.
4. Por último, reforma la casación al objeto de que cumpla una eficaz función unificadora. Conscientes de que el logro de esta finalidad dependía en buena medida de la reducción del volumen de recursos que acceden a la casación, se decanta el prelegislador por permitir que accedan a esta vía impugnatoria, cuando el motivo alegado sea infracción de la ley penal, todas las materias (sea cual sea la gravedad de la infracción y sea cual sea el tipo de resolución; también las recaídas en ejecución), mientras que la alegación de los motivos por infracción procesal y vulneración de precepto constitucional se limita a las sentencias recaídas en procesos por los delitos más graves. Para reforzar la primacía de la función uniformadora, se hace referencia, si bien con una expresión muy poco afortunada, al carácter vinculante de la jurisprudencia del TS (artículo 621). En el caso de que la decisión sea estimatoria (artículo 621):
- a. Casa y anula
  - b. Adopta la resolución oportuna de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 584. Aunque no se explica muy bien en los preceptos

---

<sup>22</sup> Señala el artículo 592, en relación al error en la valoración de la prueba, “el condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesa la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas”.

<sup>23</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 592.2 —referido a la posibilidad de alegar por la acusación el error en la valoración de la prueba— y en los arts. 584 3<sup>o</sup> y 585, que se refieren a la posibilidad de que, cuando se anule la sentencia a instancia de alguna de las acusaciones, ésta concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral, en cuyo caso se ordenará que el nuevo juicio se celebre ante un Tribunal con diferente composición al que hubiera dictado la sentencia recurrida, salvo que motivadamente estime que no queda comprometida la imparcialidad.

reguladores de la casación, parece que la consecuencia debería ser el reenvío al órgano de 2ª instancia.

- c. Si la sentencia de casación declara la nulidad del juicio oral: deberá determinar si el juicio debe celebrarse con otro Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 585.

La reforma propuesta en el borrador de Código procesal penal viene a satisfacer, sin duda, las necesidades de racionalización del sistema de recursos en el orden penal, dando cumplimiento a las exigencias tanto del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como a la doctrina del TEDH en materia de recursos, al permitir la generalización de la apelación en los términos anteriormente señalados y remodelar la casación al objeto de que cumpla de manera eficaz su función uniformadora.

## 5. Referencias

Auto TS, 13-09-2000 (Tribunal Supremo de España 13 de septiembre de 2000).

Auto TS, 14-12-2001 (Tribunal Supremo de España 14 de 12 de 2001).

Comisión de expertos. (2012). *Propuesta elaborada por una Comisión de expertos presidida por D. Manuel Marchena y Nicolás González-Cuéllar Serrano*. Obtenido de Código Procesal Penal

Gimeno Sendra, V. (2013). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex.

González García, J. (s.f.). ¿Son vinculantes los dictámenes del comité de derechos humanos de Naciones Unidas? Posición de los Tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena por un Tribunal Superior).

González García, J. (2008). La efectividad de los derechos fundamentales en el plano internacional: la ejecución en España de los dictámenes y decisiones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales. En D. L. Santos (Ed.), *La justicia y la Carta de Derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Colex.

- González-Cuellar Serrano, N. (2006). Investigación y prueba: los nuevos retos ante la reforma del proceso penal. *En Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- Hinojosa, S. (2007). Los recursos (II). El recurso de casación penal. En *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ramón Areces.
- Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (12 de enero de 2000). España.
- Pastor, D. (2001). *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Sánchez Melgar, J. (2012). Las posibilidades revisoras de las sentencias absolutorias en el recurso de casación penal. (7810). Diario La Ley.
- SsTC 3 18/1983, 18/1983 (Tribunal Constitucional de España 1983).
- SsTC 42/1982, 42/1982 (Tribunal de Casación de España 1982).
- SsTC 70/2002, 70/2002 (Tribunal Constitucional de España 2 de abril de 2002).
- SsTC 76/1982, 76/1982 (Tribunal Supremo de España diciembre de 14 de 1982).
- SSTS 26 de diciembre de 2007 (Tribunal Supremo de España 26 de 12 de 2007).
- SSTS 3 de enero de 2008 (Tribunal Supremo de España 3 de enero de 2008).
- SSTS 8 de enero de 2008 (Tribunal Supremo de España 8 de enero de 2008).
- STC 1000/2005, 1000/2005 (Tribunal Constitucional de España 2005).
- STC 105/2003, 105/2003 (Tribunal Constitucional de España 2 de junio de 2003).
- STC 116/1988, 116/1988 (Tribunal Constitucional de España 1988).

STC 116/2006, 116/2006 (Tribunal Constitucional de España 24 de abril de 2006).

STC 167/2002 (Tribunal Constitucional de España 18 de septiembre de 2002).

STC 3 (Tribunal Constitucional de España).

STC 60/1985, 60/1985 FJ 2 (Tribunal Constitucional de España 6 de mayo de 1985).

STC 60/2008 FJ4, 60/2008 FJ4 (Tribunal Constitucional de España mayo de 26 de 2008).

STC 70/2002, 70/2002 (Tribunal Constitucional de España abril de 3 de 2002).

STC 80/2003, 80/2003 (Tribunal Constitucional de España 28 de abril de 2003).

STC 9/1983, 9/1983 (Tribunal Constitucional de España 1983).

Vecina Cifuentes, J. (2003). *La casación penal. El modelo español*. Madrid: Tecnos.



# El recurso extraordinario de casación en el sistema latinoamericano

*Javier Zapata Ortiz*

---



---

## Sumario

**1.** Introducción y contexto constitucional. **2.** El recurso extraordinario de casación en el sistema latinoamericano. **3.** El recurso extraordinario de casación en Colombia. **4.** Conclusión. **5.** Referencias.

---



---

## Resumen

La casación como mecanismo de seguridad jurídica ante todo, ha tenido una evolución jurídica, no puede olvidarse que sus orígenes de carácter político, se reflejan hoy en la necesidad de enfocarlo hacia la persecución de un fin altruista, sin duda alguna en pro de la comunidad, buscando la unificación de la jurisprudencia, mejorando la justicia, garantizando y protegiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos, ajustada a la constitucionalidad que los estados sociales de derecho imponen, en procura de una seguridad jurídica que redunde en alcanzar la paz social, esquivada en muchos de nuestras sociedades que nos han restringido para lograr mejores niveles de vida, en los que el colectivo sea el destinatario común de la legalidad.

- 
- Javier Zapata Ortiz. Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Catedrático de derecho penal, durante más de veinte (20) años, en programas de pregrado y postgrado de distintas Facultades de Derecho de la ciudad de Medellín (Antioquia).

## 1. Introducción y contexto constitucional

Excelentísimo señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y Honorables Magistrados de esa ilustre corporación y de otras naciones, invitados a este Seminario Internacional enfocado en el recurso extraordinario de casación dentro del Estado Constitucional de Derecho y Justicia.

Dignísimos jueces y profesores invitados, funcionarios judiciales, abogados presentes y demás asistentes.

Con gran satisfacción, recibí el honroso encargo de representar a Colombia en este Seminario Internacional, que sin duda alguna, reúne en este recinto, no solo a distinguidos presidentes de Altas Cortes, Honorables Magistrados y Jueces, sino también a connotados cultores de esta importantísima rama del derecho, profesores universitarios, litigantes y delegados de diferentes Gobiernos.

Dando inicio a esta intervención y previo a abordar de fondo el tema sobre el recurso extraordinario de casación en nuestro continente, quiero pedirles nos remontemos al marco constitucional de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y Colombia, donde se define el estado de derecho como un común denominador, adicional a la concepción de la organización de la sociedad a partir de propender por la preeminencia de los derechos fundamentales, la promoción del bienestar y la prosperidad de sus ciudadanos.

Todo ello, soportado en los pilares de la justicia, la democracia y fijando como responsable al Estado, a quien se le encarga para que las personas cuenten con mínimos vitales, desde los cuales puedan ejercer sus libertades públicas, como los derechos de prensa, opinión, conciencia, culto, educación, locomoción, expresión, trabajo, el libre desarrollo de su personalidad, entre otros, compaginados dentro de un marco de igualdad que excluya cualquier forma de discriminación, características que le son propias al Estado Social de Derecho.

*Grosso modo*, es oportuno traer a colación no a todas, pero sí, una muestra de esas características en algunas de las constituciones latinoamericanas.

De esta manera encontramos que el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, país que hoy amablemente nos acoge en este evento, consagra, que es un *Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Por su parte Bolivia, es definida<sup>1</sup> como una República libre y unitaria, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, *democrática*, representativa, fundada en la *unidad* y la *solidaridad* de todos sus ciudadanos.

A su turno, la República de Honduras se declara<sup>2</sup> como *un estado de derecho*, soberano, constituido democrática e independiente para asegurar a sus habitantes *el goce de la justicia*, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social.

De su lado nuestro vecino, la República Bolivariana de Venezuela está constituida en *un estado democrático y social de derecho y de justicia*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

En mi país, el artículo 1° de la Carta Fundamental establece, que Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República *unitaria*, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática*, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la *solidaridad* de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

---

<sup>1</sup> Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Bolivia.

<sup>2</sup> Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Honduras.

Estos referentes hacen eco, de la misión que abandera la Organización de Naciones Unidas ONU, de promover a nivel nacional e internacional el estado de derecho, modelo socio-político considerado fundamental para alcanzar la paz, la cual debe ser duradera, especialmente en aquellas naciones donde se han presentado conflictos sociales, encaminada a proteger los derechos humanos y para lograr un progreso y un desarrollo económicos sostenidos.

El principio del estado de derecho que las Naciones Unidas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12) incorpora en sus postulados, abarca sin duda alguna herramientas dirigidas a regular y mejorar las relaciones entre los estados, el cual considera ocupa una posición fundamental en su cometido, es definido por la misma, como un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan de manera pública y que se aplican de forma independiente e igual ante todos, y que son afines a las normas internacionales sobre derechos humanos.

Se busca también, compeler a los estados para que adopten medidas dirigidas a garantizar el “respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad y transparencia procesal y legal” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12).

Ahora bien, con el surgimiento de los estados modernos, se agrega a este postulado del estado de derecho, el concepto de lo *social*, que a diferencia del primero, ya no consiste solamente en un Estado en el que sus autoridades se rigen, permanecen y están sometidas a un derecho vigente en lo que se conoce como un estado de derecho formal, de manera que el poder del estado queda subordinado al orden jurídico vigente, sino en uno de carácter democrático, caracterizado por el reconocimiento de derechos de índole individualista pero especialmente de tipo colectivo, como los económicos, los sociales y los culturales, que si bien respeta la concepción de la propiedad privada, antepone a su goce y disfrute, la existencia de su función

social y una notoria y relevante labor ejercida por el Estado en aras de la consecución de las implicaciones de este postulado. Es decir, el estado debe promover los derechos sociales, también llamados de segunda generación.

De manera que ahora se le da la connotación de social y adicional al interés en el individuo, se convierte en un estado intervencionista que se preocupa por la colectividad y sus acciones en todos los ámbitos de la existencia social.

Así pues, de la reseña de las diferentes cartas constitucionales latinoamericanas, se refleja no solo la permanencia del postulado de un estado de derecho, sino que en aras de acercarse al modelo moderno, se incluyen elementos característicos del estado social de derecho.

No por ello desaparece el primero —estado de derecho—, muy por el contrario, en la nueva estructura, éste se reafirma y se armoniza con la condición social, combinación a partir de la cual se va erigiendo y cobrando importancia el respeto por la dignidad humana.

Igualmente, se materializa el principio de la seguridad jurídica, donde todos las personas y autoridades que lo integran, sin distingo quedan sometidas y cobijadas al imperio de la ley producida por el órgano legislativo, interpretada y aplicada por el órgano judicial, la cual se hace cumplir a través de las facultades otorgadas al órgano ejecutivo, bajo los parámetros de legalidad, independencia y colaboración armónica de las ramas del poder público en la búsqueda de los fines esenciales del Estado.

De manera que en este modelo de Estado, los ciudadanos se desenvuelven dentro de un ámbito de garantías, bienes y servicios que comportan sin discusión alguna un espectro vital, en el que aquél adquiere un papel activo en pro de su indemnidad.

En mí país, Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia C-288/12) ha precisado que el Estado Social de Derecho definido en el artículo 1º de la Carta Política se erige sobre cuatro principios, los cuales delinear “los aspectos estructurales de la función estatal de cara a los ciudadanos:

la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad”, buscando a través del mantenimiento de éstos, garantizar la efectividad y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En relación con el primero —*dignidad humana*—, las autoridades estatales no pueden tratar a las personas como cosas, simples instrumentos o mercancías, ni permitir la existencia de situaciones que pongan en riesgo la vida de las personas en todo el sentido de la palabra, es decir, escenarios que afecten además de la existencia de éstas, el derecho a desarrollar sus capacidades humanas, en un ambiente dotado de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente. El hombre es un fin en sí mismo (imperativo Kantiano).

Por su parte, la prerrogativa del derecho al trabajo justifica, entre otras, que el Estado intervenga en la economía en *pro* del bienestar de las personas y en especial de las de menos recursos, en aras de dar pleno empleo a los mismos y efectivo acceso a los bienes y servicios en general —artículo 334 inciso 2° C.N.—, donde el Estado pasa a ser un agente de estímulo en la creación de empleo, dentro del marco de la constitucionalidad del derecho al trabajo —artículos 25 y 53—.

Por último, el de igualdad, puede decirse que los objetivos esenciales del Estado Social Democrático de Derecho se enmarcan e identifican de mejor forma con el contenido de este principio, conforme al cual todas las personas son iguales ante la ley y se proscriben cualquier clase de discriminación.

Así pues, cualquier medida adoptada por una autoridad del Estado, entre las cuales se encuentran las impartidas por los jueces, deben consultar esta nueva plataforma a partir de la realidad fáctica sobre la cual habrá de surtir efectos, deben ser acorde con un Estado dentro de un marco Social de Derecho.

En este entendido, en Colombia por ejemplo, la misma Carta Política de manera directa y para llegar a este cometido prevé varios mecanismos a través de los cuales los ciudadanos pueden buscar la protección de sus de-

rechos, entre ellos, se encuentran los mecanismos procesales de impugnación al cual les hace parte el recurso extraordinario de casación, establecido como una herramienta que sirve para unificar las decisiones judiciales y evitar sentencias manifiestamente contrarias al orden constitucional y legal, y verificar que se respeten los derechos fundamentales.

De esta manera, no se puede soslayar el tránsito político y jurídico que la casación ha tenido en los sistemas procesales, instituto que se arraiga inspirado en los principios liberales de la Revolución Francesa y regido por la prerrogativa de legalidad, conforme a la cual, el acusado debe ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

## **2. El recurso extraordinario de casación en el sistema latinoamericano.**

Debemos recordar, que quienes reconocemos a partir de la Revolución Francesa el origen de la casación, que las discusiones surgidas entre juristas y políticos derivaron en que la Asamblea Constituyente creara un organismo sustitutivo del *Conseil des Parties*, donde surgió el Tribunal de Casación, dedicado exclusivamente al estudio de los procedimientos en los cuales las formas pudieren haber sido violadas o los fallos contuvieren de manera expresa una contravención a los textos legales.

Este inicial concepto varió en los sistemas ibéricos donde se tenía como finalidad, contribuir en la solución de los conflictos que se originaban a raíz de los errores en los que incurrían los Tribunales de instancia, a partir de lo cual se convirtió en un recurso extraordinario pero ya no dirigido a la defensa de la ley.

En América Latina la casación ha tenido un desarrollo más lento comparado con el de Europa, en razón a que antes de su independencia política, los países del nuevo mundo no contábamos con nuestra propia legislación.

Las primeras nociones que se tienen del recurso de casación en los países latinoamericanos, deriva de los aportes que el libertador Simón Bolívar, digno representante de la revolución francesa, tuvo en materia constitucional al contener en el proyecto de Constitución de Angostura de 1819, la creación de una Alta Corte de Justicia con una Sala de Apelación y otra de casación.

Del mismo modo, tampoco se puede hablar de la casación en todos los países de América Latina; sin embargo, existen mecanismos similares a ésta, como ocurre en México con el denominado recurso de amparo, el cual es considerado una especie de aquélla.

Pero sí se puede hablar del recurso extraordinario en Venezuela, que es uno de los más antiguos.

La Argentina, caracterizada por los grandes esfuerzos de sus juristas en la consagración de un régimen de casación nacional unificado. Panamá, Perú, Uruguay, Ecuador, Nicaragua, El Salvador, Chile y Colombia, tienen sistemas jurídicos que se han basado en la casación francesa a través del seguimiento del sistema normativo español.

En Venezuela por ejemplo, la Constitución de 1830 creó la Corte Suprema de Justicia, con facultad para *“oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Congreso, por conducto del poder ejecutivo”*. Interpretación auténtica de la ley.

Este es un remoto antecedente de la casación en este país, pues se creó verdaderamente a través de la ley 22 de mayo de 1876, instituto que fenebió al derogarse la ley pero que revivió con la expedición de la Constitución de 1881 en la que se implantó una Corte independiente de las demás instituciones denominada Corte de Casación.

Después se fusionó con la Corte Federal, pero en 1961 surgió la actual Corte Suprema de Justicia y una de sus salas se destinó exclusivamente al estudio de los recursos de casación en materia civil.

### **3. El recurso extraordinario de casación en Colombia.**

En Colombia (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia C-713/08), apareció con la Constitución Política de 1886 donde en el artículo 151 atribuía a la Corte Suprema de Justicia la facultad de actuar como Tribunal de casación.

Entonces fue a través de este precepto constitucional que los diferentes estatutos instrumentales han determinado su estructura y funcionamiento, ratificada en la reforma de 1991, que rige actualmente y la cual se halla influida por la tendencia de la defensa de los derechos humanos.

La Carta Política de 1991, a partir de la definición de un Estado Social de derecho realzó la importancia de la casación frente a la unificación de la jurisprudencia, la garantía del principio de legalidad en una dimensión amplia, acompañada de la protección efectiva de los derechos fundamentales bajo el principio de la prevalencia del derecho sustancial, donde en materia penal, no solo el procesado es el destinatario de su esfera de acción, sino que ahora también lo son, las partes y los intervinientes en la actuación procesal.

De forma que la Corte Suprema de Justicia a través de las Sala especializadas de Casación, es la que ejerce el examen de legalidad de las sentencias judiciales de segunda instancia, pero ahora como un control constitucional, para establecer si lo resuelto en ellas por los jueces, se ajusta o no a lo ordenado por la ley, la constitución, incluso los tratados internacionales, a los que se llega a través de su integración al orden jurídico interno mediante la definición como un componente del bloque de constitucionalidad.

Está definido como otro de sus fines, la unificación de la jurisprudencia, con el que se pretende asegurar la prevalencia de uno de los pilares del Estado Social de Derecho en el ámbito jurídico, más concretamente, el principio de igualdad en la aplicación del derecho, que a su vez realiza tanto la seguridad jurídica reflejada en la aspiración de los usuarios de la administración de justicia, en que los casos similares o análogos sean decididos

de la misma manera, como la paz social, donde los nacionales encuentran confianza en sus instituciones para la solución de las diferencias y conflictos, con la aspiración de evitar se opte por una justicia de propia mano, reflejo anárquico de perturbación a la tranquilidad y el orden.

En Colombia, la casación ha sido instituida, conforme lo expresado de forma reiterada por la Corte, no precisamente para que se solucionen todos los eventuales errores judiciales en que se pueda incurrir, sino que su función es más de carácter sistémico, dirigida a la protección del ordenamiento jurídico y la aplicación del derecho objetivo, donde lo sustancial prevalezca sobre lo instrumental —artículo 228 de la C.N.—.

Esta dinámica le ha merecido la denominación de *nomofilaquia*, entendida como la búsqueda y aseguramiento de la coherencia del ordenamiento legal, gracias a la unificación de los criterios de interpretación de la ley, para de esa manera, lograr la realización del derecho objetivo y asegurar el respeto a los principios de legalidad y de igualdad.

Se ha insistido también, en síntesis, que con la regulación de la casación, no se trata sólo de preservar el interés privado que cada una de las partes procesales, demanda de la administración de justicia, sino, además, el interés supremo colectivo que tiene el Estado y la comunidad en la conservación, respeto y garantía de la norma jurídica, con el fin de asegurar, conforme al preámbulo de la Constitución un marco de justicia material, efectiva, concreta y comprometida con el anhelo de orden y paz, que le asiste como derecho, a todas las personas.

Para la Corte Suprema de Justicia de mi país, el recurso extraordinario de casación en el Estado Social de Derecho, va más allá que ser una mera herramienta procesal mediante la cual se controla la validez de las providencias judiciales, sino que también constituye un elemento esencial en la aplicación igualitaria de la ley, en la defensa de la legalidad y en la garantía de la vigencia de la Constitución, incluidos los derechos fundamentales, con lo cual se refleja que el fin principal de la casación es el *ius constitutiones* (Nieva, 2006, p. 587), es decir, Colombia tiene un recurso extraordinario

de casación también constitucionalizado y ajustado a un verdadero estado de derecho. Empero, también importa la justicia del caso concreto —*ius litigatoris*—.

Con ello, la realización del principio de legalidad, ratifica la casación de origen francés, establecida, ya no solo a partir del orden legal, sino desde el mismo marco fundante del Estado.

En materia penal de manera textual se ha dicho (Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de casación de 24 febrero 2010), que la casación se concibe como un medio de control constitucional y legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías procesales. Esta nueva consagración, que concibe el recurso como un control constitucional, es consecuencia natural de la función que ejerce la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación —artículo 235 Superior—, guardiana de los fines primordiales señalados en el artículo 180 de la nueva ley procesal penal —Ley 906 de 2004—, consistentes en la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos, y la unificación de la jurisprudencia.

Precisión normativa que considero necesaria, por cuanto en el proceso de transición de implementación gradual del nuevo sistema penal oral acusatorio, rigen simultáneamente dos Códigos de Procedimiento Penal, correspondiendo la novedad al contenido en la referencia de la Ley 906 de 2004.

Por su parte, la Corte Constitucional de mi país precisó en la sentencia C- 590 de 2005, que la mayor amplitud la tiene la casación en el sistema acusatorio, en cuanto decididamente se prevé como medio protector de las garantías fundamentales, porque:

*“(...) la afectación de derechos o garantías fundamentales se convierte en la razón de ser del juicio de constitucionalidad y legalidad que, a la manera de recurso extraordinario, se formula contra la sentencia. O lo que es lo mismo,*

*lo que legitima la interposición de una demanda de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se han vulnerado derechos o garantías fundamentales. Precisamente por ello se ha presentado también una reformulación de las causales de casación, pues éstas, en la nueva normatividad, sólo constituyen supuestos específicos de afectación de tales garantías o derechos...”*

En la nueva regulación procesal, es un aspecto novedoso que la Ley 906 de 2004 especificó el ámbito normativo respecto del cual se ejerce el control de las sentencias de los jueces, en el que se incluyen, no sólo las infracciones a la ley, sino también a la Constitución y a las normas del llamado “*bloque de constitucionalidad*”.

Es claro, como lo advirtió la Corte Constitucional, que estos parámetros de control no se observaban en los anteriores regímenes de la casación, por tanto, es evidente que la expresa configuración legal de este ámbito normativo, evidencia el propósito que ha tenido el legislador de adecuar el instituto, de manera más directa a referentes constitucionales actuales, lo cual resulta comprensible en la dinámica de las democracias constitucionales.

En cumplimiento de esos alcances constitucionales, el llamado Sistema Penal Oral Acusatorio de la Ley 906 de 2004, dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades especiales, entre las cuales se encuentra la consagrada en el artículo 184, consistente en facultad que le otorga a la Corte para *superar los defectos de la demanda para decidir de fondo* cuando atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada.

Dentro de ese nuevo contexto normativo, ha de aceptarse que la no admisión de una demanda de casación por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe basarse en tres aspectos esenciales: el primero, cuando el demandante no tenga interés para acceder al recurso; el segundo, que se trate de una demanda *infundada*, es decir que su fundamentación no evidencia una eventual violación de garantías fundamentales; el tercero, que de su inicial estudio se descarte la posibilidad de desarrollar en la sentencia alguno de los fines de la casación.

Por este motivo y bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, son condiciones mínimas de admisibilidad, las siguientes: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada; ii) el señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo de casación postulado; y iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De la misma manera, habrá de existir la referencia y conexión de los argumentos a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, en su orden: a) la de su numeral 1º —falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso—, la cual recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como *violación directa de la ley material*; b) la del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores *in procedendo*, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía), caso en el cual debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas (Corte Suprema de Justicia de Colombia, auto de casación del 24 de noviembre 2005). Bajo la orientación de esta misma causal se puede postular el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia (Corte Suprema de Justicia de Colombia, auto

de casación del 24 de noviembre 2005) considerada como motivo invalidante en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Por último, el numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial fundada en el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad —práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley—, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción (Corte Suprema de Justicia de Colombia, auto de casación del 24 de noviembre 2005), mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del *falso juicio de identidad* —distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio—, *del falso juicio de existencia* —declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso— y *del falso raciocinio* —fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica—.

La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la *trascendencia* del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado y que superado éste, la decisión de justicia contenida en la sentencia variaría de manera más beneficiosa o favorable al recurrente, presupuesto sin el cual la cesura se haría insustancial.

Adicionalmente a éste ámbito instrumental de protección de los derechos humanos y a las garantías inherentes a quienes intervienen y son destinatarios de la acción penal, los usuarios de la administración de justicia en materia penal, cuentan con el mecanismo de insistencia y la casación excepcional.

El primero es propio de la ritualidad de la Ley 906 de 2004 y conforme al artículo 184 de ese ordenamiento, opera contra la decisión de inadmisión

de la demanda de casación el cual consiste en la oportunidad para persistir a los motivos de la decisión que niega la admisión de la demanda de casación.

Como legislación no reguló el trámite a seguir para la aplicación de este novísimo instituto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo hizo y estableció, que como mecanismo especial sólo puede ser promovido por el demandante dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio se decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar se reconsidere lo decidido.

Se regló, que también podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal —siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial—, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates, ni suscrito la providencia inadmisoria.

De la misma manera, que esta solicitud de insistencia se puede elevar ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los que no haya intervenido en la discusión y que es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

El segundo, apareció desde la Ley 2700 de 1991, luego reiterado en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, conforme al cual, el recurso extraordinario también es viable de manera *excepcional* en aquellos casos en los que no proceda la *ordinaria*, porque el *quantum* punitivo establecido para el delito por el que se procede tiene señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo no excede de ocho años, el cual constituye en esa legislación un requisito objetivo de procedibilidad de esta clase de impugnación.

Para tales eventos, se faculta a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para admitir discrecionalmente los libelos de casación

presentados, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, eso sí, siempre que reúna los demás requisitos de fundamentación exigidos por la ley, donde es del resorte del recurrente señalar con claridad y precisión las razones por las cuales debe intervenir la Corte, ya para pronunciarse con criterio de autoridad respecto de un tema jurídico específico, bien para unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, ora para abordar un tópico aún no desarrollado, con el deber de indicar de qué manera la decisión solicitada tiene la dual utilidad de brindar solución al asunto y servir de guía a la actividad judicial.

En los casos en que el censor pretende asegurar la garantía de derechos fundamentales, tiene el deber de acreditar la violación e indicar las normas constitucionales que protegen el derecho invocado, así como demostrar su desconocimiento en el fallo recurrido. Es improcedente plantear simultáneamente las dos especies de casación (ordinaria y discrecional), pues son excluyentes, en cuanto la segunda es sucedánea de la primera, es decir, sólo procede en la medida en que no resulte viable la casación común u ordinaria (Corte Suprema de justicia de Colombia, auto de casación de 8 de septiembre de 2008).

La casación como medio de control constitucional y legal implica para la Corte Suprema de Justicia, la labor de verificar cuidadosamente que las decisiones que ponen fin al proceso, se encuentren ajustadas plenamente a derecho, es decir, a la normatividad constitucional, pero sobre todo, a los derechos fundamentales que se deben garantizar a todos los intervinientes en el proceso, y constatar a su vez, que esos fallos proferidos por los jueces en desarrollo de sus funciones judiciales, se ajusten sin duda alguna a la legalidad estricta.

En esta función de garantizar el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico a través de la actividad restaurativa ejercida en el recurso extraordinario, desde la perspectiva del entendimiento tradicional de la función *nomofiláctica* de la casación, se llega a la interpretación de la norma legal dirigida a asegurar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia; y adicionalmente, a la protección por esta vía del *ius*

*constitutionis* y del *ius litigatoris*, imperativos que definen la procedencia de la casación tanto en protección de la ley (nomofláctica y unificadora), como de los derechos del litigante (*ius litigatoris*) y del orden justo que garantiza la Constitución<sup>3</sup>.

En Colombia, la casación no constituye sede adicional para prolongar el debate probatorio cumplido en las instancias ordinarias y concluido con el fallo de segundo grado, por el contrario, exige para la admisión de la demanda el cumplimiento de específicos requisitos formales orientados a demostrar a través de un juicio técnico-jurídico que en la declaración de justicia allí contenida —la cual llega a esta sede amparada de la dual presunción de acierto y legalidad—, se incurrió en errores de hecho o de derecho ostensibles y relevantes o se profirió en un juicio viciado, ocurrencias una y otra que reclaman para sí el necesario correctivo.

Así pues, se establece que la finalidad del recurso de casación es la de otorgar certeza y seguridad jurídica, como la igualdad ante la ley, que puede darse principalmente manteniendo la estabilidad de las decisiones proferidas en la jurisdicción, las cuales deben surgir como producto de una correcta interpretación y aplicación de la norma. De manera que el recurso tiene como objetos inmediatos y principales, la uniformidad de la jurisprudencia, dotar de seguridad jurídica a la sentencia, la observancia de la legalidad, propio de los estados constitucionales de derecho y la justicia del caso concreto.

No debo pasar por alto mencionar, que en materia de derecho privado, en mi país, existe una forma de casación directa o *per saltum*, la cual tiene una particularidad y es que se da contra sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de primera instancia, sin necesidad de surtir la sentencia de segundo grado, que ponen fin al procedimiento determinado, se puede recurrir en casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

---

<sup>3</sup> Desde antaño en sentencias de casación de 5 y 27 de febrero de 1976, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que: “Al lado de la unificación de la jurisprudencia y la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, se une entre sus fines el de corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes, lo que constituye el estímulo al interés particular para que la casación sea viable poniéndole punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido”.

A través del empleo de esta herramienta procesal se evita que la sentencia transite por el Tribunal *ad quem*. Es decir y, como su nombre lo indica, se da un salto desde la primera instancia hasta la casación, resultando común en el ámbito jurídico internacional, escuchar hablar de esta expresión, *per saltum*, como una referencia al puente que se crea entre la instancia procesal de primer grado y el tribunal de casación, sin pasar por el de apelaciones.

La Corte de Suprema de Justicia de Colombia ha dicho que su utilidad radica en que actúa como una vía ritual corta para llegar a una decisión definitiva dentro de la mayor brevedad, lo que “*no presupone, de modo alguno, que se tiene, implícitamente, por cumplido el presupuesto de la admisibilidad subjetiva, de la forma y de los motivos; sino que solamente significa que la sala de casación sin necesidad de enviarlo al tribunal de apelaciones correspondiente, habilita su competencia y se avoca directamente al estudio integral del recurso y en ese contexto, previo análisis de la concurrencia o no de los condicionamientos procesales reseñados, se expedirá el fallo según corresponda en derecho*” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia nro. 18 del 13 de febrero de 2007).

Según el Código Civil Colombiano, que regula la procedencia de este recurso, el mismo será posible interponerlo contra sentencias proferidas en primera instancia por jueces del circuito, cuando se prescinda del recurso de apelación, y solo podrá instaurarse en virtud de la configuración de la causal primera de casación, motivada en que la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

Vale aclarar, que la casación *per saltum* opera de formas diferentes en los países latinoamericanos que la han adoptado, o se asemeja a las que podrían considerarse figuras diferentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

#### **4. Conclusión:**

Como colofón debo precisar, que si bien la casación como mecanismo de seguridad jurídica ante todo, ha tenido una evolución jurídica, no puede

olvidarse que sus orígenes de carácter político, se reflejan hoy en la necesidad de enfocarlo hacia la persecución de un fin altruista, sin duda alguna en *pro* de la comunidad, buscando la unificación de la jurisprudencia, mejorando la justicia, garantizando y protegiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos, ajustada a la constitucionalidad que los estados sociales de derecho imponen, en procura de una seguridad jurídica que redunde en alcanzar la paz social, esquivada en muchos de nuestras sociedades que nos han restringido para lograr mejores niveles de vida, en los que el colectivo sea el destinatario común de la legalidad.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia no es ajena en la búsqueda de tan caros ideales, para ello de 4893 sentencias de casación que tuvo la oportunidad de proferir en el período comprendido entre los años 2000 y 2013, con la finalidad de la realización de la garantía de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, de forma oficiosa, es decir, sin que fuera producto y consecuencia de las pretensiones de los recurrentes y más allá del carácter rogado que la inspira, casó 914 fallos, que corresponden al 18.679% de las decisiones en esta materia (Relatoría de la Sala de Casación Penal del Corte Suprema de Justicia de Colombia, al 15 de febrero de 2013) donde restauró los agravios inferidos por infracciones a la interpretación y aplicación de ley.

De manera que ante el error que se pueda presentar en el ejercicio de la función judicial al interpretar o aplicar la ley, la constitución y el bloque de constitucionalidad, el recurso extraordinario de casación opera como una garantía para su corrección en el camino de brindar a la sociedad un efectivo cumplimiento de las normas con el respeto, sobre todo, de los pilares que conforman constitucionalmente un Estado Social de Derecho.

## 5. Referencias:

Constitución Política de la República de Bolivia.

Constitución Política de la República de Honduras.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-288/12, expediente D-8690. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 3 de 2011 *por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal* y contra la Ley 1473 de 2011 *por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones*.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-713/08, expediente P.E. 030. Revisión previa del proyecto de ley estatutaria nro. 023/06 Senado y nro. 286/07 Cámara, *por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias de casación de 5 y 27 de febrero de 1976.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.530.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, auto de 20 de septiembre de 2006, radicación nro. 25738.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, AC. y Sentencia nro. 18 del 13 de febrero de 2007.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, auto de casación de 8 de septiembre de 2008, radicación nro. 30122.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de casación de 24 de febrero de 2010, radicación nro. 33129

Nieva Fenoll, J. (2006). *La relevancia social de la casación: la importancia del ius litigatoris*. Memorias XXVII, Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 1. Colombia: Ed. U. Libre.

Relatoría de la Sala de Casación Penal del Corte Suprema de Justicia de Colombia, al 15 de febrero de 2013.

# La Acción Extraordinaria de Protección. Eficacia y efectividad en el orden garantista

*Patricio Pazmiño Freire*

---



---

## Sumario

**1.** Introducción. **2.** Aproximación a un concepto general de garantía en el estado constitucional. **3.** Síntesis histórica sobre el desarrollo de las garantías jurisdiccionales. 3.1 Los Orígenes. **4.** El modelo de garantías jurisdiccionales vigente en Ecuador. **5.** La acción extraordinaria de protección. 5.1 La Naturaleza de la acción extraordinaria de protección. 5.3 Los requisitos de la demanda. **6.** Problemas de eficacia en la acción extraordinaria de protección. 6.1 Problemas conceptuales. 6.2 Problemas estructurales. 6.3 Problemas en la práctica. **7.** Conclusiones y recomendaciones. **8.** Referencias.

---



---

## Resumen

La solución a los problemas que pueden atravesar las garantías no está por tanto en la modificación de la Constitución o la Ley, sino en el cambio de la cultura jurídica ecuatoriana, que como todo cambio cultural es lento y difícil, destacando que los avances llevados a cabo por la Corte Constitucional a través de su Centro de Estudios son prometedores y constantes en la construcción y consolidación del derecho constitucional ecuatoriano.

---

• Patricio Pazmiño Freire. Doctor en Jurisprudencia, Abogado de la República y Máster en Ciencias Sociales. Excelentísimo Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador y Docente Universitario.

## 1. Introducción

El artículo 1 de la Constitución de 2008 determina que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, social, democrático, soberano, plurinacional y laico.

Esta definición ha generado críticas desde la promulgación de la Constitución, e incluso, antes, durante el proceso constituyente aparecieron opiniones discordantes y en otros casos opuestas al proceso constituyente, acusándolo de injustificado e injustificable, se arremetía contra el primer artículo de la nueva carta constitucional, imputándole ser una copia de la Constitución venezolana de 1999 y como ésta al ser “*una manifestación de semántica y retórica grandilocuente plagada de declaraciones políticas en desmedro de lo jurídico, atiborrada de preceptos rectores que tienen como resultado la inevitable pérdida de juridicidad que conduce a la perversión de la Constitución y del Estado de Derecho*” (Herrería Bonnet, 2007).

Para estos sectores el primer artículo de la Constitución no sería más que una “entelequia” sin sentido jurídico, y basaban su crítica en el hecho de que, a su juicio, el Estado constitucional de derechos no existía, por cuanto las únicas formas de Estado reconocidas eran el Estado de Derecho o Estado liberal y el Estado autoritario.

Estas opiniones olvidan aquella enseñanza sobre el carácter histórico y contingente del concepto de Estado, donde este no es un dogma religioso sino un producto humano que como tal tiene una naturaleza histórica. Se trata de un producto vivo que va transformándose dialécticamente en virtud de las coyunturas políticas y sociales y de las fuerzas productivas, relaciones de producción, y de la división del trabajo que se dé en cada sociedad (Marx, 2005, p. 38).

Si asumimos la condición dialéctica del Estado, podemos comprender que si bien en términos esquemáticos la dicotomía Estado de Derecho – Estado Autoritario<sup>1</sup> es válida, para que la crítica tenga un verdadero

---

<sup>1</sup> Dicotomía sobre la que se sustentan las objeciones mencionadas.

alcance científico tiene que ser complementada con una reflexión desde la sociología del derecho que nos alerta sobre las variaciones que ha sufrido históricamente el Estado de Derecho, desde el siglo XVIII. Es cierto que el Estado de Derecho es aquel donde el ejercicio del poder es rígido y limitado por el derecho y por tanto donde sus autoridades están sometidas y obedecen al derecho vigente. Es verdad también que este Estado de Derecho se distingue fundamentalmente de aquellos Estados organizados sobre el principio de la fuerza, Estados autoritarios que han existido desde siempre en la historia y del que es un ejemplo típico el Estado absoluto descrito y defendido por Hobbes (Hobbes 2002, Schmitt, 2004, Sabine 2006), así como también los Estados totalitarios Nazi Fascistas de la Europa de los años 30, o los Estados del llamado “socialismo real” y por supuesto las dictaduras militares latinoamericanas de los años 70; pero eso no significa que el Estado de Derecho haya sido uno único desde sus orígenes hasta hoy.

Existe una primera manifestación del Estado de derecho que es el Estado de legalidad; otra forma de Estado de Derecho muy conocida el Estado Social de Derecho; y ha habido también otra forma de Estado de Derecho el Estado Social de Mercado, y finalmente el Estado Constitucional. Manifestaciones de Estado que comparten los elementos esenciales del arquetipo general Estado de Derecho, y que sin embargo presentan diferencias sustanciales unas de otras.

El olvido de este importante matiz, así como la persistencia de ciertas ideas erróneas de lecturas interesadas, así como un concepto mecánico de la teoría del Estado de Derecho, han contribuido en estos años a la formación de mistificaciones y de una falsa conciencia (Marx, 2005, p. 31 a 35) sobre las causas de los problemas políticos y jurídicos que vive el Ecuador. Particularmente se ha ido decantando la idea positivista de que el valor de las norma está en la norma misma, y que por lo tanto para evitar ciertos abusos al derecho cometidos por algunos jueces y ciertos operadores jurídicos la única alternativa es el cambio o la modificación más o menos profunda de las leyes, o del propio texto constitucional.

En las siguientes páginas se intentará argumentar partiendo de la idea que el Estado constitucional de los derechos ecuatoriano es un producto

social y político, un nuevo y vigoroso orden jurídico, teórico y práctico que debe ser preservado, y en el caso de existir ciertos abusos en el plano de la operatividad del modelo, esas arbitrariedades deben ser corregidas a partir de la formulación y ejecución de una correcta y coordinada política pública de justicia, que preserve la esencia del Estado Constitucional, esto es los derechos, garantías y obligaciones de las personas, y a la vez se ocupe de combatir las indebidas interpretaciones o el abuso del derecho.

Para ello, en primer lugar partiremos de una revisión de la llamada teoría general de las garantías en Europa y América Latina. Luego revisaremos las discusiones constituyentes sobre derechos y garantías para definir claramente cuál fue el contexto ideológico y político que explica porque la parte dogmática de la Constitución es como es. En tercer lugar se hará un examen de las principales cuestiones relativas a las garantías jurisdiccionales tanto en el plano constitucional como legal, particularmente referidas con la acción extraordinaria de protección y el recurso de casación, identificando elementos sobre su eficacia y efectividad. Para terminar con una descripción de los principales retos que tiene el sistema de garantías y algunas propuestas que permiten solventar estos problemas. Es de justicia advertir que este texto no corresponde a la directa autoría del expositor ya que hace uso y adelanta criterios, afirmaciones, datos e interpretaciones de la investigación organizada por la Corte Constitucional, a través del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, cuya publicación íntegra está en curso, por lo tanto, las referencias a este escrito deberán destacar esa fuente.

## **2. Aproximación a un concepto general de garantía en el estado constitucional**

El establecimiento o reconocimiento de un derecho en la Constitución no implica la garantía para su cumplimiento. Como explica Ricardo Guastini *“Un derecho constitucional puede ser conferido o atribuido, pero ello no conlleva que el derecho esté garantizado, protegido o tutelado”* (Ricardo, 2001, p. 233); por tanto, la simple enunciación de un derecho no genera la garantía de su cumplimiento. Será necesario entonces establecer

instrumentos adecuados que permitan prevenir la violación de la constitución, y remedios para el caso de que sea vulnerada o desconocida.

Desde este punto de vista, podemos decir que el ejercicio de los derechos solo es posible cuando se han establecido mecanismos para su protección y por ende un Estado en el que no se prevea estos mecanismos no podría ser un Estado constitucional de derechos y justicia. El Estado Constitucional de derechos no se puede comprender sin garantía de derechos. De hecho los mecanismos normativos, procesales y sociales que aseguran el cumplimiento de los derechos son el rasgo más distintivo del estado constitucional e indican una clara muestra de la evolución del Estado de legalidad.

Hablar de garantías no tiene sentido si no se habla de derechos. Los derechos son aquellas facultades o poderes atribuidos a los sujetos jurídicos para exigir algo frente a alguien. En el caso de los derechos humanos son las facultades que tienen los seres humanos para exigir que se respete su libertad frente al poder, sea este estatal o personal.

En ese sentido el constitucionalismo no sería lo que es sin los derechos, pero los derechos serían menos que humo que se lleva el viento sin un sistema de garantías. Las democracias constitucionales como la ecuatoriana se fundamentan y legitiman en la medida que tengan un sistema adecuado y eficaz de garantía de los derechos, que se constituye como hemos dicho en la finalidad primera y última de la organización del Estado.

Para cumplir con esta finalidad los estados constitucionales han desarrollado una serie de instrumentos y garantías con distintos tipos de tutela política y jurídica de los derechos, bajo la denominación común y general de garantías constitucionales.

Este mandato solo es posible y efectivamente aplicable si en el ordenamiento jurídico existen definidos los mecanismos para hacer del principio de supremacía constitucional un mandato verdadero. Estos mecanismos jurídicos se conocen como garantías constitucionales.

La primera de estas garantías es el propio carácter superior de la constitución. Sobre este particular Hans Kelsen en su célebre texto *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (Kelsen, 1928)<sup>2</sup> menciona que para que la Constitución se encuentre garantizada debe posibilitar la anulación de actos inconstitucionales, es decir, la Constitución no está debidamente garantizada “*sino cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible*” su garantía precisamente encaja dentro del Estado constitucional de derechos que considera a esta norma fundamental como superior de las demás leyes.

Pero para que la Constitución sea verdaderamente suprema se requiere que los poderes públicos afirmen esta superioridad, y existan efectos jurídicos en caso de no cumplimiento de este mandato. En este caso las constituciones contemporáneas de las democracias constitucionales han creado ciertas vías que permiten a los particulares “*acudir ante los jueces para que se ponga en funcionamiento el aparato del Estado con el fin de que se tutelen sus derechos y se logre el resarcimiento de los daños y perjuicios causados*” (Vila, 2009, p. 497). En ese sentido son instrumentos que atienden a la necesidad de proteger los derechos promulgados en la Constitución.

German Bidart Campos nos dice que “*lo que es garantía apunta a la disponibilidad que tiene la persona para movilizar al Estado en protección suya, tanto para evitar ataques como para restablecer la situación anterior al ataque, o para compensarle el daño sufrido, sin dejar de lado la sanción al agresor*” (Bidart, 2004, p. 183).

### **3. Síntesis histórica sobre el desarrollo de las garantías jurisdiccionales**

Hemos descrito la fotografía de las constituciones actuales. Sin embargo, no se puede juzgar el alcance de esta revolución jurídica si no conocemos

---

<sup>2</sup> Texto original presentado en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se llevó a cabo en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928. Traducido al castellano por Rolando Tamayo y Salmorán, y publicado en el *Anuario Jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), correspondiente a su primer número publicado en 1974.

su proceso de formación y los avatares de su desarrollo. Conviene entonces hacer una lectura histórica sobre el desarrollo de estos importantes mecanismos de defensa y protección de los derechos.

### 3.1 Los Orígenes

Las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen y sus orígenes míticos en el interdicto romano de *homine liber exhibendo*, el cual se constituía en una especie de acción popular encaminada a tutelar la libertad de cualquier ciudadano romano privado dolosamente de ella. (Fundamento Jurídico 2).

El siguiente antecedente importante del actual sistema de garantías jurisdiccionales es la famosa Carta Magna de 1215. En virtud de esta Carta los señores feudales ingleses consiguieron una serie de prerrogativas frente a las ambiciones absolutistas del Rey Juan. En virtud de este pacto el tiránico rey inglés fue obligado a acordar una serie de concesiones y derechos de la nobleza frente a la Corona. Particularmente le obligaron a garantizar la existencia de una Iglesia “libre” de las intromisiones del Rey; a garantizar la vigencia de la llamada ley feudal; así como los derechos de los pueblos a la libertad de comercio y al uso de los bosques públicos; también se acordó mediante la carta magna una reforma de la justicia, que incluyó la instauración del habeas corpus, en virtud del cual el rey se comprometía a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes mientras aquellos no fueran juzgados por sus iguales (Vega 1988, p. 81).<sup>3</sup>

Específicamente el artículo 39 de la Carta establecía que “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a

---

<sup>3</sup> La Carta Magna es una *cédula que el rey Juan de Inglaterra otorgó a los nobles ingleses el 15 de junio de 1215* “en la que se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por ‘sus iguales’” (Vega, 1988, p. 81).

otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”<sup>4</sup>.

El otro antecedente famoso del actual sistema en el mismo contexto inglés y como reacción frente al poder de la Corona se instituyó la *Petición de derechos* que fue concedida el 7 de junio de 1628, donde se declara ilegal el encarcelamiento excepto en el caso de que se cometa un delito, se extiende la garantía del habeas corpus para toda persona, y se prohíbe la prisión preventiva para los acusados hasta que se demuestre el crimen que han cometido; así mismo se declaran ilegales y se prohíben los impuestos no aprobados por el parlamento y los préstamos forzosos.

Posteriormente, en 1640, el *Habeas Corpus Act* abolió la *Star Chamber*<sup>5</sup> y los tribunales basados en la prerrogativa real. En ella se eliminó la jurisdicción real en asuntos civiles y penales, además se estableció un procedimiento judicial ante los jueces del *common law* para garantizar la libertad de locomoción y movilización de los antiguos siervos, que a partir de ese momento pudieron transitar y trabajar libremente en los talleres de la naciente industria textil inglesa.

En este punto llegamos a la *Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano* de 1789, origen y pilar central del sistema de garantías propio de cualquier Estado de Derecho. En el plano procesal, que es el que aquí interesa, esta famosa Declaración establece la prohibición de nombrar jueces especiales para juzgar a una persona; también incorpora el principio de presunción de inocencia como elemento necesario de un juicio imparcial en materia penal.

<sup>4</sup> Artículo 39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisietur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*, en Claire Breay, *Magna Carta* (Manuscripts and Myths, 2002).

<sup>5</sup> Cámaras estelares, en latín *Camera stellata*, fue un tribunal de justicia inglés instaurado con la finalidad de aplicar las leyes a cierto sector de la sociedad, sobre todo de la aristocracia, esto debido a que la justicia común no podía juzgarlos. Se caracterizó principalmente porque en sus sesiones no existían testigos, tampoco acusaciones y eran celebradas en secreto, lo que con el paso del tiempo esta figura fue mal utilizada políticamente por parte de la monarquía inglesa y los tribunales.

Algunos siglos después, el *due process of law* fue reconocido en las primeras constituciones norteamericanas y expresamente proclamado en la quinta y decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos en 1791 y 1868 respectivamente<sup>6</sup>, que consagran ciertos elementos básicos de lo que debe entenderse como un juicio justo e imparcial, a saber: La prohibición de declarar contra sí mismo, la privación de libertad deberá ser realizada sólo por los medios procedimentalmente establecidos por la ley, juicio rápido y público, derecho de defensa e Información sobre las causas de la detención.

En el ámbito latinoamericano la gran mayoría de los países de la región fueron influenciados por el constitucionalismo norteamericano<sup>7</sup>. En cuanto atañe a las garantías jurisdiccionales el *habeas corpus* fue la primera de las garantías instauradas en América Latina que siguiendo el ejemplo romano fue pensado para proteger y tutelar la libertad personal en contra de detenciones arbitrarias. Hay sin embargo ciertas peculiaridades como el caso

---

<sup>6</sup> Enmienda V: “Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial [*due process of law*]; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa”. Enmienda XIV. Sección 1.: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal [*due process of law*]; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes”. Sobre los diferentes contenidos de estas dos enmiendas: (Gozáin, 2004, p. 18).

<sup>7</sup> Según nos recuerda Fix-Zamudio, el 16 de mayo de 1861 se adopta el modelo americano en la Constitución del Estado de Yucatán en la que se implementó por primera vez la revisión judicial norteamericana en la que se otorga a los tribunales judiciales la facultad de desaplicar las leyes inconstitucionales, ya sea en forma directa a través del amparo, que además debía de utilizarse para proteger los derechos de los gobernados (Arts. 62.1, 8 y 9) como también por todos los jueces en los procesos concretos según el control difuso (artículo 75, similar al artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos. Ver (Fix Zamudio, 1993, pp. 457).

argentino, peruano<sup>8</sup> o boliviano<sup>9</sup> en donde, a falta de una figura jurídica especializada tradicionalmente se utilizó el Habeas corpus para proteger todos los derechos constitucionales.

Esta situación en la que el Habeas Corpus era la única garantía efectiva para la defensa de los derechos de las personas se mantuvo durante un largo tiempo, y es solo hasta la Constitución colombiana de 1910 o la mexicana de 1917 cuando comienzan a desarrollarse otros instrumentos tales como “*el proceso de amparo y la acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes*” (Fix Zamudio, 1993, p. 458) Y habrá que esperar a la irrupción de las constituciones nacionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano para que termine de desarrollarse un sistema complejo de protección de los derechos fundamentales. Este es el caso de la constitución Brasileña de 1988, de la colombiana de 1991, de la peruana de 1993 e incluso de la ecuatoriana de 1998 y la venezolana de 1999.

No cabe la menor duda que *uno de los* sistemas más desarrollado de protección de los derechos es el establecido por la Constitución de Montecristi, donde encontramos un enorme catálogo de derechos protegidos y todo un sistema institucional de garantías, empezando por las clásicas garantías jurisdiccionales, las cuales han sido complementadas con un muy potente sistema de garantías normativas, institucionales y de políticas públicas, que aseguran la eficacia del Estado Constitucional de Derechos.

#### **4. El modelo de garantías jurisdiccionales vigente en Ecuador**

Uno de los elementos significativos del nuevo constitucionalismo ecuatoriano es el desarrollo que ha tenido la llamada agenda de los derechos, así como el desarrollo exhaustivo de un sistema de garantías o instrumentos

---

<sup>8</sup> En Perú la constitución de 1933 en su artículo 69 establecía la procedencia del Habeas Corpus para la defensa de los derechos individuales. Esta situación se mantuvo sin cambio hasta 1969 cuando se separa el habeas corpus del proceso de amparo.

<sup>9</sup> En Bolivia el Habeas Corpus sirvió para la defensa judicial de todos los derechos hasta 1967. Posteriormente en la Constitución de 1967 se creó un recurso parecido al *amparo* mexicano y se distinguió éste del *habeas corpus que quedo limitado a la defensa de la libertad personal*.

constitucionales que abarcan escenarios constitucionales, tanto los de la parte dogmática o teórica propiamente dicha, como también de la parte orgánica. Entre estos mecanismos o instrumentos encontramos las garantías normativas, las garantías de políticas públicas, las garantías jurisdiccionales y las garantías *Institucionales*. Las garantías normativas son aquellas reglas que aseguran el carácter normativo de los derechos fundamentales, limitando al máximo sus restricciones y asegurando la reparación cuando la vulneración se ha producido. La más importante garantía normativa es el principio de supremacía de la constitución; pero existen otras garantías de este tipo en Ecuador como la rigidez; el deber de respeto a los derechos del artículo 11.9 de la constitución y el deber general de reparación. Sin embargo con tal nombre el constituyente ecuatoriano estableció un procedimiento, determinado en el artículo 84 de la constitución, que asegura la sujeción de cualquier órgano con potestad normativa a los derechos constitucionales.

Las garantías de políticas públicas definidas en el artículo 85 constitucional vinculan los derechos y su efectividad a las políticas públicas a través de la obligación que tienen los responsables de la política pública de construirla, ejecutarla y evaluarla en función de *su dependencia con* la eficacia real de los derechos constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales nos conducen a ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces, lo que *está* estrechamente relacionado con el papel que cumplen los funcionarios judiciales en las democracias contemporáneas. El juez ya no es *más* la boca muda de la ley, sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado. Actualmente en Ecuador existen *garantías* jurisdiccionales, *algunas novedosas en el contexto constitucional ecuatoriano, y otras reforzadas en relación a sus similares previstas en la Constitución Política de 1998*: la acción de medidas cautelares, la acción de protección; *la acción de medidas cautelares autónomas, la acción de acceso a la información pública, el hábeas corpus, hábeas data, la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.*

## 5. La acción extraordinaria de protección

### 5.1 La Naturaleza de la acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección se incorpora en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador como una nueva garantía. Este tipo de garantía está orientada a la protección de los derechos cuando resulten de la vulneración por parte de los jueces y tribunales cuando ejercen su actividad jurisdiccional.

*Innumerables fueron las sentencias constitucionales dictadas por la Corte Constitucional para el período de transición que hacían referencia a la naturaleza y alcance de la acción extraordinaria de protección. Entre esa gama de decisiones resulta importante destacar algunas en las que en uso de un criterio de interpretación genealógica (actas de la Asamblea Constituyente), se esclareció el fundamento para la incorporación de esta novedosa garantía, sus alcances, efectos, así como el papel fundamental que desempeña la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria en relación con las competencias propias de la Función Judicial. Se trata de las sentencias nro. (214-12-SEP-CC) (0048-08-EP) (003-09-SEP-CC) (022-10-SEP-CC) (001-13-SEP-CC). En la primera de ellas, Sentencia nro. (0214-12-SEP-CC), la Corte analiza los debates generados en la sesión 72 de la mesa 3 de la Asamblea Constituyente, sobre Corte Constitucional y acción extraordinaria de protección:*

El máximo intérprete de la Constitución debe ser un órgano que mantenga su autoridad y tenga la máxima capacidad y preparación. Poco útil sería una Corte Constitucional preparada pero a la que no se le confieran las funciones necesarias para cumplir su papel. A este respecto, el articulado se preocupa en incorporar un amplio elenco de funciones para la Corte Constitucional, manifestaciones todas ellas de su condición de máximo intérprete de la Constitución: desde la declaración de inconstitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico, hasta la revisión de casos de violación de derechos fundamentales.

### Concluyendo:

... El alcance de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, de ninguna manera vulneran las competencias que le son propias a las funciones del Estado. En el caso específico de los temores de la Función Judicial, han sido evidentes en los medios de comunicación, exclusivamente a petición de parte —dice— una vez cumplidos los requisitos que consten en la respectiva Ley Orgánica, se podrá pedir la revisión de sentencias cuando estas resoluciones violen el debido proceso u otros derechos fundamentales. Esta revisión no significa intromisión, pues la Corte Constitucional está por fuera de las Funciones del Estado, y no significa una jerarquía superior a la autoridad máxima de la Función Judicial. No es la creación de una nueva instancia procesal, pues el control de la constitucionalidad de las sentencias se dará por excepción, toda vez que siempre los jueces deben ajustar sus dictámenes y sentencias a la Constitución, conforme ha sido práctica de larga data, lo que está recogido en la Ley Orgánica de la Función Judicial...

Destaca la Corte en dicho fallo, que el constituyente, con la instauración de la acción extraordinaria de protección en el ordenamiento constitucional, buscó garantizar la aplicación de la Norma Suprema por parte de todas las funciones del Estado, sin dejar por fuera el control de ninguna función —jurisdiccional—, como fue el paradigma constitucional hasta antes de la vigencia de la Constitución de 2008.

Sobre un eventual riesgo de *temporalidad indefinida* de las causas judiciales y de un comprometimiento de la justicia como consecuencia de la incorporación de la acción extraordinaria de protección, la sentencia dictada por la Corte Constitucional cita el criterio del asambleísta Fernando Vega sobre el informe del primer debate en la Asamblea Constituyente:

... Decía una compañera, una compañera Asambleísta, que la justicia se va a dilatar diez, quince, veinte años. Bueno, eso es mejor que no, que nunca llegue la justicia. Es decir, ¿qué pasa con aquellas personas que después de haber pasado por todas las instancias, siguen siendo

negadas en sus derechos constitucionales? Entonces, ¿tendrían que recurrir todos ellos al Tribunal de la Haya? Porque aquí en este país no hay voluntad política de que los jueces apliquen la Constitución en todos los procesos y procedimientos con los que juzgan. Necesitamos que nos enrubemos en una jurisprudencia constitucional, que creemos Derecho Constitucional, que no quede al arbitrio de cada juez en cada caso y en cada situación, el decidir en sentencias contradictorias con la que otros jueces y otros tribunales.

En consecuencia con el criterio citado, y reafirmando el concepto de margen nacional de apreciación del Estado ecuatoriano, la Corte determina en su fallo que la Constitución como límite efectivo y vínculo, incorpora dentro de sus garantías jurisdiccionales a la acción extraordinaria de protección, con la finalidad de que posibles vulneraciones que pudiesen existir dentro de la tramitación de un proceso judicial sean atendidas y subsanadas en el propio Estado ecuatoriano a cargo del más alto órgano de interpretación y control constitucional, la Corte Constitucional. En este marco la Corte concluye que el máximo órgano de interpretación y control constitucional del país está llamado a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional y proteger los derechos, garantías y libertades públicas.

La conclusión a la que llega la Corte encuentra fundamento en el acta 84 de la Asamblea Constituyente, que contiene el informe de segundo debate de la mesa 8, sobre garantías jurisdiccionales:

... Uno de los avances más importantes constituye la creación del recurso extraordinario de protección, acción que ahora podrá interponerse contra decisiones judiciales cuando se vulneren el debido proceso u otro derecho constitucional. Este recurso legal y técnicamente adecuado existe en todos los países del área andina, con excepción de Ecuador, como ya lo ha resaltado con preocupación la Comisión Andina de Juristas en varios de sus informes. Así también lo encontramos en varios países latinoamericanos y europeos. Varios son los casos que han llegado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en búsqueda

de justicia que el Ecuador no les pudo otorgar, casos en los que nuestro país fue declarado responsables por violentar derechos fundamentales, y en especial, los artículos ocho y veinticinco del Pacto de San José que se refieren a los derechos y garantías judiciales y a la protección judicial. Recordemos que en un Estado Constitucional de derechos, todas las autoridades públicas, y digo todas las autoridades, también los jueces deben estar sometidos a la Constitución. Una vez que entre en vigencia la Constitución, los jueces además de ser garantes de la Constitución están llamados a procurar la protección de derechos humanos y estarán sometidos al control de constitucionalidad.

Con este criterio, es evidente el papel fundamental que cumple la acción extraordinaria de protección dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano, pues no sólo que llena un déficit existente en el constitucionalismo ecuatoriano, sino que su existencia garantiza la protección de los derechos vulnerados a partir de una decisión judicial, y a su vez consolida la competencia del Estado ecuatoriano para garantizar con sus mecanismos internos la protección judicial de los derechos, cuando éstas lesionen cualquier derecho constitucional o el debido proceso.

Las características expuestas, relacionadas al alcance de la acción extraordinaria de protección han sido profundizadas por la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional de la transición, principalmente en lo atinente a las funciones que desempeña respecto al recurso de casación. Así por ejemplo en el caso nro. (0048-08-EP) acción presentada en contra de una sentencia de casación dictada por el máximo órgano de la Justicia Ordinaria de ese entonces, la Corte Constitucional reafirmó su línea jurisprudencial en los siguientes términos:

[...] No se debe confundir a la acción extraordinaria de protección como otra instancia judicial; de ahí que la primera variable de este sistema concreto está dado por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales, por lo que la Corte Constitucional no puede entrar a resolver cuestiones legales, sino debe direccionarse al análisis de la presunta violación de derechos constitucionales y normas

del debido proceso; por lo que se debe realizar una diferenciación del papel asumido por la Corte Constitucional frente a la justicia ordinaria.

En la misma línea, la Corte de transición a través de sentencias dictadas en acciones extraordinarias de protección ha velado por el cumplimiento de las normas del debido proceso dentro de la sustanciación de recursos de casación. Entre ellas destacamos las sentencias nro. (001-13-SEP-CC) (003-09-SEP-CC) (022-10-SEP-CC).

En cuanto a la sentencia nro. (022-10-SEP-CC) se refiere, la Corte se plantea como primer problema jurídico ¿Cuál es la naturaleza jurídica, alcances y efectos de la acción extraordinaria de protección y si puede revisarse a través de la misma la valoración de pruebas realizada por un órgano de la justicia ordinaria?

La Corte responde dicha interrogante reafirmando que está vedada partir del conocimiento de esta garantía, para entrar al análisis de aquellos *asuntos de mera legalidad* que ya fueron juzgados en la Justicia Ordinaria, y en concreto, en el recurso de casación objeto de la acción, dejando en claro que aquellas pretensiones formuladas por el accionante relacionadas con aspectos de mera legalidad no son parte del ámbito material de la acción extraordinaria, entre ellas la valoración de pruebas actuadas por las partes procesales; y segundo, la cuantificación monetaria de daños y perjuicios determinados en el fallo de casación objeto de la acción extraordinaria.

Por otro lado la sentencia en cuestión, que sería citada luego por la primera Corte Constitucional en la sentencia nro. (001-13-SEP-CC), marcó el inicio de una línea jurisprudencial que reafirma el alcance del recurso de casación y su estrecho vínculo con la garantía del debido proceso, para terminar concluyendo luego de un análisis pormenorizado que los jueces de casación únicamente podían valorar la contravención a la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la misma para la valoración de la prueba, más no valorar la prueba en sí. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional declaró la vulneración al debido proceso dentro de la resolución del recurso de casación.

Con las decisiones señaladas la Corte Constitucional reafirma que la acción extraordinaria de protección no es una instancia adicional, tampoco puede ser confundida con un recurso y menos aún puede entrar a un proceso de valoración probatoria cuando la decisión objeto de la acción extraordinaria de protección provenga de la Justicia Ordinaria.

El papel de la Corte Constitucional se concentra entonces, en la comprobación de vulneraciones a derechos constitucionales o debido proceso en decisiones judiciales firmes, definitivas o ejecutoriadas. En el caso de detectar una vulneración debe declararla junto con la identificación clara del momento procesal en la que surgió. Luego de ello la Corte devolverá el expediente al juzgado, Corte o Tribunal de origen con la finalidad de que en respeto a la tutela judicial imparcial se vuelva a juzgar desde el momento procesal identificado. Con este proceder y forma de concebir la reparación integral, la Corte reafirma, conforme a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección advertida en innumerables fallos dictados por la Corte Constitucional, y de los presupuestos previstos en el artículo 62 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), que no es una instancia adicional, todo lo contrario, se limita a verificar la vulneración de derechos constitucionales o debido proceso, pero jamás ha sentenciado de manera definitiva cuando se trata de decisiones judiciales provenientes de la justicia ordinaria.

## **5.2 La legitimación activa y pasiva en la acción extraordinaria de protección**

La regla general que rige a las acciones jurisdiccionales en concordancia por lo señalado en el artículo 86 de la Constitución es que pueden interponer cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad. A su vez y de manera específica el artículo 437 de la Constitución manifiesta que los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. (Resolución nro. 001-2013.CC, 2013) Por su parte el artículo 61 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) determina

que la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial.

La legitimación pasiva comprende las sentencias, autos, resoluciones con fuerza de sentencia, firmes, definitivos y ejecutoriados provenientes de juzgaduras, salas o tribunales en los que se hayan vulnerado por acción u omisión derechos constitucionales o debido proceso.

### **5.3 Los requisitos de la demanda**

Para la admisión de este recurso la Corte Constitucional constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: *Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; 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.*

Ahora bien, aunque por un lado el artículo 82 de la Constitución manifiesta que para interponer acciones jurisdiccionales “no se necesita del patrocinio de un abogado” y tampoco es necesario “invocar la norma constitucional infringida” en base a lo dispuesto en el artículo 8, num. 8 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), por otro lado se exige que para este tipo de acción jurisdiccional se identifique de una forma precisa el derecho violentado y la relación directa e inmediata de la acción u omisión de la autoridad judicial, con la independencia de los hechos que dieron lugar al proceso<sup>10</sup>.

### **5.4 Procedimiento en la admisión de la acción extraordinaria de protección.**

Como primer paso la ley nos dice que la demanda debe ser presentada en “la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva”<sup>11</sup> para que posteriormente se remita el expediente completo a la Corte Constitucional

---

<sup>10</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 62, numeral 1

<sup>11</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 62

una vez que se ha ordenado notificar a la otra parte. El plazo para enviar el expediente debe ser en un término máximo de cinco días. En la Corte Constitucional una vez remitido el expediente, la Sala de Admisión en el término de diez días deberá verificar los presupuestos previstos en el artículo 62 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

### 5.5 La sentencia

La Corte Constitucional en base al artículo 63 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.

La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción. La sentencia de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción.

En forma general la sentencia de la acción extraordinaria de protección puede:

1. Dejar sin efecto la sentencia impugnada, aceptando total o parcialmente la demanda.
2. Disponer que se retrotraiga el proceso a un momento procesal donde se produjo la vulneración de derechos reclamada.
3. Disponer que el Juez *a quo diferente al que emitió la decisión judicial objeto de la acción*, proceda a dictar *una nueva en respecto a los derechos constitucionales y debido proceso*.

El artículo 64 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) establece sanciones cuando la acción extraordinaria de protección se ha interpuesto sin fundamento, en este caso la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al

Consejo de la Judicatura para que sancione a la o el abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La reincidencia será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

## 6. Problemas de eficacia en la acción extraordinaria de protección

En cuanto a los resultados de la Acción extraordinaria de protección en estos casi 5 años de vigencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, podemos citar varios problemas que le restan efectividad, y que en algunos casos ha llegado a desnaturalizar la figura. A continuación se hará un análisis de los principales y más álgidos inconvenientes que la *Acción Extraordinaria de Protección* ha atravesado en este nuevo Estado Constitucional.

### 6.1 Problemas conceptuales:

Partimos haciendo una aproximación a la *Acción Extraordinaria de Protección*, desde una postura asumida, que sostiene que un importante número de acciones, no todas, cuentan con pretensiones que por parte de quienes patrocinan la acción extraordinaria de protección, han tenido como objetivo principal, la revisión de las decisiones judiciales en el fondo de lo ya resuelto. Aquello lleva a considerar *prima facie* que persiste una apreciación de que el amparo contra sentencias judiciales significa la instauración de una instancia adicional, intentando que la acción extraordinaria de protección opere como un recurso. Aquello puede deberse a que la institución es llamada *recurso* en el artículo 94 y 437 de la Constitución y artículo 62 (8) de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

Frente a esta disyuntiva, urge precisar sobre lo que debe entenderse por recurso y por acción. En derecho procesal una acción significa el inicio de un proceso y es el acto mediante el cual se inicia la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia. Este proceso puede tener otros niveles jerárquicos en cuanto a la jurisdicción a los cuales se puede acceder mediante los recursos (Cordero Heredia). Un recurso siempre estará dentro de un proceso, sin embargo una acción sólo inicia un nuevo proceso.

De esta manera, cuando se acude a recursos como el de apelación o de nulidad, se mantiene el objeto del litigio y las partes procesales. El recurso de apelación o el de casación tienen la particularidad de que el juez que lo resuelve dicta nueva sentencia, el recurso de nulidad devuelve al juez que conocía la causa para que continúe sustanciando el proceso desde el momento en que se produjo la nulidad. En uno y otro caso el efecto es sobre el proceso original.

Por el contrario, la acción extraordinaria de protección tiene como presupuesto de base, el hecho de que las personas acudieron a la justicia ordinaria para reclamar la violación de sus derechos o que dentro del trámite del proceso se violaron los mismos, sin que dicha vía haya resultado efectiva para garantizarle el derecho a la tutela judicial. Si esta institución fuese un recurso significa que las partes continúan siendo las que litigaron en la justicia ordinaria y que la decisión versaría sobre la materia que dio origen a dicho litigio (Cordero Heredia), lo cual sería una grave desnaturalización de la acción extraordinaria de protección.

En contraste, siendo la institución una acción, el objeto de la causa es determinar si existió una violación a los derechos humanos que haya sido provocada en el proceso o que aquella no pudo ser tutelada mediante el mismo, de manera que debe repararse el daño ocasionado.

Las características anotadas, indican que la institución es una acción y no un recurso, ya que conoce de una situación diferente a las de la jurisdicción ordinaria, toda vez que no resuelve sobre el fondo de lo que configura el proceso de instancia, al contrario, se discute si la administración de justicia no tuteló los derechos *constitucionales* o violó el derecho al debido proceso, asumiéndose mediante la reparación, la responsabilidad estatal ante la violación de los derechos.

En suma, la acción extraordinaria de protección es una acción porque (Montaña Pinto, 2011, p. 131): (a) No tiene por objeto discutir la pretensión jurídica original, sino que su objeto es la verificación de si se ha violado o no derechos constitucionales en la providencia jurisdiccional cuestionada;

y, (b) No es una fase o instancia dentro del trámite del proceso, sino que implica el inicio de un nuevo procedimiento, de índole constitucional.

## 6.2 Problemas Estructurales:

El objetivo del Estado de Derecho y de los objetivos más importantes del proceso constituyente ecuatoriano fue, sin lugar a dudas, la sujeción del poder al derecho. Para que esto sea posible, entre las muchas transformaciones institucionales necesarias es indispensable construir una Justicia Constitucional eficaz y altamente profesionalizada autónoma del resto de los poderes del Estado, incluida la función judicial. En este contexto, al interior de la Constituyente se discutieron profundas modificaciones de la estructura y función de *los jueces, relacionadas* con la necesidad de dar efectos reales y concretos al principio de supremacía de la Constitución en materia judicial. Uno de los puntos nodales de la discusión constituyente fue la capacidad de controlar constitucionalmente las decisiones judiciales. Para ello fue necesario diseñar un mecanismo jurídico que hiciera posible el control jurídico de las decisiones de los jueces a fin de garantizar la sujeción de todos los servidores públicos a la Constitución.

Es consabido que los efectos finales que se consiguen con la acción extraordinaria de protección, es verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional. Consecuentemente, si la Corte hallare tal violación, deberá declararla en sentencia y adoptar medidas para su reparación integral.

En este sentido, la acción extraordinaria de protección no es un proceso constitucional de revisión de sentencias en tanto los derechos *constitucionales* son amparados en los propios procesos judiciales, y las actuaciones del juez deben, en principio, ajustarse a la Constitución. Por otra parte, la AEP no busca sustituir a los procedimientos ordinarios donde se encuentran previstos mecanismos que buscan el respeto de los derechos que en la forma de recurso se proponen ante posibles decisiones erradas.

Pese a que las ya populares objeciones a la acción extraordinaria de protección, tienen un sustento en previsiones normativas, prácticas y

doctrinarias, no atacan ni desestiman el principal objetivo de la garantía que es la protección de los derechos, pues los planteamientos y posibles soluciones no justifican su desaparición, sin embargo, apuntan no a su prohibición sino a su estricta regulación.

De esta manera, uno de los requisitos de admisión de la Acción Extraordinaria de Protección es la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, anotándose en la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) la salvedad de que aquellos sean *ineficaces o inadecuados*. La ineficacia de un recurso significa que éste no pueda obrar en torno a algo; mientras que inadecuado significa que no es apropiado, de manera que la valoración resulta subjetiva y la Ley no esclarece el alcance de lo que se entiende por ineficaz o inadecuado.

### **6.3 Problemas en la práctica:**

A demás de los problemas que en la práctica puedan ocasionar los anteriormente anotados, se ha pensado pertinente ubicar aquellos que se encuentran orbitando en la esfera procesal de la acción extraordinaria de protección en la justicia constitucional. De esta manera, destacan en la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) los requisitos con los que deberá cumplir la demanda y consecuentemente los parámetros de admisibilidad de la acción. En general puede apreciarse que estas condiciones tienden a una regulación estricta, tendientes a evitar su uso abusivo y distorsión hasta convertirla en una nueva instancia. El artículo 64 llega incluso a establecer procedimientos sancionatorios contra los abogados que interpusieren la acción sin fundamento alguno (Grijalva, 2010, p. 667).

Una mirada preliminar hacia los efectos que en la práctica ha demostrado la acción extraordinaria de protección, tanto para quienes administran justicia, como para muchos abogados, se puede evidenciar en que estos últimos recurren a este amparo extraordinario con la finalidad de dilatar aún más los procesos judiciales, llegando ilógica y alarmantemente a intentar atacar incluso la cosa juzgada en sentencia y, por tanto, afectando gravemente la

seguridad jurídica. No obstante de ello, el porcentaje de inadmisiones de la acción extraordinaria de protección que se desprende de los datos de la Secretaría General de la Corte Constitucional, denota que ha existido por parte de la Corte Constitucional una tendencia a demarcar con rigurosidad la excepcionalidad de esta garantía jurisdiccional. Por otra parte también resulta preciso señalar que la admisión de una acción extraordinaria de protección por parte de una sala de la Corte Constitucional, no involucra un análisis de fondo, razón por la cual la garantía puede ser aún desechada por el Pleno de la Corte Constitucional a través de sentencia.

El artículo 62 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) establece el procedimiento de admisión de la acción extraordinaria de protección. En su primer inciso establece que se deberá remitir el expediente completo a la Corte Constitucional una vez que se presenta la demanda. Al respecto, resulta evidente que la *Ley no determina* de manera expresa que es lo que el juez debe hacer para continuar con la ejecución de la sentencia, toda vez que la acción extraordinaria no detiene el proceso o causa. Cabe plantearse el interrogante sobre la obligación o acaso, la posibilidad de que se dejen copias certificadas para que continúe el proceso de ejecución.

Al tener que remitir el expediente original a la Corte Constitucional, por parte de la judicatura, su reacción natural y lógica es que suspenderán su competencia hasta que reciban de nuevo el proceso. Esto está ocasionando problemas en la práctica pues los jueces no han comprendido que su competencia no está suspendida, aunque está en el ambiente y en la mente del juez la pregunta ¿qué pasa si la Corte le concede la acción extraordinaria? Pues esa es una interrogante que oportunamente la Corte deberá resolver por medio de su jurisprudencia, mas no configura un problema del juez *a quo*.

El inciso tercero del numeral 8 del artículo en análisis establece que “*la admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción*”; cuando debió referirse a que la *presentación* de la acción no suspende los efectos de la providencia accionada y decir de manera contundente

que el juez ejecutor del auto o sentencia materia de la acción extraordinaria, seguirá sustanciando con copias certificadas del proceso o en su defecto remitir las copias certificadas a la Corte Constitucional.

## 7. Conclusiones y recomendaciones

Tomando en cuenta el contexto político y la discusión académica y jurídica que hay alrededor de las garantías jurisdiccionales en general y en particular respecto de la acción extraordinaria de protección, es procedente ahora sacar algunas conclusiones sobre el presente y futuro de las garantías en el Ecuador:

1. En primer lugar debemos decir que un elemento sustancial del modelo constitucional ecuatoriano es su garantismo, que permitió superar aquella discusión bizantina sobre la preeminencia del derecho internacional frente al nacional y viceversa, a través del imaginativo acercamiento entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que se ha producido al establecer como finalidad última de la Constitución y del Estado ecuatoriano la garantía efectiva de los derechos humanos.
2. También es necesario considerar que el sistema de garantías jurisdiccionales hace parte esencial y es el elemento más importante que permite al constituyente concretar la filosofía garantista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
3. Ahora bien, *aun cuando los datos porcentuales advertidos en este estudio para la acción extraordinaria de protección, no denotan un abuso*, esto no significa que los constituyentes de Montecristi no hubieran cometido errores o que la redacción de los artículos constitucionales sea tan clara que evite errores de interpretación. Particularmente y es algo que he sostenido desde el tiempo del Tribunal Constitucional, el sistema de garantías jurisdiccionales debía estar soportado en una transformación del sistema difuso de justicia constitucional por un sistema concentrado en donde se garantice la especialización y el conocimiento necesario para administrar justicia en esta compleja materia.
4. En ese sentido es obvio que cualquier modificación del capítulo de

las garantías que se pretenda hacer, se lo debe realizar con un enorme cuidado y siempre procurando ampliar el contenido y el ámbito de la aplicación e interpretación de las garantías.

5. Esto por supuesto no significa que no sea sano y necesario plantear un debate sobre los límites, siempre proporcionales, del sistema de garantías y sus defectos, a efectos de poder, previa la discusión abierta plantear alternativas de solución a los problemas prácticos que se generan al aplicar la Constitución y la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), rescatando para ello el papel fundamental de la jurisprudencia que dicte la Corte Constitucional, pues la mejor manera de regular el ámbito, naturaleza, presupuestos y alcances de una garantía, es a través de la fuente sociológica o dinamizadora del derecho, a saber, los precedentes y especialmente la jurisprudencia vinculante.
6. La solución a los problemas que pueden atravesar las garantías no está por tanto en la modificación de la Constitución o la Ley, sino en el cambio de la cultura jurídica ecuatoriana, que como todo cambio cultural es lento y difícil, destacando que los avances llevados a cabo por la Corte Constitucional a través de su Centro de Estudios son prometedores y constantes en la construcción y consolidación del derecho constitucional ecuatoriano.
7. Ahora bien el hecho de que el problema sea cultural y que por lo tanto una modificación legislativa no resuelve el conflicto, sino que en el mejor de los casos lo aplaza, no significa que no se puedan y se deban hacer cosas, algunas muy urgentes.
8. En primer lugar para evitar el sinnúmero de abusos que se cometen contra el espíritu de la Constitución y de la ley es importante continuar y profundizar la difusión a todo nivel, con todos actores de la sociedad, de los criterios hermenéuticos que dicta semanalmente la Corte Constitucional. Es el caso por ejemplo de las decisiones advertidas en este estudio, así como otras dictadas tanto por la Corte de Transición como por la primera Corte Constitucional que han demarcado el alcance de la consulta norma, el papel de la jurisprudencia en materia de garantías jurisdiccionales, el alcance de la acción extraordinaria de protección, la ultractividad de las disposiciones normativas entre otros tantos aspectos.

9. La revalorización de la jurisprudencia como auténtica fuente del derecho en el Ecuador, requiere también de su sistematización, razón por la cual la Relatoría de la Corte Constitucional ha iniciado con la publicación del Repertorio de Justicia Constitucional que tendrá como fin, junto con la Gaceta Constitucional y Registro Oficial, la publicidad de las decisiones del máximo órgano de Justicia Constitucional ecuatoriano. Sólo de esta forma podremos alcanzar un verdadero respeto al precedente constitucional y por tanto una garantía a los derechos de igualdad y seguridad jurídica.
10. En particular sería muy importante desarrollar algunas reglas obligatorias que precisen el alcance de los artículos 40 y 42 de la LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).
11. Es también esencial que la Corte desarrolle reglas sobre cómo debe entenderse el principio de subsidiaridad y los elementos para evitar que se consolide la tendencia actual a la ordinarización del derecho constitucional, particularmente en materia laboral y contencioso administrativo.
12. Es necesario que la Corte Constitucional establezca reglas y modelos de argumentación constitucional que les permitan a los jueces y a los operadores jurídicos entender la diferencia que existe entre asunto de relevancia constitucional y asuntos de legalidad. Esta investigación ahora en curso a través del Centro de Estudios, facilitara enormemente la labor de los jueces constitucionales ordinarios, a su publicación.
13. Hay también que fortalecer la labor de formación y capacitación continua por parte del Consejo de la Judicatura a través de la escuela judicial, pues sin esa labor titánica jamás lograremos sacar adelante la revolución cultural que implica la aplicación del modelo judicial de garantías constitucionales.
14. Ahora bien, también hay que asumir y corregir en lo posible los errores de buena fe cometidos por el constituyente en su afán de consolidar el modelo garantista. Esas modificaciones como se indico más arriba deberían centrarse en la parte orgánica del sistema, sin vulnerar el contenido de los derechos.
15. En ese sentido algo obvio y que hemos venido sosteniendo desde hace años es la necesidad de crear jueces y tribunales especializados

- en materia constitucional que complementen y ayuden a los jueces ordinarios en la administración de las garantías jurisdiccionales.
16. Esto por cuanto en criterio de la Corte Constitucional, y compartido con muchos expertos, la norma constitucional indica que todos los jueces ordinarios son jueces constitucionales, pero no dice que esté prohibida la existencia de jueces especializados en materia constitucional.
  17. Estos jueces pueden conocer dentro del amplio ámbito constitucional los temas técnicamente más complejos y que requieren mayor especialización.
  18. Una medida tan fácil como esta, unida a una interpretación conforme a la Constitución de la norma constitucional que le da competencia en materia de garantías a todos los jueces, nos evitaría costosas reformas constitucionales y preservaría el ámbito intangible de la constitución que es su garantismo.

## 8. Bibliografía

- Cordero Heredia, D. (s.f.). *La acción extraordinaria de protección: ¿acción o recurso?* Obtenido de [http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin3\\_accion\\_proteccion\\_davidcordero.pdf](http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin3_accion_proteccion_davidcordero.pdf)
- Fix Zamudio, H. (1993). La justicia constitucional latinoamericana. En *Justicia Constitucional Ombudsman y Derechos Humanos*. Comisión Nacional Derechos Humanos.
- Gozaín, O. A. (2004). *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*. Buenos Aires: Rubunzal. Culzoni Editores.
- Grijalva, A. (2010). Acción Extraordinaria de Protección. En *Teoría y práctica de la justicia constitucional* (Vols. Serie Justicia y Derechos Humanos, neoconstitucionalismo y sociedad nro. 13). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (s.f.).
- Manuscripts and Myths*. (2002). Londres: British Library Publishing.

Montaña Pinto, J. (2011). La acción extraordinaria de protección. En *Apuntes de Derecho Constitucional* (Vol. 2). Quito: Cuadernos de Trabajo Corte Constitucional para el Período de Transición.

Resolución nro. 001-2013.CC, 001-2013 (Corte Constitucional del Ecuador 2013).

Sentencia 001-13-SEP-CC, 001-13 (Corte Constitucional del Ecuador).

Sentencia 003-09-SEP-CC, 003-09 (Corte Constitucional del Ecuador).

Sentencia 0048-08-EP, 0048-08 (Corte Constitucional del Ecuador).

Sentencia 022-10-SEP-CC, 022-10 (Corte Constitucional del Ecuador).

Sentencia 214-12-SEP-CC, 214-12 (Corte Constitucional del Ecuador).

Vega, A. (1988). *Desarrollo del Constitucionalismo* (segunda ed.). La Paz: Juventud.



# El recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia

*Maritza Tatiana Pérez Valencia*

---



---

## Sumario

**1.** Antecedentes. **2.** Antecedentes del recurso de casación. 2.1 Código de Procedimiento Civil, 1938. 2.2 Codificación del Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento Nro. 687 de 18 de mayo de 1987. 2.3 Ley de Casación, 1993. **3.** Análisis comparativo: recurso de casación y estado constitucional de derechos y justicia. 3.1 El principio de legalidad en el estado constitucional. 3.2 El recurso de casación purista o mixto. 3.3 La duda razonable prevista en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador. **4.** Conclusiones y recomendaciones. **5.** Referencias.

---

• Maritza Tatiana Pérez Valencia, Magistrada de Ecuador (Presidenta de la Sala Contencioso Tributaria de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y Jueza de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, IAEN y Universidad Técnica de Ambato.

### Resumen

Si bien la Corte Constitucional realiza el control constitucional de las normas jurídicas, la Corte Nacional de Justicia que realiza el control de legalidad además debe aplicar directamente la Constitución en sus fallos y decisiones y que por lo tanto ese control cruzado entre las dos altas cortes de justicia del Ecuador, deben ser debidamente dimensionadas, resguardadas por la uniformidad de los precedentes jurisprudenciales y de la actuación de la facultad erga omnes de la Corte Constitucional para aplicar la revisión en los casos en que falla vía garantías jurisdiccionales. De esta manera se estabilizaría las situaciones legales que tengan conflicto constitucional, para que sea la Corte Constitucional la que establezca cuáles son los casos de anomias y antinomias de las normas legales frente a las normas constitucionales, para evitar la dispersión de criterios en la justicia ordinaria, así como la dispersión también en las decisiones de la Corte Constitucional.

*“Leyes son los vínculos de la sociedad humana con los cuales viven los hombres formando un solo cuerpo, sujetos a unos mismos deberes, agraciados con unos mismos fueros”.*

*De Las Catilinarías, Juan Montalvo*

*“Los únicos límites a los derechos son también, y exclusivamente, los derechos (de los demás)”.*

*Gustavo Zagrebelsky, 1997*

Con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador en el 2008, se establece en el Ecuador un sistema conceptualizado como estado de derechos y justicia, en el cual el estado es el garante del respeto y la realización efectiva de los derechos constitucionales y sus principios<sup>1</sup>; los

---

<sup>1</sup> Conviene advertir que un valor o un principio constitucionales no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que, como he expuesto son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen auténticas normas constitucionales. (Pérez Luño, A. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 294).

cuales han sido desarrollados en por lo menos 255 artículos de los más de 444 artículos de la Constitución de la República del Ecuador, esto es, en por lo menos el 57% de su contenido. Lo demás corresponde a la forma organizativa del estado, sus funciones y régimen descentralizado.

En este marco, será necesario considerar la filosofía jurídica que engloba el concepto de estado de derechos y justicia, sus repercusiones y consecuencias a la luz del recurso de casación; para lo cual es necesario tomar en cuenta que, el Ecuador de la mitad del mundo, afronta como realidad actual, el debate de los conceptos de la aplicación directa de la Constitución de la República y de la supremacía constitucional en el derecho y justicia. Esta será la mesa que proponemos servirnos en este día, adobada con el recurso extraordinario de casación y su repercusión en el principio de legalidad así como el de tutela efectiva de los derechos. Alegre sazón que saborearemos para discernir sobre el avance de la justicia social y la vigencia de la Constitución en las decisiones y fallos de la justicia ordinaria así como de la justicia constitucional.

Para empezar, abordaremos algunas temáticas que inciden en el análisis constitucional del estado democrático de derechos y de justicia.

## 1. Antecedentes

Zagrebelsky en su obra “El Derecho Dúctil” mencionaba que el siglo XIX es el siglo del “estado de derecho” o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*. En la tipología de las formas del estado, el estado de derecho, o “estado bajo el régimen de derecho”, se distingue del *Manchtstaat*, o “estado bajo el régimen de fuerza”, es decir, el estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el “estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen del Depotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII<sup>2</sup>. En este contexto, varios son los autores que han coincidido en entender al estado de derecho como el que engloba el valor transcendental de la eliminación de la arbitrariedad en el

---

<sup>2</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Valladolid, 1997, Editorial Trotta, p. 21.

ámbito de la actividad estatal que afecta a la ciudadanía. De esta manera, el estado de derecho da un salto a la modernidad de la cultura, pero no es la única, pues más tarde en la época contemporánea, se transformará al estado constitucional, en donde en cambio *“la ley, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”* (Zagrebel'sky, 1993, p. 34).

Ahora bien, en nuestro país el estado de derechos y justicia, supone además de la subordinación a la Constitución, la vigencia plena de los derechos fundamentales, concebido a priori incluso y preexistentes a la misma carta fundamental. Así recoge nuestra carta fundamental cuando señala:

Artículo 11, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 7.- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, *no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.*<sup>3</sup>

Nuestra Constitución incluso reconoce derechos a la propia naturaleza, desentierra el pasado del hábitat relegado por el ser humano en el tiempo, para priorizar nuestra supervivencia, nuestro pulmón del mundo y el patrimonio de nuestra descendencia y del futuro del mundo, pero vigente en nuestro presente.

Artículo 10 [...] La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.<sup>4</sup>

Este es el nuevo paradigma del siglo XXI para el Ecuador, en donde el estado democrático debe resaltar la época de la justicia y de sus asertos, transformadora de cambios en búsqueda de los principios de libertad y de justicia de las ciudadanas y de los ciudadanos; en donde los principios

---

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>4</sup> *Ibíd.*

y los valores sean la guía del derecho ya no solo concebido como ley sino también como justicia, en donde ante antinomias y anomias en el ordenamiento jurídico, sea el derecho quien tenga las soluciones, en donde el juez boca de la ley, discierna los casos concretos y aplique la justicia, de manera uniforme y equitativa, sin distorsiones ni desaciertos. En este punto, debo resaltar la importancia de la justicia ordinaria en este contexto, que aplica directamente la Constitución y las normas legales y secundarias; pero que en casos de duda y cuando exista anomias y antinomias, la justicia constitucional debe rever los designios del derecho, para aplicarlos de manera uniforme y no retroactiva. Ya explicaré más adelante esta máxime en el desarrollo mismo del recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia.

En línea a lo que se atribuye como fundamental cambio en la justicia ecuatoriana, reconocida en nuestra Carta Fundamental (artículo 177) y en la pregunta 4 del Referendo de mayo de 2011, quiero también esbozar mis criterios, sobre el paradigma de administración de justicia de las primicias del siglo XXI, para lo cual debemos conceptualizar a esta justicia viva y cálida que vuelva a nuestra sociedad ecuatoriana en un cuerpo armónico de convivencia, en donde todas y todos accedamos al buen vivir o al *sumak kawsay*, con equidad, ética laica, justicia y seguridad jurídica.

Cómo entonces lograr que estos postulados se realicen en este renovado sistema Neo Constitucionalista y del Nuevo Positivismo Latinoamericano? Si no es por el cambio de nuestras concepciones clásicas y presentes aún en los tribunales y juzgados; para convertir a nuestra sociedad en una organización más moderna con la participación de jueces con más protagonismo social y cultural; que avalen tanto la justicia ordinaria como la indígena, que soporten los avatares de la justicia especializada de aquéllos grupos disminuidos y relegados por la sociedad, que garantice una justicia digna de respeto a los derechos y garantías fundamentales, sin dejar de lado los criterios de administración moderna, como son la transparencia, eficiencia, eficacia y economía procesal.

Es que la Administración de Justicia debe buscar como postulados fundamentales, la independencia de la Función Judicial, su autonomía operativa,

la unidad jurisdiccional, promover la justicia gratuita, cuyas actuaciones son públicas, y buscar la promoción del sistema oral. En este mismo marco, es que el sistema procesal en cambio, debe buscar la simplificación, la uniformidad de sus decisiones, la eficacia en los resultados, la intermediación y participación de las partes como del juez, la celeridad y la economía procesal.

En este modelo constitucional garantista, dice Luigi Ferrajoli, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad ligada a la coherencia de la evaluación del juez y de sus significados con la Constitución. Ello deriva añadiré en mis palabras, en la inserción del juez en un protagonismo vital en el estado democrático y constitucional de *derechos* —léase derechos en plural—, en donde el juez sea la voz del pueblo, que avive la verdadera justicia y seguridad jurídica, que todos buscan en pro de la paz y la convivencia sana de un estado moderno.

La importancia del “estado constitucional de derechos y justicia” es más asonante en el Ecuador, porque el concepto para empezar de la pluralidad de “derechos”, no solo define a nuestro estado como una sociedad sujeta a la norma constitucional, sino además al régimen de derechos fundamentales como a priori a la propia existencia del estado constitucional, derechos que son connaturales al hombre, rebasando con esto el concepto de legalidad y constitucionalidad, pues profundiza más allá del Positivismo Jurídico, como se ha mencionado por el Neoconstitucionalismo, creo sin miedo a equivocarme que yendo más allá del “Garantismo”; la concepción iusnaturalista y moral han abordado los temas de derecho, de hoy en día, pues los principios y valores son la vivencia diaria del derecho de hoy, expandiendo la aplicación de las normas positivas y escritas.

Ahora bien, la búsqueda del principio fundamental del buen vivir o *sumak kawsay* así como del respeto a la Pachamama, nos involucra a las ecuatorianas y a los ecuatorianos, a expandir la vigencia de los derechos fundamentales en un régimen de razonabilidad, ponderación y racionalidad en la aplicación de la justicia ordinaria y constitucional. Pues no podemos tolerar, que so pena del respeto a los derechos fundamentales, se pretenda abusar del principio de “que todo acto o resolución es impugnable”, llevando al precipicio de las causas perdidas en el tiempo sin resolución por

más de cinco años o veinte por decir la verdad, o lo que es peor a pretender siquiera establecer inconscientemente una nueva instancia en el Ecuador, perjudicando a los principios de celeridad y oportunidad en la resolución de causas.

La justicia social que es la búsqueda final de nuestro cometido, aquél que pretendió establecer el soberano popular en el Referendo de mayo de 2011, no es más que la realización plena de los derechos fundamentales resguardados por sobre todo por los principios de la nueva justicia en el Ecuador, verbigracia: simplicidad, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal (artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador).

Por todo lo expuesto ut supra, concluiré este subtítulo remarcando la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia, en el Ecuador que incluye la búsqueda de la realización de la justicia, resguardando para ello como camino asegurado, el respeto a los derechos fundamentales en cuanto persona. El Ecuador y América Latina se han propuesto en este siglo, retar al camino al desarrollo, enfocar sus estructuras a la búsqueda de un régimen de desarrollo dentro de la libertad y la dignidad<sup>5</sup>, luego de años de inercia e inequidad, que es la meta a lo cual debemos aportar todas y todos.

El Ecuador casi no ha tenido postmodernidad, ni siquiera hemos completado la modernidad diría yo, los avances han sido recientes, no se han agotado las reformas necesarias macroeconómicas para poder afrontar los derechos fundamentales con mayor cimiento y seguridad. No se pudo hablar de un estado bienestar peor de un estado constitucional, si aún el déficit en la balanza comercial es una realidad permanente en el Ecuador, si aún los ingresos estatales ordinarios no son suficientes para abastecer

---

<sup>5</sup> La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de la autodeterminación (*Selbstbestimmung des Menschen*) que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza. (Pérez Luño, A. 1999, p. 318).

el gasto social que implica la generación y aplicación de los derechos. El camino debe ser concertado, la realización del derecho supone la vigencia plena de una economía estable y realista, que no esté afincada en los ingresos extraordinarios y efímeros de la economía. Es por ello, que debemos retornos a caminar con paso seguro en la aplicación de la justicia, para todos quienes operamos justicia en el Ecuador, para que los cambios no sean vanos intentos de reformas, sino reales consecuencias de actos certeros y firmes en la transformación de la justicia en el Ecuador.

Solo de esta manera podremos hablar de paz y seguridad de nuestro estado, en donde el respeto al orden constituido y los derechos fundamentales reconocidos en las cartas fundamentales, tema prioritario en la Doctrina del Garantismo Penal, así como en el *Neo-constitucionalismo Transformador*<sup>6</sup>, se conviertan en permanente realidad.

## **2. Antecedentes del recurso de casación**

Para remontarnos en la historia del recurso de casación en el Ecuador es necesario traer a colación la expedición del Código de Enjuiciamiento Civil, el cual fuera promulgado el 16 de enero de 1917 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 1918, para regular el procedimiento civil en el Ecuador. Más tarde, se deroga el Código de Enjuiciamiento Civil y se expide el Código de Procedimiento Civil, que regiría desde el 10 de abril de 1938, posteriormente codificado en el Registro Oficial Suplemento 133 de 07 de febrero de 1953. En este texto legal, se establecía la tercera instancia como un recurso ordinario, que conoce la Corte Suprema de Justicia, luego del proceso de instancia de los jueces A quo y de la apelación ante las Cortes Provinciales.

### **2.1 Código de Procedimiento Civil, 1938**

El Código de Procedimiento Civil, que regiría desde el 10 de abril de 1938, señalaba como recursos: el de apelación, de tercera instancia, de nulidad y de

---

<sup>6</sup> Término introducido por Ramiro Ávila Santamaría, en el libro *El Neoconstitucionalismo Transformador, El estado el derecho en la Constitución de 2008*, 2011, p. 235 a 274.

hecho. La parte que se creía agraviada por la decisión de segunda instancia, podía interponer el recurso de tercera instancia, para ante las Cortes Suprema, o Superior. Se establecía además que no había tercera instancia de:

1. Los decretos, autos y sentencias expedidos en las causas cuya cuantía sea de dos mil sucres o menos;
2. De los decretos y autos interlocutorios de la Corte Superior, en las causas cuya cuantía no pase de seis mil sucres;
3. De las sentencias y autos definitivos, esto es, que tienen fuerza de sentencia, que dicte la Corte Superior en las causas cuya cuantía sea de dos mil sucres o menos, si en lo principal fueren confirmatorias de los de primera instancia;
4. De los autos en que se resuelva acerca de los puntos siguientes:
  - a) Oscuridad del Libelo;
  - b) Incompetencia del juez o tribunal;
  - c) Determinación del juicio en que se debe sustanciar la controversia;
  - d) Legitimidad o ilegitimidad de personería, por suficiencia o insuficiencia de poderes;
  - e) Acumulación de autos;
  - f) Calificación de los interrogatorios para la confesión de parte y las declaraciones de testigos; y,
  - g) De los decretos y autos en los juicios en que la sentencia no es susceptible del recurso de tercera instancia.

En el recurso de tercera instancia no se concedía término probatorio, ni se admitía ninguna prueba. El tribunal podía, ordenar de oficio las diligencias que creyere necesarias para esclarecer algún punto controvertido. No obstante, si en la tercera instancia sobreviene algún incidente que haga necesaria la prueba, el tribunal concedía, con este solo objeto, un término prudencial.

Ahora bien, las resoluciones de la Corte Suprema causaban ejecutoria, sin perjuicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados de dicha Corte. Incluso, hay que anotar que el recurso de nulidad no se podía presentar, sino juntamente con el de apelación o el

de tercera instancia; y, al interponerlo, se debía determinar claramente la omisión u omisiones en que se funda el recurso de nulidad.<sup>7</sup>

## **2.2 Codificación del Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento Nro. 687 de 18/05/1987**

Más tarde, se expide una nueva codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Registro Oficial Suplemento 687 de 18 de mayo de 1987, que sobre el recurso de tercera instancia establecía que:

- En el artículo 324 señalaba los recursos ordinarios vigentes en la legislación, entre los cuales constan el de apelación, de tercera instancia y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso.
- A partir del artículo 348 al 352 se regulaba el recurso de tercera instancia, como un recurso ordinario el cual se presentaba ante la Corte

---

<sup>7</sup> Código de Procedimiento Civil, R.O. S-133 DE 07/02/1953

Del recurso de tercera instancia.- Artículo 367.- La parte que se crea agraviada por la decisión de segunda instancia, podrá interponer el recurso de tercera, para ante las Cortes Suprema, o Superior, según el caso, dentro de tres días.

Artículo 368.- No habrá tercera instancia: 1. De los decretos autos y sentencias expedidos en las causas cuya cuantía sea de dos mil sucres o menos; 2. De los decretos y autos interlocutorios de la Corte Superior, en las causas cuya cuantía no pase de seis mil sucres; 3. De las sentencias y autos definitivos, esto es, que tienen fuerza de sentencia, que dicte la Corte Superior en las causas expresadas en el número precedente, si en lo principal fueren confirmatorias de los de primera instancia; 4. De los autos en que se resuelva acerca de los puntos siguientes: a) Oscuridad del Libelo; b) Incompetencia del juez o tribunal; c) Alegaciones fundadas en los Arts. 76 y 77 de este Código; d) Determinación del juicio en que se debe sustanciar la controversia; e) Legitimidad o ilegitimidad de personería, por suficiencia o insuficiencia de poderes; f) Acumulación de autos; g) Calificación de los interrogatorios para la confesión de parte y las declaraciones de testigos.

Lo dispuesto en este número se aplicará sólo cuando los fallos de primera y de segunda instancia sean conformes en lo principal; y, h) De los decretos y autos en los juicios en que la sentencia no es susceptible del recurso de tercera instancia.

Artículo 1140.- Derógase el Código de Enjuiciamiento Civil promulgado el 16 de enero de 1917 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 1918, así como todas las reformas relativas a dicho Código, por más que ellas estén en otro cuerpo legal o se refieran al mismo, anteriores a la vigencia del presente, cuyas disposiciones se citarán en lo sucesivo, teniéndose como auténticas sólo las ediciones hechas en los Talleres Gráficos Nacionales y que tengan el facsímil de la firma del Ministro de justicia. En consecuencia, queda derogada la segunda parte relativa a instancias, del Artículo 6, del Decreto Supremo No. 211, de 19 de julio de 1937.

Artículo 1141.- El presente Código rige desde el diez de abril de mil novecientos treinta y ocho.

Suprema de Justicia, de manera general, de las sentencias y autos definitivos, esto es, que tienen fuerza de sentencia, que dicte la Corte Superior.

Posteriormente el recurso de tercera instancia es derogado, por el artículo 21 de la Ley de Casación: Ley nro. 27, publicada en Registro Oficial 192 de 18 de Mayo de 1993.

### **2.3 Ley de Casación, 1993**

El Congreso Nacional del Ecuador, mediante Ley 20 publicada en el Suplemento 93 del Registro Oficial del 23 de diciembre de 1992, expide las reformas constitucionales para modernizar la Administración de Justicia, hacerla ágil y eficiente; instituyendo el recurso de casación en la legislación ecuatoriana.

Para su aplicación, la Ley de Casación publicada en el año 1993, establece en materias civiles y afines al recurso de casación, derogando además del Código Tributario la parte atinente al recurso de casación que existía en materia tributaria, para regularla en esta ley. Se establece el recurso de casación, como un recurso extraordinario, de corte formalista, por la admisión y calificación que preceden al inicio del recurso.

El recurso de casación procede contra las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo; así como respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.

Como se ha expuesto magistralmente en las ponencias previas, la casación surge con motivo de la revolución francesa aunque algunos autores establecen el origen en el llamado "*conseils des parties*", diremos también que el origen de la casación es político, pues la Revolución Francesa al establecer

la división del estado en 3 poderes distintos: la asamblea a quién le incumbe legislar; al poder judicial aplicar esas normas sin desvirtuarlas, por lo que cualquier sentencia que contradijese la ley no era válida, en virtud al principio de plenitud de la codificación, tomando en cuenta que todo está regulado; y, el poder ejecutivo, a quién le corresponde el gobierno y la ejecución. Montesquieu declaraba que: “*el juez no es más que la boca por la que se aplican las palabras de la ley*”<sup>8</sup>, con ello se pretendía encasillar al juez en un sistema legal rígido sin aplicación más que de la ley.

Así, se retoma el derecho romano justiniano y la Escuela de Bolonia que diferencia como causales de anulación de una sentencia, por una parte los “*errores in procedendo*” y, por la otra, los “*errores in iudicando*”, cuya característica común era impedir que la sentencia fuera válida, aun cuando, según señala Guasch, en algunos Estatutos de ciudades italianas se confundieron con razones de impugnación por injusticia de la sentencia y no por invalidez de la misma. Los errores “*in procedendo*” eran atacables por la vía de la “*querella nullitatis*” y los “*in iudicando*”, por la “*querella iniquitatis*”, cuyas causales generalmente podían servir tanto de base, para este recurso de nulidad, como para el clásico recurso de impugnación por agravio, constituido desde Roma como la “*appellatio*” o apelació (Murcia Ballén, 2005).

El recurso de casación, está dirigido a romper o anular las sentencias venidas en grado a la Corte Nacional de Justicia, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas e incluso de los precedentes jurisprudenciales. Su finalidad de anular o “*casser*” también busca la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia.

La Ley 27, de Casación del Ecuador publicada en el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, estableció el recurso extraordinario de casación contra las sentencias y los autos que ponen fin a los procesos de conocimientos, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo; de igual manera

---

<sup>8</sup> Humberto Murcia Ballén, El Recurso de Casación Civil, Bogotá, 2005, Ediciones Ibáñez.

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

El recurso de casación es unánime en la doctrina, implica en cuanto a la existencia de errores, trato procesal diverso; porque, al paso que los llamados *in procedendo*, obligan al tribunal, en la mayor parte de los casos, a anular el proceso y a reponer las cosas al estado que tenían cuando el error se cometió, ante los errores *in judicando*, la resolución, obliga a construir, sobre la base de lo resuelto en casación, una nueva sentencia, cuidado que, en los sistemas de renvío, se confía al tribunal que ejerce esa función, pero siempre sobre la base incommovible de lo que la casación decidió (Murcia Ballén, 2005, p. 27).

El recurso de casación, supone en todo caso, una revisión y simplificación de sus causales o motivos para admitir el recurso. Actualmente en el Ecuador, se establecen cinco causales, las mismas que por lo menos podrían reducirse a tres, a saber:

Artículo 3 de la Ley de Casación.- Causales.- El recurso de casación solo podrá fundarse en las siguientes causales:

1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre

que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ellas todos los puntos de la litis;

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

Para ello, en la propuesta de Proyecto de Código Procesal Unificado de materias no penales, el recurso de casación toma otra dimensión, en donde la oralidad como su componente principal, supone la adecuación de este sistema de control de legalidad, en el marco de la constitucionalidad, para revisar su estructura.

### **3. Análisis comparativo: recurso de casación y estado constitucional de derechos y justicia**

Para empezar este análisis es necesario abordar necesariamente el tema de los conflictos y dificultades que en el marco de adaptación de los recursos extraordinarios de la justicia ordinaria, al sistema de estado constitucional de derechos y justicia se ha dado, a propósito de la expedición de la nueva Constitución de Montecristi. Con ello, primero debo aclarar, el convencimiento como académica que tengo de insertar un proyecto innovador en el establecimiento del régimen de derechos y garantías, sin embargo como todo proceso que inicia tiene sus dificultades y repercusiones en el sistema de justicia ordinaria, que creo también deben corregirse a la marcha y en el camino hacia el desarrollo. Entre los temas más importantes, tengo a bien referirme a los siguientes:

#### **3.1 El principio de legalidad en el estado constitucional**

Un tema que deriva del principio de legalidad ha sido el debate del ajuste que debe someterse el juez a las normas de derecho, poniendo en

vigencia la seguridad jurídica en una sociedad determinada. Es que el principio de “*stricta jurisdiccionalidad*” considerado dice Ferrajoli desde la perspectiva de que “*el juez está sujeto sólo a la ley*” y con ello, desde el modelo cognoscitivo del juicio penal por ejemplo, resulta contradicho por la multiplicidad de opciones que en la actividad interpretativa y en la probatoria impone la indeterminación semántica de las normas penales sustanciales (Ferrajoli, 2001, p. 32).

La importancia de la legalidad radica entonces, en primer lugar, en ceñirse al contenido formal de la norma pero también como trae a colación el garantismo, la aplicación empírica de la norma al caso concreto, pues la interpretación de la jueza o del juez no podría ser alejado de la semántica peor aún del objetivo mismo de la norma en la aplicación del derecho. De ahí que es vital la formación de los jueces en los sistemas de interpretación de las normas, así como del legislador en la edificación técnica de normas claras.

Roberto Gargarella, en “*La Justicia contra el Gobierno*” señala que los jueces no sólo deben decidir en última instancia sobre las más fundamentales cuestiones constitucionales, sino que además, tienen la posibilidad a través de sus fallos, de contradecir al legislador, por ello es que desde el inicio se preocuparon por estructurar el poder judicial, de modo que las decisiones de sus miembros tuvieran las mayores garantías de ser imparciales. (Gargarella, 1996, p. 51.) En todo caso, el autor manifiesta, que de ninguna manera supone la superioridad de los jueces frente al legislativo, sino que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por la primera.

El cuestionamiento se plantea entonces, en cómo se administra la justicia ordinaria frente a la justicia constitucional, en un país en donde coexisten dos altas cortes de justicia, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional. La primera, que conoce y tramita el recurso de casación, de aplicación de la legalidad, frente a la Constitucional como máximo órgano de control e interpretación constitucional y del sistema de administración

de justicia constitucional. Si bien la Corte Nacional de Justicia, es el órgano máximo de justicia ordinaria, debe acoger la máxima de la aplicación directa de la Constitución, pero limitada a un control concentrado de la Constitución por la Corte Constitucional. Los pasos dados han sido complicados, el sistema avanza pero creo que debe autodepurarse en razón de los cuestionamientos y planteamientos que *por excepción* traeremos a colación.

Un tema fundamental, ha sido la dificultad de concertar decisiones uniformes en los casos concretos, pues abordando temas de legalidad, la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección ha puesto en entredicho sentencias de la Corte Nacional de Justicia, estableciendo situaciones de incertidumbre, por el mismo sistema claro está, pues al aplicar a un caso concreto el rompimiento de la norma legal, a su criterio, violatoria de la Constitución, deja sin efecto las normas legales aplicadas por la Corte Nacional de Justicia, de manera irretroactiva e incluso sin la uniformidad para todos los casos concretos. Veamos un ejemplo:

*Caso Lwam-transoceánica Cía. Ltda.*, Nro. 0671-10-sep-cc. Resolución Corte Constitucional Nro. 39, 16 de noviembre de 2011.

*En pensión jubilar se aplica: el salario mínimo vital, o el salario básico unificado (conceptos diferentes). Se resuelve en el sentido de establecer el salario básico unificado (con los nuevos componentes que se añaden al salario mínimo vital como: décimo quinto, compensación, etc.)*

El señor LWAM, por sus propios derechos, comparece amparado en lo establecido en los artículos 94 y 137 de la Constitución de la República, y artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con acción extraordinaria de protección en contra de la resolución dictada por los jueces de la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, el 19 de abril de 2010, dentro del juicio laboral No. 0555-2009, que inició en el año 1980 y por la que se aceptó el recurso de casación planteado por sus expatronos, representantes de la compañía Transoceánica Cía. Ltda. Al fallo dictado por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil el

10 de marzo del 2008, en el que se había reconocido su derecho a recibir su pensión jubilar patronal [...]. La controversia se sitúa en el reclamo del trabajador para que se liquide la diferencia entre lo pagado y los salarios mínimos básicos unificados, desde julio del 2001. *“Los jurisdicentes en el considerando Tercero del fallo estiman que no se podía aplicar una disposición que cuando entró en vigencia, ya que en el auto dictado el 26 de junio de 1991, se había establecido que el actor tiene derecho a seguir percibiendo como pensión jubilar patronal el 100% del salario mínimo vital, conforme la ley anterior, y según el artículo 7 del Código de Trabajo ... tiene derecho a seguir percibiendo el 100% del salario mínimo vital a partir del mes de julio de 2001, tomando en cuenta los salarios mínimos vitales o salarios básicos unificados vigentes a cada año. Esta apreciación (dice la Sala de la CNJ) de los juzgadores de instancia implica una confusión de conceptos lo que significa el salario mínimo vital general y el salario unificado. 3.2. Sobre el punto la Sala se remite a la disposición del Código de Trabajo contenida en el Artículo 133: ‘Mantiénesse, exclusivamente para fines referenciales el salario mínimo vital general de cuatro dólares de los Estados Unidos de América (USD 4,00) el que se aplica para el cálculo y determinación de sueldos y salarios indexados, cálculo de la jubilación patronal’.*

***...Esta Corte (Constitucional) reitera que los derechos adquiridos son situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de la ley y que, en virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de la persona, ... y que la seguridad jurídica como uno de los pilares fundamentales del estado constitucional de derechos, y en la actualidad de justicia social,*** por lo que garantiza el respeto a las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, ante lo cual una nueva ley no tiene la virtud de regular las situaciones jurídicas del pasado... acepta la acción extraordinaria de protección y anula la sentencia...” (la negrilla es mía).

En el presente caso, la resolución del órgano de justicia constitucional, aplica una ley distinta a la aplicación que realiza en Sentencia la Corte Nacional, la misma que se refiere a la aplicación del límite legal para el pago de indemnizaciones.

Otro caso al que nos referiremos, en donde la Sentencia, pone en entredicho la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, en temas de legalidad, la citamos:

*Caso Jad-Autoridad Portuaria de Guayaquil.* Nro. 0217-12-sep-cc. Resolución Corte Constitucional Nro. 186, 03 de mayo de 2012.

*En pensión jubilar se aplica: el salario mínimo vital, o el salario básico unificado (conceptos diferentes). Se resuelve en el sentido de establecer el salario mínimo vital.*

“La presente acción ha sido propuesta ante los jueces de la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, por el abogado NN, procurador Judicial de la Autoridad Portuaria de Guayaquil; y deduce acción extraordinaria de protección en contra de la Sentencia de fecha 14 de enero de 2009 [...] La cláusula contractual en la cual el ex trabajador JAD fundamentó su demanda contra la Autoridad Portuaria de Guayaquil, no dejaba duda alguna de que su pensión jubilar era S/. 300.000 equivalentes a tres salarios mínimos vitales, que se convirtieron en USD 12,00 a partir del proceso de dolarización. Posteriormente, el legislador dispuso que la pensión jubilar a la que tiene derecho los jubilados no sea inferior a USD 30,00 para los que perciban una sola pensión jubilar, ni de USD 20 para los que son beneficiarios de doble jubilación, con lo cual se mejoró lo que recibía el jubilado JAD. Es cierto que la pensión jubilar patronal que recibe el extrabajador JAD y otros jubilados de la Autoridad Portuaria de Guayaquil representan valores que no cubren sus elementales necesidades, lo cual no pretende ser ignorado por la Corte Constitucional, pero ello no puede servir de fundamento para ordenar pagar una pensión jubilar patronal que rebase los valores, tanto pactados contractualmente, como fijados expresamente en la ley”.

Si bien, en el presente caso, siendo el mismo cuestionamiento de derecho del caso citado ut supra, el fallo reitera aquí la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, diremos que en el presente caso el análisis es de legalidad, como bien cita la Corte Constitucional. Es entonces, un doble

control de legalidad el que subyace en el Ecuador?, debería entonces, establecerse claramente las líneas de acción entre las dos altas cortes de justicia del Ecuador para evitar que la acción extraordinaria de protección que se presenta de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia, se vuelva una nueva instancia en el procedimiento litigioso. En parte es preocupante, el espectro en que vivimos, en donde en vez de buscar la celeridad de la justicia, el hipergarantismo de la Constitución nos ha llevado a instancias sin salidas, pero aquí buscamos las soluciones no las críticas destructivas de un sistema que aunque en su filosofía entraña justicia social y equidad, a veces el tema procedimental lo empantana. Por ello es que abandero entonces, las necesarias reformas legales al Código Procesal Unificado en materias no penales, en materia de casación, para que éste se convierta en un recurso extraordinario menos riguroso y más garantista, no con ello quiero decir menos formal; en donde la intermediación, la oralidad y la celeridad sean sus guías. Pero no puedo dejar de mencionar tampoco, la necesidad de las reformas constitucionales o legales, que corresponden en la acción extraordinaria de protección, para hacer de este mecanismo una medida reparatoria de los derechos constitucionales y de las garantías jurisdiccionales, y no una somera acción de legalidad contra las sentencias de la más alta Corte de Justicia Ordinaria, solo así se buscará el objetivo deseado, evitando por excepción posibles confrontaciones entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, que les quita credibilidad ante la ciudadanía, que espera una justicia de respeto y garantía, pero también oportuna y eficiente.

### **3.2 El recurso de casación purista o mixto**

Otro análisis necesario del recurso de casación, es establecer el carácter estrictamente legal del recurso de casación y su dimensión actualmente. Morello, en su libro de La Casación, plantea un modelo intermedio eficiente, al señalar que “la Corte de Casación está hermanada con la ley, no a los hechos, a la prueba, al control de la lógica al razonamiento... control de legalidad y control de mérito son dos compartimentos, entonces no transitables indistintamente” (Morello, 1993, p. 10).

Sin embargo, creo que en el Ecuador, el purismo de la casación no es

la dosis que ha implementado la actual Corte Nacional de Justicia, pues en la justicia ordinaria se ha considerado aplicar un recurso ni extremadamente formalista ni tampoco un recurso sin razón de ser, es así como en los autos de admisión de los recursos de casación en cumplimiento de un carácter formal mesurado, se han negado sus admisiones de manera general, acatando el derecho y la justicia social, en aplicación directa de la Constitución, pero respetando la legalidad, cuando en casos concretos, ni la duda, ni la anomia ni la antinomia son inquilinos de la aplicación del derecho. En estos casos, claro es, para la alta corte de justicia ordinaria, la aplicación de la legalidad en su accionar. Sin embargo de ello se han planteado, algunos temas de inaplicación de la Constitución en las sentencias de la Corte Constitucional, en aplicación de las acciones extraordinarias de protección, a saber:

Caso SPMB nro. 0981-2011-ep. Sentencia Corte Constitucional nro. 180, 12 de septiembre de 2011.

*Por aplicación del principio iura novis curia, se ordena se califique el recurso de casación aún cuando no cita la causal para interponer el recurso de casación.*

El señor SPMB presentó acción extraordinaria de protección ante los jueces de la Primera Sala Civil de la Corte Provincial de Tungurahua, impugnando la sentencia emitida por esa Sala el 28 de marzo de 2011 en el juicio reivindicatorio nro. 0522-2009, así como contra los autos del 12 de abril del 2011, que negó la ampliación solicitada y del 28 de abril del 2011 que negó el recurso de casación interpuesto por haber vulnerado los derechos a la tutela judicial, el debido proceso y la seguridad jurídica... *Es verdad que para la procedencia del recurso de casación es necesario el señalamiento de la causal en que el peticionario funda el pedido del recurso, de lo contrario no se sabría los aspectos sobre los que deberá pronunciarse la Sala de la Corte Nacional de Justicia que deba resolver el caso, pero también es verdad que el juez conoce el derecho y debe aplicarlo, en aras de la realización de la justicia, así lo ordena el artículo 426 de la Constitución recogiendo el principio iura novis curia, por lo que si en el escrito de interposición del recurso se hace clara la referencia al contenido de las causales, sin que se haya identificado con*

*el número, mal hace el juez en negar el recurso* pues bien se entiende cuál es la causal en que se sustenta el recurso, como en el caso de análisis que conduce a duda o incertidumbre sobre las causales en las que basa el recurso.. La Corte concluye que los jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, al haber demostrado una actitud violatoria de los derechos del demandante de reivindicación, no solo en el proceso sino también en la emisión de la sentencia, no se encuentran en condición de imparcialidad para emitir un nuevo pronunciamiento. (el subrayado y el resaltado son míos).<sup>9</sup>

En el presente caso, la Corte Constitucional, ante la no *calificación del recurso* de casación que obedece al cumplimiento de los requisitos formales que atañen a su presentación, no toma en cuenta el carácter formal de este recurso, —sin sonar a purista ni examen extremo de la calificación—, a lo contrario invoca el principio de *iura novis curia*, que no es más que la máxima de que “*el juez conoce el derecho*” proclamada en el artículo 426 de la Constitución. Con ello queda en entredicho la formalidad del recurso de casación. Para la Corte Nacional de Justicia, este tema preocupa el momento de la primera calificación del recurso de casación, cuestiona su vigencia.

En la actualidad los requisitos formales del recurso de casación, contenidos en el artículo 6 de la Ley de Casación, prevén:

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

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

---

<sup>9</sup> Sentencia publicada en el Registro Oficial 756-S de 30 de julio de 2012.

Otro caso, sobre la *admisión del recurso* de casación, como segunda fase de análisis del recurso, es el siguiente:

Caso FMRR nro. 0388-2009-ep. Sentencia Corte Constitucional nro. 0004, 10 de septiembre de 2009.

FMRR presenta acción extraordinaria de protección e impugna el auto de aceptación del recurso de hecho y admisión a trámite de recurso de recurso de casación interpuesto por el representante legal del Banco Centro Mundo, en el juicio ordinario 194-2007 y la sentencia de casación, dictados dentro del mismo juicio por la mayoría de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la que fuera Corte Suprema de Justicia del Ecuador... Al respecto resaltando la práctica jurisprudencial de la ex Corte Suprema de Justicia, en relación a la estricta observación de requisitos de procedibilidad y admisión del recurso de casación, señala Marco A. Guzmán, profesor universitario: "...de acuerdo con la práctica reiterada que se observa en la Corte Suprema de Justicia del Ecuador con ella no se admitirá el recurso de casación si en el escrito en el que se lo deduce simplemente se hace referencia general a las causales que enuncia el artículo 3 de la Ley, o si se manifiesta que, al mismo tiempo, se registran falta de aplicación o aflicción indebida o falta de aplicación y errónea interpretación de específicas normas de derecho"... *La Corte observa que la Sala de casación, al admitir el recurso, separándose de sus propios precedentes, sin motivación ni argumentación alguna que impida considerarla arbitraria, contrariando los artículos 3 y 6 de la Ley de Casación, inobserva la línea jurisprudencial y de fallos reiterados y obligatorios de la ex Corte Suprema; en consecuencia, actuó prescindiendo de la realidad reflejada en el escrito de recurso y alejada del derecho, con lo cual, de manera evidente, actuó favoreciendo al recurrente que no observó las reglas vigentes para la interposición de recursos de casación... la Sala no actuó de manera neutral, incurriendo en la falta de imparcialidad objetiva, afectando el derecho del demandante a ser juzgado...*<sup>10</sup> (la cursiva es mía)

En este caso a diferencia del anterior, se invoca el carácter formal del recurso de casación, el cual es sostenido por la Corte Nacional de Justicia del

---

<sup>10</sup> Sentencia publicada en el Registro Oficial 159-S de 26 de marzo de 2010.

Ecuador, y por sus Salas de Jueces y Conjueces, actualmente. Ahora bien, en el presente caso, como interpretar la actuación de la Corte Constitucional, de invocar como en el caso anterior el principio de que “el juez conoce el derecho” cuando existen requisitos formales determinados en la norma, que no obstaculizan a mi manera personal de ver, el derecho a ser juzgado de los ciudadanos. Considero que el principio de legalidad también se enmarca en el sistema constitucional, es uno de sus principios, y debe ser tomado en cuenta también en la aplicación de derechos y garantías constitucionales, no puede soslayarse su aplicación o menos aniquilarlo del sistema jurídico de derecho que sí lo reconoce.

Es pues necesario, repensar por el tema de aplicación de los principios de la tutela judicial efectiva de los derechos, del principio de *iura novis curia* y de la aplicación directa de la Constitución, que es necesario reformular las líneas de acción de las dos altas cortes de justicia del Ecuador; pues romper las normas legales en orden a los principios constitucionales, muchas veces no considerados en duda, ni menos de violación de las normas legales a la norma constitucional por las y los jueces ordinarios, en un caso concreto, convierte al sistema en un proceso desigual para la ciudadanía que reclama justicia; pues haría necesario entonces, pensar que todos los autos de inadmisión del recurso de casación o de no calificación del recurso de casación, estén sujetos a acción extraordinaria de protección, tachando la celeridad del accionar de la justicia, tantas veces mencionada en esta ponencia.

Para ello, considero que el efecto inter partes de la acción extraordinaria de protección si no se pone límites, además de convertirse en una nueva instancia, por el abuso en la utilización de las garantías constitucionales por parte de los usuarios, perjudica la atención de las causas judiciales, al verse incrementado las acciones extraordinarias de protección de manera indiscriminada.

Por eso propongo que el efecto erga omnes debe ser el mecanismo de la actuación en el control constitucional, en la medida que la norma constitucional lo permita, para lo cual a la luz del artículo 199 de la Ley Orgánica

de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé que se ejerza la revisión de las sentencias de protección, por parte de la Corte Constitucional, para prever los casos de contradicciones y establecer un régimen de uniformidad en materia constitucional.

De todas maneras, la Corte Nacional de Justicia, no puede dejar de lado, su atribución fundamental de crear la jurisprudencia uniforme y en aras de la justicia social y la equidad, buscar los mecanismos adecuados para la creación de un régimen de precedentes jurisprudenciales que sean obligatorios y repercutan en la seguridad jurídica constitucional y legal, así como en la paz social, apremiante y necesaria en este siglo de las renovaciones y del desarrollo para América Latina. La Constitución de la República prevé en su artículo 185 que las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir al fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad.

Ahora también, en la aplicación de los autos de admisión del recurso de casación, que a partir de la vigencia plena del Código Orgánico de la Función Judicial, conocen los tribunales de conjuces de la Corte Nacional de Justicia, se han presentado acciones extraordinarias de protección cuando incluso se ha iniciado el trámite del recurso de casación por admisión del recurso de una de las partes, y el rechazo del recurso de la otra parte. Resulta incomprensible como, podría, nótese que digo podría, suspenderse el recurso de casación de la parte que sí fuera admitida.

En el caso 543-2012 que sigue la Industrial Licorera Dilsa Cía. Ltda., en contra del SRI, se presentó acción extraordinaria de protección al auto que inadmitía el recurso de casación del actor y admitía el recurso del demandado, emitido por el tribunal de Conjuces y Conjuenza de la Sala Contencioso Tributaria de la Corte Nacional de Justicia, para el efecto se debe considerar que con el propósito de cumplir, lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República, 62 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la sentencia de jurisprudencia

vinculante No. 001-10-PJO-CC de la Corte Constitucional publicada en la Gaceta Constitucional No.001, en la que se establece como precedente de obligatorio cumplimiento que: *“Las judicaturas, salas o tribunales que **dictan** una decisión definitiva, y **ante quienes se interpone** una acción extraordinaria de protección están impedidos para efectuar un análisis de admisibilidad (...). Las juezas y jueces una vez recibida la demanda, deberán remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término de cinco días, como lo dispone el artículo 62 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.”*, se dispuso que sin ningún tipo de dilación se remita el proceso a Corte Constitucional.

Ardua e intensa tarea, depara a las dos altas cortes de justicia que han iniciado sus labores recientemente, pero que nos compromete por el reto de la aplicación del estado constitucional de derechos y justicia que pregonan nuestro sistema jurídico en el marco constitucional y legal, pero por sobre todo, en la demanda de la población ecuatoriana que se pronunció en participación directa en el establecimiento del poder constituido.

### **3.3 La duda razonable prevista en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador**

Otro tema de singular interés para la comunidad jurídica, es el desarrollo y trámite de las dudas razonables que la justicia ordinaria a propósito de la aplicación de la Constitución, tiene sobre determinadas normas de derecho, pues cuando la norma es clara y no sujeta de antinomias o anomias pues queda claro expuesto, que le compete a la justicia ordinaria su actuación. En todo caso, a propósito de las dudas razonables, la Corte Constitucional ha establecido que al verificar una recurrencia de problemas para la presentación de consultas de normas, por parte de juezas y jueces de la Función Judicial, dentro de varios casos relacionados con el control concreto de constitucionalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 11 numeral 8 y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expidió la sentencia 001-13-SCN-CC (Caso 0535-12-CN), en la que estableció los criterios que deberán ser observados por las juezas y jueces al momento de elevar una consulta de norma a la

Corte Constitucional en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República.

Caso Nro. 0535-2012-CN. Sentencia Corte Constitucional 001, 13 de agosto de 2012-CSN.

El 13 de agosto de 2012, la Corte Constitucional, para el período de transición recibe el expediente del juicio de excepciones a la coactiva, remitido por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 3, con sede en Cuenca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República, a fin de que la Corte Constitucional se pronuncie acerca de la constitucionalidad y aplicación del procedimiento judicial al existir dos procedimientos judiciales aplicables al juicio de excepciones a la coactiva... La consulta de norma efectuada dentro del control concreto de constitucionalidad deberá contener:

- i. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta.
- ii. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.
- iii. Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado.<sup>11</sup>

De esta manera, aún cuando se trata de la facultad de los jueces y juezas ordinarios a consultar en caso de duda a la Corte Constitucional, se estableció varios requisitos formales para su presentación. En este tema, convendría también analizar, si en estos casos, aún cuando quienes presentan las dudas son los operadores de la justicia, pero lo hacen ante las peticiones y solicitudes de los justiciables, amerita o no una entramada forma de requisitos para su presentación, so pena de la propia acción oficiosa de la Corte Constitucional para ejercer el control Constitucional.

---

<sup>11</sup> Sentencia publicada en el Registro Oficial 890-S de 13 de febrero de 2013.

#### 4. Conclusiones y recomendaciones

El Ecuador del siglo XXI, debe superar sus taras e inercias, debe avanzar en el futuro para lo cual la actuación de juezas y jueces, cumplen un rol fundamental en el camino imprescindible hacia la realización de la justicia social. Para ello, he anotado algunos puntos necesarios en la construcción de las soluciones, pues la problemática está puesta en la mesa de discusión, la tarea es ahora plantear las soluciones, verbigracia entonces se recogen algunas recomendaciones:

1. Hay que definir ahora los objetivos más concretos y próximos que las juezas y los jueces buscan satisfacer a través de su decisión final o lo que suelen llamar la taxonomía judicial, pues la influencia en la elaboración de las políticas públicas, dicho por Maltzman, Spriggs, Wahlbech (2000) de las juezas y los jueces sobre todo los de mayor jerarquía, es real. La razón está en que se encuentran en permanente interacción con las funciones legislativa, ejecutiva y demás; lo que se comprueba fehacientemente cuando el juez ejerce el control de constitucionalidad, la interpretación de la normativa legal, la consulta previa o la dirimencia en asuntos de connotación pública, es indudable su participación en las ciencias de las políticas públicas.

Siendo así, el juez pues del siglo XXI debe superar las tradiciones de la escuela jurisprudencial legalista o de la doctrina tradicional, que concepción que los cuerpos normativos son los suficientemente explícitos en cuanto actúen como descriptores de la interacción humana, y asumir su rol de dirimir conflictos con las reglas de la normativa vigente visto desde el nuevo enfoque constitucional, aplicando la sana crítica, los precedentes jurisprudenciales y los principios generales del Derecho como la equidad. Esto rompe el clásico posicionamiento del esquema judicial en el Ecuador, enquistado en el pasado, en el positivismo a ultranza y en el “claustro de los códigos y leyes escritas”.

La actuación de los jueces en esta línea los hace entonces actores provistos de conocimientos, experiencias e ideas políticas que dirimen su voto.

Obligándolos a asumir una posición específica, *Schubert* 1974, habla de que los casos que se someten a las cortes y tribunales actúan como estímulos para que los jueces adopten posiciones y se ubiquen en determinados espacios ideológicos; si es así me ubico desde ya como una *Neo Iusnaturalista* porque la ética y la moral<sup>12</sup> son los demás aportes de largo alcance que se deben añadir a la equidad y a la sana crítica para que el nuevo rol del juez cumpla su función.

2. Aquilatadas palabras suenan entonces, si vemos a una justicia aún con déficit en el cúmulo de las causas represadas de más de diez años, en donde los índices referencian que para el 2013, pese a los grandes esfuerzos realizados en estos meses de transición de la justicia ordinaria, hacia nuevos modelos de gestión y uso de tecnología, aún quedan rezagos de años anteriores.

Los datos nos obligan a que la administración de justicia plantee Políticas *de justicia*, que garanticen el acceso debido a la justicia, dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo. Lo que conlleva a que los órganos de la Función Judicial, formulen:

- a) *Políticas administrativas* que transformen el servicio de justicia en un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las usuarias y usuarios;
- b) *Políticas económicas* que permitan la gestión del presupuesto con el fin de optimizar los recursos de que se dispone y la planificación y programación oportuna de las inversiones en infraestructura física y operacional; y,
- c) *Políticas de recursos humanos* que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, fortalezcan la Escuela de la Función Judicial, y erradiquen la corrupción.

---

<sup>12</sup> El concepto moderno de valor tiene su antecedente inmediato en la teoría de la *entia moralia de Pufendorf*, es decir en los modos o métodos que los seres racionales aplican a las cosas... Se trata de las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural (Pérez Luño, 1999, p. 288).

3. El juez como garante de la Constitución tiene como tareas: aplicar el principio de aplicación más favorable a los derechos, esto es si coexisten varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona; debe buscar la optimización de los principios constitucionales, pues la creación, interpretación y aplicación del derecho se orientan hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales; efectivizar la obligatoriedad del precedente constitucional; y, hacer plausible la obligatoriedad de administrar justicia constitucional, pues no se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

De esta manera, las y los jueces están obligados a interpretar las normas constitucionales en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, pero en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Para ello, se tendrán en cuenta los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Cuando existan antinomias entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
2. De existir contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
3. Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, o ponderación, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Si mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan (evolutiva), con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.
5. Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo de forma sistemática, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.
6. Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo, o teleológico.
7. Si el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.
8. La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.
9. Al conocer el enfoque del nuevo constitucionalismo en el Ecuador, resurgen varios temas además que deben ser analizados con clara intensidad en su verdadera dimensión, pues con el nuevo paradigma se busca romper la vieja tradición de interpretación constitucional o de aplicación en cámara lenta de la Constitución. Para ello, se ha recurrido a autores que definen como soluciones de la verdadera efectividad de los postulados de la Constitución, la solución de las *Antinomias*, que no son más que errores en la ley, que antes se solucionaban con el principio de subsunción, pero que en procura de su mejor solución se busca aplicar principios de hermeneútica jurídica para su interpretación; o de las *Anomias* que no son otra cosa, que la falta de ley y que se solucionaban con la analogía, para plantear su solución con normas de interpretación constitucional más claras y ponderativas de todo el sistema jurídico.

En todo caso, deberá tomar en cuenta que los derechos deben desarrollarse progresivamente, como manda el artículo 11 de la Constitución Ecuatoriana. Si todo beneficio tiene un costo, cómo puede creerse que todo se logre ahora o al menos desde el 20 de octubre de 2008 que rige la Constitución de Montecristi? Por ello, hay que traer a análisis la norma constitucional que de manera expresa señala:

Artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador: *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.* El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Es necesario entonces, entender que la institucionalización del estado y específicamente de la Función Judicial, empieza por el establecimiento de un sistema diseñado con procesos y líneas de producción claros, transparentes y modernos; ayudados por la tecnología y la vocación de servicio del servidor judicial. En este contexto además es necesario situar nuestro análisis en la nueva concepción ideológica-filosófica de la Constitución del 2008 y de sus principios generales, resaltados por la plurinacionalidad, el *Sumak Kawsay* y los derechos de la *Pachamama*, analizados en el *Neo Constitucionalismo* ecuatoriano, andino y latinoamericano.

10. Otro tema de singular relevancia, será también analizar en un futuro próximo los resultados y soluciones que nos dé el control constitucional del máximo exponente constitucional —la Corte Constitucional—, sobre las sentencias de la Corte Nacional de Justicia; pues si la Corte

Constitucional crea derecho<sup>13</sup>, como lo hace la Asamblea Nacional en el Ecuador, estaremos en un derecho dinámico que necesariamente se complementan y que habrá que incorporarlo a nuestra holística jurídica. Y es que la cultura jurídica de enfrentamiento entre Cortes Constitucional y Corte Nacional de Justicia, no es nueva en el mundo, yo diría que cuando se crea el control constitucional amplio a través de la garantía de “la acción extraordinaria de protección contra sentencias de la Función Judicial por parte del juez constitucional” ya era una anuncio de las posibles confrontaciones de derecho, como lo vivió Colombia, o como se lee en la “Guerra de las Cortes” de autoría de Rosario Serra Cristóbal.

11. Para establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre el control constitucional y el control de legalidad, es necesario entonces definir claramente que si bien *la Corte Constitucional realiza el control constitucional de las normas jurídicas, la Corte Nacional de Justicia que realiza el control de legalidad además debe aplicar directamente la Constitución en sus fallos y decisiones y que por lo tanto ese control cruzado entre las dos altas cortes de justicia del Ecuador*, deben ser debidamente dimensionadas, resguardadas por la uniformidad de los precedentes jurisprudenciales y de la actuación de la facultad erga omnes de la Corte Constitucional para aplicar la revisión en los casos en que falla vía garantías jurisdiccionales. De esta manera se estabilizaría las situaciones legales que tengan conflicto constitucional, para que sea la Corte Constitucional la que establezca cuáles son los casos de anomías y

---

<sup>13</sup> *La Constitución requiere nuevas categorías jurídicas y de una renovada teoría del derecho, ya que está cargada materialmente de contenido, con muchos principios y con una Corte (se refiere a la Corte Constitucional) que produce derecho además del legislativo. La Constitución y el derecho no puede más ser exclusivamente leída a la luz del título preliminar del Código Civil. Lo que sucede en el plano doctrinario, se replica en el plano de aplicación del derecho. Superar estos problemas implican incidir en programas y metodologías nuevas de enseñanza en el derecho, tanto en universidades como en las instancias de aplicación de la ley, promover juristas creativos y críticos, desarrollar criterios de interpretación distintos a los tradicionales de resolución de antinomias (subsunción) y anomias (analogías) y, en fin, una relación de compromiso del Derecho y quienes lo crean y aplican en los sectores más vulnerables de la sociedad* (Ávila, 2011, p. 256 y 257). Pero yo añadiría además, que esta frase dicha por Ávila Santamaría, no se aplica tan solo en el tema constitucional, sino en todos los estamentos legales, como es el caso de la aplicación de la sanción penal en los delitos penales tributarios.

antinomias de las normas legales frente a las normas constitucionales, para evitar la dispersión de criterios en la justicia ordinaria, así como la dispersión también en las decisiones de la Corte Constitucional, que como hemos visto no es unánime.

Un caso de singular importancia, ya lo dejó sentado la Corte Constitucional en el caso de la Sentencia de Jurisprudencia Vinculante No. 001-10-PJO-CC. Caso Nro. 999-2009-JP cuando señaló:

La Corte Constitucional, considerando que la problemática suscitada se refleja también en diversos procesos constitucionales que llegan a la Corte Constitucional diariamente para el desarrollo de jurisprudencia, establezca la siguiente regla jurisprudencial:

Las judicaturas, salas o tribunales que dictan una decisión definitiva, y ante quienes se interpone una acción extraordinaria de protección están impedidos para efectuar un análisis de admisibilidad, dicha competencia es exclusiva de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. Las juezas y jueces, una vez recibida la demanda, deberán remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término de cinco días, como lo dispone el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De esta manera, se establecieron para la aplicación general las reglas de admisión en temas de acciones extraordinarias de aplicación, para que los jueces ordinarios en conocimiento de garantías jurisdiccionales, apliquen las reglas de los precedentes jurisprudenciales obligatorios.

## 5. Referencias:

Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Abya-Yala.

Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

- Código de Procedimiento Civil, *Registro Oficial Suplemento* nro.133 de 07 de febrero de 1953.
- Ferrajoli, L. (2001). Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal. En J. Maier y A. Bovino (comps), *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Gargarella, R. (1996). *La Justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Murcia Ballén, H. (2005). *El recurso de casación civil*, Bogotá: Ediciones Ibáñez. C. Ltda.
- Morello, A. (1993). *La Casación. Un modelo Intermedio*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pérez Luño, A. (1999). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Caso SPMB nro. 0981-11-ep. Sentencia Corte Constitucional del Ecuador nro. 180, 12 de septiembre de 2011. *Registro Oficial* nro. 756-S de 30 de julio de 2012.
- Caso FMRR nro. 0388-2009-ep. Sentencia Corte Constitucional del Ecuador nro. 0004, 10 de septiembre de 2010. *Registro Oficial Suplemento* nro. 159 de 26 de marzo de 2010.
- Caso nro. 0535-12-CN. Sentencia Corte Constitucional del Ecuador 001, 13 de agosto de 2012-CSN. *Registro Oficial Suplemento* 890 de 13 de febrero de 2013.
- Zagrebel'sky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Valladolid, España: Editorial Trotta.

Documentos de  
mesas de discusión  
y conclusiones

III



## Mesa de Discusión N° 1

*Coordinador: Dr. Jorge M. Blum Carcelén*

Instalado el debate planteando cuatro interrogantes, que a continuación se detallan:

1. ¿Se puede o no revisar la prueba en casación penal? (Para lo cual se plantea eliminar el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal).
2. ¿Sobre las sentencias de doble conforme absolutorias o condenatoria, cabe que la Corte Nacional al encontrar errores de derecho dicte la sentencia que corresponda ya sea reconociendo el principio de inocencia o condenando?
3. ¿En materia de drogas, cuando no se apela, se puede interponer recurso de casación, pues las sentencias que dictan los Tribunales deben subir obligatoriamente en consulta al Superior? (Se plantea que se instaure el Recurso de Casación per saltum).
4. ¿Es competente para declarar nulidades por vicios de procedimiento, la Corte Nacional de Justicia?

En el debate se hicieron las siguientes consideraciones:

### **1. ¿Se puede revisar las pruebas en Casación Penal?**

El segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal,

dispone que: *“No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”*. Lo que implica que el recurso de casación en materia penal se reduce exclusivamente a corregir el error de derecho cometido en la sentencia, sea absolutoria o condenatoria, por mala aplicación de la ley sustantiva penal, contraviniendo a su texto, ya por indebida aplicación de la ley penal o por errónea interpretación, lo que expresamente se traduce en que si se viola el texto del artículo que tipifica o sanciona el delito, aplicando otra norma, otro tipo delictivo u otra pena que no corresponde a ese tipo delictivo; o por violar el texto expreso de la ley, distorsionándolo o aplicándolo en forma diferente a su contenido explícito; o, en el tercer supuesto, que ya es de orden doctrinario la errónea interpretación de la ley.

El legislador del año 1983 extendió el recurso de casación a todo error de derecho que se cometiera al pronunciar sentencia por parte del Tribunal Penal, porque en el Código de Procedimiento Penal de 1938, que se mantuvo hasta el año 1983, existían siete causales para proponer el recurso de casación, todas relacionadas con errores en la aplicación de la ley penal, como los casos siguientes expresamente señalados en el artículo 317 del Código en referencia del año 1938:

1. *“Cuando en la sentencia se impone pena por un hecho que no se halla previsto como infracción punible”*, es decir que violando el principio de legalidad se impone una pena por un hecho no tipificado en el Código Penal.
2. *“Cuando en la sentencia en que se impone pena por un hecho, se hubiere omitido hacer constar alguna de las circunstancias específicas constitutivas de la infracción”*, esto es que, en la redacción del fallo no se señaló cada uno de los elementos tipificantes del delito, lo que constituye casi una derivación del principio de legalidad traducido en el conococido y reiterado axioma: *“Nullum crimen nulla poena sine lege”*, principio que viene repitiéndose tanto en la Constitución de la República en el artículo 76 numeral 3 y en los artículos 2 tanto del Código Penal, como del Código de Procedimiento Penal.

3. “*Cuando la sentencia, sea que absuelva o condene, se funde en una ley no aplicable al caso*”, es decir que se aplica una ley diferente a la que corresponde aplicar al hecho que se está juzgando.
4. “*Cuando declare no punible o no tome en cuenta, un hecho que la ley reprime, si ha sido materia de acusación*”, esto es el caso contrario al contemplado en el numeral primero, que se refería a la aplicación de la pena por un hecho no tipificado en la ley penal, en el caso señalado en este numeral, el Código Penal tipifica un delito y el Tribunal Penal en su sentencia declara que no es delito.
5. “*Cuando se ha impuesto una pena que no corresponde a la infracción declarada en la sentencia*”, esto es que hay una discordancia entre la infracción y la pena un error de punición contenido en la sentencia.
6. “*Cuando se haya cometido algún otro error de derecho en la calificación de los hechos constitutivos del crimen que se declaren probados en la sentencia*”, lo que significa que hay una equivocación entre la tipificación del delito, que según la sentencia están justificados, pero no se aplica la ley correspondiente a ese tipo delictivo, sino otra ley; y,
7. “*Cuando se haya cometido algún error de derecho al determinar la participación o grado de culpabilidad de cada uno de los procesados*”, esto es el caso de error sobre la culpabilidad (según la doctrina causalista antigua), sobre la participación del procesado en el delito, hoy modificado su concepto con la teoría del finalismo que ha sido aceptada por el derecho penal moderno. Es decir que si hubo error cometido en la sentencia sobre el grado de intervención en el delito por parte del procesado, como sería el caso de declararle encubridor en lugar de cómplice, al que coadyuvó en forma indirecta y secundaria en la comisión del delito, o declararle cómplice al que ejecutó el hecho punible o prestó ayuda principal e imprescindible para su comisión.

En todo caso, era fácil inteligible, la aplicación de las normas procesales en el recurso de casación porque tenía que amoldarse a uno de los siete

casos señalados, todos referentes a errónea aplicación del Código Penal. En el Código del año 1983 ha inspiración del conocido penalista doctor Jorge Zavala Baquerizo, se amplió el ámbito de la casación a cualquier error de derecho que se hubiere cometido en la sentencia, no solamente a los señalados en el Código Penal, si no en cualquier otra ley, que pudo ser el Código Civil, el Código Laboral, leyes contencioso administrativas, leyes procesales, leyes especiales, y aún reglamentos, pero se dejó una amplitud muy grande en muchos casos difícil en su aplicación para declarar que se cometió error de derecho.

El criterio jurisprudencial de la Ex-Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, en lo relacionado con la prueba, ha sido el de que no puede hacerse una nueva evaluación de la misma, para resolver el recurso de casación, porque la casación no es instancia, ni crea instancia, constituye esencialmente un recurso extraordinario de depuración jurídica, cuando se ha trasgredido el concepto de silogismo propio de la sentencia, consistente en la concordancia que debe haber entre la premisa mayor que es la ley, la premisa menor, que es el hecho y sus pruebas, y la conclusión, de no haber ese ensamblaje lógico entre las dos premisas, que en concreto exige que la ley preestablecida se aplique al caso justificado, sin desviaciones, procede el recurso de casación. Los fallos dictados por la Corte Nacional ratificaban que no se puede entrar a valorar la prueba en el recurso de casación, pero si se han violado las normas de evaluación o aplicación de la prueba, en este caso, procedía el recurso de casación, es decir aplicándolo a la fase procesal, no únicamente a la sustantiva, criterio que, según el texto del recurso de casación señalado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal así debe aplicarse, ya que, de entrar a examinar el caudal probatorio, se convertiría el recurso de casación en un verdadero recurso de apelación, saliéndose de su ámbito de “*corregir error de derecho*” que es el único propio de este recurso, aclarando que como se ha dicho en numerosos fallos la casación no es un recurso de instancia, ni abre otra instancia en la Corte Nacional, simplemente es el crisol jurídico que purifica la sentencia que jamás puede apartarse de la diáfana aplicación de la ley.

No obstante del texto del segundo inciso del artículo 349 del Código de

Procedimiento Penal que prohíbe, volver a valorar la prueba, creemos que debería extenderse el recurso de casación y la facultad de la Corte Nacional de Justicia para valorar la prueba, cuando visiblemente se han faltado a las normas de la lógica o a las normas de la sana crítica, al hacer la evaluación de la prueba porque también constituiría error de derecho el apartarse de estos elementos que son decisivos para una resolución judicial de primaria importancia como es la sentencia. El criterio de que el recurso de casación no es un recurso contra el juicio o la acción penal, sino un recurso objetivo y expreso contra el texto de la sentencia, no impide examinar la esencia de la motivación del fallo que sería la lógica y sana apreciación de la prueba por parte del juzgador, no se podría privar de este derecho eminentemente intelectual y de razón por la taxatividad del recurso de casación, que no tiene porque considerarse divorciado en su sustancia con el recurso de casación en materia civil que permite la corrección de la sentencia cuando se han cometido errores en la interpretación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba, como expresamente lo consigna el artículo 3 numeral 3 de la Ley de Casación Civil.

La razón de la impugnación de un fallo mediante los recursos ordinarios y extraordinarios, incluidos también los que hoy se denominan recursos horizontales que se interponen ante el mismo Juez de la causa, con la denominación de ampliación y aclaración, es *“buscar el acierto en la administración de justicia”*, esto es enmendar todo lo que fuere erróneo o equivocado, no con un recurso de derecho como es el de casación, se puede impedir al juzgador de la última instancia judicial como es la Corte Nacional de Justicia, examinar la esencia del fallo, traducido en los considerandos sobre apreciación de la prueba de lo que surge la conclusión o decisión final, en cumplimiento de la premisa menor del antes señalado silogismo, referente al hecho que se juzga, el limitar exclusivamente a la apreciación de las normas del Código Penal, entre las cuales en forma amplísima se hallan las relacionadas con la tipificación del delito, el examen de los elementos objetivos y subjetivos, el examen del obrar, o la actuación del sujeto activo de la infracción denominado imputado, acusado o procesado, todas las circunstancias según su importancia, que puedan destruir la antijuricidad del hecho, o anular la culpabilidad del agente, o negar la aplicación de la

pena, según se llamen circunstancias eximentes, atípicas, inculpables, o impunes, todas ellas y otras tantas circunstancias relacionadas con el agente, sus móviles para la comisión del hecho juzgado, sus circunstancias personales, sociales o provenientes de su entorno, cuantas circunstancias más debe examinar el juzgador no se le puede privar de estas facultades, por la estrechez del recurso de casación, que en ningún momento puede convertirse en camisa de fuerza contra el juzgador, impidiéndole movilizar sus facultades intelectuales y humanas hacia el análisis de un caso sometido a la decisión judicial de forma extraordinaria como es el recurso de casación.

El actual criterio para la administración de justicia, desde la constitucionalización del derecho procesal en el año 1998, ha cambiado radicalmente, olvidándose la frase consabida de que *“el juez es la boca de la ley”*, el concepto actual, aceptado, por el propio derecho internacional y el nacional, que no puede ser ajeno a la nuevas corrientes, es el de que el Juez es el creador del derecho, que en su quehacer diario lo está forjando en cada causa que la resuelve, aplicando previamente la Constitución de la República como norma suprema que lo es, los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, entre los que se encuentran a la cabeza los relativos a los derechos humanos entre estos el principal, los inherentes al procesado, para evitar en todo caso un juzgamiento equivocado, más grave aún una condena equivocada sin haberse agotado el reconocimiento de sus derechos, principalmente los dos, que hoy se los pregona como axiomáticos: el derecho a la inocencia y el derecho a la dignidad.

La justicia no solamente parte de estas normativas, supralegales, sino también del otro principio, que no requiere haberse consignado en norma expresa pero que ya consta en el decálogo del abogado de Couture: *“hacer justicia aunque sea por encima de la ley”*, o como algún pensador manifiesta refiriéndose al tema propuesto, *“el Juez debe satisfacer a su conciencia y aplicar el principio de equidad, amoldando la ley que es fácil amoldarla”*, sin llevar el remordimiento de haber sacrificado su sana convicción y sus principios de humanidad, porque una ley limitaba sus atribuciones.

Ventajosamente en este ámbito de exposición de criterios para la

aplicación de la justicia, el artículo 169 de la Constitución de la República abrió el campo al criterio de los jueces, al declarar que: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia...No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”*, lo que en definitiva implica la facultad del Juez para hacer justicia, dar a cada cual lo que le corresponde, sin limitaciones procesales, principio que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal que dispone que: *“Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica”*. Ninguna de las normas de este Código se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo, lo que permite, según el texto de esta disposición procesal, que el juzgador analice con plena libertad el causal probatorio introducido en un proceso, con criterio sano, ajeno a todo prejuicio, o presiones si las hubiere, consultando exclusivamente con su conciencia, que debe ser sana, para aplicar el mismo término utilizado por la ley, con una salud mental, emocional y psicológica, que debe ser ínsita a todo juzgador. Esta norma, a decir de algunos jueces y abogados permite al juzgador liberarse de todo atavismo y fallar respondiendo a los rectos dictados de su conciencia.

Procedería el recurso de casación cuando en la sentencia impugnada se hubiere faltado a las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, pues esto también constituiría violación de la ley en materia procesal la que no queda excluida del recurso de casación y su legalidad y por ello sería conveniente eliminar el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Para responder a la primera Interrogante nos preguntamos *¿Se puede o no revisar la prueba en Casación Penal?, ¿Si al hacerlo estaríamos o no incurriendo en las fronteras del recurso de tercera instancia ?, ¿ Se podría eliminar el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal?* La doctora Ágata Sanz, catedrática española, quien da su punto de vista, desde la realidad española, manifestando: “En cuanto al análisis de la prueba, el recurso de casación no es una instancia más, porque no hay práctica de prueba en el recurso de casación, lo que si mantiene el Tribunal Supremo son ciertas facultades en orden a la valoración de la prueba, con ciertos

límites y regulados en dos artículos diferentes, en el *artículo 849.2* de la Ley de Procedimiento Criminal, permite uno de los motivos por infracción, cuando ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos, que obren de autos que demuestre la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, y tienen que trascurrir tres circunstancias: error en la apreciación de la prueba, basada en documentos; no puede ser pruebas que requieran, la intermediación del órgano jurisdiccional, a través de este motivo no se pueden valorar pruebas como las declaraciones testimoniales; solamente prueba documental, que evidencie la equivocación del juzgador en el momento de emitir sentencia; otro requisito es que esos documentos no pueden resultar contradichos por otros elementos probatorios que también obren en autos, de lo contrario quedarían sin efecto”.

El doctor Jorge Blum Carcelén pregunta: ¿qué valoran ? Responde la doctora Ágata Sanz: “valora la racionalidad de la apreciación en cuanto al valor que se ha otorgado a ese documento, al valor probatorio, existe una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que dice que cualquier medio probatorio requiere intermediación judicial, declaración de testigos, tienen que ser practicadas bajo la intermediación del órgano que va a decidir. La segunda posibilidad de valoración de la prueba, esta recogida en el *artículo 852* de nuestra ley, y es por vulneración de algún precepto Constitucional, el Tribunal Constitucional, ha permitido una valoración nuevamente de la racionalidad de la inferencia que ha llevado a cabo el órgano judicial, cuando la vulneración del precepto constitucional, se refiere específicamente a la garantía constitucional de presunción de inocencia, se permite una valoración por el órgano jurisdiccional, estas son las dos posibilidades de valoración de la prueba que existe en el ordenamiento español, pero no existe libertad ni de práctica de medios probatorios, ni de valoración de cualquier prueba. Esta amplitud de valoración que tiene nuestro Tribunal Supremo es porque en nuestro sistema legal no tenemos el recurso de doble instancia penal. Existe apelaciones para delitos menos graves pero esas apelaciones no llegan a casación”.

El doctor Jorge Blum Carcelén manifiesta que en nuestro sistema

procesal el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal prohíbe la valoración de la prueba y que esto impide la revisión de la prueba, más al tenor del artículo 86 del mismo cuerpo legal se observa si el juzgador de instancia aplicó o no correctamente las reglas de la sana crítica en la valoración de esa prueba; sin embargo, en la práctica si se revisa la prueba, aunque no se lo señala en la resolución de sentencia, ya que se refiere únicamente al texto de la sentencia de instancia.

Interviene el doctor Wilson Merino, Juez nacional, quien al respecto manifiesta: “Ha evolucionado el recurso de casación desde el siglo XVIII, Montesquieu concibió el recurso de casación para la división de los poderes del Estado, pero sobre todo para no permitir que el poder judicial esté sobre el poder legislativo, por eso era una confrontación de la ley con la sentencia, y todo lo que esté por fuera de la ley no era admisible en la sentencia, cuando el Juez era la boca de la ley; pero en un Estado constitucional de derechos y justicia, se pregunta, si cabe o no seguir manteniendo ese tipo de formato en la Corte Nacional y que los jueces estén vedados de revisar la actuación probatoria; conviene que la valoración de la prueba ex-novo, esté absolutamente prohibida en casación, porque hay cosas que riñen con la justicia y simplemente existe un recurso tan formal y tan rígido que a veces se transforma en una camisa de fuerza para los jueces, es fácil decir no, no podemos revisar la prueba esto desnaturaliza el recurso de casación, sin embargo, el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador dice que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia”.

A continuación, interviene el doctor Luis Costales Terán manifestando: “Que le pareció interesante la intervención del doctor Jorge Chediak, expositor uruguayo, ya que ellos tienen cierta clase de condiciones que están taxativamente determinadas para los casos en que se puede volver a valorar las pruebas, dando lectura de los puntos constantes en la página 19 del material de apoyo otorgado por el doctor Chediak que son: ‘Si se entiende que el tribunal de mérito realizó una valoración absurda del material probatorio allegado al proceso, para que prospere la casación el recurrente deberá: a).- indicar cuál ha sido la regla legal de valoración de la prueba infringida; b).- demostrar cómo se produjo la pretendida violación, esto es,

si la misma supuso el apartamiento de algún postulado científico, de determinación principio de valoración de la prueba -principio de valoración en conjunto o unitaria, de cierto principio de la lógica adecuada, o a la máxima de la experiencia que debió tenerse en cuenta para resolver la cuestión debatida. c).- señalar cual es el fundamento científico correcto, el principio de valoración, la regla de la lógica adecuada, o la máxima de la experiencia que debió tenerse en cuenta para resolver la cuestión debatida; d).- demostrar la trascendencia de ese error, de manera que si no se hubiera incurrido en él, la decisión del tribunal hubiese sido radicalmente distinta”.

Señalando el doctor Luis Quiroz, Juez temporal, que “estamos en un nuevo siglo, decir que para dictar una sentencia en casación no analizamos la prueba es ilógico, sería negarlo; se debe analizar la prueba única y exclusivamente para efectos motivacionales y para fundamentar la resolución; porque la valoración de la prueba en si la hacen los jueces de instancia, por lo tanto no está de acuerdo con que se debería valorar la prueba en el recurso de casación”.

Interviene el doctor Wilson Merino y manifiesta, “estamos diciendo que no se puede valorar la prueba, pero lo que si podemos es establecer si la conclusión a la cual arribó el Juzgador con la prueba actuada es o no correcta, según el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, se debe analizar a la luz de la sana crítica, pero existe una situación que es importante, debemos sincerarnos, evidentemente que el principio de inmediatez permite al Juez de mérito, ver ademanes, además de escuchar palabras de los testigos, eso sería absurdo por decir lo menos, tratar de remplazarlo en la Corte, donde recibimos un expediente y confrontamos legalidad versus cuestiones fácticas a veces y cuestiones legales en la mayoría de casos en la sentencia, pero siendo objetivos en esto el decir  $a + b = c$ , no es únicamente revisar la sana crítica, es revisar lo que se hizo ante el Juez unipersonal o pluripersonal de mérito, eso es revisar prueba que no podamos darle una valoración absoluta a esto, eso es otra situación, pero negarnos al hecho de poder revisar la prueba, como lo prohíbe el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, estimo que es exagerado, porque si revisamos las conclusiones a las cuales arriba fruto de la sana crítica, de la experiencia,

el razonamiento lógico del tribunal de mérito es tremendamente conflictivo, para llegar a una decisión de casación, creo que se debe encontrar un punto de equilibrio y eso va primero por decir, que es exagerado valorar la prueba, al extremo de pretender remplazar a un Tribunal que tuvo inmediación, pero también es más peligroso todavía lo existente en el segundo inciso del artículo 349 *ibídem*”.

A continuación interviene el doctor Jorge Blum y señala, cómo buscar un punto de equilibrio, ya que el doctor Quiroz manifiesta que se analiza la prueba más no se la valora, como para no infringir el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en la práctica revisamos la prueba, se debe mantener el segundo inciso del artículo referido, o sería una opción pedir que se derogue o se modifique de alguna manera para buscar un punto de equilibrio, entre los dos.

La doctora Ágata Sanz, señala: “siempre debe existir la limitación de que no se puede entrar a valorar la prueba de carácter personal, porque requieren inmediación, una declaración testifical, una declaración de parte por mucho que haya sido documentada, el órgano *Ad-quem*, nunca va a tener esa percepción personal eso necesita necesariamente inmediación, con la prueba documental en más fácil y se puede valorar la racionalidad de la inferencia lógica ese medio probatorio no exige necesariamente una percepción directa porque de hecho el órgano jurisdiccional lo puede tener, quizá ese podría ser unos de los posibles límites al valorar la prueba”.

El doctor Wilson Merino indica, que hay que tener en claro lo que significa valorar versus actuar, actuar no creo que sea conveniente porque de ese modo si se convertiría en un tercera instancia.

El doctor Luis Quiroz, señala, “que se debe dejar la disposición legal como está, en el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya que esa es la esencia del recurso de casación, si se la desnaturaliza estaríamos entrando a una etapa que sería un recurso de tercera instancia”.

La doctora Zulema Pachacama, Conjueza Nacional expresa: que al instante en que se entre a valorar la prueba, se va a convertir en un recurso de tercera instancia, y todos van a solicitar esa circunstancia.

El doctor Jorge Blum manifiesta que del 100% el 90% de las fundamentaciones de los recursos de casación que llegan a la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia solicitan la valoración de la prueba.

El doctor Fernando Jarrín Cevallos, señala, “que el Juez Superior debe corregir las actuaciones del Juez inferior, cuando éste realizó lo que no debía, pues si existe una violación de derechos fundamentales, pienso que no se debería quedar el tribunal de casación únicamente, en percibirlos o decirlos sino corregirlos, sugiero que en casos puntuales se permita de una manera formal que el tribunal de casación corrija una actuación indebida del Juez, para lo cual se debería plantar una reforma al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para que le permita al Tribunal de Casación valorar las pruebas”.

El doctor Wilson Merino manifiesta, que su propuesta y de la mesa de discusión, es de que se cambie el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que se elimine la prohibición de los pedidos tendiente a revisar la prueba, dejando en claro que eso no signifique actuación de la prueba.

El doctor Bolívar Torres, asesor del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, señala que se debería eliminar el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya que en la práctica los Jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en sus fallos están valorando las pruebas, por lo tanto estima que se debería remitir una propuesta a la Asamblea Legislativa que se encuentra discutiendo el nuevo Código Orgánico Integral Penal, para que sea revisado el artículo 349 del referido cuerpo legal.

*Resolución: se llegó a la conclusión de que aprovechando que actualmente se está tratando el código orgánico integral penal en la asamblea, se*

*debe enviar por los canales pertinentes una sugerencia para que se elimine el inciso segundo del artículo 349 del código de procedimiento penal, y de esta manera se posibilite para que la sala de lo penal de la corte nacional de justicia pueda revisar las actuaciones procesales, más allá de la sana crítica, sin que esto signifique entrar a un recurso de tercera instancia.*

**2. ¿Sobre las sentencias de doble conforme absolutorias o condenatorias, cabe que la corte nacional al encontrar errores de derecho dicte la sentencia que corresponda ya sea absolviendo o condenando?**

El principio del “*doble conforme*”, que fue desconocido en años anteriores, se ha puesto en voga, como tema de preocupación y de discusión en los tiempos actuales, que tiene que ver totalmente con el capítulo de la impugnación traducido en los recursos concedidos por la ley para rechazar algunos fallos y obtener que sean examinados o reexaminados por un tribunal de alzada, en orden a enmendar errores o confirmar asertos: ciertamente la propia Constitución de la República del Ecuador, proclama el principio de igualdad de las personas que habitan en el territorio del país y específicamente la igualdad de las partes dentro de un proceso judicial, pero no podemos desconocer, que se inclina sin establecer privilegios, a defender las garantías del procesado en el capítulo octavo a partir del artículo 75, señalando expresamente varios de los principios que garantizan los derechos del procesado dentro de una causa penal, entre estos el consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m) que dice: “*Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*”, contrariando y derogando implícitamente a las disposiciones procesales, principalmente de orden civil que habían creado la instancia única en juicios verbal sumarios, para liquidar frutos, daños y perjuicios, provenientes de sentencia ejecutoriada, o en juicios posesorios, como el de despojo violento (Arts. 845 y 695 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil); igualmente que en las contravenciones comunes y en las de tránsito, según resoluciones de la Corte Constitucional, cuando se juzgare con prisión al contraventor, habrá recurso de apelación de la sentencia.

En el Código de Procedimiento Penal se admitió expresamente el recurso de apelación, entre otros, del auto de llamamiento a juicio, hasta el 24 de marzo de 2009 en que se suprimió a través de la Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009.

Tradicionalmente, hasta el 24 de marzo de 2009, no hubo recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Penal, o antiguamente por el Tribunal del Crimen, por las siguientes razones:

- a. Por razón del número de integrantes del Juzgado o Tribunal, comúnmente se concedió este recurso de segundo nivel de las resoluciones importantes, o de las que terminaban el juicio, dictadas por un Juzgado Unipersonal, es decir por el Juez del Crimen o Juez de lo Penal, en la creencia de que, siendo una sola persona la que decidía el tema era más factible de equivocarse que cuando lo hacía un Juzgado Pluripersonal, como el Tribunal Penal, para cuya decisión, presuntamente, se habría estudiado y discutido lo suficiente en procura de su aserto.
- b. Por las facultades del Tribunal Penal, en aplicación del principio de libre criterio judicial o criterio de convicción o de conciencia, consagrado en el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal dictado el 25 de marzo de 1938, que con pocas reformas subsistió hasta el mes de junio de 1983, el texto fue el siguiente: “El Presidente y los vocales del Tribunal atenderán únicamente a los dictados de su conciencia para la apreciación de los hechos y de las pruebas, así como para determinar en grado de culpabilidad del acusado o su inocencia; sin que la ley les pida cuenta de los medios por los cuales se han convencido, ni les señale reglas de las cuales deban hacer depender la plenitud ni la suficiencia de una prueba, siendo por su sentencias irresponsables”, norma que por su contenido, impedía la revisión del fallo por un tribunal de alzada con excepción del recurso de casación.

Pensó el legislador, al dictar esta norma, que el Tribunal Penal, integrado por abogados de experiencia —mínimo ocho años de trabajo profesional—,

bien seleccionados para su nombramiento, resolvían las causas penales con criterio humano, porque seres humanos estaban juzgando a otros seres humanos, sin limitación alguna en cuanto a la convicción formada sobre culpabilidad o inocencia del procesado, porque además, el Tribunal recibió la prueba, miró y conversó con el acusado, el mismo que en esa época no tenía el derecho al silencio, puso mucha atención en sus reacciones psicológicas, a más de la apreciación directa del testimonio del agraviado, de los demás testimonios y otras pruebas que se presentaren, esta constatación personal, que en esa época se denominaba la inmediatez, formaba la convicción del tribunal de la culpabilidad o inocencia para expedir el fallo condenatorio o absolutorio. Posteriormente se eliminó la frase última “*siendo por sus sentencias irresponsables*”, porque ya en la Constitución del Estado se señaló, que todo funcionario público es responsable por sus actos, manteniéndose en lo demás el mismo texto de la ley.

Hasta hoy se piensa y se comenta, que quien no hizo la audiencia de prueba y juzgamiento, como es un tribunal de alzada, no está capacitado para dictar sentencia, porque desconoce la forma y condiciones de la realización de la prueba. Se pensó que, la Corte Provincial o Corte Nacional de Justicia que no habían estado presente en la audiencia de prueba, debate y juzgamiento, no tenía elementos suficientes para revisar y pronunciarse sobre la sentencia dictada por el Tribunal Penal, por cuyo motivo se sostuvo, casi obstinadamente que no cabía recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Penal.

El 24 de marzo de 2009, con otro criterio muy diferente, el asambleísta consideró que eliminada la apreciación probatoria con criterio de íntima convicción, vigente ya el criterio de las reglas de la sana crítica, no cabía privar a las partes procesales inmersas en una causa penal, del recurso de apelación que siendo amplio y completo permite revisar y enmendar, cuando fuere el caso, el fallo dictado por el juzgador, examinando todo el juicio, no únicamente la sentencia, porque este recurso es un recurso contra la acción penal decidida en la sentencia, no como el recurso de casación taxativo y limitado según criterio vigente hasta la actualidad, a examinar exclusivamente, posibles errores de derecho cometidos en la sentencia.

Al crear expresamente el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Penal en la ley de marzo de 2009, se facilitó y amplió apreciablemente el derecho de las partes para que se revisara toda la causa penal por parte de la Corte Provincial, pero no se preveyó, como veremos a continuación, la procedencia del recuso de casación por parte de quien no interpuso apelación.

Siendo una doctrina de actualidad, a más de un tema de preocupación de Jueces, maestros y abogados, el llamado doble conforme, no se han dado normas orientadoras por parte del legislador, ni por parte de la Administración de Justicia, como tampoco por parte de la Corte Constitucional, defensora de los derechos constitucionales, quedando a criterio de los estudiosos el realizar alguna investigación para aceptar y aplicar la doctrina del doble conforme o para desecharla, por no habérsela contemplado en forma expresa en nuestra legislación.

Es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, basada en sus tratados internacionales, principalmente el de San José de Costa Rica, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Contra la Tortura y otros convenios suscritos por el Ecuador, quienes han dado pronunciamiento sobre el tema materia de nuestro estudio, considerando que cuando el procesado en causa penal fue absuelto en primera instancia y ratificado el fallo en segunda instancia, es decir fue juzgado por dos tribunales de justicia, con duplicación de juzgamiento, fue declarado inocente, porque no se había destruido el principio consagrado en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República, que se destruye únicamente cuando se hubiese dictado sentencia condenatoria ejecutoriada, el reiterado o confirmado pronunciamiento de la justicia sobre su inocencia mediante sentencia absolutoria, no merece un tercer examen de presunta culpabilidad, sin afectar la garantía de la presunción de inocencia ya declarada por la justicia ecuatoriana en doble resolución; según este criterio, no cabría que la Corte Nacional de Justicia, que conozca en recurso de casación, pudiera alterar tal derecho ya reconocido en doble instancia por la propia justicia del país, aunque hubieren errores de derecho cometidos en la sentencia debiendo, consiguientemente desechar el recurso de casación, o no admitirlo

por haberse ya agotado el juzgamiento del procesado. Esta concepción ratifica la garantía del procesado en la causa penal que partiendo de la consideración de inocencia, exige plena prueba que conduce a la certeza de su culpabilidad para poder aplicar condena, más que esto, no admite más procedimientos que pongan en duda esta garantía, si ya se pronunció y se confirmó por dos tribunales de justicia el reconocimiento de su inocencia, no hacerlo, implicaría trasgredir los principios pro reo reconocidos en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales, constituyendo el pronunciamiento de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos una orientación valiosa por no decir obligatoria para los tribunales de justicia penal del Ecuador.

Por supuesto que quedaría pendiente para un profundo estudio el derecho de la víctima y de la fiscalía, que hayan interpuesto recurso de casación, por considerar que en la sentencia absolutoria se ha transgredido la ley, a sostener y ser atendido en su recurso de casación, el mismo que con el concepto de doble conforme en fallo absolutorio quedaría sin efecto el recurso de casación, no derogado, ni desconocido en la legislación procesal ecuatoriana. En todo caso reiteramos, valdría realizar un estudio mucho más profundo en el orden constitucional y en el derecho internacional, sin dejar de amoldarlo al derecho positivo ecuatoriano.

En la mesa de discusión se plantearon la siguiente interrogante: **2.- ¿Sobre las sentencias de doble conforme absolutorias o condenatorias, cabe que la corte nacional al encontrar errores de derecho dicte sentencia ya sea absolviendo o condenando?**

Interviene el doctor Wilson Merino, argumentando que, “según en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal se señala que el recurso de casación se fundamentará en audiencia, pero es necesario conocer las pretensiones, para ir a la audiencia, por eso uno de los filtros formales, sería necesario que haya cierto fundamento en la causal en la cual se está basando la pretensión del recurrente y otros como por ejemplo el plazo, cuestiones de forma, para luego entrar a analizar las cuestiones de fondo. Se ha dicho que en un doble conforme de inocencia la Corte Nacional

de Justicia, no podría dictar una sentencia declaratoria de culpabilidad, en cambio con un doble conforme de culpabilidad si es posible casar una sentencia, reconociendo el principio de inocencia y que el doble conforme de inocencia, según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos establece, que no se debe dictar una sentencia de culpabilidad, porque se estaría afectando el derecho contemplado en el artículo 8.2 de la Convención, en cuanto al derecho de recurrir de una sentencia condenatoria, si se le condena declarándole la culpabilidad a quién recurriría él, manifiesta que no está de acuerdo con ello, porque entonces con una doble declaratoria confirmatoria de inocencia se pregunta ¿para qué existe Corte Nacional de Justicia?, esas son las reglas del juego, sino hay a quien recurrir, lo mismo ocurre con una doble sentencia de culpabilidad y lo que se dice para aceptar la casación, que las garantías son para el procesado, más el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador establece también derechos para la víctima”.

El doctor Luis Quiroz, refiere: si llega una sentencia con doble conforme de inocencia, pero en aquellas pudieron haberse cometido errores, y es precisamente aquí donde se produciría un error de derecho y en casación se debe corregir estos errores de derecho, y se lo ha hecho en varios casos.

El doctor Jorge Blum, manifiesta, en efecto la Corte Nacional actual ha declarado el estado de inocencia cuando han venido sentencias de doble conforme de culpabilidad, y se lo ha hecho en dos o tres ocasiones.

Por otro lado artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Este principio consagra la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió.

La voluntad subyacente a la instauración de varios grados de jurisdicción significa reforzar la protección de los justiciables. Esto obedece a que toda resolución es fruto del acto humano y que, por lo tanto, puede

contener errores o generar distintas interpretaciones, ya sea en la determinación de los hechos o en la aplicación del derecho. La revisión judicial permite, además, un control de los tribunales superiores sobre los de inferior jerarquía, estimulando la elaboración de resoluciones suficientemente fundamentadas, a fin de que no sean susceptibles de ser revocadas.

Para la vigencia de esta garantía, no basta con el reconocimiento formal del derecho de apelación, sino que, además, se deben eliminar todos aquellos obstáculos que impiden ejercerlo, como son la exigencia de requisitos formales o plazos muy breves para su interposición.

Por consiguiente, el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, como es lógico suponer, implica que la parte procesal que se siente afectada por una decisión judicial o administrativa tiene derecho a recurrir mediante recurso debidamente fundamentado a impugnación ante un tribunal superior. Esto implica, así mismo, que las resoluciones que se emitan en distintas instancias deben contener, con exactitud y claridad, las razones por las cuales se llega a la conclusión que ellas contienen, así como la valoración de los fundamentos jurídicos y normativos en que se basan las decisiones.

*Resolución: se hizo referencia a la ponencia del doctor pazmiño, presidente de la corte constitucional, al manifestar que le parecía algo raro, que habiendo llegado a conocimiento de la corte nacional un proceso con dos sentencias condenatorias, ésta reconoció el principio de inocencia; pues esto no es nada raro, se lo hecho en cuanto se ha encontrado errores de derecho en la sentencia, y se ha reconocido el principio de inocencia, que ha sido violentado con un fallo injusto.*

*Por consiguiente se llegó al consenso, de que la corte nacional de justicia no puede limitar su accionar cuando vienen sentencias de doble conforme, ya sean absolutorias o condenatorias, es decir si se observa que se ha violado la ley se deberá dictar la sentencia que corresponda.*

**3. ¿Cuando el proceso sube a la corte provincial, en virtud de la consulta y no se apela, se puede o no interponer recurso de casación, en los casos de drogas?**

La interrogante tiene dos puntos a resolverse:

- a. El mantenimiento de la consulta que constaba en el anterior Código de Procedimiento Penal fue derogada el 13 de enero del 2000 al expedirse el Código de Procedimiento Penal oral y acusatorio, respondiendo al nuevo concepto del derecho procesal mixto, que había regido con anterioridad, como parte del sistema inquisitivo, el sumario a cargo del propio juez, instructor o de derecho, y el plenario, o juzgamiento ante el tribunal penal, de tipo acusatorio, en el que desaparece la oficiocidad del juzgador para buscar e introducir la prueba en el proceso; pero una resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia ante la consulta de haberse eliminado la institución denominada “*consulta al superior*”, existente en los códigos anteriores, para los autos de prescripción de la acción penal y para los autos de sobreseimiento, porque se consideró una institución obsoleta, que consagraba la duda a la eficiencia del juzgador, pero en tratándose de enjuiciamientos por drogas, nada se dijo sobre los artículos 122 y 123 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la decisión de la Corte Suprema fue la de que por tratándose de una ley especial requería derogatoria expresa por parte de legislador, de no habérsela dictado en esa forma se mantenía en vigencia, contra todo criterio opuesto, muy razonable, de que según la Constitución del Estado, ya no son leyes generales, ni especiales, para respetar la vigencia de las últimas, sino leyes orgánicas, las consignadas en los códigos procesales y leyes ordinarias las demás; cabalmente por tal decisión del tribunal máximo de justicia ecuatoriana, se sigue aplicando la consulta en los juicios por delitos de drogas, cuando se revocan medidas cautelares, sobreseimientos, o se dictan sentencias condenatorias o absolutorias, consulta que, siendo obligatoria, no establecida en beneficio de las partes procesales como son los recursos, se cumple necesariamente, de lo que ha derivado el caso planteado, que en algunas ocasiones se extiende al recurso de apelación interpuesto por la parte

acusadora y por la fiscalía, sin que lo hubiere hecho el procesado absuelto, ordinariamente, cuando la Corte Provincial de Justicia revocando la sentencia absolutoria, dicta condena en contra del encausado, dejándolo en aparente indefensión, porque al no haber interpuesto recurso de apelación no tendría derecho a proponer el recurso de casación.

- b. A parte del comentario sobre la legalidad de la consulta en juicios por delitos de drogas que queda comentada brevemente, y que digamos de paso, es motivo de incertidumbre en los tribunales de justicia de primero y segundo nivel, cuando se pronunciaron, en los casos concretos, unos por la vigencia de la consulta, otros por la derogatoria de la consulta, que no la concedieron o no la admitieron, declarando ejecutoriado el fallo de primer nivel de no haberse propuesto algún recurso.

Se han producido casos en los que, sin ser apelante el procesado, de la sentencia dictada por el Tribunal de lo Penal, porque se le había reconocido el principio de inocencia, o en todo caso satisfacía sus aspiraciones, por recurso de apelación de la parte contraria, o por consulta se dictó sentencia condenatoria en la Corte Provincial, interpuesto recurso de casación se lo negó, por no haberse propuesto el de apelación, o a su vez, se lo concedió, para que la Corte Nacional de Justicia asumiera la decisión que cabría pronunciar al respecto.

En algunos casos, se declaró el envío del proceso al tribunal de primera instancia, para que la parte interesada, generalmente el procesado, dentro de los tres días de notificada su recepción por parte del tribunal penal, actualmente cinco días, interponga recurso de casación, solución interesante pero que realmente ensombrecieron el panorama jurídico en lugar de aclararlo, pues el recurso de casación, tiene su oportunidad para interponerse que fue de tres días según la legislación anterior, ya que actualmente a partir del año 2012, es de cinco días, tiempo que habría transcurrido con exceso para que el tribunal de alzada emita su pronunciamiento y devuelva la causa al tribunal penal, por lo que sería conveniente emitir un pronunciamiento, con el siguiente análisis:

- a. De acuerdo al artículo 318 del Código de Procedimiento Penal de 1938: *“Este recurso (casación) deberá interponerse ante el respectivo juez del crimen y dentro de tres días de hecha la notificación con la sentencia. Si se ha interpuesto dentro del término, se mandara remitir original el proceso a la Corte Suprema”*.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal de 10 de junio de 1983, en su artículo 373 tenía este texto: *“El recurso de casación será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente”*, sin otra explicación en cuanto al Tribunal ante quien debía interponerse el recurso.

- b. De acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal de 13 de enero del 2000, el artículo 349 dice: *“El recurso de casación será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente”*, tampoco se refiere al juzgado o tribunal ante el cual debe interponerse el recurso las demás normas señalan el plazo de tres días para interponerlo, el envío a la Corte Suprema hoy Corte Nacional y la sustanciación de la misma.
- c. En el Código de Procedimiento Penal vigente en la actualidad, con las reformas de los años 2009 y 2010, el artículo 349 dice: *“El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto por indebida aplicación o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”*, el artículo 350 tiene el siguiente texto: *“El recurso de casación se interpondrá dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación de la sentencia, ya sea en procesos penales de acción pública y de acción privada; y de inmediato se remitirá en sobre cerrado a la Corte Nacional de Justicia”*.

Para continuar con el debate se plantea la tercera interrogante: **3.- ¿En materia de drogas, cuando no se apela, se puede interponer recurso de casación, pues según el artículo 123 de la ley de sustancias estupefacentes y psicotrópicas las sentencias que dictan los tribunales de garantías penales deben subir obligatoriamente en consulta al superior?.** (Se plantea que exista, Recurso de Casación per saltum).

El doctor Jorge Blum manifiesta, “qué pasa cuando el sentenciado se conforma con la sentencia que le reconoce el principio de inocencia o cuando le impone cuatro años y no apela, ni el sentenciado, ni la Fiscalía, más por consulta sube y la Corte Provincial le agrava la situación y le declaran la culpabilidad, o en su defecto le aumentan la pena de cuatro a ocho años de reclusión, como no apeló, puede o no puede interponer recurso de casación; existe otro escenario, a pesar de haber interpuesto recurso de apelación y al subir en consulta obligatoria a la Corte Provincial, sólo resuelve la consulta, más no se pronuncia sobre el recurso de apelación, ante esta circunstancia, en la anterior Corte, una sala aceptaba el recurso de casación y otra no, existiendo criterios disímiles”.

La doctora Ágata Sanz y refiere “que desde su punto de vista debería concedérsele el derecho a recurrir porque de lo contrario se estaría vulnerando su derecho de defensa, esa decisión le está agravando, le está produciendo un perjuicio y uno de los requisitos de los recurso es precisamente, cuando existe un gravamen”.

El doctor Germán García, manifiesta que su opinión es que en los casos de drogas, puesto que los fallos emitidos por los Tribunales de Garantías Penales deben subir en consulta a las Salas Penales de la Cortes Provinciales, el recurso de apelación debería conocerlo otra Sala de lo Penal paralelamente, de esta manera agotar los recursos, para que puedan interponer recurso de casación.

El doctor Bolívar Torres, manifiesta que se debería plantear para los casos de drogas que se produzca una reforma, en sentido de que se habilite el recurso de casación per saltum, solo para estos casos de drogas.

Resolución: *éste criterio obtuvo mayor consenso, se debe implementar el recurso de casación per saltum, solo en los casos de drogas cuando al procesado se le agrave su situación en la sentencia subida en consulta, se podrá interponer el recurso de casación ante la corte nacional, sin haber apelado y tramitarlo como corresponde.*

#### **4. ¿Es competente para declarar nulidades por vicios de procedimiento, la corte nacional de justicia?.**

El artículo 331 del Código de Procedimiento Penal dispone: *“Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produjo la nulidad a conta del funcionario u órgano jurisdiccional que la hubiere provocado. Sin embargo se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviere influencia en la decisión del proceso. Si se hubiere omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier etapa del proceso, se mandará a que se lo practique sin anularlo”.*

De acuerdo con lo que dispone el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de nulidad se lo interpondrá ante el Juez o Tribunal de Garantías Penales, sea por falta de competencia, sea por no haber cumplido los requisitos formales de la sentencia, sea por violación del trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa. De conformidad con los artículos 332 y 333 del mismo cuerpo legal, interpuesto y concedido el recurso se remitirá el proceso a la Corte Provincial en sobre sellado, lo que significa expresamente que el recurso de nulidad se lo interpone ante el Juez de primer nivel, que es el Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales, ya en la fase intermedia de la causa, cuando se hubiere pronunciado auto de llamamiento a juicio o sobreseimiento, o en la fase tercera etapa, cuando se hubiere dictado sentencia, lo que significa que no puede interponerse ante la Corte Provincial excepto en los casos de fuero, peor ante la Corte Nacional de Justicia, por considerarse además, que siendo un recurso

ordinario, lo conoce el juez de segundo nivel de la escala judicial, que es la Corte Provincial; pero sujeto a la condición, cuando se hubiere violado el trámite, que hubiese influido en la decisión de la causa, no en todo caso, porque la ley considera que la nulidad procesal produce un daño a la administración de justicia destruyendo el trabajo realizado, muchas veces costoso, y cansado para rehacer el proceso, a más de que, la misma ley procura que se enmienden errores, sin anular el proceso.

De manera que no hay recurso de nulidad ante la Corte Nacional de Justicia, solamente lo hay ante la Corte Provincial y únicamente en los tres casos previstos en el artículo 330 del Código Procesal Penal. Empero, de observarse alguna nulidad sustancial, sea sobre competencia, o sobre tramitación insubsanable, de oficio, en cualquier instancia que se encuentre la causa se declarará la nulidad, pudiendo hacerlo también a petición de parte, pero no como recurso de nulidad.

En definitiva el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, obliga a una Corte de Alzada a declarar la nulidad procesal cuando la causa adolezca de un vicio insubsanable como es la competencia o la violación de trámite, porque considera que es de capital importancia la validez del proceso, su ropaje dentro del cual se ha puesto su contenido, no cabría que, con violación de la ley o dentro de la anarquía procesal opere la justicia, por supuesto sin dejar de tomar en cuenta la norma imperativa del artículo 169 de la Constitución de la República que impone, no sacrificar la justicia, para el cumplimiento de su sagrada misión, por formalidades que no afecten decisivamente al andamiaje que lo sostuvo, para centar sus resoluciones que devuelvan la confianza a los interesados en las resoluciones de sus conflictos.

En definitiva creemos que se debe declarar la nulidad no como recurso interpuesto por las partes, sino de oficio, en aras de la formalidad esencial que debió simientar la sustanciación de una causa penal, resolución que de declararse la nulidad procesal, señalará expresamente si es de todo el proceso, en los casos de violación de sustanciación desde su inicio, o en los casos de incompetencia del juzgador, insistimos, vicio insubsanable y

sustancial, que haya influido en la decisión de la causa, resolución que debe dictarse mediante un auto interlocutorio, no mediante sentencia, porque no decide lo principal de la causa, que en materia penal es la declaración del delito y responsabilidad del procesado, para condenarlo o absolverlo, según corresponda al caso, todo lo demás, que no se enmarca en esta materia, denominada lo principal del juicio y en su último momento procesal, no se resuelve en sentencia, sino en auto que pone fin a la causa algunas veces, definitivamente, otras veces, para que se la reaga nuevamente, cuidando las normas para su validez.

Continuando con el debate se plantea la cuarta interrogante: **4.- ¿Es competente para declarar nulidades por vicios de procedimiento, la corte nacional de justicia?**, (existen sentencias que están firmadas por jueces o conjueces que no estuvieron presentes en la celebración de la audiencia, por otro lado, en forma excepcional llegan a casación procesos en los cuales no se ha dictado auto de llamamiento a juicio).

La doctora Ágata Sanz manifiesta que el sistema español, dictan auto solo cuando admiten o inadmiten el recurso de casación, y que para los demás casos lo hacen a través sentencia.

*Resolución: se llegó al consenso de que si puede dictar nulidades la Corte Nacional de Justicia por cuanto el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal le faculta.*

Criterios estos con los que finaliza la mesa de discusión sobre la casación en materia penal, bajo la coordinación del doctor Jorge Blum Carcelén, Juez y Presidente de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

---

## Mesa de Discusión N° 2

Casación en Materias no Penales

**Coordinadora:** *Dra. María Rosa Merchán Larrea*

La mesa de trabajo número 2, reunida el día viernes 22 de marzo del 2013, en el Swissotel de la ciudad de Quito, llegó a las siguientes conclusiones respecto al recurso de casación en materias no penales:

El recurso de casación es un recurso extraordinario y formal; extraordinario porque para interponerlo, se requiere de la existencia y aún del cumplimiento de determinados requisitos que permiten su procedencia jurídico-procesal; formal porque exige requisitos de admisibilidad y de procedibilidad diferentes de los establecidos para los recursos ordinarios.

La *finalidad* de la casación es el control de la aplicación de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico, esto es, la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales; y, el ordenamiento jurídico secundario.

Esta definición comprende: el control de legalidad, la tutela de los derechos constitucionales y tratados internacionales ratificados por el Ecuador, así como la unificación de la jurisprudencia y la consecuente reparación de agravios a los litigantes.

*Procedencia:* Los integrantes de la mesa acordaron que debe existir necesariamente una demanda escrita que contenga los requisitos esenciales del recurso, es decir, los establecidos en el artículo 6 de la Ley de Casación,

los mismos que posteriormente deberán ser fundamentados en una audiencia oral.

En cuanto a las sentencias y autos de los que se pueden recurrir, se continuará con el procedimiento prescrito en el artículo 2 de la Ley de Casación, que al efecto señala que el recurso de casación procede:

*Término:* Respecto del término que actualmente existe para la interposición del recurso de casación, especificado en el artículo 5 de la Ley que regula la materia, los integrantes de mesa sostuvieron que debe ser igualitario para las partes que recurren, sin distinción alguna, estableciendo que en forma general el término para realizarlo debe ser de 15 días.

*Límites para interponer el recurso:* Al ser el recurso de casación un recurso extraordinario, limitado y formal, acordaron que deben existir ciertos límites para su interposición, entre ellos:

1. *Cuantía:* Se establecerá como límite la cuantía real del asunto materia del litigio, consideración que excluye a los procesos que no pueden ser objeto de valoración económica; y,
2. *Doble conforme:* Si la sentencia de segunda instancia es confirmatoria en todas sus partes de la sentencia de primer nivel, no será aceptado el recurso de casación.

*Legitimación:* De conformidad con el artículo 4 de la Ley de Casación, el recurso solo podrá interponerlo Al respecto, la mesa resolvió que se estará a lo dispuesto en la referida norma, sin considerar necesario realizar reforma alguna a la misma.

---

## Mesa de Discusión N° 3

*Coordinador: Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia*

La mesa de trabajo nro. 3, reunida en el Swisshotel de la ciudad de Quito, el día 22 de marzo de 2013, analizó el tema “El recurso de casación y la Constitución”.

### **1. Documento final de comentarios de la mesa:**

1. La mesa de trabajo consideró debatir sobre las ideas centrales contenidas en las ponencias presentadas en el Seminario, entre otras, las siguientes:
  - 1.1 El Dr. Sergio Muñoz Gajardo, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile, puso en evidencia que en su país existe una compatibilidad del recurso de casación con las fuentes materiales y en especial con las “supraconstitucionales” y en ese sentido explica que al Poder Judicial se le asigna el deber de “ser el guardián de los derechos humanos”, y concluye con un razonamiento trascendental al preguntar: ¿Cuál es la función de la Corte Suprema?, interrogante ante la cual responde: “garantizar la efectiva vigencia de todos los derechos y de todas las personas”.
  - 1.2 Los doctores Jorge Chediak González, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental de Uruguay; y, Gustavo Nicastro Seoane, Asesor Técnico Letrado de la misma Suprema Corte, al tratar sobre la experiencia uruguaya en el recurso extraordinario de casación, luego de un análisis profundo de este recurso,

pusieron de relieve sobre dos límites que el ordenamiento jurídico de Uruguay ha establecido para la admisibilidad del recurso de casación, de una parte, relacionado con el “monto o cuantía del asunto”; y, de otra cuando la decisión de segunda instancia es confirmatoria y sin discordia con respecto a la primera, a lo que se conoce como doble conforme.

Recordaron, que la Suprema Corte de Justicia de su país, en la resolución de los procesos de impugnación en forma general, tienen presente el siguiente principio: “...el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales...”.

- 1.3 El Dr. Carlos María Folco, Jurista argentino explicó que en su país la doctrina nacional agrupa los errores judiciales en dos clases: de actividad o in procedendo; y, de juicio. En el caso del error de juicio expresa que existen tres grupos relacionados con sistemas de casación: semi pura, pura e impura. Advirtió que en su país se tiene presente para la actuación jurisdiccional los elementos que definieron el caso “Herrera Ulloa C. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en ese sentido sostuvo que el recurso de casación tiene límites, en tanto no es un recurso pleno ni corresponde a la totalidad del contenido que consta en el Art. 8 de la Convención Americana, al no permitir una revisión integral del fallo, en los hechos como en el derecho.
  
- 1.4 El Profesor español Dr. Nicolás González-Cúellar Serrano, al tratar sobre la Casación Civil en el Modelo Europeo Continental, reflexiona sobre su futuro, partiendo de la idea de que el Derecho de la Unión Europea unifica y armoniza las relaciones civiles y mercantiles, y por ello el Tribunal de Justicia se encarga de asegurar una interpretación uniforme de la normativa en el territorio de la Unión. Pero más allá de ello plantea que la casación no sólo debe tener como finalidad la de crear y desarrollar la Jurisprudencia para asegurar la seguridad jurídica, sino que de manera principal debe tutelar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

- 1.5 El Dr. Javier Zapata Ortiz, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia recordó que en los distintos países de nuestro continente en los cuales rige el estado social de derecho, está presente en el quehacer de la administración de justicia, la comprensión de los principios de: respeto a la preminencia de los derechos fundamentales, la promoción del bienestar y la prosperidad de sus ciudadanos; y que es a partir de esta visión que la Corte Suprema de Justicia de Colombia considera que el recurso extraordinario de casación, va más allá de la concepción de ser una herramienta procesal mediante la cual se controla la validez de las providencias judiciales, sino que constituye fundamentalmente un elemento esencial en la aplicación igualitaria de la ley, en la defensa de la legalidad y en la garantía de la vigencia de la Constitución, en la que se incluye el catálogo de los derechos fundamentales.

Recordó que en la nueva regulación procesal en Colombia se ejerce el control de las sentencias de los jueces, en el que se incluyen, “... no sólo las infracciones a la ley, sino también a la Constitución y a las normas del llamado bloque de constitucionalidad”.

- 1.6 El Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, analizó con rigurosidad académica la acción extraordinaria de protección, su eficacia y efectividad en el orden garantista y realizó una aproximación a un concepto de garantía en el Estado constitucional, efectuó una síntesis sobre el desarrollo de las garantías jurisdiccionales y más aspectos conexos para sobre esa base elaborar varias conclusiones y recomendaciones entre las cuales planteó la necesidad de que la Corte Constitucional establezca reglas y modelos de argumentación constitucional que permita a Jueces y Jueces establecer la diferencia que existe entre un asunto de relevancia constitucional y los asuntos de legalidad; así como el de sacar adelante la *“revolución cultural”* que significa *“... la aplicación del modelo judicial de garantías constitucionales”*, explicó que en esa perspectiva ha venido sosteniendo *“la necesidad de crear jueces y tribunales especializados en materia constitucional”*.

- 1.7 La Dra. Maritza Tatiana Pérez, Magistrada de Ecuador, Presidenta de la Sala Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y Jueza de la Sala Contencioso Administrativo de la misma Corte, disertó de manera amplia y profunda sobre el tema: “*El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia*”, quien en sus palabras iniciales sostuvo:

Con la expedición de la Constitución del 2008 “*se establece en el Ecuador un sistema conceptualizado como estado de derechos y justicia, en el cual el estado es el garante del respeto y la realización efectiva de los derechos constitucionales y sus principios...*”; desarrollando su ponencia a través de una variedad de argumentaciones con un respaldo doctrinario del más alto nivel que responden a las inquietudes que las y los ecuatorianos tenemos a partir de la vigencia de la nueva Constitución, para luego presentar un conjunto de conclusiones y recomendaciones que dan respuesta a los puntos que se debaten en la actualidad, entre las cuales se destaca la primera de ellas que en el segundo párrafo consta:

*“(...) Siendo así, el juez pues del siglo XXI debe superar las tradiciones de la escuela jurisprudencial legalista o de la doctrina tradicional, que conceptúan que los cuerpos normativos son lo suficientemente explícitos en cuanto actúen como descriptores de la interacción humana, y asumir su rol de dirimir conflictos con las reglas de la normativa vigente visto desde el nuevo enfoque constitucional (...) Esto rompe el clásico posicionamiento del esquema judicial en el Ecuador, enquistado en el pasado, en el positivismo a ultranza y en el “claustro de los códigos y leyes escritas” (...)”.*

## **2. Posteriormente se efectuaron las siguientes reflexiones:**

- 2.1 La mesa observó que existe una relación directa entre la clase de Estado y la concepción sobre el recurso de casación. Así el recurso de casación en el Estado absolutista se convirtió en una institución para la defensa de los intereses del monarca; al surgir el Estado de Derecho con la revolución francesa, el recurso de casación cumple dos finalidades importantes, relacionadas con la defensa de la

norma jurídica objetivamente considerada y la uniformidad de la jurisprudencia;

Con el desarrollo y democratización del Estado y la conformación del Estado social de derecho y luego del Estado social y democrático de derecho, la casación, sin alejarse de sus finalidades iniciales comienza a dar respuestas importantes para corregir además en el recurso de casación, transgresiones de los órganos jurisdiccionales con respecto a la Constitución y a la ley, como puso en evidencia el Dr. Xavier Zapata Ortiz, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

- 2.2 En la mesa se destacaron los cambios que en la concepción del derecho se generan a partir de 1950, incluyendo en el ámbito del recurso extraordinario de casación, teniendo presente el paso progresivo del Estado de derecho al Estado social y democrático de derecho, y por tanto, de la concepción del derecho en su inicio a partir del principio de legalidad y posteriormente a partir del principio de constitucionalidad.
- 2.3 Con el Estado social y democrático de derecho surgen además una serie de conceptos trascendentales en todos los órdenes y por tanto en el ámbito de la administración de justicia, de este modo se constitucionalizan las reglas básicas del debido proceso y los principios de acceso a la justicia, tutela efectiva y por ningún caso indefensión.
- 2.4 Con la aprobación del pueblo ecuatoriano del Proyecto de Constitución y el Régimen de Transición mediante referéndum aprobatorio de 28 de septiembre de 2008, en el que se define al Ecuador además como un Estado constitucional, que a decir de Carlos Bernal Pulido, “La principal Ley de construcción de este tipo de estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales” y que según Ramiro Ávila Santamaría en esta clase de Estado, el poder queda sometido a los derechos, por tanto, a partir de ésta visión, la conceptualización tradicional del

recurso de casación resulta limitado frente a los avances del pensamiento jurídico, lo cual pone en evidencia la necesidad y exigencia de realizar una reconceptualización del recurso extraordinario de casación que responda al desarrollo y transformación democrática del Estado y que compromete en esta tarea a todos quienes estamos inmersos en el ámbito de la administración de justicia, a todos los niveles.

- 2.5 En ese contexto, el recurso de casación como mecanismo para la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada, sigue siendo válido; sin embargo, por el desarrollo democrático del Estado, surge además la necesidad jurídica y de justicia que al realizar el control de legalidad, debe primero efectuarse un control de constitucionalidad si se acusa que en las decisiones jurisdiccionales se han violentado garantías del debido proceso o derechos reconocidos en la Constitución; y, efectuado ese control de carácter constitucional cuando el caso amerite, entonces procede la defensa del derecho objetivo o nomofilaquia, a través del recurso de casación.
- 2.6 En el Ecuador, los recursos de casación y de revisión tienen rango constitucional, tal como prescribe el Art. 184.1. y es a partir de aquello que estos recursos deben cumplir su función haciendo que el proceso sea el instrumento idóneo del que dispone el Estado para efectivizar el principio de la realización de la justicia.

## **II. Lineamientos y propuestas presentados en la Plenaria**

1. Un acuerdo fundamental de los participantes en la mesa de trabajo como quedó indicado fue la necesidad de impulsar en cada país la impostergable tarea de reconceptualizar el recurso de casación; para lo cual se reflexionó sobre el planteamiento de Augusto M. Morello en 1998, quien al referirse a este recurso expresó: “No vale ya predicar que su misión es sólo preservar el interés de la ley, ni aferrarse a un purismo nomofiláctico, cualquiera sea el soporte fáctico”.

2. Con rasgos específicos en cada República a la que pertenecen los ponentes y delegados a este Seminario Internacional, se advierte una tendencia de los órganos jurisdiccionales en general y en particular los de casación a cumplir sus funciones acorde a los principios de supremacía de la Constitución y la defensa de libertades y derechos fundamentales de las personas y en ese contexto defender la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, la ley y efectivizar de mejor manera los principios de acceso a la justicia, tutela efectiva y por ningún caso indefensión.
3. En el caso del Ecuador el inicio del control de legalidad surge con la reforma a la Constitución de 1992 y la implementación a través de la Ley de Casación de 1993 y las reformas subsiguientes. En la Ley existen causales por vicios in procedendo e in iudicando y algunas de ellas se relacionan con garantías del debido proceso y derechos constitucionales, lo cual hace que en este país, existen caminos de orden procesal para realizar alegaciones de carácter constitucional de manera especial en las relacionadas con garantías del debido proceso y por ello se torna trascendente la expedición de una Ley de Casación en la que se recojan los avances del derecho procesal contemporáneo en concordancia con los elementos que definen el nuevo paradigma de Estado vigente en el Ecuador.
4. La mesa consideró la importancia de adoptar en nuestro ordenamiento jurídico las limitaciones que en dos casos tiene la República de Uruguay con respecto a la admisibilidad del recurso de casación, esto es, de una parte, en cuanto al monto de la cuantía del asunto materia del litigio cuando ello sea posible; y, de otra, si la decisión de segunda instancia es confirmatoria y sin discordia con respecto a la sentencia de primera instancia, lo que se conoce como resoluciones de doble conforme; y,
5. Efectivizar el cumplimiento de la disposición constitucional constante en el artículo 168.6 y por tanto implementar en el Ecuador el sistema oral en todas las instancias, etapas y diligencias y con mayor urgencia en el recurso de casación.



Galería fotográfica

IV



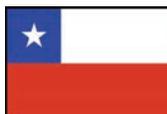
## SEMINARIO INTERNACIONAL:

# “EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”

21 y 22 de marzo 2013



Argentina



Chile



Colombia



Ecuador



España



Uruguay



## **Memorias del I Seminario Internacional: “EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”**



**Dr. Carlos Ramírez Romero,  
Presidente de la Corte Nacional de  
Justicia en la inauguración.**



**Dr. Gustavo Jalkh Röben,  
Presidente del Consejo de la  
Judicatura del Ecuador.**



**Mesa de Expositores del evento.**

## **Memorias del I Seminario Internacional: “EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”**



**Autoridades que asistieron al Seminario.**



**Contó con la participación de expositores de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, España y Uruguay.**



**Participantes del Seminario Internacional.**

## Memorias del I Seminario Internacional:

“EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”



Dr. Sergio Muñoz Gajardo, en su exposición sobre “La historia y naturaleza jurídica del recurso de casación”.



Dr. Jorge Chediak González, intervino con el tema “El recurso extraordinario de casación en el Derecho Procesal”.



Se presentó una muestra bibliográfica de los libros publicados por las Juezas y Jueces, las Conjuezas y Conjueces; así como los Jueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia.

## Memorias del I Seminario Internacional:

“EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”



Dr. Carlos María Folco, expuso sobre “El recurso extraordinario de casación y la jurisprudencia”.



Dr. Nicolás González-Cuéllar Serrano y la Dra. Ágata Sanz Hermida, en su intervención sobre “El recurso de casación en el sistema continental europeo”.



Dr. Nicolás González-Cuéllar Serrano y la Dra. Ágata Sanz Hermida.

## Memorias del I Seminario Internacional:

“EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”



Dr. Xavier Zapata Ortiz, exponiendo “El recurso extraordinario de casación en el sistema latinoamericano”.



“La acción extraordinaria de protección: origen y naturaleza” fue presentada por el Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador.



La Dra. Tatiana Pérez Valencia, presentó el tema: “El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia”.

## **Memorias del I Seminario Internacional: “EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”**



**Plenaria moderada por el Dr. Johnny Ayluardo Salcedo.**



**Mesa de discusión sobre la Casación en materia no penal.**



**Mesa de discusión sobre la Casación en la Constitución.**

## Memorias del I Seminario Internacional: “EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”



Mesa de discusión sobre la Casación en materia penal.



Intervención realizada por el Dr. Johnny Ayuardo Salcedo durante la Plenaria.



El Presidente de la Corte Nacional de Justicia en compañía de los expositores durante la clausura del evento.