

DIÁLOGOS JUDICIALES



ISSN: 2806-5743



5

Tema central:

Medios de Impugnación

julio - diciembre 2017

Diálogos judiciales 5

Tema central:

Medios de impugnación

Corte Nacional de Justicia

Diálogos judiciales 5

Tema central:

Medios de impugnación



Julio - Diciembre, 2017
Quito - Ecuador

 **Gaceta
Judicial**

Corte Nacional de Justicia
Revista Diálogos judiciales 5. Medios de impugnación. julio-diciembre 2017,
Quito, Corte Nacional de Justicia, 2017
156 p; 19X25 cm
ISBN: 978-9942-22-142-1
ISSN: 2806-5743
Corte Nacional de Justicia. Título. 5. Serie.
CDD ab. 14 347 R4251d
Catalogación en la fuente: Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia

Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Comité Editorial:
Raúl Mariño

Editor:
Carlos García Torres

Portada y separadores:
Santiago González Muñoz
Edison Proaño Tello
Javier Leiva Espinoza

Diagramación:
Javier Leiva Espinoza

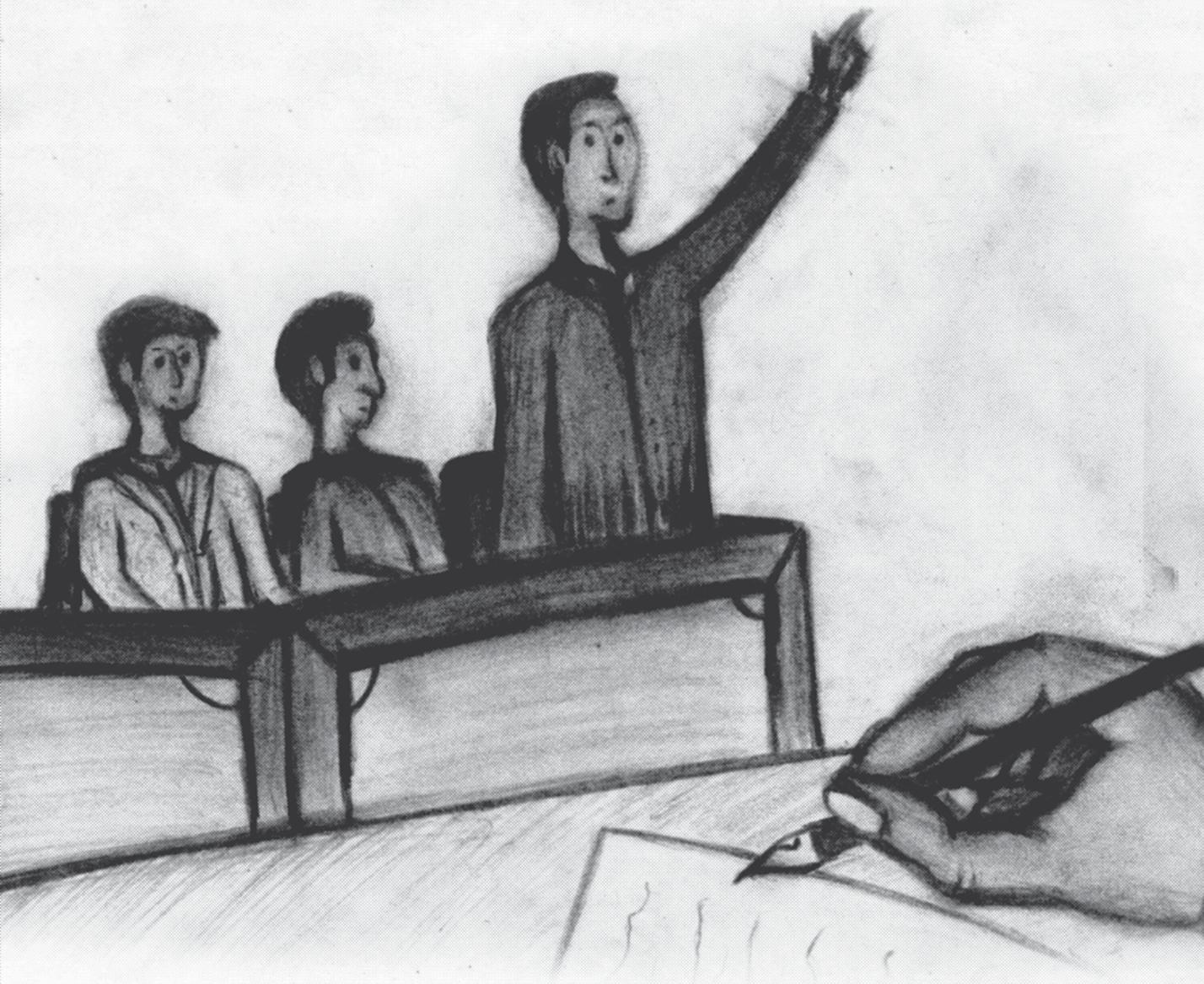
Santiago Aráuz Ríos
*Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia*

Corte Nacional de Justicia
Av. Amazonas N37-101
y Unión Nacional de Periodistas, esq.
Quito, Ecuador
Tels.: (593-2) 23953500
www.cortenacional.gob.ec

Índice

1. Presentación	9
<i>Carlos García Torres</i>	
2. Ensayo inicial	13
<i>Carlos Ramírez Romero</i>	
3. Dossier Central	
El derecho de impugnación en el sistema oral iberoamericano	27
<i>Alberto Pérez Dayán</i>	
Los medios de impugnación en el sistema oral según el COGEP	39
<i>Fabián Jaramillo Terán</i>	
El proceso laboral y los medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos	51
<i>Paulina Aguirre Suárez</i>	
El recurso de apelación como medio de impugnación	73
<i>María de los Ángeles Montalvo Escobar</i>	
El Recurso de Casación en el ámbito civil	91
<i>María Rosa Merchán Larrea</i>	

El recurso de casación en materia Contencioso Administrativa <i>Pablo Tinajero Delgado</i>	107
Recursos horizontales y de hecho o queja <i>María Teresa Delgado Viteri</i>	117
Medios de impugnación en el campo administrativo <i>Luis Rafael Vergara Quintero</i>	139



[Handwritten signature]

PRESENTACIÓN

Presentación

Carlos García Torres

Asesor de Presidencia de la Corte Nacional de Justicia

Desde el 12 al 15 de junio del 2017 la Corte Nacional de Justicia organizó el Seminario Internacional sobre “Medios de Impugnación en Procedimientos no penales en el Ecuador”. Este evento contó con la participación activa de juezas, jueces, conjueces y conjuetas de la Corte Nacional de Justicia y de invitados especiales tanto del Ecuador como del extranjero. En esos días se cumplía el primer año de vigencia del Código Orgánico General de Procesos que ha llevado a un cambio radical introduciendo la oralidad en el sistema procesal ecuatoriano. Como toda innovación la introducción de un nuevo paradigma en la administración de justicia ha dado lugar a nuevas perspectivas de investigación y reflexión porque se aplica a las materias que, no siendo penales, abarcan campos muy diversos de la actividad humana.

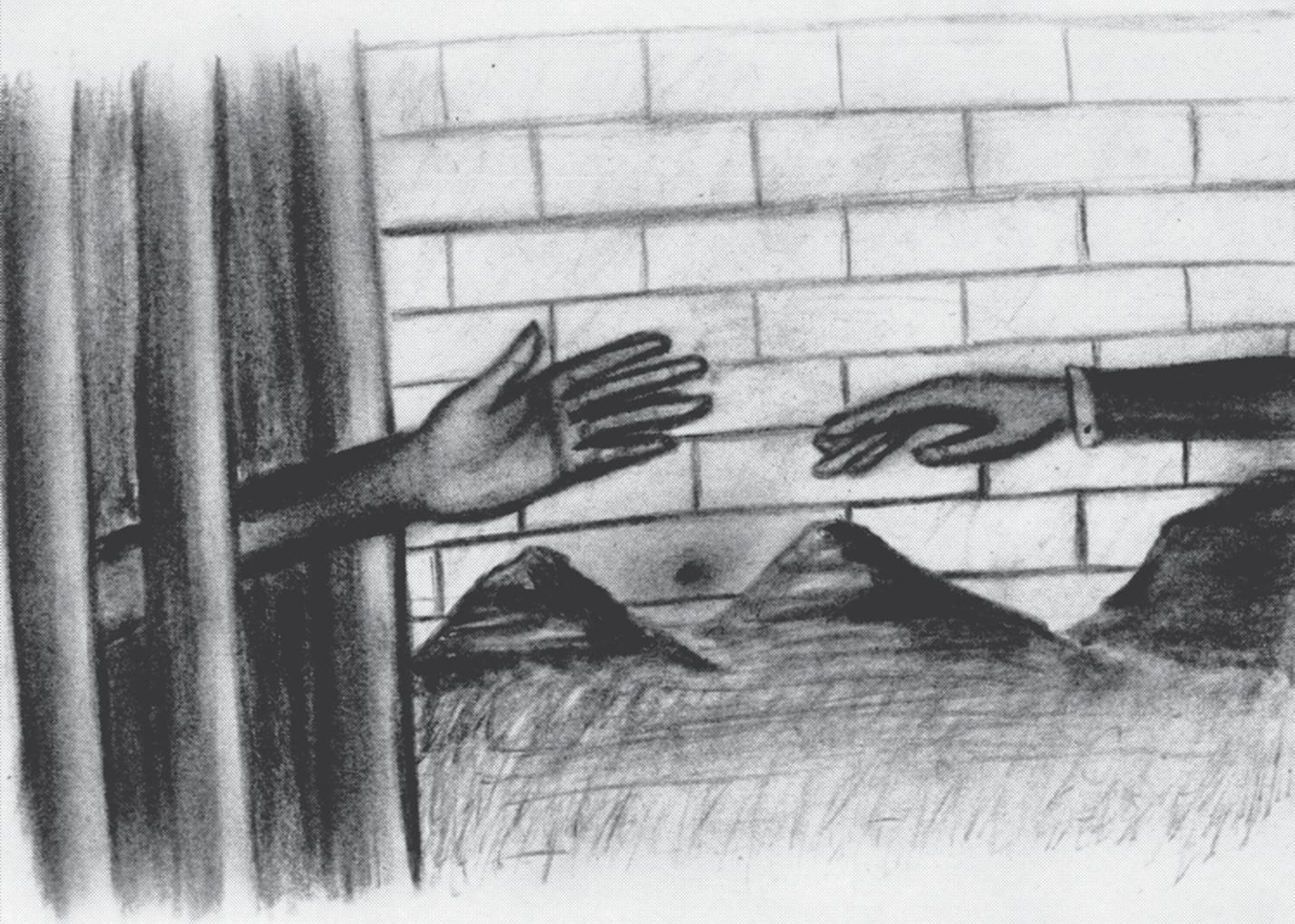
Entre los campos de estudio más importantes que ha suscitado el Código Orgánico General de Procesos tiene especial importancia el que se refiere a los medios de impugnación que, como es natural, se presentan bajo nuevas luces en este cuerpo jurídico. Entre estos medios han merecido la atención de los expositores aquellos que son llamados “recursos horizontales” o “remedios procesales”, también la apelación y, por supuesto, la casación en las materias que regula este cuerpo normativo. Pero, además, en este evento académico, se trataron temas que abarcan los medios de impugnación desde visiones más generales cómo, por ejemplo, desde el punto de vista del sistema oral en Iberoamérica o desde la consideración general del COGEP como un todo. Adicionalmente se revisaron todas las posibilidades impugnatorias en el campo laboral, Civil y administrativo.

Por estas razones, este número de la revista *Diálogos judiciales* se consagra, de manera exclusiva a las muy valiosas ponencias que se dieron en el seminario. El orden de presentación de los textos recoge la distribución cronológica de las exposiciones.

El amable lector encontrará en las páginas que siguen un verdadero tratado sobre los medios de impugnación y las consideraciones jurídicas que guían la presentación exitosa de recursos de casación en materia civil, laboral y administrativa; por lo cual este número tiene interés especial tanto para los abogados en libre ejercicio como para los jueces de instancia que, dada la utilidad evidente que representa para su trabajo diario, con toda seguridad, encontrarán de interés extremo las profundas reflexiones que realizan nuestros autores.

Mención especial merece el ensayo introductorio que realiza el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, sobre los medios de impugnación y su relación con la casación. Este trabajo no formó parte del seminario “Medios de Impugnación en Procedimientos no penales en el Ecuador”, pero constituye una apertura estimulante que analiza dichos recursos tanto en países que siguen el sistema del “*common law*” como en países que siguen el sistema de raigambre romana y francesa. A partir del análisis de las formas de impugnación, de la apelación y de la casación, así como de consideraciones filosófico-jurídicas, el Doctor Carlos Ramírez Romero propone una nueva visión de la casación en el Ecuador.

Los editores sentimos que hemos cumplido con nuestro deber al proponer este número de *Diálogos judiciales* con tan importantes contribuciones que, a sus muchos méritos, añaden el del interés práctico, tanto para el servidor judicial, como para el profesional del derecho y para los ciudadanos en general.



SA

ENSAYO INICIAL

Carlos Miguel Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Los medios de impugnación y la casación

Los procedimientos de impugnación de las sentencias demuestran una determinada variación entre los diversos sistemas jurídicos que, a día de hoy, tienen mayor importancia en el mundo. Convenimos en que un análisis limitado al *common law* y al sistema romano francés del derecho civil puede ser suficiente para tener una idea clara sobre los sistemas de impugnación.

Si hablamos del sistema del *common law* deberemos referirnos a los dos países que han emanado mayor cantidad de jurisprudencia a este respecto: Inglaterra y los Estados Unidos de América.

En Inglaterra el sistema judicial está regido por una Corte Suprema debajo de la cual se encuentran las llamadas cortes de apelación. Luego se encuentran las altas cortes y las cortes de la corona. Se entiende que cada uno de estos estamentos conforma lo que en nuestro derecho llamamos “instancias”. Ahora bien una importante reforma constitucional se dio en 2005 mediante la cual se creó esta Corte Suprema y se le otorgaron las facultades que antes tenía el tribunal de apelación de los lores y otras instituciones como el Comité del Consejo privado, el vocero de la casa de los lores y el Lord Canciller. Las altas cortes y las cortes de la corona pasaron a llamarse *senior courts*. Se trata, al parecer, de una aproximación más republicana a la justicia, pese a las tradiciones consuetudinarias inglesas muy influenciadas por la monarquía.

Pero una reforma de este tipo no podía pasar desapercibida y originó, como es de suponer, grandes debates siendo sustancialmente modificada por la Casa de los lores. El Comité Constitucional de la Casa de los lores es el organismo encargado de examinar las implicaciones constitucionales de las leyes y de revisar la operación de la constitución. Un reporte de este comité (2005) señala que se han dado diversas reformas a la constitución británica desde 1997, al punto de que algunos académicos consideran que existe una nueva constitución¹. Señala el informe de los lores que esta es una de las más largas, complejas y controversiales reformas constitucionales. El primer apéndice de este reporte está constituido por un artículo escrito por Anthony Bradley, que es profesor emérito de derecho constitucional y presidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Bradley hace una descripción minuciosa de la reforma y señala que el Lord Canciller, tradicionalmente presidente de la alta corte, de la corte de apelaciones y de la corte de la corona, será calificado por el Primer Ministro previamente a su designación, tomando en cuenta su experiencia en materia legal y de administración, más adelante se limitan las funciones de administración de justicia del Lord Canciller y se lo designa presidente de la cortes responsable de llevar su administración y de presentar los puntos de vista del poder judicial a los poderes legislativo y ejecutivo. Como se ve se trata de subordinar los poderes monárquicos al poder civil.

Ahora bien, es necesario recordar que esta reforma constitucional, como la reforma constitucional francesa que más adelante se analiza, fueron fruto de la necesidad de la adaptación constitucional y legislativa a los convenios internacionales que ambos países firmaron, de manera especial el Convenio Europeo de los Derechos Humanos en el caso inglés, con referencia específica a su artículo 6 que trata del debido proceso y al numeral primero que trata de la independencia judicial.

¹ Como es bien sabido la constitución inglesa no goza de un texto escrito.

En los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia resulta ser una especie de órgano de apelación universal. Esta Corte fue constituida por la Constitución norteamericana en su artículo primero junto con todo el sistema judicial que depende de ella. Las competencias específicas de la Corte se encuentran en la codificación de leyes federales llamado *U.S. Code* que en el párrafo 1257 de la parte IV del Capítulo 81 del Título 28 le otorga la posibilidad de revisar leyes federales o estatales que se encuentren en contradicción con la constitución. Esta posibilidad pasa por el hecho de que la máxima corte de uno de los estados de la unión se haya pronunciado previamente por esta ley, es decir que, tanto las cortes estatales de máximo rango como la Corte Suprema tienen a su cargo el control de la constitucionalidad. Pero además tiene la potestad de revisar, en apelación, las decisiones de las cortes distritales y de actuar como instancia superior a las cortes de apelación.

Frente a todas estas facultades llama la atención un hecho importante, en los Estados Unidos la posibilidad de apelar no se considera un derecho constitucional y así lo ha ratificado la Corte Suprema en varias oportunidades.

A despecho de la moderna importancia de tales remedios, de todas maneras, la Corte Suprema repetidamente ha declinado reconocer la apelación como parte del derecho al debido proceso sea en casos civiles o en casos criminales (Robertson, 2013).

La afirmación anterior, realizada por Cassandra Robertson, está acompañada de una larga serie de razones por las cuales esta jurista considera que la Corte Suprema de los Estados Unidos debería explicitar que el derecho a apelar es un derecho constitucional.

Al parecer en ese país se considera que, en cuanto a la materia criminal, ya existen salvaguardas suficientes que permiten asegurar el debido proceso. Entre ellas se mencionan la condena sólo más allá de una duda razonable, los defensores públicos garantizados, los jurados populares, el hecho de que los jurados en determinados estados sólo pueden condenar cuando exista unanimidad de criterio y, finalmente, la posibilidad de que el ejecutivo otorgue clemencia a

discreción. Bajo tales puntos de vista el sistema jurídico norteamericano ha considerado que la posibilidad de error no es significativa y así lo declaró una sentencia de una corte de Nueva York citada por Robertson. Agrega Robertson que:

Ambas, apelaciones en materia civil y criminal protegen contra la arbitrariedad o la aplicación errónea de la ley; ambas promueven el desarrollo y estandarización de la doctrina legal; y ambas ayudan a estandarizar resultados para litigantes que se encuentren en la misma situación (Robertson, 2013).

Pero esta falta de declaración explícita por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos no significa que el derecho de apelar no esté garantizado de varias otras maneras en aquel país. Al contrario, en las leyes de los estados se expresa tal derecho y se lo aplica en la práctica judicial diaria, como es ampliamente conocido.

En cuanto a los países que siguen el sistema del derecho civil, entre los cuales nos encontramos, debemos revisar el ejemplo paradigmático de Francia, dado que las raíces históricas de nuestro derecho civil pasan por la jurisprudencia francesa.

Francia mantiene la posibilidad de apelación a una corte superior pero, sobre todo, tiene entre sus creaciones jurídicas a la casación, modo de impugnación que ha sido adoptado por nuestro país desde hace dos décadas. El desarrollo de la casación en Francia ofrece particular interés para la discusión jurídica sobre sus alcances y posibilidades.

El 23 de julio del 2008, el poder legislativo francés, basado en la necesidad de adaptar las instituciones a las exigencias actuales de la democracia, lanzó una reforma constitucional de 45 de los 89 artículos de la Constitución Francesa. En su momento, muchos juristas de ese país calificaron la reforma como revolucionaria, algunos más hablaron de una “aculturación jurídica” de Francia y otros señalaron que estos cambios daban fin a la V República Francesa. Todas estas reacciones tuvieron como núcleo el tema del control judicial de la constitucionalidad.

Aparentemente, la tradición jurídica francesa siempre había privilegiado la sacralidad de la división de poderes y el culto a la legalidad fruto del positivismo heredado, a su vez, del famoso cartesianismo galo. Por supuesto, es necesario reconocer que, desde los estudios de Pothier, en el siglo XVII y su posterior incorporación al Código Napoleónico en 1804, el privilegio de la interpretación legal había correspondido siempre al poder legislativo y estaba rigurosamente vedado para el juez, quién no resultaba ser sino un mero aplicador de la norma que, siguiendo la tradición romana, representaba la voluntad del pueblo. Tanto es así que se atribuye a Maximilano de Robespierre el haber dicho “la palabra jurisprudencia debe ser borrada de nuestro idioma. En un Estado que tiene una Constitución y una legislación la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”. Bien visto esta idea se encuentra también en el título preliminar de nuestro Código Civil.

También es verdad que la institución eminentemente francesa llamada “casación” había sido siempre y por antonomasia el momento procesal de estricto control de la legalidad ciego a los hechos del proceso y atento únicamente a la severa confrontación entre la norma y la sentencia casada. Tal noción se la tenía por sacra e inmutable en el derecho francés por eso no es de extrañar que el cambio constitucional causara tal revuelo y tan duras acusaciones. En efecto, el control de la constitucionalidad, en apariencia al menos, no se consideraba como parte de las labores de la Corte de Casación pese a que, a lo largo de toda la historia francesa de esta institución, las cuestiones constitucionales habían surgido en momentos históricos claves de la jurisprudencia de ese país.

El fondo de la cuestión del control de la constitucionalidad fue llamado “la cuestión prioritaria de la constitucionalidad” y para tratar este asunto se expidió una ley orgánica que interpreta el artículo 61-1 de la Constitución Francesa. Fundamentalmente se concede al Consejo de Estado y a la Corte de Casación la posibilidad de revisar y rechazar las leyes que atenten contra los derechos y las garantías constitucionales. La Corte o el Consejo pueden recibir un escrito específico sobre una norma contraria a la Constitución o a los tratados internacionales suscritos por Francia, aunque también, en cualquier

litigio, un juez puede recibir un escrito con esta “excepción de inconstitucionalidad” debiendo remitirlo a la Corte de Casación o al Consejo de Estado para que resuelva al respecto.

Puesta ya en marcha la reforma muchos juristas franceses pensaron que, por apartarse de las tradiciones jurídicas de su país, esta reforma había surgido de la nada y que, en el mejor de los casos, constituía un acercamiento al sistema de las cortes anglosajonas. En todo caso apareció como una ruptura inquietante con todo lo anterior y ciertamente como una visión nueva de la casación.

Xavier Philippe, un profesor de derecho público de la Universidad Paul Cezanne, señala los orígenes y propósitos de esta reforma:

Se recordará que el origen de la reforma de 2008 estuvo motivado por la voluntad presidencial de permitir al ciudadano defender sus derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución en una disputa presentada ante los tribunales ordinarios, si esta cuestión tiene incidencia en la resolución del litigio. Esta idea de sentido común, ampliamente compartida por muchas jurisdicciones constitucionales, especialmente las europeas, ha tenido que enfrentar las dificultades técnicas de un sistema legal complejo y debió romper con los viejos procedimientos que han hecho más difícil lograr este objetivo (2010).

Más adelante ironiza con respecto a las esperanzas y a los temores que esta reforma generó en el ambiente jurídico francés:

Existe, como ocurre con cualquier reforma nueva en Francia, una fuerte tendencia al escepticismo pese a que se la esperaba ampliamente, como si el objetivo tan codiciado perdiera interés una vez obtenido. Sin embargo, la sabiduría nos anima a no molestarnos por adelantado y considerarla como la piedra angular de una nueva era en el control de la constitucionalidad de las leyes en Francia (Philippe, 2010).

Frente a todas estas dudas Jean-Louis Halpérin (2010) hace un amplio recuento de la cuestión constitucional y la casación en Francia, demostrando que, desde sus orígenes, el análisis de la constitucionalidad no ha estado alejado de los usos de los jueces de casación, de manera especial en casos de relevancia. Comienza relatando la

historia de la “excepción de inconstitucionalidad” en el derecho francés y se refiere a algunos precedentes que considera revolucionarios. Más adelante relata que, con ocasión de los disturbios que se iniciaron con la “Comuna de París”², en 1851 surgieron dos casos en los cuales se presentó ya una “excepción de inconstitucionalidad”. Según los alegatos se arguyó la inconstitucionalidad de la ley del 9 de agosto de 1849 que otorgaba a los jueces militares competencia para juzgar a ciudadanos civiles. Según Halpérin el pronunciamiento de la Corte de Casación recordaba a la Asamblea Legislativa su obligación de cumplir normas constitucionales admitiendo, de forma incontestable la legitimidad de una excepción de inconstitucionalidad presentada ante un juez judicial (entendido como un juez ordinario). Pese a este antecedente Halpérin recuerda que el aislamiento de esta jurisprudencia francesa debido al autoritarismo del segundo imperio no permitió que la excepción de inconstitucionalidad entrara en el derecho francés tal como lo hizo en el derecho norteamericano a través del famoso caso *Marbury contra Madison*. Pero, muchos años antes, ya la Corte de Casación había aceptado la “excepción de ilegalidad” concretamente en 1810. Mediante esta posibilidad los juzgados penales podían descartar las prisiones arbitrarias de alcaldes y prefectos, con este antecedente este mecanismo fue aplicado a decretos imperiales y ordenanzas reales “pudiendo los jueces rechazar, a partir de la restauración los actos que estimen contrarios a la ‘legalidad constitucional’” (Halpérin, 2010). Sobre el amplio ejercicio de control de la constitucionalidad que realizó la Corte de Casación francesa en el siglo XIX manifiesta este autor que:

Si la revisión constitucional se caracteriza por el poder de detener la aplicación de un texto legal, es posible volver a decisiones aún más numerosas del Tribunal de Casación y los tribunales judiciales. El auge de la jurisprudencia en asuntos tratados en el Código Civil, sensible desde la primera mitad del siglo XIX, en algunos casos ha ido tan lejos como las interpretaciones contra legem, al menos contra el significado gramatical de la ley (2010).

² En 1848 sucedió un gran levantamiento popular por reivindicaciones sociales que fue derrotado y que dio origen a la ascensión al poder de Napoleón III en 1851, período histórico que se denomina “segundo imperio” dado que Napoleón Bonaparte creó el primer imperio.

El ejemplo más importante de la superación de la visión legalista por parte de la Corte de Casación francesa se encuentra en la admisión de la legitimación de los hijos incestuosos en contra del artículo 331 del Código Napoleónico. Se puede fácilmente ver que la letra de la ley fue superada por concepciones que van más allá de la mera legalidad, es decir por lo que hoy llamaríamos principios.

Ahora bien, es claro que la casación no es una institución que haya entrado en el derecho francés en los tiempos revolucionarios y republicanos, por el contrario, en su esencia, es una heredera del Consejo del Rey. Pero, aún en estos tiempos del “antiguo régimen”, según señala Halpérin, ya existía, por parte de los jueces, una revisión de las leyes ordinarias bajo la luz de una constitución consuetudinaria.

El sistema que Francia ha instaurado desde el 2008, como podemos ver, es un sistema dual y optativo. Tanto el Consejo de Estado (tradicional guardián de la constitucionalidad) como la Corte de Casación pueden hacer control constitucional de la legalidad. ¿Cabría pensar en un sistema similar en el Ecuador? Es claro que sí desde que nos encontramos en un sistema de derechos en donde el máximo deber del Estado (y por tanto de sus instituciones) es el garantizar, sobre cualquier consideración de carácter formalista, los derechos de los ciudadanos.

De lo visto sobre el trabajo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de las cortes inglesas y de la Corte de Casación Francesa es claro que se puede inferir que el avance del derecho en todas partes del mundo se ha dado por las decisiones judiciales trascendentales que, de una forma u otra, han sobrepasado los límites que las leyes ponían a los nuevos desarrollos de la sociedad y superando un formalismo restrictivo de derechos han apelado a los convenios internacionales o a principios fundamentales de justicia. En nuestro caso específico el numeral primero del artículo 8 del Pacto de San José garantiza, sin restricciones, el derecho de las personas para acudir a los tribunales de justicia para la protección de sus derechos lo cual implica que los jueces y los tribunales deben cuidar de la aplicación de los derechos constitucionales y de los convenios internacionales

de derechos humanos en cualquier estado de las causas sometidas a su consideración inclusive sobre normas procedimentales o sustantivas que puedan ser contrarias a la plena aplicación de los derechos.

Desde hace algunos años y conforme lo he expresado en foros internacionales, he madurado la idea de que en el Ecuador, a partir del cambio constitucional del 2008, es indispensable una nueva visión de la casación. Nuestro ordenamiento jurídico, que debe estar sujeto al espíritu y la letra de la Constitución, se ha quedado rezagado, en materia de casación, frente a las disposiciones constitucionales que desde hace casi una década moldean la vida nacional. Por supuesto, esta situación no afecta la obligación que tienen los jueces de cualquier nivel de fallar conforme a la noción de derechos y de justicia que es parte del núcleo de nuestra Constitución.

Hemos de considerar que, desde las más antiguas ideas romanas, la idea de Constitución se asienta en dos vertientes. En primer lugar podemos tener un texto escrito que consagra los derechos de los ciudadanos, pero, está también el núcleo intangible de las disposiciones normativas que está dado por los valores que la sustentan y que, en el caso ecuatoriano, desde la perspectiva valorativa del buen vivir, tienen relación directa con el cambio de la idea de la función esencial del Estado. En constituciones anteriores el Estado se arrogaba para sí determinadas facultades y otorgaba a los ciudadanos unos ciertos derechos. En estos cuerpos constitucionales la meta del Estado era ejercer a cabalidad sus facultades. A partir del cambio constitucional del 2008 el deber esencial del Estado, del cual todas sus otras obligaciones son accesorias, es el garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos al ciudadano. Este deber de garantía tiene un fin, que no es otro sino la justicia como valor final hacia el cual deben confluir todos los sistemas que organizan la administración estatal.

Por supuesto la idea de justicia como valor y específicamente como valor final tiene su anclaje filosófico jurídico en la teoría tridimensional de Werner Goldschmidt conocida como “trialismo”. Esta teoría es a su vez heredera de la escuela de Baden que busca una visión objetiva nueva de las ciencias de la cultura y de los valores que estas pueden investigar. A su vez la escuela de Baden se basa en

las ideas kantianas de la razón pura (experiencia cognitiva) y razón práctica (moralidad asentada en valores).

Si nos situamos en la perspectiva de la consideración objetiva de los valores entonces podemos superar el subjetivismo que pudiese atribuirse a una administración de justicia que se basa en ellos a la hora de formular sus juicios sobre la conducta humana. Esto se entiende de mejor manera si consideramos que la teoría trialista a la que hemos aludido propone la existencia de un mundo jurídico (en el cuál se incluye todo aquello de lo que se puede decir que es justo o injusto) a partir del cual se puede construir un objeto jurídico cuya complejidad se conforma de una dimensión sociológica (hechos) y de una dimensión normológica (normas) que, a su vez, deben pasar por un tamiz axiológico (valores) para llegar a construir una *dimensión dikelógica* que no es otra cosa sino la justicia ya no considerada como valor subjetivo etéreo e inalcanzable sino como un valor objetivo susceptible de conocimiento empírico.

De manera que propongo una nueva visión de la casación que, alejada de simples tecnicismos, se asiente en los valores objetivos que se expresan en nuestra Constitución y que constituyen el núcleo empírico en el cual se basa la existencia y el desarrollo del Estado Ecuatoriano.

Esta nueva visión de la casación tiene, como hemos visto, amplia base filosófica, histórica y jurídica, siendo además, como lo señalaba Xavier Philippe, una cuestión de sentido común.

Bibliografía

Halpérin, J. (2010). *La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l'histoire du droit français ?*. Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Dalloz, Conseil constitutionnel. 2010, p. 31-34. HAL Id: hal-00560040.

House of Lords, Select Committee on the Constitution (2005). 5th report of sesión 2005-06. Constitutional Reform Act 2005. Report with evidence. Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldconst/83/83.pdf>

Pezzeta, S. (2007) *El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución. Algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Nro. 11 2007/2008 pp. 245-255.

Philippe, X. (2010). *La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français...: Réflexions après l'adoption de la loi organique*. *Revue française de droit constitutionnel*, 82,(2), 273-287. doi:10.3917/rfdc.082.0273

Robertson, C. (2013) *The Right to Appeal* (2013). Faculty Publications. Paper 58. http://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/58.

Convención Americana de los derechos Humanos (Pacto de San José). Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados/B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Convenio%20Europeo%20para%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20y%20de%20las%20libertades%20fundamentales.pdf>

Code of Laws of the United States and supplements District of Columbia Code and supplements, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/1>

LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution NOR: [JUSX0902104L ELI:https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi_organique/2009/12/10/JUSX0902104L/jo/texte](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi_organique/2009/12/10/JUSX0902104L/jo/texte) Alias: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi_organique/2009/12/10/2009-1523/jo/texte



SA

DOSSIER CENTRAL

El derecho de impugnación en el sistema oral iberoamericano

*Alberto Pérez Dayán**

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México

En dos mil ocho la Cumbre Judicial Iberoamericana, esto es, aquel órgano que concita la concurrencia de cortes supremas y consejos de la judicatura, entendió que cobraba conciencia y especial relevancia la transformación de los sistemas Iberoamericanos de la judicatura regional para la incorporación del enjuiciamiento oral, muy en lo particular en los juicios penales, tratando de abandonar el sistema tradicional escrito o mixto, cuya rigidez y lentitud por naturaleza lo hacía en general poco eficaz. Lo anterior para dar paso a un enjuiciamiento más versátil y acomodado a los principios de inmediación, continuidad, concentración, publicidad, igualdad, celeridad y contradicción.

En suma, se presentó una nueva plataforma que, predicando un nuevo orden internacional de los derechos humanos, alcanzara los objetivos trazados por las convenciones internacionales en una forma bastante más eficaz que el sistema tradicional, esto es, aquel que ocupa tanto la versión oral como la escrita pero fundamentalmente se apoya en documentos como sentencias redactadas a través de documentos.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Ponencia presentada durante el Seminario Internacional “los medios de impugnación en los sistemas no penales en el Ecuador”, evento organizado por la Corte Suprema de Ecuador, del 12 al 15 de junio del 2017

Comentaré tres conceptos básicos: el derecho a la revisión, llamado genéricamente apelación. El recurso efectivo como una segunda vertiente y finalmente, trataré de reflejar esto en el principio de inmediación judicial.

Por lo que hace al derecho a la revisión y la apelación, siempre entendida como la oportunidad que un tribunal superior revise el fallo de un tribunal inferior a efecto de encontrar una sentencia como decimos los abogados, conforme de toda conformidad.

Un recurso efectivo que significa en términos de la convención americana el examen integral del caso, a través de un medio defensivo, y un principio de inmediación judicial que no es otra cosa sino la percepción directa del juicio y de sus incidencias para el juez sin intermediación de nada.

Conviene hacer notar que todo acto humano puede ser acertado o equivocado, mucho más lo puede ser una sentencia, pues la aplicación del derecho puede caer en el territorio de la equivocación. Este es un fenómeno que se agudiza y cobra relevante importancia cuando lo que está en juego es como lo dice el derecho penal moderno, el derecho a la verdad pero también, del otro lado, la pérdida de la libertad de una persona.

Es así que, entonces, abordaré el derecho a la revisión, como uno de estos tres primeros apartados para llegar a una conclusión final.

Por lo que ve al derecho a la revisión esto es, genéricamente, la apelación, utilizaré como referente nuestra constitución mexicana. La constitución mexicana para la apelación en materia penal establece: ‘ningún juicio criminal podrá tener más de tres instancias’.

Por instancia debemos entender la etapa procesal ante un distinto juzgador que conoce de la causa.

Cabe recordar la disposición constitucional mexicana, en el sentido de que ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Esto es un recordatorio al sistema legal para evitar que hubiere más de tres instancias, buscando evitar la prolongación indebida de los juicios. La idea básica es no prolongar indebidamente los enjuiciamientos.

Sin embargo, tres instancias ordinarias son sumamente complejas, y lo digo bajo esta perspectiva. El juez del enjuiciamiento ordinario conoce de la primera instancia hasta dictar sentencia, ésta cuando no alcanza los objetivos de las partes es combatida en apelación y la apelación se conforma de agravios. Los agravios son la materia con la que el órgano superior revisa la conformidad de una sentencia y decide. Si abriéramos una tercera instancia como, de acuerdo al texto constitucional pudiera suceder en México, esta otra instancia se complicaría severamente, pues solo se constreñiría a revisar la manera en que los agravios fueron considerados por la sentencia de apelación y muy probablemente en este juego de equilibrios, el caso original y la sentencia de primera instancia terminarían olvidadas.

La experiencia, por lo menos en nuestro sistema nos ha demostrado que cuando hay tres instancias, el tema final en su control se dificulta severamente.

Regresando al punto, independientemente de que nuestra constitución pudiera permitir tres instancias, que no las hay, generalmente se dan dos, hay casos, en los que solamente se da una, por disposición constitucional no tendríamos ningún inconveniente en establecer un juicio ordinario sin una apelación, pues la constitución nos dice que no podrá tener más de tres. Más de tres pueden ser tres, esto es, pueden ser dos o puede ser una.

Pero aquí quisiera referirme no sólo al ámbito constitucional que rige la vida jurídica mexicana, sino a las disposiciones convencionales que también son derecho interno, en virtud del compromiso que adquiere cada nación cuando se suma al pacto americano de derechos humanos. Y es así entonces, que dos artículos nos dan una claridad base sobre lo que se llama el derecho a la revisión. Insisto, posiblemente, en el ámbito constitucional mexicano, en la materia criminal pudiéramos tener una sola instancia y no más, pero al quedar adheridos al sistema convencional y regirnos por sus disposiciones, es tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que nos dan determinadas pautas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, punto 5, nos dice ‘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.’ Como se observa, México, Ecuador y todo aquel país que haya sumado esfuerzos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cumplimiento del artículo 14, punto 5, deberá prevenir un

sistema que permita que toda persona declarada culpable de un delito pueda tener derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

No es todo lo que nos rige, por su parte la Convención Americana nos indica, en su artículo 8, garantías judiciales, ‘toda persona inculpada de delito’, dice el punto número 2, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, durante el proceso tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas, h), derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

Convencionalmente los países adheridos a estos dos pactos están obligados a tener una segunda instancia que permita que un órgano superior revise una sentencia, esto básicamente ante la posibilidad de encontrar un error en la judicatura que pudiera llevar a privar de la libertad injustamente a una persona. De suerte que su derecho, ya no en el caso mexicano, garantizado por la constitución sino por los tratados firmados por el Estado mexicano, obliga a que en este sistema en donde haya una condena de carácter penal tenga que haber una apelación que permita que el caso sea revisado por una instancia superior.

En conclusión, el derecho a la revisión en materia penal se encuentra constreñido por los artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a permitir que otra instancia revise el caso en tratándose de condenas en materia penal.

Ahora bien, al referirme al recurso efectivo, evidentemente el derecho a la apelación no necesariamente está asociado de manera igual a lo que conocemos como recurso efectivo. Éste tiene como connotación el derecho a recurrir de manera plena, esto es, entregar a la jurisdicción que revisa, la oportunidad de introducirse al juicio completo y revisar el fallo en función de todo lo actuado durante el propio juicio, esto es, insisto, el derecho a recurrir tiene una variante del recurso efectivo.

El recurso efectivo busca entregar jurisdicción plena al revisor, a efecto de entregarle a él la posibilidad que en sustitución del juzgador original, pueda acometer al estudio del asunto en su totalidad y resolver todos los cuestionamientos que la parte inconforme haya hecho.

Al interpretar la Corte Interamericana de Derechos Humanos el artículo 8, punto 2, alcanzó en los siguientes casos, *Herrera Ulloa vs Costa Rica*¹, *Mohamed vs Argentina*², *Barreto Leiva vs Venezuela*³ y muy recientemente *Norín Catrimán vs Chile*⁴, lo siguiente: el derecho a un recurso efectivo tiene que cristalizar en estas cuatro grandes vertientes.

1. Que sea resuelto por un juez o tribunal distinto y de superior jerárquica orgánica.
2. Que garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida y permita subsanar cualquier error en la sentencia.
3. Que se permita el análisis de cuestiones fácticas.
4. Que sea ordinario, accesible y eficaz.

En lo concerniente al primer punto, ordinario en el sentido de que sea garantizado antes de que la decisión adquiera calidad de cosa juzgada. Accesible porque no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Y eficaz, ya que debe procurar resultados o respuestas encaminadas a alcanzar el fin para el cual fue concebido. Es decir, el recurso de apelación tiene que ser de jurisdicción plena y el tribunal que revisa tiene la oportunidad de analizar todos y cada uno de los agravios formulados en contra del fallo recurrido y asumir en igual jurisdicción que lo hizo el juez que conoció de la causa.

En el último caso que tenemos aquí expresado, *Norín Catrimán vs Chile*, la Corte Interamericana en su fallo de condena, al establecer exactamente el alcance de recurso efectivo, expresó que el recurso debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho. De forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.

En esta tesitura, abordaré el tema de la intermediación judicial, porque en el tránsito de uno y otro sistema se trató de abandonar la rigidez del sistema mixto para dar paso y predicar una nueva cultura de derechos humanos a través del enjuiciamiento

¹ Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.

² Corte IDH. Caso *Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 23 de noviembre de 2012.

³ Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

⁴ Corte IDH. Caso *Norín Catrimán vs Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014

oral, cuyas características, de conformidad a lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son las siguientes: inmediación, continuidad, contradicción, concentración y publicidad.

¿Qué es la inmediación? Es la característica más importante del sistema de la oralidad. Es la posibilidad de que el juez o el jurado si es que éste existe, se impongan del caso por sus propios sentidos. Es la percepción de un hecho a través de las actuaciones. Considerémosla así como la forma más auténtica de valoración juiciosa que hace un individuo respecto de lo que tiene frente a sí.

El juez que preside la audiencia, cualquiera que sea la instancia, no debe delegar en nadie el desarrollo del juicio, puesto que la inmediación permite que el juez esté permanentemente viendo cómo se conduce el inculpado, cómo se conduce la víctima, qué deponen los testigos, cómo declaran estos, cuál es la contradicción en que puedan caer e inclusive, si llega a haber un careo en qué punto puede ser bastante más creíble la versión de uno frente a otro, cómo desarrolla un dictamen un perito, qué fuerza puede tener un documento y en general cualquier otra prueba que pueda ser útil para defender y para resolver el caso.

Frente a la inmediación el juez puede desahogar sus dudas de manera directa frente a las partes, ya sea interpeándolas o mediante las interpretaciones que él quiera le aclare cada una de ellas. Así pues, la inmediación le permite a través de un factor adicional resolver en público y frente a las partes el sentido del fallo y la valoración que hace de cada prueba.

En síntesis, se habla de derecho a la revisión a la oportunidad que tiene el inculpado, procesado y ahora sentenciado de recurrir a una instancia superior a que revise su caso. Bajo el tema de recurso efectivo la oportunidad de que ese superior jerárquico del juez que dictó la sentencia asuma pleno control de ella y pueda contestar todos los agravios que se han formulado, tal cual lo fue el juez de primera instancia. Finalmente, se cumple con una de las características del nuevo sistema de enjuiciamiento oral, como lo es la inmediación, entendida como la oportunidad de que el juez presencie todas y cada una de las actuaciones para que se forme el proceso de valoración juiciosa y resuelva el caso de la manera más correcta que estime conveniente, siempre en el entendido de que si no hay inmediación no hay juicio oral.

Conviene preguntarnos ¿Cómo juegan entre sí estas tres importantes formas de conceptualizar dichas novedosas figuras, en el marco de un sistema oral?

Uno, de acuerdo con el derecho convencional tengo derecho a ir a una instancia superior. Pero quien resuelve la instancia superior no vio las actuaciones del juicio, con independencia de que ahora con los implementos tecnológicos pueda recrearlo a través de una grabación.

No debe pasar desapercibido que los sistemas de los cuales obedece la creación de un sistema de enjuiciamiento penal oral como lo son los de Inglaterra y los Estados Unidos, en donde participa un jurado, desde sus inicios, bien podemos entender, no había sistemas electrónicos que pudieran recrearle a la instancia de apelación lo que sucedió, de ahí que la máxima en esos sistemas sea que la decisión tomada por el jurado no es motivo de agravio ante la apelación.

En tal virtud, cualquiera decisión que haya sido tomada por el jurado, ya sea de culpabilidad o no culpabilidad, no puede ser cuestionada ante el órgano de apelación pues el órgano de apelación no percibió por sus propios sentidos el desarrollo del juicio ni generó la convicción de lo que dijo el inculpado, de lo que dijo la víctima si es que ésta existe, de lo que dijeron los testigos, de lo que sucedió de un careo o de lo que pudieron haber depuesto los peritos al rendir un dictamen, en tanto no les consta no están habilitados para juzgar sobre la causa y valoración de las pruebas aplicadas sobre lo que quieren y pretenden demostrar.

Cabe preguntarnos, si riñe entonces, el sistema de apelación con el sistema oral, qué tendríamos que hacer con el derecho convencional que nos obliga a una apelación mediante recurso efectivo que entregue plena jurisdicción al órgano revisor cuando éste no atendió y no pudo ver el desarrollo del juicio, independientemente de que ahora pueda recurrir a sistemas tecnológicos.

Quizá esto no nos genere problema en la valoración de un documento, pero la manera en que se conducen las partes, los testigos, los peritos o el propio inculpado es algo que el propio juez se forma y a partir de ello genera su juicio es una cuestión que no comparte el órgano de apelación.

Bajo esta perspectiva, la apelación en el enjuiciamiento oral nos trae las siguientes conclusiones. El o los revisores no presenciaron directamente el desarrollo del juicio, no lo percibieron de modo presencial, por tal motivo, tampoco se cumple el principio de publicidad del enjuiciamiento oral en primera instancia pues resuelven en privado a partir de los agravios que formule la parte inconforme. Ya no hay entonces diligencia alguna que desahogar frente a un público ni frente a las partes, no

tienen posibilidad alguna de reexaminar o repreguntar al inculpado, a algún testigo o perito sobre dudas o imprecisiones en las que puedan llegar a caer durante ello. A qué conclusión se puede llegar. Es posible establecer un entendimiento en este momento, en donde el enjuiciamiento oral en materia penal que participa principalmente de la inmediación como la base de la determinación del juicio con el cual el juzgador ha de resolver con las exigencias que el orden convencional ha establecido en función de la apelación y el recurso efectivo como lo señalan las directrices de la convención americana. O más concretamente, la apelación de jurisdicción plena, esto es, el examen integral de un fallo es compatible con el principio de la oralidad, particularmente con el de la inmediación. Para tales efectos habré de recurrir a un ejemplo práctico que sucede en mi país.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, que rige el enjuiciamiento oral en materia penal tanto para los delitos federales como para los delitos locales, es decir, es aplicable por los jueces del orden federal como por los jueces del orden común, dice en su artículo 468: ‘Resoluciones del tribunal de enjuiciamiento apelables. Serán apelables las siguientes. Segunda. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba, siempre que no comprometan el principio de inmediación o bien, aquellos actos que impliquen una violación grave al debido proceso.’

Así, es apelable la sentencia definitiva en materia penal en relación con aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba, en tanto no comprometan el principio de inmediación.

¿Qué escuela ha tomado el Código Nacional de Procedimientos Penales? Una de las tres posibles vertientes que a continuación se señalan.

Podría pensarse que el de entregar a la inmediación la fuerza de convicción del fallo, pues es precisamente el juez quien a través de los sentidos tomó conocimiento del caso y resolvió en función de ello. Entonces, de acuerdo con ello, la sentencia será apelable en cualquier otra cosa que no implique valoración de la prueba, en tanto ésta comprometa el principio de inmediación.

Pudiéramos tener cuestionamientos respecto del alcance que debiera tener o no un documento y el documento que está a la vista del juez de primera instancia es el mismo que estará a la vista del juez de apelación; sin embargo, él no vio cómo depuso el testigo o de qué manera en un careo uno y otro de los participantes sos-

tuvieron la firmeza de sus aseveraciones, es precisamente el juez bajo el principio de inmediación y publicidad quien junto con quienes integran la corte aprecia lo que ahí sucede y todo lo que necesariamente le va a llevar a formar un juicio y decidir conforme a él.

De ahí que el sistema clásico o tradicional en sus orígenes del enjuiciamiento oral a través de jurados de donde proviene, que es el sistema anglosajón, no permite que en la apelación el órgano de alzada revise la culpabilidad o no culpabilidad determinada por el jurado, pues se entiende que sólo el jurado es quien se pudo haber formado la convicción de lo que ha decidido.

¿Qué posibilidades existen de conectar uno con otro horizonte? Por lo que ve al caso Norín Catrimán vs Chile. Esta nación sudamericana no permite, en su sistema, el recurso apelación, para sólo permitir la nulidad de un juicio cuando se advirtiera una causa que así lo generará, mas no la posibilidad de que la apelación, privilegiando el sistema de la inmediación, pudiera ser motivo de revisión por un órgano superior.

El caso fue llevado, entonces, ante la Corte Interamericana, luego de que la Comisión consideró que la disposición que establece sólo el recurso de nulidad y no el de apelación era inconveniente y esto es lo que llevó a que el pronunciamiento de la Corte en el caso al que me acabo de referir condenara al sistema chileno por no tener un sistema de apelación como recurso efectivo, esto es, la posibilidad de que un superior revise la sentencia de un inferior en igualdad de circunstancias que lo haría el inferior, esto es con jurisdicción plena.

Lo anterior significa que frente a los sistemas que tienen esta misma complejidad, la primera posición consistiría en privilegiar la inmediación judicial haciendo restrictiva la apelación como lo apunta la disposición procesal antes referida. Partiendo de los orígenes y fundamentos del enjuiciamiento oral y de la percepción directa de los hechos, será el juez, entonces, cuya inmediación le permita valorar y decidir la cual no comparte con el órgano de alzada.

Una segunda y radical postura sería permitir la jurisdicción plena en la apelación examinando directamente la prueba, esto es, que en la apelación a efecto de cumplir con los mandamientos que nos señala la Convención Americana, dejar que el órgano de apelación pueda volver sobre la valoración de la prueba y decidir si confirma, revoca o modifica el fallo que ha sido apelado.

O tres, un sistema, posiblemente difícil de aplicar, consistente en establecer un sistema de control de racionalidad de la prueba en la apelación. Es decir, la inmediación judicial se centra en la producción y desahogo de la prueba, y la apelación atiende a la racionalidad del fallo. En la apelación no se valora la prueba en sí sino la actuación del juez y su criterio al resolver, lo que se traduciría en una manera distinta de decir que se está abriendo la jurisdicción plena trasladando el tema de inmediación judicial sólo a la primera instancia respecto de lo que es la producción y desahogo de la prueba, y que en la apelación el órgano superior sólo revise la racionalidad con la que el juez se condujo para llegar a una determinación. No valorará directamente la prueba, sino los razonamientos en los cuales el juez consideró conveniente darle o quitarle valor a una prueba.

En estos términos, pareciera que la distancia entre la primera y la tercera postura es muy larga, la distancia entre la segunda y la tercera no tanto, sin embargo, aún creo que sólo el sistema que se ancla en la segunda puede permanecer intacto frente al derecho convencional.

¿Será entonces que debemos ajustarnos en esta parte a la construcción de la Convención Americana que hizo sobre la base de un sistema específico en donde la apelación y la plena jurisdicción cuadran perfectamente bien, pero hoy frente a los nuevos paradigmas del enjuiciamiento oral y las características que lo hacen efectivo?

Me parece que el tema no está en lo absoluto resuelto, pues por lo que ve al recurso de apelación previsto en el artículo 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales, asumir la postura de que el recurso de apelación no puede ser un instrumento para desvirtuar la valoración judicial de los medios de prueba practicados en primera instancia, por suponer un quebranto del principio de inmediación, salvo que la valoración sea absurda, ilógica o irracional, podría suponer una desnaturalización de la tradicional configuración jurídica mexicana de la apelación como una plena revisión de la causa, caracterizada por la posibilidad de que el órgano superior controle toda la actividad procesal verificada ante el juez a quo y la corrección de la sentencia de fondo, encontrándose el órgano de alzada en la misma posición que el juzgador de primera instancia al momento de fallar, lo que sin duda alguna, en su caso, robustecería la confianza de los gobernados de contar con órganos judiciales independientes y dotados de las máximas competencias jurisdiccionales y elementos de la técnica para revisar los fallos que deseen recurrir, partiendo de la comprensión de que el análisis de los hechos (y valoración de elementos probatorios) tiene sustento

jurídico en la expresión: ‘aquellos actos que incluyen una violación grave del debido proceso’, prevista en el artículo 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues podría pensarse que si bien es cierto que mientras el juez recibe los elementos de convicción y forma su criterio se está ante la plenitud de la inmediación, también lo es que cuando motiva con las máximas de experiencia, con las reglas de la lógica y en su caso, con prueba científica, es completamente operante la revisión, sin que se menoscabe el principio de inmediación jurisdiccional y, particularmente para no contrariar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido ciertos estándares internacionales al respecto.

Los medios de impugnación en el sistema oral según el COGEP

Fabián Jaramillo Terán

*Docente de la Facultad de Jurisprudencia
de la Universidad Central del Ecuador
Abogado en libre ejercicio*

Felicito la iniciativa de la Corte Nacional de Justicia al organizar este seminario internacional para evaluar el alcance de los cambios operados en el derecho de impugnación a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos. A la vez, agradezco la invitación para intervenir en este evento. Como es bien sabido, soy el único abogado del grupo de panelistas que se halla en el libre ejercicio profesional, y por lo mismo, desde la óptica del litigante afronto los cambios del sistema procesal escrito al de juicios por audiencias diariamente. En este nuevo sistema, los jueces tienen indiscutiblemente un papel más activo e importante que debe ser plenamente ejercido, siempre con el respeto que las partes requieren, más aún en la época de transición que estamos viviendo.

Frente al retraso en el despacho de las causas originado por múltiples factores, fue necesaria la implementación del llamado sistema oral, que más bien es el del juicio por audiencias establecido en el Código Orgánico General de Procesos. Probablemente, este ha sido el cambio procesal más importante de la vida republicana del Ecuador. Por lo mismo, no puede ser evaluado al año de su vigencia. El índice de su éxito solo podrá ser confirmado después de un período de tiempo más extenso respecto de su vigencia.

En este evento, el cual cuenta con la intervención de distinguidos magistrados no sólo del Ecuador, se va a analizar el tema de los medios de impugnación previstos

en el Código Orgánico General de Procesos. Se me ha pedido que con carácter general haga una visión de los mismos, que luego y en el transcurso de esta semana, serán analizados a profundidad en las diversas charlas programadas por jueces con amplia experiencia tanto en el sistema anterior previsto en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Casación, como en el nuevo sistema que ya está en plena vigencia.

Porque reconozco la versación de todos los expositores, no pretendo entrar en el detalle que el Código Orgánico General de Procesos contempla para los medios de impugnación; y, menos aún referirme al recurso de casación que será analizado a profundidad por los Señores jueces y conjuces de esta Corte Nacional. Me limitaré a realizar una visión general de los recursos dentro del marco constitucional vigente y del espíritu que tuvo el proyecto del Código que por iniciativa de la Corte Nacional de Justicia y del Consejo de la Judicatura se tramitó y aprobó en la Asamblea Nacional en mayo de 2015 para que rija plenamente un año después, a fin de identificar los nudos críticos o al menos las inconsistencias que se van detectando, que son propias de toda obra humana, para solventarlas con los medios disponibles a fin de que todas ellas influyan en la evaluación final que a futuro deberá hacerse del nuevo sistema. Así, considero relevante el tema relacionado con el tiempo y forma en que procede la interposición del recurso de apelación, para lo cual caben varias consideraciones:

Empiezo por señalar que la Constitución de Montecristi en su artículo 76, numeral 7 letra m), dentro de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa establece el de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. Se ha constitucionalizado la facultad de impugnación o al menos la doble instancia, aun cuando, claro está que tal derecho es de configuración legal, lo que significa que corresponde al Código Orgánico General de Procesos determinar las condiciones particulares para el ejercicio de los medios de impugnación.

Con carácter general se ha dicho que los medios de impugnación son los actos procesales que ejecutan las partes o terceros interesados agraviados por una resolución judicial originada por equivocación del juzgador (error in iudicando) o por actuación apartada de las reglas procesales (error improcedendo, el cual incluye los temas de nulidad) cuya finalidad es conseguir la revisión de las actuaciones presuntamente equivocadas. En otras palabras, frente a la posibilidad del error, la vía de la impugnación busca certeza mediante el control de las decisiones del juez. Esta se

hace por iniciativa de los litigantes, siempre bajo la condición de que hayan sufrido agravio en la resolución expedida.

Por lo tanto, los medios de impugnación buscan afianzar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos en el sistema de administración de justicia estableciendo el procedimiento legal para que las decisiones de los jueces se sometan a la revisión de un tribunal superior.

Como un abogado con cuarenta años de ejercicio profesional debo decir que me tocó vivir la época en que el Código de Procedimiento Civil contemplaba el recurso de nulidad, independiente del de apelación. Por reforma posterior se eliminó tal recurso de nulidad. Luego, con la expedición de la Ley de Casación la nulidad pasó a constituir una de las causales para la procedencia de la casación. Sin embargo, cabe señalar que nuestro sistema procesal, frente a los casos de nulidad, a más del recurso de apelación por el error improcedendo, contempla la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada prevista en el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos que procede ante otro juez de primera instancia de la misma materia siempre que el fallo no sea expedido por la Corte Nacional ni se haya ejecutado, cuando ha existido falta de jurisdicción o competencia, ilegitimidad de personería o falta de citación con la demanda si el demandado no compareció al proceso.

Cabe sólo añadir que por mandato del artículo 107 del COGEP, para la nulidad rige el principio de legalidad porque sólo procede en los casos expresamente señalados por la norma, sin perjuicio que el juzgador aplique otros principios como los de trascendencia, convalidación, etc.

En materia de recursos, el Código Orgánico General de Procesos en su nomenclatura ha pretendido mantener la que existía en el Código de Procedimiento Civil contemplándose como recursos verticales los de apelación, casación y de hecho; y, como horizontales los de aclaración, ampliación, revocatoria y reforma. Sin embargo son dos los cambios fundamentales que se introducen:

Mientras el Código de Procedimiento Civil decía en su artículo 321: “siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede”, el artículo 250 segundo inciso del COGEP dice: “se concederán únicamente los recursos previstos en la ley”. Al efecto establece un sistema cerrado para los casos de recursos verticales; mientras que, para los horizontales mantiene el sistema del Código de Procedimiento Civil al decir en el segundo inciso del artículo 250: “La acla-

ración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley”. En este sentido, cabe indicar que el artículo 100 del COGEP, cuando establece la inmutabilidad de la sentencia para el juez que la dictó, señala que éste cuando más podrá “aclararla o ampliarla a petición de parte dentro del término concedido para el efecto”. Esto significa que nunca podrá revocarla o reformarla y que gozará de un término legal para resolver sobre la aclaración o ampliación de la sentencia. Al respecto, el artículo 255 del COGEP establece en definitiva que si las providencias son dictadas en audiencia, el recurso horizontal se presenta verbalmente con expresión de las razones que lo sustenten y se resuelve dentro de la misma diligencia, previa audiencia a la parte contraria; mientras que si son providencias expedidas fuera de audiencia, el recurso horizontal se formulará por escrito en el término de tres días siguientes a la notificación, se correrá traslado a la contraparte por 48 horas y el juez resolverá en las 24 horas siguientes.

El segundo cambio fundamental del nuevo sistema en materia de recursos radica en que el Código Orgánico General de Procesos exige que se fundamente por escrito toda apelación, mientras que el Código de Procedimiento Civil sólo contemplaba esa exigencia para el caso de juicio ordinario en el artículo 408 que establecía la posibilidad de declaratoria de deserción del recurso por falta de fundamentación.

Pero relacionado con los dos temas mencionados está el llamado nudo crítico o, al menos, la inconsistencia que actualmente tiene el COGEP respecto del tiempo y modo en que procede el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Para justificar esta inquietud hago los siguientes análisis:

El artículo 316 del proyecto de Código Orgánico General de Procesos que llegó a la Asamblea Nacional fue recogido en su totalidad en el artículo 300 del informe para primer debate legislativo y decía: “Artículo 300.- Fundamentación de la apelación contra sentencia o auto interlocutorio. Todo recurso de apelación y la adhesión a la apelación contra una sentencia o un auto resolutorio o interlocutorio, se interpondrá por escrito fundamentado, dentro del término de diez días de notificado, del que se correrá traslado a la contraparte para que lo conteste en un término igual.- La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso”. Es decir que el proyecto de ese cuerpo legal consideraba que la impugnación de las sentencias debía formularse por escrito y que debía presentarse dentro del término de diez días de recibida la notificación correspondiente.

En el mismo sentido, el penúltimo inciso del artículo 79 del COGEP que se ha conservado con su texto original, al tratar del desarrollo de la audiencia dice: “...Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el sólo pronunciamiento oral de la decisión. Para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito”, lo que significa que esta norma plenamente vigente distingue entre el “pronunciamiento oral” y la “sentencia o auto escrito”, siendo la notificación de éste último, el punto de partida para que corra el término para interponer el recurso, término que insisto, según el proyecto de código, era de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito.

En este contexto debe entenderse el tercer inciso del artículo 250 del COGEP que dice: “Los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito.” El término “no dictados en audiencia” contenido en esta norma, sólo aplica a los autos definitivos, pues armoniza con lo que respecto de éstos, y al tratar de los recursos horizontales de aclaración, ampliación, revocatoria y reforma, consta en el artículo 255 del COGEP que dice en su primer inciso: “Procedimiento y resolución.- La petición se podrá formular en la audiencia o en la diligencia en que se dicte la resolución. Si se trata de resolución dictada fuera de audiencia o de diligencia se formulará por escrito dentro del término de tres días siguientes a su notificación.” Con la debida coherencia, el referido artículo 255 del COGEP en su tercer inciso se refiere a las dos opciones que aplican en el caso de autos resolutorios y señala que el recurso se atenderá en audiencia con impugnación oral, y por escrito previo traslado a la contraparte, si el pedido de aclaración o ampliación se refiere a un auto dictado fuera de audiencia. En cambio, respecto de las sentencias o autos definitivos, expresamente dice en su cuarto inciso: “Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan se correrán a partir del día siguiente al de su notificación”. Por lo mismo, no queda duda de que respecto de la sentencia, sólo caben los recursos escritos de aclaración y ampliación, y siendo así, es obvio que procede también la apelación formulada por escrito.

Por lo mismo, constituye una errónea interpretación gramatical el sostener que el tercer inciso del artículo 250 del COGEP considera la posibilidad de que hayan sentencias dictadas dentro de audiencia y otras fuera de audiencia. Insisto en que la expresión “no dictados en audiencia” que consta en esa norma legal sólo aplica a los autos definitivos, porque las sentencias siempre se dictan fuera de audiencia,

dentro de los diez días posteriores a la culminación de la misma, según la expresa disposición del artículo 93 del COGEP, que bajo el título Pronunciamiento Judicial Oral, dice: “Al finalizar la audiencia, la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días.” Es decir que la decisión oral es la que se pronuncia en audiencia, incluso suspendiendo la misma en los casos difíciles, mientras que la resolución escrita es dictada fuera de audiencia, en el término de diez días posteriores a la conclusión de la misma y con la debida motivación.

El artículo 93 del COGEP, dentro de su texto, al decir que: “La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días” está evidenciando que esa motivación es la que diferencia al texto escrito del pronunciamiento oral, pues éste último, necesariamente no requiere de tal motivación. Tan es así que el artículo 94 del COGEP, que trata del contenido de las resoluciones dictadas en audiencia, no exige motivación sino que termina diciendo: “La o el juzgador, en el auto interlocutorio o sentencia escrita, motivará su decisión y cumpliendo con los requisitos, respetará y desarrollará los parámetros enunciados en el procedimiento oral”, aunque debió decir “pronunciamiento oral” en las últimas dos palabras.

Si el artículo 89 del COGEP, en armonía con el mandato constitucional del art. 76, dice que: “Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad” y si tal motivación no es necesaria en el pronunciamiento judicial oral previo a la resolución escrita motivada, es claro que sólo el pronunciamiento escrito no es una sentencia. El recurso de apelación procede contra la sentencia, un pronunciamiento sin motivación entonces no es susceptible de dicho recurso; se debe esperar la decisión por escrito con las solemnidades de ley para interponer el recurso. Afirmar lo contrario implicaría que, por mandato legal, todas las sentencias tendrían un vicio de nulidad por falta de motivación.

Esta tesis la reafirma el artículo 90 del COGEP en cuanto dice que la sentencia contendrá entre otros estos requisitos: “2. La fecha y lugar de su emisión...; 5. La motivación de su decisión. 6. La decisión adoptada con precisión de lo que se ordena. 7. La firma del o la juzgador que la ha pronunciado”; mismos que no siempre constan en el pronunciamiento oral, con lo que se confirma que éste no es la sentencia.

Es indiscutible que la Asamblea Nacional en la segunda discusión el Código Orgánico General de Procesos modificó el texto del entonces artículo 300 del proyecto e introdujo la disposición constante en el artículo 256 del COGEP que dice: “Procedencia. ▸- El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley concede expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia.” Esta norma eliminó el término de diez días que el proyecto original establecía para la interposición del recurso, y ese término lo trasladó para la presentación de la fundamentación del mismo, tal como lo establece el artículo 257 del COGEP que empieza diciendo: “Se fundamentará por escrito dentro de diez días de notificado.”

Debe considerarse que las normas incluidas en los artículos 256 y 257 del COGEP no guardan armonía como las que constan en sus artículos 79 y 250 inciso tercero del COGEP, mismas que expresamente requieren que exista un término para la impugnación de las sentencias contado a partir de la notificación por escrito de las mismas. En este sentido, artículo 100 del COGEP refiere que notificada la sentencia cesará la competencia del juzgador, aunque podrá “aclararla o ampliarla a petición de parte, dentro del término concedido para el efecto”. Esta última mención evidencia que la sentencia es una decisión pronunciada fuera de audiencia, por lo que debe ser aclarada o ampliada dentro de un término posterior, ya que si se considerara que ha sido dictada dentro de la audiencia, la aclaración y/o la ampliación tendrían que ser resuelta en la propia diligencia de acuerdo a la primera parte del artículo 255 del mismo COGEP. En este punto quiero añadir que la resolución número 11-2017 de 26 de abril de este año, emitida por la Corte Nacional de Justicia, señala que la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia se produce cuando no se ha interpuesto en tres días un recurso de aclaración y/o ampliación, lo que constituye la expresa aceptación de que la sentencia no es dictada dentro de audiencia sino fuera de ella, por lo que el pedido de aclaración y/o ampliación de la misma tampoco se resuelve en dicha audiencia sino en un término posterior. No hay justificación para sostener que el caso es distinto cuando se trata de la sentencia de primera instancia y de un pedido de aclaración o ampliación formulado una vez recibida la notificación escrita de esa resolución.

En el absurdo de que se estimare que el pronunciamiento oral es una sentencia aunque carezca de motivación y de los requisitos legales, en la práctica sería imposible solicitar en la propia audiencia de juicio una aclaración o ampliación de tal pronunciamiento. Normalmente esos petitorios se refieren a la motivación invoca-

da por el juzgador como fundamento de su decisión, y si tal motivación todavía no existe, el derecho quedaría conculcado; más aún que presentada la apelación en la audiencia, tampoco cabría que respecto de la sentencia escrita se pida una aclaración o ampliación, después de que ya se ha deducido la apelación.

En otro punto, el artículo 263 del COGEP establece el derecho a la adhesión al recurso de apelación que sólo opera si tal apelación se propone contra la sentencia escrita, pues al ser notificado con la misma, la parte que no apeló y que quería conformarse con el resultado del juicio, conociendo que el mismo se elevará al superior por inconformidad del otro litigante, puede adherirse fundamentadamente al recurso propuesto. Si se considera que la apelación de la sentencia sólo puede hacerse en la audiencia donde simultáneamente las partes la conocen, quedaría como letra muerta la institución de la adhesión a la apelación que está expresamente prevista en el COGEP; y, es claro que en la interpretación sistémica de la ley, ante una antinomia aparente de normas, debe favorecerse aquella que permita la aplicación de toda la normativa en su conjunto.

Cierto es que el problema se origina en los artículos 256 y 257 COGEP introducidos por la Asamblea Nacional, por fuera del contexto que contemplaba el proyecto del COGEP. Pero las inconsistencias que se están generando entre esos textos y otras normas del mismo cuerpo legal como son los mencionados artículos 79, 89, 90 numeral 5, 100, 250 y 255 cuarto inciso, ameritan que mientras no haya una reforma legal, la Corte Nacional de Justicia en uso de las facultades que le otorga el numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial expida una resolución que aclare la situación precisando que siempre procede la interposición de recursos horizontales o verticales respecto de una sentencia, si se los presenta fundamentadamente dentro del término de diez días previsto en el artículo 257 COGEP salvo el caso de la materia de niñez y adolescencia en que el término se reduce a cinco días; sin perjuicio de que las partes también puedan deducir su recurso oral al final de la audiencia conforme al artículo 256 del COGEP.

En cambio, si se sostiene que la apelación sólo puede proponerse en la audiencia, se incurre en sendas violaciones constitucionales, no sólo por afectarse al ejercicio del derecho de impugnación sino también porque dentro de las garantías del debido proceso y fundamentalmente del derecho de defensa se establece en los literales a) y b) del mismo numeral 7 del artículo 76 de la Carta Suprema que nadie podrá ser privado de tal derecho cuyo ejercicio requiere “contar con el tiempo y con los medios adecuados para su preparación”. Es absurdo que se pretenda que en el calor

de la controversia, sin tener la tranquilidad y el tiempo necesarios para evaluar el resultado que se ha enunciado verbalmente, sin considerar los aspectos económicos y hasta de índole personal que están involucrados en la prosecución o terminación de un litigio, e incluso sin conocer la motivación de la decisión dictada, se exija al litigante presente en la diligencia, que adopte una decisión trascendental como es la de promover o no una segunda instancia por vía de apelación.

Todos quienes intervienen en un litigio deben tomar las decisiones relevantes previo análisis minucioso de la situación. Es así que el artículo 93 del COGEP permite al juez que no tenga un criterio definitivo al final de la audiencia, la suspenda por diez días para que lo pueda expresar con el análisis que un caso complicado requiera. El litigante y su abogado estarían privados de un derecho análogo si se sostiene que sólo al final de la audiencia pueden expresar su inconformidad con lo resuelto, privándoles del derecho de pronunciarse sobre el contenido de la sentencia escrita motivada cuando ésta sea notificada, porque tal notificación resultaría irrelevante, si la audiencia fuera el único momento procesal idóneo para formular un recurso de apelación.

Frente a la tesis de que en tal circunstancia lo que cabría es siempre apelar oralmente al final de la audiencia sin hacer análisis adicionales, y que luego de hechas esas consideraciones jurídicas, económicas o personales, se opte o no por fundamentar el recurso. Cabe señalar que los abogados tenemos deberes relacionados con la práctica profesional y que debemos ejercer el patrocinio con lealtad, probidad, honradez y buena fe, pudiendo incluso ser sancionados en caso de falta a estos deberes. Apelar en nombre del patrocinado sin tener certeza de que aquello es lo que le conviene, y luego, dejar de fundamentar el recurso significa propiciar un procedimiento que resulta extraño al ético ejercicio profesional.

La apelación deducida de manera apurada en la audiencia afecta incluso al sistema procesal que debe interesarse porque sus decisiones, incluso las de primer nivel, satisfagan el interés de los litigantes y promuevan la paz social. Este propósito se pierde cuando se apremia en el tiempo al litigante y a su defensa, obligándole a decidir sobre una apelación sin ni siquiera conocer el pleno fundamento y motivación de la resolución para efectos del análisis de derecho correspondiente; o, incluso los factores de conveniencia personal de la parte que podrían influir para no interponer un recurso de apelación, pero que requieren de un análisis serio y profundo.

La interpretación que se está analizando vulnera también el principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 75 de la Constitución, que es un derecho que asiste a todo ciudadano para que no quede en indefensión. Esta situación se produce cuando se le apremia para resolver sobre la interposición o no de un recurso, e incluso cuando se le priva del derecho de deducirlo, en el caso de no haber asistido por cualquier causa a la audiencia de juicio. Al respecto, el artículo 87 del COGEP establece que se pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos, pero para el caso de la impugnación de la sentencia, son reiterativas las normas del propio COGEP que establecen que ese derecho puede ejercérselo en un término contado a partir de la notificación de la sentencia escrita, como se ha señalado en este breve análisis.

Por encima de la confusa norma introducida en el artículo 256 del COGEP respecto de que la apelación se interpondrá de manera oral en la audiencia, está la norma del artículo 76, numeral 7, letra m) de la Constitución que establece el derecho de toda persona para “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”. El artículo 424 de la Constitución determina que sus normas prevalecen sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y son de inmediato cumplimiento y aplicación al tenor del artículo 426 de la misma Carta Política, por lo que, sólo con una resolución del pleno de la Corte Nacional en la forma sugerida, se garantizaría la aplicación del principio constitucional invocado.

Desde el 20 de octubre de 2008 está en vigencia el referido derecho para recurrir del fallo o resolución que asiste a toda persona, y siendo ese un derecho y garantía constitucional, deben observarse las normas del artículo 11 de la Carta Política, especialmente la de sus numerales: “4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia...; 8. 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 y omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

En el mismo sentido, el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial exige que la ley procesal se interprete en pro de la efectividad de los derechos constitucionales, señalando expresamente que: “Las dudas que surjan en la inter-

pretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales, del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”. En varios artículos, el COGEP establece que el derecho de impugnación a las sentencias debe ejercerse cuando la misma ha sido notificada por escrito y dentro de un término correspondiente, y sólo así se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa.

Por último, la Constitución de Montecristi en su artículo 169, después de señalar que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia que no se sacrificará por la omisión de formalidades, añade que “las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficiencia, intermediación, celeridad y economía procesal”. El término de diez días para presentar el recurso de apelación debidamente fundamentado que se estableciera a partir del artículo 257 del COGEP sería el mismo que el artículo 266 del COGEP otorga para que se deduzca el recurso de casación, debiendo uno y otro ser debidamente fundamentados, con lo que se propiciará la uniformidad en los procedimientos de impugnación requerida por la Constitución, Si se interpreta que el texto introducido en el artículo 256 del COGEP es la única forma de deducir una apelación, se vuelve a diferenciar el modo en que se deducen los recursos de apelación y de casación, afectando al propósito de uniformidad constante en la norma constitucional.

Volviendo al tema de los medios de impugnación en el COGEP, señalo con respecto a los efectos de la apelación que tal como lo establecía el Código de Procedimiento Civil, el recurso normalmente tiene efecto suspensivo; es decir, no se continúa con la sustanciación del proceso hasta que el mismo sea resuelto. Con carácter excepcional la apelación no tiene ese efecto suspensivo sólo en los casos previstos en la ley, y entonces, se debe cumplir con lo ordenado en la resolución impugnada mientras el Tribunal de Apelación resuelve el recurso. Esta situación excepcional está prevista en los juicios de alimentos (artículos 333 numero 6) y en el juicio ejecutivo (artículo 354), siendo esta última una importante innovación introducida por el COGEP que exige la rendición de caución para que no se ejecute la sentencia condenatoria de primera instancia, evitando así que se recurra por intereses distintos al de una controversia legal.

La novedad que trae el COGEP en su artículo 261 es la apelación con efecto diferido consistente en que se continúa con la tramitación de la causa hasta que de existir una apelación a la resolución final, el superior deba resolver primero la

apelación diferida y luego la relacionada con el fondo de la controversia, siempre que ambas hayan sido fundamentadas. Este recurso procede en los casos previstos en la ley, esto es respecto del rechazo de una excepción previa o de la negativa a la práctica de una prueba solicitada por las partes. Sobre este último caso, creo que si el tribunal superior considera procedente la apelación formulada con efecto diferido, deberá ordenar y practicar en la audiencia de segunda instancia la prueba que fue materia del recurso, para inmediatamente resolver el fondo de la controversia.

Sobre el trámite del recurso de apelación debe considerarse que el COGEP en su artículo 260 señala que el Tribunal de Alzada convocará a audiencia conforme a las reglas generales del Código y finalizado el debate pronunciará su resolución. Entre las reglas generales para las audiencias, el artículo 87 del COGEP dice: “Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente se entenderá como abandono”, y cuando se lo declara en segunda instancia equivale al desistimiento de la apelación. Por un principio de seguridad jurídica debe tenerse claro que estas normas son las que aplican, produciendo efectos muy distintos a los que regían en el viejo sistema, pues entonces se tramitaba la segunda instancia en rebeldía del apelante que no comparecía a la misma.

Errar es humano, casi tan humano como aprender de nuestros errores en la marcha. Sin duda alguna, hay deficiencias en el COGEP, cuerpo legal que a su vez, consagra importantes avances en la sustanciación procesal de los derechos de las personas. Sin embargo, estas observaciones que me he permitido resaltar dificultan el ejercicio diario de las tareas de jueces y abogados, por lo que piden una pronta subsanación en ejercicio de las facultades que legalmente tiene el pleno de la Corte Nacional de Justicia, hasta que el legislador opte por reformas legales. A un año de la vigencia del COGEP es necesidad ensimismarse en las deficiencias, al igual que autoimponernos el idilio de la eficiencia. Por ello, es a los jueces y abogados a quienes con nuestro diario ejercicio, nos corresponde la ávida tarea de hacer que el Código Orgánico General de Procesos cobre vida de una manera práctica, siempre facilitando la búsqueda de una justicia oportuna y certera.

El proceso laboral y los medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos

Paulina Aguirre Suárez

Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia

El proceso laboral y los medios de impugnación en el Código General de Procesos

En materia laboral no existe un procedimiento que lo rige de forma autónoma, sino que esta rama del derecho se encuentra circunscrita dentro de la esfera procesal de materias no penales. El instrumento que regula estas relaciones jurídicas es el Código Orgánico General de Procesos, que contiene la normativa adjetiva de la cual se nutre la rama laboral. En este sentido se deben analizar los fundamentos teóricos del proceso en general en función de la relación procesal, para relacionarlo con la naturaleza especial de la esfera del trabajo y en esta perspectiva articular los recursos que se pueden presentar en los procesos correspondientes al área laboral enmarcados en el proceso.

Presupuestos del derecho procesal laboral

Naturaleza especial del derecho laboral

El procedimiento que rige en materia laboral debe tener ciertas particularidades que lo individualizan, las normas adjetivas no podrán inobservar la legislación laboral sustantiva, pues la norma procesal en materia de trabajo no puede pasar por alto los derechos y deberes consagrados en aquella, en especial para la persona que presta sus servicios, pues es considerada como la más débil en la relación y requiere de la protección de la ley.

Muchas apreciaciones se han vertido respecto a la autonomía del Derecho Laboral, aduciendo que tiene relación a una sensible realidad social, no obstante, cabe asumir otras dimensiones pues como afirma Cabanellas (2001: 762) la autonomía del Derecho Procesal Laboral está lograda en la doctrina y en el orden legislativo, por descartarse del procedimiento ordinario, ante la naturaleza distinta del litigio laboral, donde a los intereses materiales contrapuestos se suman factores de orden social de obligada tutela. De ahí que la celeridad del proceso se transforme en un elemento indispensable en el derecho procesal laboral.

El proceso oral laboral

El Código Orgánico General de Procesos publicado en el Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015, incorpora el proceso¹ oral para las materias no penales excepto en la constitucional y electoral, lo que significa que la materia laboral se encuentra regulada por este cuerpo normativo.

Tiene como principio rector a la oralidad² por audiencias, lo que genera como consecuencia jurídica que todo el proceso se sustancie mediante el sistema oral a excepción de ciertos actos que se los realizará de forma escrita con preponderancia del uso de las tecnologías de la información. Entonces este sistema adoptado no se lo puede encasillar en un sistema oral puro sino es un sistema mixto con preponderancia en la oralidad desde el enfoque de audiencias.

El proceso oral implica un cambio radical en la tramitación de las causas judiciales, así las pruebas deben ser ya anunciadas en la demanda en donde se plasma el derecho a la acción³ y su contestación, al proponer las excepciones, y no en la audiencia preliminar como era en el procedimiento oral anterior en materia laboral previsto en el Art. 575 del Código del Trabajo. A diferencia de dicho

¹ Desde que esa protección se invoca por la interposición de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción hasta que el juez la acepta o la niega en la sentencia, media una serie de actos llamados de procedimiento cuyo conjunto de pasos toma el nombre de proceso (Alsina, 2001:152).

² La oralidad es sinónimo de debate y es aquí donde se encuentra su verdadera naturaleza jurídica, es regla absoluta que ningún procedimiento escrito puede presentar las ventajas de la oralidad, la que proporciona emotividad y la posibilidad de que todos los escuchas o receptores, incluido el público, puedan percibir por igual y al mismo tiempo las manifestaciones de los exponentes y en general que los actos se cumplan (Vecchionacce, 2004:54-55).

³ Castillo (2003:54) afirma que "La acción es el derecho de exigir alguna cosa y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro o se nos debe por parte de otro. La violación del derecho da origen a la acción (...) que jurídicamente significa la facultad de dirigirse a la autoridad judicial para que haga efectivo el respeto al derecho violado".

procedimiento en el que existían dos audiencias preliminar y definitiva, en el sumario que es el que corresponde al procedimiento actual, existe una audiencia única⁴, con dos fases, la primera una etapa previa de saneamiento que puede dar por terminado el proceso, evitando que las nulidades se resuelvan posteriormente en sentencia, como ocurría con el proceso escrito; y la segunda etapa de prueba, alegatos y decisión.

Las resoluciones judiciales dictadas en audiencia serán pronunciadas verbalmente por la jueza o el juez y se entenderán conocidas por las partes desde ese momento⁵, debiendo constar en el registro de la respectiva audiencia.

La dirección de las audiencias corresponderá exclusivamente a la jueza o el juez competente⁶ y en la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales y Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscales, a la jueza o al juez ponente.

Dentro de sus facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la discusión e impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes, ordenar la práctica e incorporación de pruebas; o, antecedentes cuando sea procedente⁷. Asimismo, podrá limitar el tiempo del ejercicio de la palabra de los que debieren intervenir, fijando máximos igualitarios o interrumpiendo a quien hiciere uso manifiestamente abusivo o ilegal de su tiempo⁸. Además, ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante la audiencia; y, en general, a garantizar su eficaz realización.

⁴ Todos los actos procesales deben ejecutarse en presencia del juzgador y las partes, pues el lenguaje oral no es necesario que tenga intermediarios, lo que permite que sean inmediatamente apreciados por el juzgador.

⁵ La oralidad permite economizar tiempo y proximidad de espacio; pues no se puede dilatar el trámite y hacerlo interminable. Con la oralidad no se puede abusar como en el sistema escrito. (Baca, 1994:193-196).

⁶ El juez de trabajo tiene competencia hasta cuando se haya notificado la sentencia, o se hayan resuelto los recursos presentados por las partes, ya sean estos horizontales o verticales, aunque por excepción pueden mantener la competencia hasta la finalización de la etapa de ejecución siempre y cuando se deban corregir errores de cálculo, escritura o numéricos.

⁷ En los procesos escritos la intermediación no se da, salvo rarísimas excepciones, puesto que el juez casi o nunca tiene contacto directo con las partes, ni estas con el, solamente con los auxiliares y muchas veces las partes de juicio nunca llegan a conocer al juez (Flores, 2004:32).

⁸ Con este procedimiento se busca que los jueces conozcan en forma más directa las causas, que escuchen a las partes sus argumentos, que participen en las pruebas, que califiquen y verifiquen la validez de los testimonios, obligando al juez y a los litigantes a tener un papel más activo y más genuino en el proceso, acciones con las que va a evitar la dispersión de las pruebas, las mismas que deben ser concretas, relacionadas y presentadas en un mismo momento, luego de haberlas preparado previamente y procurando que éstas sean atinentes a la causa, sostiene el autor Vásquez (2004:261).

En materia laboral si las controversias han sido originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes sindicales la audiencia única se deberá realizar en el término máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la citación.

Fase de saneamiento, fijación del debate y conciliación:

La fase de saneamiento, fijación de los puntos de debate y conciliación⁹ tiene por objeto:

1. Ratificación de la demanda y de la contestación; y, en su caso, de la reconvencción y de la contestación a la misma.
2. Insinuación de conciliación a las partes que deberá realizar la jueza o el juez, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos. De darse la conciliación total, será aprobada por la jueza o el juez en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. En caso de producirse una conciliación parcial, la jueza o el juez la aprobará mediante auto que causará ejecutoria; y, continuará el proceso sobre la materia en que subsista la controversia;
3. Resolución de la jueza o del juez sobre la validez del proceso, con el fin de convalidación o saneamiento del mismo;
4. Resolución de la jueza o del juez sobre las excepciones de previo y especial pronunciamiento; y, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improcedencia de la demanda y la falta de legitimación en la causa.
5. Determinación del objeto de la controversia;
6. Resolución de la jueza o el juez sobre los reclamos de terceros; y,
7. Pronunciamiento motivado de la jueza o juez sobre la admisibilidad de la prueba conducente, pertinente y útil, anunciada oportunamente por las partes.

⁹ En el procedimiento oral, el Juez del Trabajo es competente para realizar la conciliación y busca que las partes lleguen a acuerdos aceptables; en esta etapa se puede verificar el principio de inmediatez, pues, claramente podemos observar que el juez hace que las partes lleguen a un entendimiento.

La fase de prueba y alegatos tiene por objeto:

1. Práctica de la prueba¹⁰ admitida en la primera fase; la jueza o el juez concederá el uso de la palabra primero al actor, luego al demandado; y, finalmente a terceros en caso de haberlos;
2. Cada parte determinará de acuerdo a sus intereses de defensa el orden en que se practicarán las pruebas que ha solicitado¹¹;
3. Los peritos y las y los testigos sólo ingresarán al lugar donde se realiza la audiencia, cuando la jueza o el juez así lo disponga, y sólo podrán permanecer en dicho sitio mientras presten su declaración, posteriormente deben retirarse del lugar donde se realice la audiencia, debiendo aguardar hasta la finalización de la misma, a los efectos de eventuales aclaraciones o careos, salvo que la jueza o el juez autorice su retiro.
4. De todo lo actuado se dejará constancia agregándose los documentos recibidos en el acta resumida de la audiencia;
5. Actuada la prueba, las partes alegarán en derecho. La jueza o el juez podrá solicitar a las partes las aclaraciones o precisiones pertinentes, sea durante el curso de su exposición o a su finalización; y,
6. Terminados los alegatos, la jueza o el juez suspenderá la audiencia hasta que forme su convicción debiendo reanudarla para emitir su pronunciamiento oral.

Esta es la justicia en audiencias.- La resolución escrita debidamente motivada se notificará en el término de hasta diez días.

En esta materia de aceptarse la demanda bastará con que se pronuncie y ordene el pago de los rubros, cuyo derecho se ha justificado y se niegue otros de ser el caso. La cuantificación y liquidación a la que estamos obligados los jueces de trabajo se la realizará en la sentencia escrita.-

¹⁰ Para Carnelutti (1959: 155) la prueba judicial es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho con lo cual reincluyen los hechos, los objetos y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de terceros, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducto al conocimiento del juez de la cuestión debatida o planteada en cada proceso.

¹¹ En este punto hemos visto en los procesos que han llegado a casación un exceso de formalismo por parte de algunos juzgadores; pues habiendo abundante prueba agregada a la demanda con la que se prueba la existencia de la relación laboral entre las partes; no la valoran porque la parte no la produce ordenadamente; por lo que consideramos que es necesario una correcta dirección de la audiencia del juzgador que permita llegar al esclarecimiento de la verdad.

Comparecencia a la audiencia única

Las partes están obligadas a comparecer personalmente a la audiencia, de no hacerlo podrán designar procurador judicial¹² o procurador común a través de procuración especial con cláusula especial o autorización para transigir; o, delegado en caso de instituciones de la administración pública.

Pese a que en el procedimiento oral determinado en el Art. 575 del Código del Trabajo, ya se consideraba la obligación de las partes de concurrir personalmente a las audiencias por el principio de inmediación previsto en la Constitución de la República y de que expresamente lo determina el procedimiento de audiencias en el Código Orgánico General de Procesos vigente ya más de un año, aún nos encontramos en los procesos que algunos juzgadores permiten la comparecencia de abogados ofreciendo poder o ratificación de sus defendidos; y que incluso en casación concurren a las audiencias en esa calidad; lo cual definitivamente rompe con el principio de oralidad.

En caso de inasistencia se procederá de acuerdo a los siguientes criterios:

1. La inasistencia de las dos partes ocasionará el archivo de la causa, que será dispuesto por la jueza o el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes;
2. Cuando no comparezca la parte actora, su inasistencia injustificada se entenderá como desistimiento de la demanda y será condenada en costas. Si la inasistencia obedeciere a caso fortuito o fuerza mayor debida y oportunamente justificada, se hará un nuevo señalamiento;
3. Cuando fuere el demandado quien no asistiere, la jueza o el juez instalará la audiencia debiendo resolver lo que correspondiere de conformidad con el objeto para el cual la convocó, entendiéndose que el ausente pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos.

¹² La procuración judicial es un mandato especial en el cual se le entrega al procurador la facultad de comparecer al proceso en su nombre y representación, se lo puede asemejar a un contrato de mandato, y el procurador judicial puede hacer lo que se le haya permitido en el poder, sin embargo si desea sustituir la procuración a favor de otro profesional, allanarse a la demanda, transigir, desistir de la acción o del recurso, aprobar convenios, absolver posiciones, deferir al juramento decisorio, recibir valores o la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella, el poder deberá tener una cláusula especial

Resoluciones dictadas en la audiencia y recursos

En la audiencia, las resoluciones que se pueden dictar y los recursos admisibles se registrarán por las siguientes reglas:

1. Las resoluciones dictadas en el curso de la audiencia admiten recursos horizontales, los que deberán proponerse en la propia audiencia y decidirse en forma inmediata por la jueza o el juez;
2. Las resoluciones que se dicten en la audiencia incluido el auto interlocutorio que rechace las excepciones previas, únicamente serán apelables con efecto diferido; si la resolución acoge las excepciones previas será apelable con efecto suspensivo;
3. Si se acoge la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte subsanará los defectos en el término de seis días, y se suspenderá la diligencia, otorgándose a la parte demandada el término de diez días para completar o remplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas por la parte actora;
4. Si acoge las excepciones de falta de capacidad o de personería, o de incompleta conformación del litisconsorcio activo, se otorgará un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones que legalmente sean pertinentes;
5. Si se acoge la excepción de falta de legítimo contradictor y se dispone contar con un tercero para la debida integración del litisconsorcio pasivo, se procederá a la citación de éste último conforme a derecho;
6. En el caso de apelarse y confirmar el tribunal de apelación la resolución de la jueza o del juez, la parte actora deberá remediar su demanda en el término de diez días desde la recepción del proceso, hecho lo cual continuará la audiencia, de no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvención por no presentada. Esto se refiere a las resoluciones que se dicten en la audiencia en la cual se acoge la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la resolución en la cual se acoge las excepciones de falta de capacidad o de personería, o de incompleta conformación del litisconsorcio activo.
7. En el procedimiento sumario que es el que corresponde a la materia laboral, se dictará una sola resolución, la cual decidirá todas las excepciones previas, saneando el proceso, salvo que la jueza o el juez se declare incompetente, en cuyo caso no resolverá otras cuestiones.

8. De acogerse definitivamente una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda, mediante sentencia excepto cuando se acoja la excepción de litis pendencia, en cuyo caso se dictará un auto; así lo determinó mediante Resolución No 12 de 2017, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia;
9. Si el asunto fuere de puro derecho, se pasará a oír las alegaciones de las partes y se resolverá, sin perjuicio de la obligación de la jueza o juez de notificar la sentencia escrita.

Las manifestaciones de la jueza o del juez en esta audiencia, incluso la proposición de fórmulas de arreglo entre las partes y las ordenadas para el cumplimiento de las actividades previstas en la misma, en ningún caso significarán prejuzgamiento¹³. Por esta causa, las y los jueces no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja.

Autos interlocutorios dictados en la audiencia única susceptibles de recurso de apelación

1. Auto abandono: Auto que declara el abandono de la demanda por no haber comparecido el actor o solamente el abogado sin procuración a la audiencia única. Art. 86.1 y 87 del COGEP.
2. Auto sobre excepciones previas: No subsanables, archivo de la demanda. Art. 295 COGEP. Es apelable el auto que resuelva sobre las excepciones previas, sea que el juzgador de primer nivel las admita o deseche.
3. Auto archivo de la causa: En caso de que las excepciones sean subsanables: defecto de forma, falta de capacidad, personería o litis consorcio necesario; si la parte a quien corresponde no subsana dentro del término correspondiente, el juez dictará auto declarando como no presentada la demanda o reconvencción. Art. 295 COGEP.

¹³ Es importante recalcar que según las estadísticas en materia laboral existe un alto porcentaje de acuerdos en la fase de conciliación; pues los jueces y juezas de trabajo tienen experticia en la materia y logran que las partes concilien en esta etapa.

Impugnación:

Al referirnos a la impugnación¹⁴, debemos considerarla como un derecho de las partes procesales para buscar que las decisiones de los juzgadores puedan ser revisadas por un órgano judicial superior, ya sea por considerar que la decisión es injusta como consecuencia de errores en la aplicación de la ley, ya sea porque se estima que han existido vicios que anulan el proceso; es un derecho al debido proceso, así lo establece la propia Constitución en el Art. 76, numeral 7, letra m).

Los recursos no son ilimitados, tienen un tiempo perentorio para ser presentados y condiciones o requisitos para su procedencia, esto en aplicación de los principios de oportunidad y preclusión.

No todas las decisiones que dicta el juez dentro del proceso son recurribles, dependen del grado de importancia o trascendencia que la decisión tenga dentro del juicio, así por principio general aquellas resoluciones que se pronuncien sobre la controversia principal o un tema controvertido en la causa, son susceptibles de impugnación, en tanto que otras, a las que se conoce como de mero trámite, no lo son.

Sobre este tema es necesario señalar que el Código del Procedimiento Civil, se basaba en un principio, “siempre que la ley no negare expresamente un recurso, se entenderá que lo concede.”

En el COGEP, este principio es modificado, pues solo habrá un recurso cuando la ley expresamente lo concede; es decir, que si la ley no lo establece, no existe la posibilidad de recurrir.

Los medios de impugnación previstos en el COGEP son: **horizontales:** aclaración, ampliación, reforma y revocatoria; y **verticales:** apelación, casación y de hecho.

Serán recurribles en apelación, casación o por medio de recurso de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las

¹⁴ Los medios de impugnación, llamados recursos, en cambio, son los mecanismos que la ley a previsto para hacer efectivo ese derecho, cuyo resultado puede ser la modificación de una decisión, la de corregir una decisión de trámite, la anulación de las actuaciones procesales, etc.

limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé la normativa aplicable.

Los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito. Concedido o negado cualquier recurso no se lo podrá interponer por segunda vez.

Aclaración, ampliación, revocatoria y reforma

La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.

Estos recursos buscan emendar algún defecto de la decisión judicial, cuando se ha omitido pronunciarse sobre algún aspecto de la litis, o no está clara la decisión sobre cómo se ha de ejecutar la sentencia.

Los recursos de reforma o revocatoria¹⁵, solo se los puede interponer respecto de providencias que sustancian el proceso, buscan corregir algún error procesal, como cuando el juez dicta alguna orden en forma prematura, o se equivoca al señalar a la persona que debe cumplir una orden judicial.

La petición para la aclaración, ampliación, revocatoria o reforma se la debe formular en la audiencia o en la diligencia en la cual se ha dictado la resolución¹⁶. Si se trata de resoluciones dictadas fuera de audiencia o de diligencia se la formulará por escrito dentro del término de tres días siguientes a su notificación.

Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos de apelación o casación que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación.

¹⁵ La revocatoria se la debe entender como la posibilidad procesal en la cual el mismo órgano jurisdiccional que pronunció un auto de sustanciación lo deje sin efecto y dicte otro en sustitución. A su vez, la reforma tiene como objetivo enmendar la providencia en la parte que corresponda.

¹⁶ Se debe tomar en consideración que la solicitud de aclaración o ampliación deberá expresar con claridad y precisión las razones que la sustenten, de no hacerlo, se la rechazará. Si la solicitud se ha formulado de manera oral, la o el juzgador confirmará o modificará la providencia impugnada en el mismo acto, pero previamente deberá escuchar los argumentos de la contraparte. Si la petición se ha formulado por escrito, se notificará a la contraparte por el término de cuarenta y ocho horas, vencido este término y dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá lo que corresponda.

Considero que aun cuando se haya solicitado un recurso horizontal en la audiencia oral o no se lo haya hecho luego del pronunciamiento del juzgador, si la sentencia escrita contiene la decisión de un tema que no fue materia de la resolución oral, puede solicitarse por escrito.

El recurso de apelación

Apelación es el recurso concedido a favor de todo litigante, tercero o persona a quien una sentencia o auto definitivo e interlocutorio ocasione un perjuicio, con el objeto de que el tribunal de apelación lo revoque, reforme o anule.

El recurso de apelación procede únicamente contra las sentencias y los autos definitivos e interlocutorios dictados dentro de primera instancia, así como contra las providencias respecto de las cuales la ley conceda expresamente este recurso¹⁷.

Si una de las partes apela, la otra podrá adherirse a la apelación en forma motivada y si aquella desiste del recurso, el proceso continuará para la parte que se adhirió. La falta de adhesión al recurso no impide la intervención y la sustanciación de la instancia. También se prevé la apelación parcial de la resolución, en cuyo caso se ejecutará la parte no impugnada.

Todo recurso de apelación y la adhesión a la apelación contra una sentencia o un auto definitivo o interlocutorio, se interpondrá de manera oral¹⁸ en la respectiva audiencia, pero se fundamentará por escrito dentro del término de diez días de notificado, a excepción del recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación.

Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. Se debe tomar en consideración que tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, pero solamente si se trata de acreditar hechos nuevos. También podrá solicitarse práctica de prueba que versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. La

¹⁷ A través de este recurso se pretende que un órgano jurisdiccional superior, revise la decisión del juez de instancia y corrija sus errores, en general consiste en la oportunidad de que otro juez, vuelva a juzgar la causa.

¹⁸ Es necesario aclarar que la fundamentación del recurso será exclusivamente respecto a los puntos planteados en el recurso luego de la sentencia oral; excepto que se refiera algún punto que no fue resuelto en la sentencia oral.

apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso.

Interpuesto el recurso de apelación, la o el juzgador la admitirá si es procedente y expresará el efecto con que la concede¹⁹. A falta de expresión se entenderá que el efecto es suspensivo, y si el recurso no es admitido, la parte apelante podrá interponer el recurso de hecho.

Audiencia de apelación

Recibido el expediente, el Tribunal en el término de quince días, convocará a audiencia oral, pública y contradictoria de conformidad con las reglas generales de las audiencias, en lo que fueren aplicables a la naturaleza del recurso. En esta audiencia se puede practicar nueva prueba, si ha sido solicitada en apelación.

Al escuchar las alegaciones de las partes, se comenzará por la parte recurrente y luego por la contraparte, cualquier miembro del Tribunal podrá formular preguntas a las partes, pedirles que profundicen sus argumentos; o, los dirijan a algún aspecto específico de la cuestión debatida. Una vez finalizado el debate, el tribunal pronunciará su resolución.

Contra lo resuelto en apelación, únicamente procederá la aclaración, la ampliación y el recurso de casación, en los casos y por los motivos previstos en la ley.

Los efectos de la apelación

La apelación genera los siguientes efectos:

1. Sin efecto suspensivo, es decir se cumple lo ordenado en la resolución impugnada y se remiten al tribunal de apelación las copias necesarias para el conocimiento y resolución del recurso, y solamente en los casos previstos en la normativa aplicable.
2. Con efecto suspensivo, es decir no se continúa con la ejecución de lo resuelto hasta que la o el juzgador resuelva sobre la impugnación propuesta por el

¹⁹ La apelación en el COGEP no es abierta, pues se circunscribe a los puntos que el apelante exprese en la fundamentación del recurso.

- apelante, y se lo concede cuando se trate de sentencias y de autos interlocutorios que pongan fin al proceso haciendo imposible su continuación.
3. Con efecto diferido, es decir, que se continúa con la tramitación de la causa, hasta que de existir una apelación a la resolución final, este deba ser resuelto de manera prioritaria por el tribunal y se lo concede en los casos previamente establecidos en la ley, especialmente cuando se la interponga contra una resolución dictada dentro de la audiencia, en la que se deniegue la procedencia de una excepción de resolución previa o la práctica de determinada prueba.

Por regla general, la apelación se concederá con efecto suspensivo. El efecto diferido se concederá en los casos en que la ley así lo disponga.

El recurso de casación

El recurso de casación tendrá por finalidad la protección de los derechos constitucionales, el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de legalidad de los autos y sentencias impugnables, la unidad e integralidad del ordenamiento jurídico mediante el establecimiento de precedentes jurisprudenciales obligatorios; y, la reparación de los agravios inferidos a los recurrentes.

Es un recurso extraordinario y formal²⁰, esto significa que solo procede contra ciertas decisiones judiciales y en los casos expresamente contemplados en la ley, requiere de una sólida fundamentación que debe ser expuesta por el recurrente.

El recurso de casación será de competencia exclusiva de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que actuarán a través de los Tribunales de Casación que de su seno se conformen. Corresponde a los Conjueces de la Corte Nacional, en forma individual calificar bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos.

Sólo podrán ser objeto de este recurso los autos y sentencias pronunciados por la Corte Provincial de Justicia que ponen fin al asunto materia del litigio en los procesos de conocimiento; y, por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario que resuelven en única instancia la contienda.

²⁰ Tiene una serie de requisitos formales en cuanto a la legitimación, oportunidad y procedencia, por ello está sujeto a un estricto control de admisibilidad.

En materia laboral correspondería respecto de las sentencias o autos interlocutorios que pongan fin al proceso.

Procede además 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 proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

El recurso se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración²¹.

El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto, por lo que no podrá interponerlo quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución de la o del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella. En ningún caso cabe la adhesión al recurso de casación deducido por otro.

Fundamentación del recurso de casación

El escrito de interposición del recurso de casación deberá contener:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

²¹ La Corte Nacional de Justicia, mediante resolución de Pleno No 11 de 26 de abril 2017, se pronunció respecto a que en el caso de que se presente aclaración, ampliación, revocatoria o reforma, el término de diez días para presentar el recurso de apelación se contará desde el momento en el cual se resuelven estos recursos horizontales.

Debiendo entenderse que se trata de requisitos que deben ser observados y cumplidos y no de meros formalismos como aducen a veces las partes.

Casos del recurso de casación

El recurso de casación se lo deberá presentar en función de los casos que determina la normativa que son los siguientes:

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

Procedimiento del recurso de casación

La Corte Nacional de Justicia tiene la competencia para conocer los recursos de casación.

La Sala de la Corte Provincial de Justicia de la que provenga la sentencia o auto recurrido, se limitará a calificar si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto y remitirlo, de inmediato, a la Corte Nacional de Justicia. El auto que inadmita el recurso de casación será susceptible de recurso de hecho.

El recurrente podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, para lo cual deberá rendir caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte. El Tribunal correspondiente establecerá el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso, en el término máximo de tres días desde su presentación. Si la caución es consignada dentro del término de diez días posteriores a la notificación del auto de calificación del recurso, se dispondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia o auto. En caso contrario, se ordenará su ejecución.

Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o a un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos en este Código y si lo admite o no. Tomando en consideración que no procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba. Si el proceso se eleva en virtud de recurso de hecho, dentro del mismo término, examinará si el recurso de casación fue debidamente interpuesto, en cuyo caso concederá el recurso de casación.

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

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

Recibido el expediente, se sorteará el Tribunal y la o el juzgador de casación convocará a audiencia en el término de treinta días. En la audiencia y una vez finalizado el debate, el Tribunal de Casación pronunciará su resolución la que deberá contener:

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

- Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda.
3. Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.
 4. El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.
 5. Si se casa la sentencia totalmente dejará sin efecto el procedimiento de ejecución que se encuentre en trámite.

Una vez dictada la resolución por el tribunal competente si se ha ejecutado el fallo que es casado, el tribunal que lo dispuso dejará sin efecto aquello que pueda deshacerse y dispondrá se liquiden los daños y perjuicios, tanto de la parte que no pueda deshacerse, como de la ejecución en general. En todo caso quedarán a salvo los derechos de terceros de buena fe.

Recurso de hecho

El recurso de hecho, procede contra las providencias que nieguen un recurso de apelación o de casación, a fin de que el tribunal competente las confirme o las revoque²².

Dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la providencia denegatoria, el recurrente podrá interponer el recurso de hecho ante el mismo órgano judicial que la dictó.

Recibido el recurso, el órgano judicial, en el término de cinco días, lo remitirá al tribunal competente para la tramitación del mismo, excepto cuando la apelación se concede con efecto diferido.

²² La jueza, el juez o tribunal ante el cual se presente el recurso de hecho, lo denegará si este recurso ha sido deducido fuera de término.

El tribunal de apelación admitirá el recurso o lo inadmitirá. Si lo admite, tramitará el recurso. Si lo inadmite devolverá el proceso al juez de origen para que continúe el procedimiento.

Proceso monitorio

Mediante esta acción reclama quien pretenda cobrar una deuda determinada de dinero líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta remuneraciones mensuales básicas unificadas, que no conste de título ejecutivo.

En materia laboral, podrá iniciar un proceso monitorio el trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales no le hayan sido pagadas oportunamente, acompañará a su petición la prueba de relación laboral y el detalle de las remuneraciones materia de la reclamación.

La jueza o el juez, que conozca del reclamo en virtud del mecanismo de prevención, una vez que lo declare admisible, concederá el término de quince días para el pago y mandará que se cite al deudor o deudora. La citación con la demanda y el mandamiento de pago de la jueza o del juez, interrumpe la prescripción.

Si la deudora o el deudor no comparece dentro del término concedido para el efecto; o, si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio quedará en firme y tendrá el efecto de cosa juzgada; y, se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes de la deudora o del deudor que la acreedora o el acreedor señale²³.

Si la parte demandada comparece y formula oposición, la jueza o el juez convocará a audiencia única, en la que promoverá la conciliación la que de lograrse se aprobará en sentencia y si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas anunciadas pertinentes y útiles al asunto que se ventila, luego de lo cual, oír a los alegatos de la partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben los recursos horizontales de ampliación y aclaración y el recurso de apelación En los juicios monitorios no se podrá interponer recurso de casación.

²³ En este proceso no se ordenarán medidas cautelares, no procede la reforma a la demanda, ni la reconvenición.

La ejecución de sentencias en materia laboral en el Código Orgánico General de Procesos

La fase de ejecución de las sentencias ejecutoriadas corresponde exclusivamente al juez de primer nivel a quien corresponde dirigir la etapa de ejecución adoptando todas las medidas necesarias para el fiel cumplimiento de lo ordenado en sentencia.

Recursos

Solamente se admite respecto del auto de calificación de posturas y del auto de adjudicación²⁴.

En un juicio laboral, se podrá ordenar el embargo de bienes que ya estén embargados en otros juicios que no sean laborales con excepción de los de alimentos, para efectos de la prelación de créditos. Es necesario observar que al haberse declarado inconstitucional parcialmente el Art. 493 del Código del Trabajo, en Resolución publicada en el R.O No 70 de 24 de abril de 2007, que disponía que solo se puede ordenar la cancelación de embargos en conflictos colectivos y no individuales; se podía ordenar el embargo anterior de otros procesos y proceder a la ejecución de la sentencia; no obstante el Art. 386 del Código Orgánico General de Procesos vuelve a incorporar la norma que solo permite levantar el embargo en los casos de ejecución de conflictos colectivos.

Conclusiones

La implementación del procedimiento oral por medio del Código Orgánico General de Procesos ha permitido que el Ecuador se introduzca dentro de la tendencia procesal de la reducción de la palabra escrita. En esta nueva etapa el proceso oral rige la actuación de los justiciables, con las ventajas propias de este sistema. Tanto el proceso vigente como los medios de impugnación que se encuentran en el mismo, lo que buscan es generar de forma exponencial que el sistema oral se fortalezca en base a los principios que lo conforman. Entonces, el sistema oral a través de audiencias como tal, busca tutelar y determinar las actuaciones de las partes con la

²⁴ En materia laboral en la etapa de ejecución únicamente corresponde al juzgador calcular los intereses generados por los haberes que se hubiere ordenado pagar en sentencia ejecutoriada; pues la liquidación ya está practicada por los juzgadores que dictaron sentencia.

finalidad de llegar a cumplir con la necesidad de que el Estado resuelva sus controversias de forma eficaz y eficiente, pero todo esto enmarcado dentro del fin último del derecho, que es la justicia; así, la oralidad en la administración de justicia se la debe mirar como una herramienta, instrumento o medio que sirve para la consecución de los fines de celeridad y eficacia en la resolución de los asuntos que se someten a la jurisdicción del Estado.

La idea de aplicar un sistema oral implica tener presente un juicio por audiencias. El sistema oral por audiencias es sinónimo de debate y es aquí donde se encuentra su verdadera naturaleza jurídica, es regla absoluta que ningún procedimiento escrito puede presentar las ventajas de la oralidad, la que proporciona emotividad y la posibilidad de que todos los escuchas o receptores, incluido el público, puedan percibir por igual y al mismo tiempo las manifestaciones de los exponentes y en general que los actos se cumplan. Por lo que la utilización del sistema oral por medio de audiencias permite ser el instrumento idóneo para llegar a la justicia y su fortalecimiento se lo logra con la comprensión y aplicación de las características que rigen este sistema.

La oralidad, la concentración y la inmediación contribuyen a generar una respuesta judicial más correcta y más justa, pues la actuación de las partes se valora inmediatamente lo cual indiscutiblemente forma una mayor convicción que de la simple lectura de un acta de comparecencia.

Finalmente quiero comentarles nuestra experiencia en la Sala Laboral con los juicios orales con procedimiento sumario previsto en el Código Orgánico General de Procesos que han ingresado desde enero de este año; es decir con recurso de casación a siete meses de entrar en vigencia el COGEP; y que en la actualidad ingresan un promedio de doce causas semanales; los que estamos resolviendo con la celeridad y oportunidad que dispone la Ley; siendo evidente la satisfacción de las partes, cuando se dicta la sentencia oral al finalizar la audiencia, aun cuando una de ellas no se favorezca con la resolución; al obtener una respuesta inmediata en la misma audiencia y no esperar meses y años para un pronunciamiento.

Bibliografía

- Alsina, Hugo. *Derecho Procesal General*. Heliasta, México, 2001.
- Bodas, Ricardo. *El Juicio Oral. Cuadernos y Estudios del Poder Judicial*, Micronet S.A., Madrid, 2001.
- Baca, Washington. *Hacia la Oralidad en la Administración de Justicia en el Ecuador*. Editorial Universitaria, Quito, Ecuador, 1994.
- Cabanellas, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. Editorial Heliasta, Argentina, 2001.
- Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo 11, Editorial Hispanoamericana, Buenos Aires, 1959.
- Castillo, Silvio. *El Derecho Procesal Civil Dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano*. Machala, 2004.
- Coture, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1987.
- Delgado Castro, J. (2011). *Principios del nuevo procedimiento laboral chileno*.
- Devis Echandia, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Editorial ABC, Bogota, 1976.
- Domínguez Balmaceda, J. P. (2007). *Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al procedimiento civil chileno: III. Principios Procesales Relativos al Procedimiento*. Revista chilena de derecho, 34(3), 595-598.
- Flores, Mora, Vecchionacce, Varios. *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*. Editora Jurídica de Colombia, Bogota, 2004.
- Gómez, C. S. (2012). *El poder del juez en el proceso oral*. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, 3(3).
- Nino, Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

Palomo Vélez, D. I. (2009). *Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el Proyecto de Nuevo CPC chileno*. Revista chilena de derecho, 36(3), 621-661.

Palomo Vélez, D. (2005). *Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?*. Revista de derecho (Valdivia), 18(1), 171-197.

Plá, Américo. *Los Principios Del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1998.

Puppio, Vicente. *Teoría General del Proceso. Manuales de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1995.

Romero, Armando. *El Juicio Oral en el Derecho Laboral Ecuatoriano*. Imprenta Peñalosa, Quito Ecuador, 2004.

Vásquez, Jorge. *Derecho Laboral Ecuatoriano*. Librería Jurídica Cevallos, Quito Ecuador, 2004.

Vescovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Editorial Nomos, Bogota, 1999.

El recurso de apelación como medio de impugnación

María de los Ángeles Montalvo Escobar

Jueza de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha

Medios de impugnación

Es una realidad innegable que en la sociedad se presentan diariamente conflictos de diferente naturaleza. A pesar de que se ha avanzado mucho en la aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos, la colectividad ha demostrado su incapacidad de solucionar las controversias entre sus miembros sin la intervención del Estado, a través de un sistema procesal ordenado, coercitivo y que cada vez tiende a simplificarse. Como señala el profesor Devis Echandía: *“De ahí la existencia del derecho procesal, que, en cuanto a su origen o causa primaria, responde a la necesidad, que es la de encauzar, mediante la intervención del Estado, la acción de los asociados en el deseo de proteger sus intereses contra terceros y contra el mismo grupo, bien sea en presencia de una amenaza o de un hecho perturbatorio, consumado”*¹

Dentro del proceso, que es una secuencia ordenada de actos procesales, que tiene por objeto la resolución de un conflicto, podemos distinguir, claramente, los actos procesales del juez, de las partes y de terceros. El objeto de este trabajo se centrará en el recurso de apelación que es un acto procesal de las partes y al mismo tiempo es uno de los medios de impugnación establecidos en la legislación ecuatoriana.

¹ Hernando Devis Echandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, (Bogotá, Temis, Segunda Edición) 1

La impugnación puede ser analizada desde dos puntos de vista, debido a que, simultáneamente, es un principio y una herramienta procesal que permite la revisión de las resoluciones del juez.

El principio procesal de impugnación es un mandato de optimización que mira a la organización del proceso, procura corregir los errores o vicios del procedimiento, que puedan afectar los derechos de las partes. En general todas las decisiones de los jueces son impugnables, pero el mecanismo difiere, dependiendo de la naturaleza del acto de decisión y de la clase de funcionario que lo haya pronunciado. Los romanos establecieron, inicialmente, medios de impugnación horizontales que permitían al juez enmendar sus errores y los de las partes, pero, posteriormente, concibieron el sistema de recursos con un criterio más amplio, de manera que con la evolución del derecho procesal, los medios de impugnación no únicamente corrigen vicios y enmiendan errores, sino que, además, garantizan a los ciudadanos que los resoluciones de los órganos jurisdiccionales apliquen debidamente la ley, sean congruentes y motivadas.

El concepto de medios de impugnación o vías de impugnación, que es la denominación que les da la doctrina, es genérico: “La impugnación, stricto sensu, funciona en el proceso civil como: recursos judiciales, incidentes, excepciones, e inclusive, situaciones particulares de revisión como el juicio ordinario posterior a un proceso ejecutivo”². Debido a esta característica los medios de impugnación no se agotan con los recursos, sino que comprenden, además de éstos, la consulta, la nulidad de sentencia ejecutoriada y la adhesión al recurso de apelación. Sobre este punto la doctrina enseña: “El concepto de impugnación es genérico y comprende todo medio de ataque a un acto procesal o a un conjunto de ellos, inclusive a todo un proceso, sea en el curso del mismo o por otro posterior; el concepto de recurso es específico y comprende una clase especial de impugnaciones contra los errores del juez en un acto determinado, y tiene aplicación solo dentro del mismo proceso. Por consiguiente las llamadas revisiones de la sentencia ejecutoriada mediante un nuevo proceso no son recursos”³.

² Osvaldo Gozaini, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, (Argentina: Ediar, 2005) 409

³ Devis Echandía, 782

Recursos

Una vez que se ha establecido que los recursos son una especie del género medios de impugnación, corresponde analizar su concepto y características. “El tratadista Lino Enrique Palacios, en la obra *Manual de Derecho Procesal Civil*, décimotercera edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, p. 575, define al recurso de la siguiente forma: <Acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o a un juez o tribunal jerárquicamente superior> o como dice el tratadista Alejandro Espinosa Solís de Ovando en su obra *De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil*, sexta edición, Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 1, <es el medio que la ley concede a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para obtener que ella sea modificada o dejada sin efecto>⁴.

Estrechamente vinculado con el recurso está el derecho de recurrir, que, de manera magistral ha sido definido por Devis Echandía como “uno de los varios que surgen de la relación jurídico-procesal, y cuya naturaleza es estrictamente procesal. Se relaciona con el derecho de acción y contradicción en cuanto aquel contribuye a la efectividad de éste al llevar el proceso a través de la segunda instancia y de la casación cuando es pertinente, agotando los varios grados de jurisdicción, como suele decirse con poca propiedad, es decir, los varios grados de la competencia funcional”⁵.

En definitiva el recurso es uno de los medios de impugnación y el derecho de recurrir es un derecho subjetivo de las partes procesales, por tanto el recurso es un acto procesal de parte que procura corregir los errores en las decisiones de los jueces pero dentro del mismo proceso

Principios aplicables a los recursos

Los principios generales más importantes en la teoría general del recurso, aplicados al Código Orgánico General de Procesos son:

⁴ Jaime Flor Rubianes, *Teoría General de los Recursos Procesales*, cita a Palacio Lino Enrique y a Espinosa Solís de Obando, (Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2002) 15

⁵ Devis Echandía, 783

- 1. Principio de legalidad:** únicamente se puede impugnar las decisiones de los jueces o tribunales a través de los recursos expresamente establecidos en el Código Orgánico General de Procesos. Este principio está recogido en el artículo 250 inciso 2 del COGEP, que dispone que se concederá únicamente los recursos previstos en la ley.
- 2. Principio de interés:** está legitimado para recurrir quien tenga interés suficiente, es decir la parte que sufra perjuicio, que es la interesada en que se corrijan los errores que se produzcan en la decisión y que le perjudiquen. El recurso es un acto procesal de los litigantes dentro del proceso, por lo cual no se puede hablar de recurso ni en el caso de la consulta, que es un mecanismo de impugnación establecido de manera obligatoria en la ley, como parte del trámite en el caso de sentencias adversas al Estado, ni cabe, tampoco, hablar de recurso en el caso de la acción autónoma de nulidad de sentencia ejecutoriada.
- 3. Principio de oportunidad:** consiste en hacer conocer la voluntad de los litigantes de impugnar en el momento expresamente señalado en la norma.
- 4. Principio de limitación:** el tribunal de segunda instancia limita su competencia a los puntos en que el recurrente fundamenta su apelación en la audiencia prevista en el artículo 260 del Código Orgánico General de Procesos, bien entendido que dicha fundamentación no puede rebasar los puntos que constan en la fundamentación presentada por escrito en primera instancia.
- 5. Principio de prohibición de reforma en perjuicio:** El Tribunal de apelación debe puede confirmar o reformar la situación del recurrente, no empeorarla. El Superior no puede enmendar la resolución en la parte que no es objeto de recurso.

Recurso de apelación

El recurso de apelación tiene por finalidad que un tribunal de la Corte Provincial revise el auto interlocutorio o la sentencia pronunciada por un juez de primer nivel, para corregir los errores que pueda tener o para confirmarla si está ajustada a derecho.

Una de las definiciones más acertadas es la que proporciona Couture: “El recurso concedido a un litigante que ha sufrido un agravio por una resolución del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior”⁶.

⁶ Eduardo J Couture., Fundamento del Derecho Procesal Civil, (Buenos Aires: Depalma, 3ª Edición, 1987), 351

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza del recurso de apelación, en estos términos: “El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas define a la Apelación como: <Acudimiento a algo o alguien para obtener una pretensión o para modificar un estado de cosas/. Exposición de queja o agravio contra una resolución o medida, a fin de conseguir su revocatoria o cambio/. Por antonomasia en lo jurídico, y específicamente en lo judicial, recurso que una parte, cuando se considera agraviada o perjudicada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad orgánica superior; para que, por el nuevo conocimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada. Nada obsta a que ambas partes, en actitud recíproca y con finalidades contrarias, apelen simultánea o sucesivamente, pero dentro del plazo legal, de una misma resolución> (Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, Editorial Heliasta S.R.L. 1944, 2008). La doctrina ha señalado: <La apelación, o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocatoria por el juez superior> (Fundamentos del Derecho Procesal Civil.- Eduardo J. Couture, 4ta edición. Edit. IB de f, Buenos Aires – Argentina, 2002; pág. 286)...”⁷.

El recurso de apelación es el mecanismo procesal idóneo para hacer efectivo el derecho a la doble instancia, consagrado en el artículo m) del artículo 76 de la Constitución de la República, que garantiza el derecho a recurrir del fallo o la resolución en los procedimientos en que se decida sobre derechos. El Ecuador no ha hecho otra cosa que recoger el literal h) del número 2 del Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La Corte Constitucional ha resaltado la importancia de la apelación en estos términos: “El derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal Superior puede concebirse como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, según el artículo 25.1 de la Convención. Además, la falta de un recurso de apelación infringe el artículo 25.2.b de la Convención, mediante el cual las partes se obligan a “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”⁸.

⁷ N° De Sentencia: 068-10-SEP-CC; Fecha: 09 de diciembre del 2010; MP: Dr. Manuel Viteri Olvera; Suplemento Registro Oficial: Año II -- Quito, Jueves 27 de Enero del 2011 -- N° 372, p.44.

⁸ Resolución de la Corte Constitucional 246 Registro Oficial Suplemento 797 de 26-sep-2012

Pero la importancia de contar con un recurso judicial efectivo va incluso más allá de la simple posibilidad de recurrir, constituye una garantía de que el tribunal superior examinará íntegramente el proceso, lo dice la Corte Constitucional en esta resolución: “En consecuencia, este derecho busca subsanar posibles errores judiciales y permitir un nuevo análisis del caso ante otra autoridad jurisdiccional, la que deberá asegurar que la resolución adoptada se sustentó en efectivos y suficientes hechos fácticos, así como en pertinentes disposiciones constitucionales y legales o que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio distinto”⁹.

En base de la garantía constitucional a la doble instancia y del derecho ciudadano para que una sentencia sea revisada en forma completa, esto es en cuanto a los puntos de hecho, de derecho, motivación, fundamentación, debido proceso y tutela judicial efectiva, se ha cuestionado, de cierta manera, la limitación que impone la fundamentación, que priva a la segunda instancia de la posibilidad de convertirse en un mecanismo procesal de revisión completa del fallo recurrido.

En el punto en que la Corte Constitucional ha mantenido una jurisprudencia uniforme es en el reconocimiento de que las disposiciones internas que establecen procedimientos de una sola instancia no vulneran la garantía judicial de recurrir. En uno de los casos enseña que: “No obstante la alegación esgrimida sobre la violación de los derechos constitucionales a la defensa y a recurrir de los fallos y resoluciones, lo cierto es que el ordenamiento jurídico ha establecido excepciones respecto de determinados procesos en los que se ha previsto una sola instancia, sin que ello implique necesariamente vulneración de tales derechos”¹⁰.

Adhesión al recurso de apelación

La adhesión al recurso apelación, prevista en el artículo 263 del Código Orgánico General de Procesos, es un medio de impugnación y una herramienta procesal civil –no un recurso– que permite a la parte que no apeló acceder al órgano jurisdiccional de segunda instancia, para que revise la sentencia únicamente en los

⁹ Resolución 797

¹⁰ Corte Constitucional para el período de transición, Sala de Admisión, Quito, D .M, 24 enero del 2011 a las 16H32

puntos que le son desfavorables. A pesar de que en el momento en que se interpone depende de la apelación a partir de entonces es un mecanismo autónomo. La jurisprudencia enseña que: “3.2. La adhesión al recurso de apelación tiene las siguientes características: a) La adhesión es un recurso concedido por la ley a la parte que no ha interpuesto el de apelación o habiéndolo interpuesto se ha declarado la deserción; b) Tanto la apelación como la adhesión son medios de defensa de las partes, cada una respecto de sus pretensiones y derechos contrapuestos que se ventilan en el proceso; c) Una vez concedido el recurso de apelación y producida la adhesión, ésta no se liga al recurso de apelación con relación de dependencia; es decir, la adhesión es autónoma; no es secundaria ni subordinada al recurso que se adhiere; d) Por el principio de autonomía de la adhesión, desaparecido el recurso de apelación por desistimiento o abandono de la parte que lo interpuso, no fenece la adhesión de la otra parte; es decir, que la adhesión no depende de la voluntad del apelante, porque el recurso de apelación como el de adhesión tienen sustantividad propia; e) Si la adhesión es autónoma frente al recurso de apelación y constituye un medio de defensa, el adherente tiene derecho a que continúe la instancia para que se conozca y resuelva su impugnación respecto de la materia que le causa agravio; f) Si juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces, y la adhesión es un recurso o medio de defensa, no puede sostenerse que el que se adhiere se allana a las pretensiones del apelante, porque ello significaría desvirtuar el espíritu del juicio; g) El que se adhiere a la apelación está impugnando la resolución y puede incluir como fundamento de su recurso puntos de la sentencia que le son desfavorables y que no han sido materia de la apelación. El derecho de adhesión se extiende a todos los puntos que se disputaron en el juicio; h) El adherente no actúa en el mismo sentido que el apelante, puesto que sus pretensiones son opuestas e inconciliables. Es decir, quien se adhiere al recurso lo hace por su propio interés para que se enmiende el error del Juez a quo, si tal error existe; i) Si la ley permite la adhesión a la apelación en segunda instancia, en el juicio ordinario, no se ejecutoria la sentencia para la parte que no apeló pero se adhiere en segunda instancia; j) En segunda instancia puede adherirse a la apelación de la parte contraria quien en su oportunidad también interpuso apelación, pero luego no formalizó el recurso. En la adhesión puede expresar agravios que no los señaló en su primer recurso; k) El recurso (sic) de adhesión es una garantía del debido proceso, establecido por la Constitución Política de la República, en cuanto dispone que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. Por lo expuesto, la sentencia impugnada contiene un error en cuanto el Tribunal ad quem se declara incompetente para decidir sobre lo principal de la demanda por haberse declarado la deserción

del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, sin tomar en cuenta la adhesión...”¹¹.

El Código Orgánico General de Procesos mantiene, en el artículo 263, la adhesión al recurso de apelación, como mecanismo de impugnación de la sentencia. La norma citada dispone que si una de la partes apela, la otra podrá adherirse a la apelación en forma motivada y si aquella desiste del recurso el proceso continuará para la parte que se adhirió. Por la forma de redacción de la norma se ha de entender que la adhesión debe formularse en la audiencia, cuando se trata de resoluciones pronunciadas en este espacio procesal, y debe fundamentarse dentro del tiempo que tiene el recurrente para hacerlo. En el tratamiento de la adhesión se marca una diferencia con el Código de Procedimiento Civil, que no requería que el adherente realice motivación o fundamentación. Respecto de la naturaleza de este medio de impugnación se mantienen las mismas reglas, de manera que si en segunda instancia se declara el abandono del recurso, la audiencia continuará para resolver la adhesión.

Trámite del recurso de apelación

La apelación es un acto procesal de parte que, por la naturaleza del sistema oral supone, actualmente, un proceso con varios actos secuenciales y ordenados:

1. Interposición del recurso de apelación.

Para la oportunidad en la interposición del recurso de apelación hay que distinguir si la resolución se ha pronunciado en audiencia o fuera de ella. En el caso de sentencias o autos interlocutorios pronunciados en sentencia, el recurso de apelación se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia, conforme lo dispuesto en el inciso primer del artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos. Si la resolución se pronuncia por escrito –inadmisión de la demanda, negativa de la diligencia preparatoria, etc.– el recurso de interpondrá y fundamentará en el mismo escrito que debe presentarse dentro de diez días.

¹¹ Expediente 448, Registro Oficial Suplemento 19, 26 de Febrero del 2008: Dr. José María Montesinos Vivar, en su calidad de Procurador Judicial de Olga Augusta Malo Cárdenas, demandados: Ramiro Augusto Arévalo Malo y Rocío Alvarez Romero, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, 29 de noviembre del 2006.

El recurso de apelación procede, al tenor del artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos, contra las providencias: sentencias y autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia, siempre y cuando la ley conceda expresamente el recurso.

En la audiencia el juez o la jueza que conoce la causa no puede conceder el recurso, porque está pendiente la fundamentación, por lo cual es conveniente, como lo ha señalado la Corte Nacional, que el juzgador se pronuncie señalando que se tiene por interpuesto el recurso o que se da trámite al recurso.

2. Fundamentación del recurso de apelación, notificación con la fundamentación y anuncio de prueba

Fundamentar es “expresión de agravios, técnicamente es la crítica concreta que se dirige contra las partes de la sentencia definitiva que se consideran equivocadas”¹². Por tanto en la fundamentación no puede haber una impugnación general de la sentencia, de la valoración de un medio probatorio o de la motivación, el recurrente debe especificar en qué consiste el agravio y debe realizar una crítica concreta al error que, a su juicio, ha cometido el juez.

Se fundamentará por escrito dentro de diez días de notificada por escrito la resolución, que puede ser sentencia o auto interlocutorio. Es preciso tener presente que la fundamentación, en este estado del proceso, debe realizarse también respecto de los recursos interpuestos con efecto diferido. Al igual que ocurre con otras normas el Código reduce los tiempos para las controversias relacionadas con niñez y adolescencia, en estos procesos se fundamentará en el término de cinco días. En la fundamentación el recurrente puede anunciar prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia. Durante la vigencia del Código se ha producido un abuso de este derecho, pues en casi todos los escritos de fundamentación la parte que recurre anuncia prueba, sin tomar en cuenta que se trata de un derecho limitado únicamente a los casos en que con esos medios se trata de probar hechos nuevos o cuando tratándose de los mismos hechos no se tuvo acceso a la prueba sino con posterioridad a la sentencia. También en los escritos de fundamentación y de contestación a la fundamentación se puede anunciar y solicitar la práctica en segunda instancia de aquella prueba que fue excluida por el juez de primera instancia en la

¹² Gozaini, 441

audiencia preliminar y en la primera fase de la audiencia única, siempre y cuando se hubiera apelado de esta decisión conforme al artículo 262.3 del Código Orgánico General de Procesos.

Con la fundamentación el juez notifica a la contraparte para que conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días. La parte que no recurrió tiene varias opciones: la una es no contestar la fundamentación, la otra es pronunciarse sobre la fundamentación y, eventualmente, sobre la prueba anunciada por la parte recurrente y la tercera opción es, además de las anteriores, anunciar prueba sobre hechos nuevos o prueba a la cual no tuvo acceso.

3. Admisión del recurso

El tercer paso en el trámite de la apelación es la admisión que es posterior a la interposición y a la fundamentación. Este es un acto procesal del juez que examina la oportunidad y la fundamentación del recurso y resuelve si lo admite o no.

En el caso de inadmisión del recurso la parte perjudicada puede interponer el recurso de hecho, que, precisamente, es un recurso de queja contra la inadmisión de la apelación o de la casación, en su caso.

4. Calificación del recurso

A pesar de que no se ha establecido una norma expresa en el capítulo de la apelación, según la cual tribunal de apelación está facultado para calificar el recurso antes de emitir un pronunciamiento de fondo, esta atribución está implícita por la estructura del sistema normativo y está reconocida en la norma del artículo 12 del Código Orgánico General de Procesos, que distingue entre las atribuciones del juez ponente y del tribunal y entre éstas últimas señala que calificará el recurso.

Efectos de la apelación

Los efectos se refieren a la “manera en que puede ser otorgada la apelación”¹³. En el sistema procesal ecuatoriano se conocían dos formas de conceder la apelación:

¹³ Devis Echandía, 791

con efecto suspensivo y devolutivo. En el proceso oral por audiencias se introduce un nuevo efecto que es el diferido, que tiene razón de ser en el hecho de que la audiencia no puede interrumpirse por impugnaciones sobre puntos incidentales. Según paralicen o no el curso de las actuaciones, impidiendo que ellas continúen mientras no se resuelva el recurso los efectos son: suspensivo, no suspensivo y diferido. El juez, en el momento de conceder el recurso debe señalar en qué efecto lo hace.

1. *Efecto suspensivo*

Por regla general las apelaciones son en el efecto suspensivo y únicamente se otorgan en efecto no suspensivo o diferido cuando la ley así lo dispone, conforme lo señala el inciso final del artículo 261 del Código Orgánico General de Procesos. La autora Teresa Armenta Deu enseña: “El efecto común de cualquier recurso es suspender la firmeza de la resolución y simultáneamente dejar en suspenso la competencia del tribunal a quo para seguir operando sobre este proceso, salvo que se haya solicitado y obtenido la ejecución provisional de la resolución recurrida”¹⁴.

El artículo 261.2 del Código Orgánico General de Procesos dispone que la apelación se concede con efecto suspensivo, es decir no se continúa con la sustanciación del proceso hasta que la o el juzgador resuelva sobre la impugnación propuesta por el apelante. Esta norma concuerda con el artículo 164.2 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala entre los casos de suspensión de la competencia por el recurso de apelación, de casación, de revisión o de hecho, desde que, por la concesión del recurso, se envíe el proceso al superior hasta que se lo devuelva, siempre que la concesión del recurso sea en el efecto no suspensivo o se haya pedido la suspensión en los casos que las leyes procesales lo permiten.

Una de las novedades del Código Orgánico General de Procesos es que se eliminó el efecto suspensivo para la apelación de la sentencia en los procedimientos ejecutivos, la razón fundamental radica en la naturaleza de este procedimiento. Para la suspensión de la ejecución el deudor deberá caucionar o consignar el valor de la obligación. La Ley de Casación también suprimió este recurso extraordinario respecto de estos procesos e igualmente lo hizo considerando la naturaleza especial de los procesos de ejecución y la diferencia que existe con el proceso de conocimiento. La Ex Corte Suprema de Justicia cita a Lino Enrique Palacio para fundamentar

¹⁴ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, (Madrid: Marcial Pons, 2009) 233

la inadmisión del recurso de casación en los juicios ejecutivos y lo hace en estos términos: “El tratadista Lino Enrique Palacio, en su obra "Derecho Procesal Civil" Tomo I, (Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, páginas 304 y siguientes) define al proceso de conocimiento, de declaración o cognición, como "aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos se halla representado, pues, por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor". El proceso de ejecución, por el contrario, tiene por objeto hacer efectivo "un derecho cierto o presumiblemente cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la coacción" y, concretamente, el juicio ejecutivo, consiste en una "pretensión tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos llamados ejecutivos previstos en la Ley". De lo anteriormente anotado, y como ya lo ha analizado esta Sala en múltiples fallos, se concluye que en el sistema procesal ecuatoriano, no procede el recurso extraordinario de casación contra las providencias dictadas en los juicios ejecutivos”¹⁵.

2. *Efecto no suspensivo*

Equivale al efecto devolutivo que estuvo regulado en el Código de Procedimiento Civil, consiste en que no se detiene la ejecución de la resolución recurrida durante el trámite del recurso, sin perjuicio de la que la decisión del superior modifique la decisión del juez aquo, teniendo presente que no hay efecto de cosa juzgada ni formal ni sustancial, mientras el tribunal de apelación no emite la resolución correspondiente. A diferencia del efecto suspensivo la ley regula expresamente los casos en que se concede la apelación en efecto no suspensivo. La normativa actual mantiene este efecto para los procesos en que estuvo tradicionalmente previsto, es decir para controversias de niños, niñas y adolescentes y para providencias preventivas. El Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos prevé este efecto para los casos de niñez y adolescencia en que se discuta sobre alimentos, tenencia régimen de visitas o patria potestad, la norma dice: “Las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad serán apelables solamente en efecto no suspensivo”. El efecto se deriva también respecto de las providencias preventivas y, como se señaló, para

¹⁵ Resolución No. 537-1999. R.O. 335, 9 de diciembre de 1999

el procedimiento ejecutivo. El artículo 132 dispone: “Las providencias preventivas no serán apelables sino en efecto no suspensivo”.

3. Efecto diferido

Este efecto fue introducido en el Código Orgánico General de Procesos para evitar que el curso de las audiencias se interrumpa por asuntos incidentales.

El artículo 261 del Código Orgánico General de Procesos dispone que la apelación se conceda en efecto diferido, es decir, que se continúe con la tramitación de la causa, hasta que, de existir una apelación a la resolución final, este deba ser resuelto de manera prioritaria por el tribunal.

De esta manera se modifica sustancialmente el régimen de impugnación dentro del proceso no penal, en la medida en que el efecto diferido constituye una medida eficaz para evitar demoras en el procedimiento.

El efecto diferido se concede en los casos que la ley así disponga, especialmente cuando se interpone la apelación contra una resolución dictada dentro de la audiencia preliminar, en la que se deniegue la procedencia de una excepción de resolución previa o la práctica de determinada prueba (Art. 262.3 COGEP).

Al mismo tiempo que las partes ven garantizado su derecho de impugnación, el proceso continúa. La apelación con efecto diferido se fundamenta junto con la apelación sobre lo principal o cuando se contesta a la apelación.

Un error común de los litigantes consiste en interponer apelación con efecto diferido de la declaratoria de validez procesal. Si bien la nulidad puede ser alegada en la audiencia respectiva, una vez que el juez considera que no hay omisión que declarar únicamente puede ser invocada como causa de apelación o casación (Art. 110. 2 COGEP).

Anuncio de prueba en la fundamentación de la apelación

En el escrito de fundamentación o en el de contestación a la fundamentación las partes pueden anunciar prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia. El enunciado así planteado parecería romper el principio de oportunidad en el

anuncio y práctica de la prueba, no obstante se trata de un caso excepcional, porque el anuncio de prueba después de la resolución de primera instancia y la práctica de la misma en segunda instancia caben exclusivamente cuando se trata de acreditar hechos nuevos o cuando se refiere a prueba que versando sobre los mismos hechos no ha sido posible obtenerla sino después de la sentencia o auto interlocutorio de primer nivel. También es posible solicitar la práctica de la prueba indebidamente denegada en la primera instancia, siempre que se hubiera interpuesto apelación con efecto diferido en el momento oportuno. Analizaremos cada uno de los casos en que es posible solicitar en la fundamentación y practicar en segunda instancia prueba.

1. *Cuando se anuncie prueba sobre hechos relevantes para la decisión del pleito ocurridos después del pronunciamiento oral.*
2. *Cuando se anuncie prueba, especialmente documental, a la cual no tuvo acceso el peticionario o que se produjo después de la convocatoria a la audiencia de juicio o de la convocatoria a la audiencia única, siempre que no se encuentre en el caso previsto en el artículo 166 del COGEP (prueba nueva).*
3. *Cuando se pida la práctica de prueba indebidamente denegada en la primera instancia, siempre que se hubiera apelado, con efecto diferido, del auto de admisibilidad probatoria. El inciso final del artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos dispone que “La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente”.*

Por tanto, diferencia de lo que ocurre con el anuncio de prueba en los actos de proposición, el anuncio de prueba en la fundamentación de la apelación o en la contestación a la fundamentación es excepcional y únicamente procede en los casos señalados anteriormente.

Admisión del recurso de apelación

Interpuesta la apelación en audiencia y fundamentada dentro del término que la ley señala (diez días para todos los procedimientos y cinco días en materia de niñez y adolescencia), la o el juzgador la admitirá si es procedente y expresará el efecto con que la concede. Ha de entenderse, sin embargo que si la o el juez concede la

apelación en un efecto que no corresponde esta omisión sería perfectamente subsanable por el tribunal de apelación.

Inadmisión del recurso de apelación. Recurso de hecho

Si el recurso de apelación no es admitido, por falta de oportunidad o por que no está debidamente fundamentado, la parte apelante podrá interponer el recurso de hecho.

Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia: “el recurso de hecho no es en realidad un medio impugnatorio de naturaleza jurisdiccional sino más bien un recurso vertical de queja contra el juzgador de última instancia que, a criterio de quien lo interpone, ha denegado infundadamente el recurso de casación, la Sala ha de realizar el examen de la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación denegado, para en base a ello declarar si admite o rechaza la queja objeto del recurso de hecho y dar paso o no al proceso de casación. Con el fin de efectuar este estudio, la Sala revisará el análisis que el Tribunal de instancia efectuó del escrito de fundamentación, para determinar si éste cumple o no con los cuatro requisitos que son indispensables para la procedibilidad del recurso extraordinario y supremo de casación: a) que la parte que lo interpone esté legitimada activamente para ello, es decir, que haya sufrido agravio en la sentencia, b) que la providencia impugnada sea de aquellas susceptibles del recurso; c) respecto del tiempo de su presentación, que se lo haya interpuesto en el término señalado por el artículo 5 de la ley de la materia, y, d) que el escrito de fundamentación cumpla con los requisitos de forma que imperativamente dispone el artículo 6 de la Ley de Casación”¹⁶.

A pesar de que no es materia de este trabajo es preciso señalar que interpuesto el recurso de hecho y elevados los autos a la Corte Provincial le corresponde analizar, en primer lugar y sin necesidad de convocar a audiencia, si el recurso de apelación fue o no inadmitido conforme a la ley. Únicamente cuando encuentra que la apelación ha sido indebidamente inadmitida procede a convocar a audiencia de apelación, en la forma señalada en el artículo 283 del Código Orgánico General de Procesos.

¹⁶ Expediente 372, Registro Oficial 490, 9 de Enero del 2002

Audiencia de apelación

Recibido el expediente –Art. 260 del COGEP–, el tribunal convocará a audiencia en el término de quince días conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código. En materia de niñez y adolescencia la audiencia se convocará en el término de tres días.

Esta única disposición sobre la convocatoria y el manejo de la audiencia de apelación, requiere que realicemos un recorrido por todo el Código para restablecer la forma cómo debe desarrollarse la audiencia. Trataré a hacer una aproximación del orden en que debe desenvolverse la audiencia:

1. Calificación del recurso

Instalada la audiencia, conforme a las reglas generales, le corresponde al Tribunal, en primer término, calificar el recurso, conforme la disposición del artículo 12 del Código Orgánico General de Procesos, es decir examinar la oportunidad de la interposición y si cumple el requisito de fundamentación.

2. Validez procesal

Como se señaló anteriormente la nulidad puede ser invocada como causa de apelación –Art. 110.2 COGEP–. En este caso el tribunal debe examinar si existe nulidad procesal y, aplicando el principio de trascendencia, establecer si la omisión ha sido determinante, porque ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso. En el supuesto de que la omisión sea determinante declara la nulidad a partir del acto viciado y remite el proceso al juzgador de primer nivel. Por el contrario, si encuentra que el proceso es válido, continúa la audiencia respecto de la o las apelaciones.

Según mi personal opinión aun cuando la omisión no se alegue como causa de apelación el tribunal de segunda instancia está obligado a declarar la nulidad procesal por violación del trámite siempre y cuando hubiera influido o pudiera influir en la decisión.

3. Apelaciones en efecto diferido

Como se ha dicho anteriormente, las partes pueden apelar en efecto diferido de dos resoluciones adoptadas por la o el juzgador en la audiencia preliminar o en la

primera fase de la audiencia única: la que niega las excepciones previas y la que admite la prueba. Aparte de este caso el artículo 121 del COGEP regula la apelación en efecto diferido en las diligencias preparatorias. En todo caso en que las partes han apelado en efecto diferido y han fundamentado la apelación, el tribunal de instancia, luego de examinar la validez procesal, de ser el caso, debe pedir al recurrente que fundamente su apelación en efecto diferido y, luego de la exposición de la otra parte, pronunciarse sobre la o las excepciones, conforme lo dispone el artículo 261.3 del Código Orgánico General de Procesos que dispone que la apelación en efecto diferido sea resuelto de manera prioritaria por el tribunal.

4. Anuncio de prueba. Práctica de prueba en segunda instancia

Resuelta la apelación con efecto diferido, el Tribunal debe pronunciarse sobre el anuncio de prueba efectuado, eventualmente, en la fundamentación de la apelación o en la contestación a la fundamentación, tomando en cuenta, como se señaló, la limitación del artículo 258 del Código. Cuando se admite la prueba anunciada y es posible practicarla en ese momento se lo hará en la audiencia. En caso de que no pueda practicarse en la audiencia convocada se suspenderá la misma y se ordenará la reinstalación, empezando por la práctica de prueba.

5. Fundamentación de la apelación sobre el asunto principal

Una vez que el tribunal resuelve la validez, la apelación en efecto diferido y la admisión de la prueba, siguiendo las reglas generales de las audiencias, se concede la palabra al recurrente para que fundamente su apelación y luego se escucha el argumento de la otra parte.

6. Conciliación

A pesar de que la norma no lo señala expresamente es una práctica común en los tribunales pluripersonales que antes de emitir un pronunciamiento se busque un acuerdo entre las partes.

7. Resolución

De no existir conciliación entre las partes el tribunal emite su resolución oral, la resolución escrita motivada se notifica en el término de hasta diez días.

Forma extraordinaria de concluir el proceso en segunda instancia. Abandono en segunda instancia

En caso de inasistencia del recurrente a la audiencia de segunda instancia, el artículo 87.1 del Código Orgánico General de Procesos sanciona este hecho con el abandono del recurso. La norma dispone: “Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono”. Los efectos del abandono en segunda instancia están regulados en el artículo 249 del mismo Código que ordena: “Si se declara el abandono en segunda instancia, o en el recurso extraordinario de casación, se tendrá por desistida la apelación o dicho recurso y por firme la resolución recurrida, y se devolverán las actuaciones al tribunal o a la judicatura de donde procedieron”.

El recurso de casación en el ámbito civil

María Rosa Merchán Larrea

*Presidenta de la Sala de lo Civil y Mercantil
y Jueza de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia
y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia*

Para comenzar la presente ponencia, es pertinente dejar establecido que el recurso de casación es uno solo para todas las materias no penales, pues no hay un recurso especialmente diseñado para el ámbito civil, como no lo hay para el ámbito laboral, o para familia, así lo establece el Código Orgánico General de Procesos.¹

El profesor Calamandrei definía al recurso de casación como un derecho de impugnación concedido a la parte vencida para hacer que la Corte de Casación anule, no toda sentencia injusta, sino solamente aquella cuya injusticia en concreto se demuestre fundada en una errónea interpretación de la ley.²

Parafraseando a Calamandrei, y teniendo en cuenta la forma en que, nuestra legislación estructura el recurso de casación, diremos, que es el derecho a la impugnación, concedido al agraviado con una sentencia o auto final y definitivo, para hacer que un tribunal de casación la anule, cuando fundada en vulneración de una norma se demuestre en concreto esa injusticia; pues la acusación debe ampararse en un error de derecho al juzgar o, en un error o vicio procesal que destruye la validez

¹ Código Orgánico General de Procesos. Quito: Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

² Calamandrei, Piero. Casación civil, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1959, p. 17

de la sentencia impugnada; no en una injusticia como tal, o en discrepancias con la valoración probatoria.

Decimos que el objeto de la casación es la anulación del auto o sentencia recurrido, porque ese es el efecto de la aceptación del recurso; el auto o sentencia impugnado no surte más efectos legales.

El Código Orgánico General de Procesos, en la exposición de motivos, numeral IV “Especificaciones de la propuesta”³, establece que los procesos de conocimiento enunciados, plantean la necesidad de normar tres tipos, los procesos ordinarios, los sumarios, y los monitorios; cierto que, con respecto a estos últimos de forma expresa señala que no hay recurso de casación; entonces en principio, procede la interposición del recurso de casación en los juicios ordinarios y sumarios; no en los procesos voluntarios (no transformados en sumarios por oposición), en los monitorios, ni en los ejecutivos.

Con respecto a esto, hay asuntos que debemos ir estableciendo en el camino, así el artículo 346 del Código Orgánico General de Procesos, establece que cualquier observación u objeción al inventario, como la negativa al examen o tasación de un bien, será considerada oposición, la que se sustanciará por el mismo juzgador en proceso sumario. Asimismo, se tramitan en juicio sumario la fijación de pensiones alimenticias. Ello no implica, que la oposición al inventario o el auto de fijación de pensión alimenticia tengan recurso de casación, porque, los pronunciamientos en ellos efectuados, no ponen fin al proceso; como no lo ponen los juicios sumarios de amparo posesorio, pues estos pueden concluir con un ordinario reivindicatorio. De igual manera, no procede con respecto a los juicios de expropiación, porque en ellos lo único que se discute es el valor a pagar, así lo establecen fallos de triple reiteración emitidos por la Corte Nacional de Justicia.⁴

Con respecto a la naturaleza del recurso de casación, se debe señalar que es extraordinario, limitado y formal.

³ Ibídem p. 4

⁴ Corte Nacional de Justicia. «Resolución 04-2014.» *EL TRÁMITE DE LA EXPROPIACIÓN NO ES UN PROCESO DE CONOCIMIENTO Y LAS SENTENCIAS DICTADAS EN ÉL CONSTITUYEN COSA JUZGADA FORMAL, POR LO QUE NO SON IMPUGNABLES MEDIANTE RECURSO DE CASACIÓN*. Registro Oficial 295, 23 de julio de 2014.

Es extraordinario, porque procede contra sentencias y autos ejecutoriados, que ponen fin a procesos de conocimiento, dictados por un tribunal de última instancia, (nótese) inamovibles a través de un recurso ordinario, y se admiten solo por los motivos expresamente determinados en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Decimos que es un recurso limitado, porque permite únicamente el control en derecho, esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal. Así, la casación es, en contraposición a la apelación, que ha sido designada como un recurso de jurisdicción plena, un recurso limitado. Más adelante hablaremos de lo que ocurre, cuando el tribunal de casación, concluye este recurso, pronunciándose sobre su procedencia.

Finalmente, es formal, porque obligatoriamente el escrito de interposición debe ser fundamentado y determinar todos los presupuestos previstos en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos:

1. *Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
2. *Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
3. *La determinación de las causales en que se funda.*
4. *La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.*

De la técnica con que se plantee el recurso, sin duda alguna, depende su admisibilidad y posterior procedencia; por ello, la importancia de su correcta formulación y la necesidad de obtener experticia necesaria en resguardo del derecho de los justiciables.

En concordancia, el artículo 268 del mismo cuerpo legal establece los casos en los que procede la casación:

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

Sin embargo, debo reconocer mi inexperiencia al respecto, pues en la Sala de lo Civil y Mercantil, apenas hemos tramitado un recurso y en la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores ninguno; por ello, teniendo en cuenta que los casos de casación previstos en el Código Orgánico General de Procesos, son los mismos que recogían las causales en la hoy derogada Ley de Casación, para tratarlos acudiré a mi experiencia al respecto:

1. *CASO UNO (1) “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.”*

Del contenido de la norma que configura la causal 1, devienen los requisitos para su procedencia: nulidad insanable, indefensión, especificidad y trascendencia.

La indefensión es la situación en la que queda una parte procesal, cuando sin incurrir en culpa o deslealtad procesal, se ve impedida en el ejercicio de sus derechos,

restringiendo de alguna manera su defensa, lo que vulnera el principio constitucional del derecho a la defensa, garantía básica del debido proceso.⁵

El principio de especificidad, presupone que no hay nulidad sin norma legal que la establezca; ello implica que la nulidad solo debe ser declarada en los casos que la Ley recurra a ella como medida expresa.⁶ Las nulidades procesales son taxativas y en el Código Orgánico General de Procesos se encuentran en el artículo 107.⁷

Por el principio de trascendencia, no hay nulidad, si la desviación no tiene influencia en la decisión de la causa. Las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar perjuicios que pudieran surgir de la desviación cuando ésta suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes.

Así por ejemplo, la citación constituye una solemnidad sustancial, común a todos los juicios e instancias; su omisión produce la nulidad de la causa, cuando ha impedido que el demandado oponga excepciones y reclame por la omisión; pero, si aún no citado el demandado en forma legal, opuso excepciones, y actuó prueba, el vicio en la citación, no produce nulidad, aquella se convalidó con su comparecencia; y, resultando el demandado perjudicado con la sentencia, la alegación de nulidad en casación por vicios procesales, con sustento en la falta de citación, no va a producir efecto alguno; ya que como se dijo, la nulidad quedó saneada con su comparecencia a juicio, y no lo colocó en estado de indefensión, además de que ella, no influyó en la decisión de la causa, porque si pudo oponer excepciones, sin duda pudo anunciar prueba y luego actuarla.

Al contrario, sí citado el demandado con apariencia legal, en su supuesto domicilio o por la prensa, no comparece a juicio, sino en segunda instancia, reclamando la omisión, y demostrando al tribunal que su domicilio es otro y que fue conocido o susceptible de conocerse por el accionante, y, aquel argumento no es atendido, siéndole también desfavorable la sentencia de segunda instancia; sin duda alguna que, el caso número uno previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos es el apropiado para fundar el recurso, debiendo fundamentarse y demostrarse tal violación en casación para su procedencia; igual ocurrirá, si se plantea

⁵ *Caso Banco Pichincha vs Quinteros*. 0143-2016 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 08 de marzo de 2017).

⁶ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires. 4ta. Edición. Año 2004, p. 317.

⁷ *Caso Banco Pichincha vs Quinteros*. 0143-2016 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 08 de marzo de 2017)

una acción contra persona fallecida y se demuestra por alguno de sucesores que su fallecimiento ocurrió antes de iniciado el proceso.

Es necesario precisar que, al amparo de la Ley de Casación, dentro del juicio número 101-2014⁸ se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de calificación de la demanda, disponiendo reponer el proceso al estado de ordenar se identifique a los herederos conocidos y se señalen los domicilios de citación. Esto porque el actor compareció a juicio demandando a los herederos presuntos y desconocidos, y pidiendo se les cite por la prensa, y el juez la ordenó sin previo juramento, cuando, habían herederos conocidos, con los que litigaba en otro juicio; nulidad que se la declaró a costa del demandante que la provocó, del juez de primera instancia *que omitió ordenar se cumpla con las disposiciones legales que regulan la demanda y la citación por la prensa, así como la forma en la que debe rendirse el juramento al que alude la referida norma*, y, del tribunal de jueces de segunda instancia, que a pesar de constar demostrado en esa instancia que la demandante conocía a los herederos por sus nombres y sus domicilios, y que omitió señalarlos en la demanda, colocándolos en indefensión; no declaró la nulidad.

2. *CASO DOS (2). Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*

Dentro de esta causal podemos distinguir tres supuestos, falta de requisitos y decisiones contradictorias, incorporándose como tercer componente, la motivación, aunque aquel, la motivación, es en sí mismo, es un requisito esencial de la sentencia.

Con respecto al primer supuesto “*requisitos exigidos por la ley*”, es preciso señalar que los requisitos de la sentencia son de orden externo e interno. Los presupuestos externos están relacionados con la legalidad de los tribunales, la intervención de las partes y la exigida existencia de pretensiones; todo dentro de un debido proceso. Los requisitos internos en cambio se refieren a la forma, oportunidad y contenido. Los requisitos de forma corresponden a la estructura del fallo que necesariamente ha de contener una parte expositiva, con identificación de las partes procesales, la enunciación de lo que se pretende, las excepciones opuestas y la decisión; lugar,

⁸ *Caso Córdova vs Herederos de Domingo Chiang y Piedad Valero*. 101-2014 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 30 de marzo de 2017)

fecha, hora y firmas de quienes expiden el fallo; y, los referidos a su publicidad y notificación.⁹ El requisito de oportunidad se relaciona con el tiempo dentro del cual han de dictarse las sentencias (si bien con el Código Orgánico General de Procesos la decisión se pronuncia de manera oral en la audiencia, la resolución escrita, según el artículo 93, se debe notificar en el término de hasta diez días.); los requisitos de contenido se refieren a la resolución específica, explícita y clara de los puntos de la litis; en congruencia con la pretensión y las excepciones, la fundamentación o motivación, entendida como el razonamiento lógico, que sustenta la aplicación de las normas de derecho a los hechos probados en el proceso; y, la decisión, conclusión a la que se arriba, y en la que debe determinarse los derechos y las obligaciones de las partes (Artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos).

En relación a la segunda subcausal o segundo caso, el tratadista Humberto Murcia Ballén, en su obra “Recurso de Casación Civil”, enseña, que la razón de ser de dicha causal se encuentra en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia, haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas, sólo en este supuesto la causal aludida tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado. El autor, cita a Piero Calamandrei y su pronunciamiento sobre esta causal de casación, señalando que aquel expresa:

En el caso en que la sentencia de apelación, contenga disposiciones contradictorias, la misma que sin embargo ha alcanzado la categoría de cosa juzgada en sentido formal, no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida, ya que la parte dispositiva contiene pronunciamientos, que están en contradicción, de modo que el uno no puede ser ejecutado sin que el otro se convierta en inejecutable, se puede decir que los mismos se neutralizan y se eliminan recíprocamente, de la misma manera que algebraicamente la suma de dos cantidades iguales la una positiva y la otra negativa, equivale a cero.¹⁰

Entonces, el caso dos, por la infracción descrita, debe invocársela cuando la decisión de la sentencia contenga disposiciones contradictorias o incompatibles, que hagan imposible su ejecución conjunta; por ejemplo, cuando declarada la prescripción

⁹ Caso Terán Núñez vs Sierra Santos. 906-2015 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 02 de diciembre de 2016)

¹⁰ Humberto Murcia Ballén. La Casación Civil en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá. 2005. p. 522.

adquisitiva de un inmueble, se ordene a aquel en cuyo beneficio se la declara, entregue los frutos percibidos en su posesión al titular del dominio; o peor aún devuelva el inmueble; o más simple, cuando declarándose con lugar una acción y condenándose al demandado al pago de obligaciones se condena al actor a pagar costas; o no condenándose al pago de costas procesales, se ordene a pagar los honorarios profesionales de la defensa de la contraparte.

3. *CASO TRES (3). “Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.”*

Con respecto a esta causal debemos decir, que los principios y normas que regulan la expedición de una resolución judicial, disponen que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la Litis, la que se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, -exigencia fundada o no- y la resistencia esgrimida en contra -excepciones-, fundándose en la Constitución, la Ley y los méritos del proceso; la omisión de resolverlos o la exagerada diligencia, más allá de aquellos, constituye causal para fundamentar el recurso de casación.

La inconsonancia, disonancia o incongruencia, afecta una decisión judicial, cuando aquella desbordando el principio dispositivo, rector, entre otros, de la administración de justicia, no se sujeta a los límites impuestos por las partes en la pretensión y la contradicción, ya porque otorga más de lo pedido; algo distinto a lo pedido o deja de resolver sobre algo de lo pedido. Cuando el órgano jurisdiccional al resolver vulnera el principio de consonancia entre lo pedido y lo resuelto, por exceso u omisión, lesiona el interés jurídico de las partes en el proceso y su derecho a la tutela judicial efectiva¹¹, y vulnera el artículo 91 del Código Orgánico General de Procesos.

Para ejemplificar, en el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio número 738-2011¹², la litis había quedado trabada con las pretensiones deducidas en la demanda, las excepciones alegadas a la misma, la reconvenición y su respectiva contestación, razón por la cual correspondía a los jueces de instancia pronunciarse *tanto sobre la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio como sobre la*

¹¹ Caso Ávila Cartagena vs Cámara de Comercio de Lago Agrio. 054-2015 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 11 de mayo de 2016)

¹² Caso Marcillo Viturco vs Zambrano Mendieta. 738-2011 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 26 de marzo de 2013)

reivindicación, debiendo aceptar una u otra pretensión exclusivamente conforme lo solicitado y lo aportado por las partes. Sin embargo, según se observó de la contestación a la demanda, la demandada solicitaba que se le restituya *únicamente* un inmueble de 400m² y la casa de habitación ahí existente, por lo que al haberse aceptado la reconvencción se debió exclusivamente ordenar la reivindicación de los referidos 400m², y no del “*bien inmueble materia de la Litis*” (sic), porque la Litis también quedó trabada sobre los dos inmuebles que pretendía prescribir José Trinidad Marcillo Viturco, cuyas superficies totales eran de 62.897m² y de 51.449 m², por lo que mal podían los juzgadores ordenar se devuelvan dichos inmuebles si la demandada no hizo alusión a ellos en su reconvencción.

4. *CASO CUATRO (4). “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.”*

Cuando se invoca la causal 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, deben señalarse las normas de valoración de la prueba que se consideran infringidas, para que el Tribunal pueda analizar si éstas fueron indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas, debe señalarse además, el medio de prueba afectado por este vicio y las normas de derecho sustancial que como efecto devienen en equivocadamente aplicadas o no aplicadas. La acusación de vulneración directa de las primeras e indirecta de las segundas, debe fundamentarse explicándose de una manera lógica y debidamente sustentada cómo ha ocurrido el quebrantamiento de las primeras, especificando qué medio de prueba se ha valorado de una forma diferente a la prevista en la ley y cómo aquello ha conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las segundas.¹³

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 199, establece que la prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible en consecuencia no se podrá aceptar en una parte y rechazar en otra, y comprende aún lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato; entonces, para ejemplificar, si un tribunal, con fundamento en una

¹³ Caso Pazmiño Pástor vs Clínica Pasteur. 0365-2014 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 18 de noviembre de 2015)

escritura pública, acepta como cierto el hecho de su suscripción (el 20 de mayo de 2010), que se ha prometido vender una casa de tres pisos y que se ha pagado el precio, no puede no aceptar como cierto la condición constante en la escritura de que la piscina de la casa contará con los mecanismos para agua caliente, porque la casa está en la costa y el agua caliente no es necesaria y por ello se alega que no se ofreció. De ocurrir aquello, el tribunal vulneraría el artículo 199, *precepto de valoración probatoria*; el medio de prueba vulnerado sería el documento público, artículo 1561 del código Civil, que señala que el contrato es ley para las partes y el 1562 que dispone que los contratos deben cumplirse de buena fe; solo así sería procedente la casación por este caso o causal. Un caso práctico, puede evidenciarse en la sentencia dictada dentro del juicio por daños y perjuicios número 365-2014¹⁴, aquí los jueces dividieron la confesión judicial (hoy denominada declaración de parte en el Código Orgánico General de Procesos¹⁵) utilizando solo la parte que les favorecía para fundamentar su decisión, sin ligarla con las demás pruebas actuadas en el proceso, como informes periciales, historia clínica y declaraciones testimoniales.

5. *CASO CINCO (5). “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*

Para entender el contenido de esta causal, debemos en primer término definir qué son normas de derecho y cuáles son los precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Son normas de derecho aquellas que declaran, crean, modifican o extinguen los derechos de las personas; constituyen jurisprudencia obligatoria, aquellos fallos de triple reiteración pronunciados con anterioridad al 20 de octubre de 2008, fecha de vigencia de la Constitución de la República que nos rige y con posterioridad a ello, aquellos declarados como precedentes jurisprudenciales obligatorios por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en los supuestos previstos en el artículo 185 de la norma suprema; las normas de derecho sustancial y los precedentes son determinantes de la parte dispositiva de la sentencia, cuando aplicadas a los hechos del proceso fundan la decisión.

¹⁴ Caso Pazmiño Pástor vs Clínica Pasteur. 0365-2014 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 18 de noviembre de 2015)

¹⁵ *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. Artículo 187.

Con fundamento en esta causal, se deben acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial, sin consideración a los hechos probados.

Devis Echandía, refiriéndose a los vicios de violación directa de la Ley, enseña “*Son totalmente extrañas cualquier consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta y en consecuencia la acusación resultará mal propuesta*”, agregando que tres son las maneras en las que puede resultar directamente violada una norma legal: por falta de aplicación, por indebida aplicación y por interpretación errónea; señalando al respecto de esta última que se refiere al “*contenido del texto legal y sus efectos, con prescindencia de la cuestión de hecho, o sea sin discutir la prueba de los hechos y su regulación por esa norma*”¹⁶.

Sustanciación del recurso de casación

A continuación se procederá a detallar los pasos que debe seguir el escrito que contiene la interposición de un recurso:

1. Formulado el escrito con los requisitos previstos en artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, y presentado este ante el tribunal cuya sentencia se impugna, el órgano jurisdiccional, se limita a verificar si su presentación se ha efectuado dentro del término previsto en el artículo 266 *ibídem*, y de así ocurrir, lo remitirá a la Corte Nacional de Justicia. El auto que niega la admisión por extemporáneo es susceptible de los recursos horizontales de aclaración y ampliación y el vertical de hecho. *(Como bien quedó explicado en las intervenciones realizadas el día de ayer)*
2. En la Corte Nacional de Justicia, previò sorteo, la competencia para admisibilidad, corresponde a un conjuce, quien en el término de 15 días debe calificar si aquel cumple con los requisitos de forma antes referidos; en caso de inadmisión se devuelve el proceso al órgano judicial de origen, para que se ejecute la sentencia. Es menester precisar, que la práctica de los conjuces,

¹⁶ Devis Echandía Hernando. Estudios de Derecho Procesal. Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. 2005. Pp. 74, 75.

nos ha llevado a concluir que la admisión puede ser también parcial; y de así ocurrir, el tribunal de casación solo resuelve, sobre el cargo admitido.

3. Admitido a trámite el recurso, procede se sorteé el tribunal de jueces que lo conocerá; el que, convocará a audiencia de fundamentación a cumplirse dentro del término de treinta días.
4. En la audiencia, el recurrente fundamentará de manera oral los cargos contra la sentencia, limitándose a aquellos específicos referidos en su escrito contenido del recurso y que han sido admitidos a trámite; la contraparte debatirá respecto de aquellos.
5. Concluido el debate, el tribunal (aunque la norma no lo diga), al ser un órgano pluripersonal, deliberará a puerta cerrada, hasta llegar a una decisión, la que pronunciará en la misma audiencia, atendiendo las reglas del artículo 273 del referido Código.
6. Con la declaratoria de aceptación o de rechazo del recurso, concluye la fase de control de legalidad del órgano de casación (*primera fase*); control limitado como ya se dijo a la legalidad de la sentencia de instancia.
7. Pero, aceptado el recurso, y acogiendo las reglas del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, cuando se acepte el cargo por vulneración de normas procesales que han viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, debe devolverse el proceso al tribunal, de origen, para su saneamiento. En los demás casos, aceptado el recurso, el tribunal, apartándose de su función controladora de legalidad, debe asumir una segunda función (*segunda fase*), en uso de las facultades concedidas por la norma contenida en el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, la de emitir una nueva sentencia que resuelva el litigio en el fondo, pues aquella casada, resulta inexistente.

El Código Orgánico General de Procesos es muy claro al disponer, por ejemplo, que cuando la casación se fundamenta en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el Tribunal casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda; recalando principalmente, en el numeral 3, que en las demás causales el Tribunal casará en mérito de los autos; entendiéndose, que la frase “en mérito de los autos” que utiliza la norma, hace referencia a los recaudos

procesales, que son los que sirven al tribunal de casación para emitir su decisión; pues, si se casa la sentencia del tribunal de apelación, aquella se anula, y no se puede utilizar unos hechos establecidos en una valoración probatoria de una sentencia inexistente por casada.

Como conocemos, “*Casar*” significa anular, abrogar, derogar, así lo define la Real Academia de la Lengua Española¹⁷; el fin perseguido por el recurso de casación es “*obtener el juicio de anulación de una sentencia definitiva o equiparable a definitiva*”¹⁸.

La Corte Constitucional, en diversos fallos emitidos en virtud de la interposición de una acción extraordinaria de protección, con respecto a esta actividad de plena jurisdicción ejercida por los diversos tribunales de jueces de las Salas especializadas de esta Corte Nacional de Justicia, hasta ahora en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación que disponía que si la Corte encuentra procedente el recurso casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto, y en adelante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, ha señalado:

Ejemplo Corte Constitucional

Sentencia 003-16-SEP-CC

Caso 1334-15-EP

- **Quien propone la acción extraordinaria de protección:**
José Ramiro Utreras Aguirre
- **Contra quien acciona:**
La sentencia emitida por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia el 27 de julio de 2015, las 15:04.
- **Fecha de la sentencia:**
06 de enero de 2016
- **Derechos supuestamente vulnerados:**
Seguridad jurídica, debido proceso en la garantía de la motivación y la tutela judicial efectiva.

¹⁷ Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=7mL8hqm|7mLg2Jx|7mNklrN>

¹⁸ Gladis E. de Midón. “*La Casación – Control del Juicio de Hecho*”. Editorial Rubinzal Culzoni. Argentina. 2001. p. 38.

“Es decir, los jueces nacionales valoran la prueba actuada en el proceso, lo cual atenta contra la naturaleza del recurso de casación como un recurso extraordinario. En efecto, en el caso sub examine, tal como la Sala sostiene, la causal alegada en el recurso de casación es la establecida en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, respecto a la falta de aplicación entre otras normas del artículo 29 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, la Sala, sin pronunciarse sobre este ámbito de análisis, emitió argumentaciones que no correspondían, en tanto actuó como órgano constitucional y además como órgano de instancia. Como órgano constitucional por cuanto, efectuaron un análisis de constitucionalidad de la decisión mas no un análisis de legalidad como correspondía y como órgano de instancia, al valorar la prueba y calificar los hechos del caso, desnaturalizando el recurso de casación y por tanto incumpliendo el requisito de razonabilidad.”

Con criterios como estos, la Corte Constitucional, ha dejado sin efecto innúmeras sentencias de la Corte Nacional de Justicia, Corte de cierre de la justicia ordinaria, y en algunos casos inclusive por más de dos o tres ocasiones¹⁹, provocando a mi criterio personal inseguridad jurídica.

Del ejemplo expuesto, podemos ver que resulta contradictoria la afirmación de la Corte Constitucional, con respecto al incumplimiento del requisito de razonabilidad en el fallo, requisito que ellos mismo definen en aquel, aduciendo que “(...) implica que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, sin que puedan incluirse criterios que contradigan dichos principios”, pues si lo “razonable” es que, casada (anulada) una sentencia, el Tribunal de Casación no tiene competencia para analizar los hechos y valorar la prueba, ¿cómo podría el Tribunal dictar una sentencia sustitutiva, que cumpla con el requisito constitucional y legal de motivación, en virtud de la cual, luego de enunciar las normas y principios en que se funda deba explicar su pertinencia a los antecedentes de hecho?.

Olvida la Corte, que el Tribunal de Casación, cuando casa una sentencia, debe dictar una que sustituye a la dictada por el tribunal de apelación, actuando efectivamente como tribunal de instancia al emitir una sentencia en mérito de los autos; así lo ha venido haciendo durante toda la vigencia de la Ley de Casación, hoy derogada, la ex Corte Suprema de Justicia y la Corte de Nacional de Justicia, así lo hacen los tribunales de las Corte Supremas de países como Colombia, Perú y España. En el

¹⁹ Caso Prophar S.A. vs Merck Sharp & Dome. 1140-2011 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 21 de septiembre de 2012)

primero de ellos, Colombia, incluso casada la sentencia se abre una fase de prueba, a fin de contar con los elementos suficientes para dictar una sentencia sustitutiva.

Sostener que un Tribunal de Casación que debe dictar sentencia de mérito en remplazo de una sentencia dictada por el tribunal de instancia, no debe valorar la prueba sobre los antecedentes de hecho, es pretender que la administración de justicia no tutele los derechos de las partes. Al efecto, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para esclarecer este tema, dictó la Resolución 07-2017²⁰, el 22 de febrero de 2017, la cual deja perfectamente establecido en su artículo 6 que:

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

Esperamos que, con esta resolución y la efectiva vigencia del Código General de Procesos, estos hechos cambien.

El Código Orgánico General de Procesos, hace realidad, el anhelo de una justicia diligente y eficiente; por ello al interpretarlo y aplicarlo debemos entender que el fin que persigue es que, quienes se encuentren inmiscuidos en un conflicto obtengan una solución justa y rápida.

Bibliografía:

Asamblea Nacional. «Código Orgánico General de Procesos.» Quito: Registro Oficial 506, 22 de mayo de 2015.

Ballén, Humberto Murcia. *La Casación Civil en Colombia*. Sexta edición. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2005.

Calamandrei, Piero. «Casación Civil.» Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

²⁰ «Resolución 07-2017» SENTENCIAS DE MÉRITO. Corte Nacional de Justicia, 2017.

Caso Ávila Cartagena vs Cámara de Comercio de Lago Agrio. 054-2015 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 11 de mayo de 2016).

Caso Banco Pichincha vs Quinteros. 0143-2016 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 08 de marzo de 2017).

Caso Marcellito Viturco vs Zambrano Mendieta. 738-2011 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 26 de marzo de 2013).

Caso Pazmiño Pástor vs Clínica Pasteur. 0365-2014 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 18 de noviembre de 2015).

Caso Propbar S.A. vs Merck Sharp & Dome. 1140-2011 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 21 de septiembre de 2012).

Caso Terán Nuñez vs Sierra Santos. 906-2015 (Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 02 de diciembre de 2016).

Córdova vs Herederos de Domingo Chiang y Piedad Valero. 101-2014 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 30 de marzo de 2017).

Corte Nacional de Justicia. «Resolución 04-2014.» *El trámite de la expropiación no es un proceso de conocimiento y las sentencias dictadas en él constituyen cosa juzgada formal, por lo que no son impugnables mediante recurso de casación*. Registro Oficial 295, 23 de julio de 2014.

Corte Nacional de Justicia. «Resolución 07-2017.» *Sentencias de mérito*, 2017.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2004.

Echandía, Hernando Devis. *Estudios de Derecho Procesal*. Editado por Zavalia Editor. Buenos Aires, 1985.

Midón, Gladis E. de. *La Casación - Control del Juicio de Hecho*. Argentina: Rubinzal Culzoni, 2001.

El recurso de casación en materia Contencioso Administrativa

Pablo Tinajero Delgado

*Juez de la Sala Especializada de lo
Contencioso Administrativo
de la Corte Nacional de Justicia*

Introducción

Uno de los más serios obstáculos que como miembro de la comisión de redacción del proyecto de Código Orgánico General de Procesos pude verificar, fue la falta de confianza en los abogados, jueces y público en general, respecto de la posibilidad de incluir en un solo cuerpo legal procesal general para todas las materias, a los procesos contencioso administrativos y contencioso tributarios, pues se consideraba, principalmente, que la naturaleza y especificidades propias de estos procesos, requerían obligatoriamente un cuerpo especial, si no decir dos, que regulen por separado, los procesos contencioso administrativos y contencioso tributarios.

Sin embargo, fiel a mi creencia y concepción referente a que es necesario implementar procesos uniformes, transparentes, ágiles y sencillos, defendí con mucha pasión (y por qué no decirlo, con alguna vehemencia), la necesidad de incluir en un solo cuerpo legal procesal a estas dos materias, con la convicción de que los conceptos de especialidad que los rigen deben ser aplicados por los jueces y las juezas en sus respectivas decisiones y sentencias, pero que ello no obliga a poner en vigencia cuerpos procesales separados para cada una de las materias, pues el proceso (concebido como el conjunto de autos o actuaciones de una causa judicial, como lo dice

Cabanellas¹) tiene como finalidad la aplicación concreta de la ley en relación con un bien jurídico protegido, a través de los órganos que administran justicia.

En el presente trabajo, voy a permitirme realizar un breve estudio comparativo de los dos sistemas que por el momento coexisten, tratando de destacar los hechos más relevantes ocurridos a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, para concluir con los retos que el nuevo sistema oral nos presenta a futuro.

1. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Este cuerpo legal fue publicado en el Registro Oficial N° 338 de 18 de marzo de 1968. En esta Ley se señalaron las dos típicas clases de pretensiones contencioso administrativas, a saber: el recurso subjetivo o de plena jurisdicción; y el recurso objetivo, de anulación o por exceso de poder. Pese a la existencia de esta distinción en cuanto a la pretensión, el proceso contencioso administrativo es uno solo, salvo en los casos de puro derecho, en los que el juzgador puede dictar sentencia con prescindencia de un término de prueba.

Así pues, el proceso contencioso administrativo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa propone la siguiente estructura:

Término para interponer la demanda (90 días) – término para aclarar y/o completar la demanda (5 días) – término para contestar la demanda (15 días) – término de prueba (10 días) – término para alegar y dictar sentencia (12 días). En total son 132 días hábiles (6 meses calendario). En la acción objetiva de anulación, el plazo para proponer la demanda es de 3 años y en los temas de puro derecho, no es necesario que se conceda un término de prueba, por lo que, en estos casos, se modifican los tiempos de esas etapas procesales.

Pese a que, como como ustedes pueden apreciar, esta estructura procesal es sencilla, en la práctica tenemos que la tramitación de los procesos contencioso administrativos se dilatan por mucho tiempo, poniendo en duda la oportunidad y eficiencia de la administración de justicia.

¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 20ª edición revisada, actualizada y ampliada, tomo VI, p. 437

A manera de ejemplo, me permito señalar estos casos tramitados de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Juicio N° 92-2006, que se inicia por demanda de impugnación del acto administrativo contenido en el Oficio 216 de 23 de febrero de 2006, suscrito por el entonces Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, por medio del cual se removió al actor de su puesto. La sentencia del Tribunal Distrital rechazó la demanda. Este proceso tuvo una duración en primera y única instancia, de 4 años. El proceso concluyó con la expedición de la respectiva sentencia dentro del recurso de casación, cuyo trámite duró 5 años. En total, el proceso tuvo una duración de 9 años.

Juicio N° 1279-2008, que se inicia por demanda que pretende el pago de la indemnización por daño moral al haber sido sobreseído el actor, después de haber permanecido detenido injustamente. La primera y segunda instancias se tramitaron ante el Juez de lo Civil y la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y tuvo una duración de 4 años. En casación el proceso duró 3 años y 4 meses, y en él se generó un conflicto de competencia entre salas de la Corte Nacional de Justicia, cuya solución demoró 1 año 5 meses., luego de lo cual se radicó la competencia en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Conflicto de competencia dentro de la causa **N° 1313-2015**, que se inició por demanda presentada el 9 de mayo de 1996, la misma que pretendía la devolución del anticipo entregado por el FISE para la construcción de dos aulas escolares. El 24 de octubre de 2013, el Juez de lo Civil se inhibió de conocer la causa por considerarse incompetente en razón de la materia por lo que remitió el proceso al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, el mismo que, mediante auto de 19 de diciembre de 2013 se inhibió de conocer el proceso por considerar que la remisión horizontal es propia de jueces del mismo nivel, lo cual no se produce entre los juzgados de lo civil y los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, además de que solo es factible en incompetencias diferentes a las que provienen de la materia, caso en el cual, si el juez estima que es incompetente, debe declarar la nulidad procesal. El 5 de marzo de 2015, esto es, un año y cuatro meses después de este auto, el Juez de lo Civil se ratificó en su inhibición; y, por su parte, el 29 de septiembre de 2015, es decir, seis meses luego, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo se ratificó igualmente en su inhibición. La Corte Nacional resolvió el conflicto el 30 de mayo de 2016, en la que resolvió dirimir la competencia a favor del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Hasta el presente

momento, no conocemos si se ha dictado la sentencia dentro de este caso, cuya duración ya excede los 20 años.

Estos casos citados, me permiten destacar un hecho recurrente en el sistema de procesos escritos, que consiste en las altas posibilidades de incidentar el proceso, ya sea por actos de las mismas partes, como también de los propios órganos juzgadores, lo cual dilata la tramitación de los procesos de manera totalmente inaceptable, afectando directamente a los justiciables y obviamente al servicio de justicia, que se ve imposibilitado de cumplir con su tarea de impartir justicia en forma oportuna y eficiente. Asunto digno de resaltar es que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no señala términos dentro de los cuales tiene que actuar el órgano juzgador. Así por ejemplo, en cuanto a la calificación de la demanda, en lo relativo a la apertura de la causa a prueba y otros.

2. El Código Orgánico General de Procesos

Publicado en el Registro Oficial N° 506, Suplemento, de 22 de mayo de 2015. El artículo 326 del Código señala las clases de acciones en la vía contencioso administrativa, que son: la de plena jurisdicción o subjetiva; la de anulación, objetiva o por exceso de poder; la de lesividad; y, las especiales: por silencio administrativo, el pago por consignación, la de responsabilidad objetiva del Estado, la nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, las de controversias en contratación pública y las demás.

De conformidad con el artículo 327 del COGEP, todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las relativas al silencio positivo y las de pago por consignación, que se tramitarán en procedimiento sumario. Nos vamos a referir exclusivamente al procedimiento ordinario.

En la acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para interponer la demanda (90 días) – término para aclarar y/o completar la demanda (5 días) – término para contestar la demanda y proponer la reconvencción (15 días) – término para contestar la reconvencción (15 días) - término para la realización de la audiencia preliminar (no menor a 10 ni mayor a 20 días) – término para la realización de la audiencia de juicio (en el término máximo de 30 días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar). En total son 175 días hábiles (algo más de 6 meses calendario). En la acción objetiva de anulación, el plazo para proponer la demanda es de 3 años y en los casos de puro derecho, no es necesaria la etapa de prueba en

la audiencia de juicio, por lo que, en estos casos, se modifican los tiempos de esas etapas procesales.

A manera de ejemplo, igualmente me permito señalar estos casos tramitados en única instancia, de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos:

Juicio N° 320-2016, que se inicia por demanda en contra del Director Regional de Trabajo, en virtud de la multa impuesta a la compañía actora, por falta de presentación del formulario de pago de utilidades. La sentencia de mayoría del Tribunal de instancia declaró la nulidad de la resolución por la que se impuso la multa, así como de la que negó el recurso de reposición. En la sentencia de casación, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia aceptó el recurso de casación interpuesto y declaró la validez y legalidad de los actos impugnados. El proceso tuvo una duración de 8 meses en la instancia y de 3 meses en casación. En total, 11 meses.

Juicio N° 1301-2016, que se inicia por demanda presentada en contra de la resolución de la Contraloría General del Estado que confirmó la responsabilidad solidaria de los accionantes al haber permitido que se paguen sueldos sobrevalorados a favor de servidores que reemplazaron a funcionarios de la Procuraduría General del Estado que salieron en comisión de servicios pagada a otras instituciones. La sentencia del Tribunal de instancia aceptó la demanda y declaró la nulidad del acto administrativo impugnado. En la sentencia de casación, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia aceptó el recurso de casación interpuesto y declaró la validez y legalidad del acto impugnado. El proceso tuvo una duración de 7 meses en la instancia y de 4 meses en casación. En total, 11 meses.

Juicio N° 1145-2016, que se inicia por demanda presentada en contra de la resolución por la cual el Consejo de la Judicatura impuso al actor la sanción de suspensión de funciones por 10 días sin goce de remuneración. La sentencia del Tribunal de instancia declaró la nulidad de la resolución con la que se impuso la sanción al actor y dejó sin efecto la suspensión impuesta en su contra. En la sentencia de casación, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia aceptó el recurso de casación interpuesto y rechazó la demanda. El proceso tuvo una duración de 5 meses en la instancia y de 4 meses en casación. En total, 9 meses.

Adicionalmente, existen casos en los que no fue necesaria la sustanciación del procedimiento ordinario establecido en el COGEP, para tener una decisión final del

asunto, mediante la expedición de un auto interlocutorio en la instancia, o con la expedición de la respectiva sentencia de casación. Estos casos son:

Juicio N° 049-2017, iniciado por demanda presentada en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado de Celica. En este proceso, con auto interlocutorio de 20 de febrero de 2017 se declaró la caducidad en el ejercicio de la acción contencioso administrativa. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de casación expedida el 8 de mayo de 2017, rechazó el recurso interpuesto por el actor. El tiempo transcurrido entre la expedición del auto interlocutorio y la sentencia de casación fue de dos meses y medio.

Juicio N° 050-2017, que se inició por demanda presentada también contra el Gobierno Autónomo Descentralizado de Celica. En este proceso, con auto interlocutorio de 21 de febrero de 2017 se declaró la caducidad en el ejercicio de la acción contencioso administrativa. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de casación expedida el 30 de mayo de 2017, rechazó el recurso interpuesto por el actor. El tiempo transcurrido entre la expedición del auto interlocutorio y la sentencia de casación fue de tres meses y medio.

3. Beneficios y retos por superar

Los beneficios

Evidentemente el sistema oral presenta varios beneficios que el sistema escrito no los brinda. Entre esos beneficios voy a destacar los siguientes:

- a) *Eficiencia*: como hemos constatado, el Código Orgánico General de Procesos propone un sistema de administración de justicia oral, cuyo mayor mérito consiste en evitar y casi eliminar de raíz, la posibilidad de incidentar los procesos con peticiones que se tornan interminables y que atentan contra la eficiencia de la administración de justicia, lo que se ve concretado en el artículo 3 del Código, según el cual la dirección del proceso corresponde al juzgador, quien “...controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas” en concordancia con el segundo inciso del artículo 80 ibídem, que dice: “Dentro de las facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la

discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea pertinente. Asimismo, podrá limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, interrumpiendo a quien haga uso manifestamente abusivo o ilegal de su tiempo. Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar su eficaz realización.” Dentro de este mismo punto, debemos considerar que la posibilidad de que se resuelvan incidentes y excepciones previas en la audiencia preliminar (en los casos del proceso ordinario) o en la primera fase de la audiencia de juicio (en los casos de los otros procesos) constituye una herramienta valiosísima para evitar la incidentalidad y garantizar la validez procesal, evitando de esta manera que se declaren nulidades con posterioridad a las respectivas etapas de saneamiento.

- b) *Oportunidad*: aspecto éste muy ligado a la eficiencia, pues una justicia lenta, una justicia inoportuna, no cumple su labor. En Ecuador hemos sido testigos de la demora en la administración de justicia, factor éste que ha impedido que los justiciables sientan y experimenten una verdadera justicia, pues en muchos casos (por no decir, en la mayoría), las sentencias que ponen fin al proceso han sido expedidas fuera de todo “plazo razonable”, tornando en ineficiente y carente de credibilidad al sistema de administración de justicia.
- c) *Inmediación y concentración*: para el profesor Enrique Véscovi², el principio de inmediación “...requiere que el sentenciador tenga el mayor contacto personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso... supone, además la participación del juez en el procedimiento, convirtiéndose, también, en un protagonista, lo cual lo hace intervenir directamente en su desarrollo... resulta difícil, dice PEYRANO, concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que conferir al oficio el derecho-deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos. Y agrega que solo cuando el proceso es “vivido” por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los hechos.” En cuanto a este principio, el artículo 6 del Código Orgánico General de Procesos exige que el juzgador o juzgadora celebren las audiencias en conjunto con las partes procesales, que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso, so pena de nulidad.

² Teoría General del Proceso, reimpresión de la segunda edición, Bogotá, 2006, página 52

En lo relativo al principio de concentración, el autor citado nos enseña que *“...propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión, lo cual, por otra parte, contribuye a la aceleración del proceso. Es natural que dicha concentración se cumpla fundamentalmente por medio de la audiencia, realizándose la parte fundamental del procedimiento en un solo acto (aun cuando haya que prolongarla si no se puede agotar en una jornada) en el que se concentran la recepción de la prueba, el debate oral y la sentencia. De este modo es como el tribunal puede tener una cabal y completa comprensión de las cuestiones debatidas y del objeto del proceso, y estar mejor habilitado para decidir.”*³

- d) *Publicidad*: la misma que tiene una íntima relación con la inmediación, pues los jueces pueden conocer de fuente directa cuáles son los argumentos de cada una de las partes y satisfacer de la mejor manera las pretensiones justas que ellas propongan. Y por su lado, las partes conocen plenamente la motivación que tienen los jueces para aceptar o no las pretensiones de las partes, sin que exista intermediarios entre los justiciables y los operadores de justicia y cerrando las puertas a las malas prácticas profesionales que tanto afectan al servicio de administración de justicia. Siguiendo a Véscovi, el prestigioso profesor nos dice que este principio de publicidad *“...permite la apertura del proceso, para que la potestad jurisdiccional pueda ser controlada por quienes tienen interés en hacerlo. Y de esa manera se pueda realizar el ideal democrático de que las funciones del Estado estén sometidas al contralor popular, que es el natural destinatario de ellas (el verdadero protagonista de las normas jurídicas y de su aplicación judicial.)”*⁴

Los retos

Pero en forma paralela a lo manifestado en párrafos anteriores, también la implementación de un sistema radicalmente diferente al sistema escrito imperante en nuestra historia y cultura jurídica, nos plantea algunos retos que, paso a paso, deben ser superados y que resalto a continuación:

- a) *Calidad*: entendida ésta como un elemento que permite a las partes entender con claridad y concreción cada uno de los puntos resueltos a lo largo del proceso, lo cual supone una motivación debida de las decisiones, pero también

³ OP. cit. página 52

⁴ Op. cit. página 53

-es lo ideal-, una decisión justa en base de las pretensiones legítimas de las partes. Se ha criticado mucho a la oralidad en el sentido de que es difícil tomar una decisión en la misma audiencia, pues en virtud de los argumentos, pruebas y alegaciones de las partes el juez debe consultar la legislación, los precedentes jurisprudenciales e incluso la doctrina, a fin de tener los suficientes elementos de convicción, por lo que necesita del tiempo necesario para pronunciar su decisión. Al respecto, considero que esta crítica carece de fundamento real, pues de acuerdo con el sistema implementado por el Código Orgánico General de Procesos, el juez es el director del proceso, lo cual exige que desde el primer momento en que asume conocimiento de la demanda, ya conoce sobre el tema a tratarse, conocimiento que se profundiza aún más, con la contestación a la demanda y la reconvencción y contestación a la reconvencción, así como con las pruebas anunciadas por las partes, lo cual le permite al órgano juzgador, fijar el objeto de la controversia para poder decidir con acierto al momento de pronunciar su decisión. Pero para que el juzgador pueda expedir decisiones de calidad depende también de las partes, pues ellas son las que, en cumplimiento del principio dispositivo, deben iniciar el proceso y disponer de éste y de sus diversos actos procesales, lo cual supone que reto no solo alcanza a los órganos que administran justicia, sino también a los abogados (quienes deben conocer de las destrezas y de las técnicas propias de la litigación oral) y obviamente llega también a las universidades y gremios profesionales que tienen la seria responsabilidad y obligación de enseñar y capacitar a estudiantes y profesionales, en el nuevo sistema procesal vigente en nuestro país.

- b) *Contaminación*: en este sentido y contrario a aquellos que pregonan la “no contaminación”, considero que el Código Orgánico General de Procesos obliga al juez a “contaminarse” desde el primer momento, entendida esta “contaminación” como el cumplimiento de la obligación de ser el director del proceso.
- c) Aplicación uniforme del COGEP: que considero el reto más serio en superar, pues de la corta experiencia que se ha tenido a partir de la vigencia de este cuerpo legal, sin citar ejemplos concretos, me permito indicar que en mi calidad de Juez Nacional integrante de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, he llegado a conocer casos en los que han existido varias interpretaciones respecto a una misma norma y creo que ello se produce no porque la norma sea oscura o adolezca de defectos en la redacción, sino más bien, resulta ser el producto de un nuevo sistema, totalmente diferente

al anterior, asuntos que pueden irse corrigiendo a través de los mecanismos que el derecho nos franquea, tales como las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales respectivos, los precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración, expedidos de conformidad con los artículos 184, numeral 2 de la Constitución y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, por qué no decirlo también, por las resoluciones de carácter obligatorio expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para los casos de duda u oscuridad de las leyes, conforme lo dispone el numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En todo caso, considero que estos y otros retos que nos propone la implementación de este nuevo sistema de administración de justicia en audiencia debe ser res-paldado. Un balance más acertado de sus ventajas y desventajas solo lo podremos hacer con el paso del tiempo y con la aplicación diaria del Código. Como muy bien lo dice Cappeletti⁵, refiriéndose a los principios de oralidad, inmediación y concentración, la tendencia a la democratización de la justicia y hacia la socialización del proceso, a fin de facilitar el acceso a la justicia a todos por igual y, naturalmente, en especial a quienes están más desamparados y carecen de medios (con la idea de tratar desigualmente a los desiguales para conseguir la igualdad), se cumple mejor mediante estos principios.

⁵ Citado por Vécovi, op.cit. página 53

Recursos horizontales y de hecho o queja

María Teresa Delgado Viteri

*Conjueza de la Sala de lo Laboral
de la Corte Nacional de Justicia*

I. Recursos horizontales

1. Introducción

El ejercicio de los poderes del Estado, implica una actuación de los mismos a través de los diversos órganos que lo componen y que en el caso de la administración de justicia, su proceder se observa a través de las decisiones judiciales que emiten los operadores de justicia. Éstas son el resultado del análisis y la elaboración razonada en derecho de los argumentos que le otorgan su fundamento, siendo por tanto las formas de comunicación del juez.

Por esta razón, las decisiones judiciales deben tener precisión y además, su uso del lenguaje debe ser claro y conciso sin lugar a ambigüedades. La importancia de este aspecto radica en que éstos son los actos del juzgador o tribunal los que deciden sobre aquellas cuestiones que le han sido planteadas, ya sea respecto del fondo del asunto o ya sea respecto de cuestiones de carácter procesal.

Los diferentes ordenamientos procesales contienen formas particulares de decidir en ese ámbito, según la forma y el contenido de las decisiones judiciales. En este sentido, el sistema ecuatoriano, prevé estas formas de comunicación judicial en el artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 88.- Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos.

La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso.

El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento.

El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa.

El juez cuya función es la de administrar justicia, debe dirigir su actividad de suerte que en sus decisiones se refleje “la voluntad abstracta contenida en la ley”¹. En opinión del tratadista Murcia Ballén, las decisiones judiciales, al ser un producto del ser humano, pueden incurrir en anomalías o errores, y de esta manera deja de cumplir su finalidad.

Frente a esta realidad, los ordenamientos procesales, en consideración del derecho a recurrir de las personas, facultan a las partes a impugnar las decisiones judiciales que los afectan. Por ello se han contemplado remedios o recursos al servicio de los litigantes con el objetivo de otorgarles la facultad de buscar la corrección de las anomalías o injusticias señaladas.

2. El derecho a impugnar y el derecho a recurrir

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de recurrir de los fallos y resoluciones como una garantía del debido proceso en el artículo 76 número 7 letra m). A su vez contempla el derecho a la defensa como aquella facultad que tienen las partes dentro del proceso para acceder a los mecanismos que conlleven a hacer respetar sus derechos, haciendo uso de los medios que les permitan ejercer el derecho a la defensa. Así también, como parte de esta facultad reconocida por la Constitución, existe el derecho de interponer recursos que el ordenamiento jurídico contempla respecto de cada materia y proceso. Este derecho consagrado por la Constitución de la República es conocido por la doctrina como el derecho a recurrir o impugnar:

¹ Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil* (Bogotá: Editorial Temis, 1977), 34.

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

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

El derecho a impugnar, a criterio de la Corte Constitucional, en la sentencia No. 056-17SEP-CC es aquel que :

“(...) representa una verdadera garantía al debido proceso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que permite a las partes procesales acceder al control de las decisiones judiciales que consideren tiene vicios o errores y que merecen ser examinadas por otros operadores de justicia (...)”.

Por tanto, el derecho de impugnación consiste en la fiscalización de la regularidad de los actos en un determinado proceso, entre estos se encuentran los relativos al órgano jurisdiccional y se manifiestan por medio de resoluciones. En este sentido, es un tipo de control de las labores judiciales con el propósito de que se corrijan aquellos actos que podrían ser imperfectos o inválidos en el futuro.²

El derecho de impugnación, íntimamente ligado al derecho a recurrir, surge a partir del ejercicio del derecho subjetivo de acción y de contradicción. Este derecho corresponde a las partes litigantes y a los intervinientes en el proceso³. El objeto que se busca al ejercitar este derecho consiste en lograr la revisión de una resolución judicial con el fin de corregir los errores que se puedan cometer. Como derecho mantiene un carácter abstracto de naturaleza procesal, pues no garantiza el pronunciamiento de una nueva resolución a favor de la parte que impugna.⁴

Al ser un derecho, su ejercicio no es de obligatorio cumplimiento, sin embargo, el no ejercerlo en determinadas ocasiones, puede devenir en consecuencias perjudiciales para la parte. Por ejemplo, la configuración de una resolución en cosa juzgada errada, pero sin la posibilidad de modificarla; o bien, en la pérdida

² Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de Derecho Procesal Civil* (Madrid: Editorial Aguilar, 1966), 665.

³ James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil* (Barcelona: Editorial Labor, 1939), 399.

⁴ Hernando Devis Echandía, *Óp. cit.*, 666.

de oportunidad procesal para demostrar un derecho o exigir el cumplimiento de una obligación.⁵

Este Derecho Constitucional a recurrir no tiene carácter absoluto y su ejercicio está supeditado a ciertas condiciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En cuanto a sus caracteres, podría decirse que su naturaleza es de fuente procesal en la medida que se origina solamente en cuanto exista una relación jurídica procesal. Por ello, es un derecho subjetivo, procesal y condicionado; dado que corresponde a los intervinientes en el proceso, tiene el objetivo de enmendar los errores del juez, y por último, se encuentra sujeto a la condición de que exista un perjuicio o gravamen a sus titulares.

El principio de impugnación es esencial en todo procedimiento, pues evidentemente las partes corren el riesgo de verse afectadas, bien sea en sus intereses o derechos. Del mismo modo este principio sirve para impulsar de cierto modo el proceso y encaminarlo a sus diferentes etapas que pueden estar limitadas por el principio de preclusión. De este modo, es fundamental que los actos judiciales sean impugnables a través de recursos que pretendan rectificar errores o vicios que podrían haberse cometido. En este sentido, Devis Echandía sostiene que “[n]o puede concebirse la existencia de actos de decisión o impulsión que no sean impugnables. Pero varían los remedios que la Ley ofrece, según la naturaleza del acto y la clase de funcionario que lo haya dictado”⁶.

El principio de impugnación se vincula con la estabilidad de los actos judiciales. Generalmente, la estabilidad de los actos del juez, su perpetuidad y consistencia en el tiempo varían en cuanto cambien las circunstancias y las condiciones en las que fueron creados. Al ejercer su derecho a la impugnación, las partes atacan la estabilidad de los actos del juez. Así, Carnelutti señala que: “[...] entre las condiciones de la estabilidad de los actos procesales se encuentran la aceptación o la sumisión de las partes de una manera principal y determinante, por lo que al faltar ese acatamiento, la conducta respectiva es atacada y resulta inestable.”⁷

En la Sentencia No. 066-10-SEP-CC, caso No. 0944-09 –EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 364, de 17 de enero de 2011, la Corte Constitucional,

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, 65-66.

⁷ Francesco Carnelutti, “Capítulo XIV La impugnación” en *¿Cómo se hace un proceso?*, (México DF: Colofón, 2006).

analiza y considera que en razón de la intensa labor que ejercen los operadores de justicia en las diversas materias que conocen y juzgan, en razón del volumen de su trabajo u otros motivos, podría ocasionarse que en el ejercicio de su actividad cometan, por acción u omisión, la vulneración de uno o más de los derechos consagrados en la Constitución de la República a favor de las personas. Esta situación resulta grave por sí sola, más aún para quien sufre el agravio.

Por otro lado, es obligación de los operadores de justicia generar seguridad jurídica y confianza en la ciudadanía, por lo tanto, para estos casos en los que las apreciaciones que han hecho los jueces de instancia que a pesar de que están envestidas del principio de certeza y legalidad; las partes procesales, pueden ejercer el derecho a la defensa ya sea por encontrarse inconformes con la misma por cuanto consideran que son injustas, contiene errores o son inválidas. La manifestación de su inconformidad, se la puede ejercer, a través de los medios que la ley ha determinado de manera taxativa como recursos de impugnación de las decisiones judiciales.

3. Los recursos como medios para ejercer el derecho de impugnación

De esta manera, al hablar de recursos, se hace referencia a los medios de impugnación, los modos o maneras de materializar el derecho de impugnación. En virtud de la disposición constitucional, es posible hallar al derecho de impugnación en diversos cuerpos legales vigentes en el Ecuador, tales como:

1. Código Orgánico General de Procesos: A partir del Art. 250
2. Código Integral Penal: A partir del Art. 652
3. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado: A partir del Art. 65
4. Código Tributario: Art. 10

Devis Echandía considera que el concepto de impugnación es genérico y comprende “todo medio de ataque a un acto procesal o a un conjunto de ellos”, mientras por la acepción recurso se entiende aquella “petición formulada por una de las partes para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento que en ella se hayan cometido”⁸.

⁸ Hernando Devis Echandía, *Óp. cit.*,782.

En vista de que los medios de impugnación o recursos son los modos o maneras como en la práctica se materializa el derecho de impugnación, sus diversos tipos son expresiones de este mismo fenómeno. Como tales, los recursos “son actos procesales de la parte que se estima agraviada (o gravada) por un acto de resolución del juez o tribunal, por lo que acude al mismo o a otro superior, pidiendo que revoque o anule el o los actos gravosos, siguiendo el procedimiento previsto en las leyes.”⁹

Desde esta perspectiva, los recursos buscan evitar la posibilidad que la equivocación en la que incurrió el juez o tribunal resulte en una resolución injusta que pueda afectar a los intereses de una de las partes en el proceso. En razón de que los errores no siempre pueden objetivizarse en la resolución, se ha sostenido que el presupuesto para un recurso es el agravio de una de las partes producto de la resolución¹⁰.

a) El derecho a la impugnación y el principio de la doble instancia, doble pronunciamiento del mismo objeto del proceso y del objeto del debate como un control jerárquico de la resolución dictada

De acuerdo a Devis Echandía:

“De los principios de la impugnación y de la contradicción o audiencia bilateral se deduce el de las dos instancias. Para que ese derecho a impugnar las decisiones de los jueces sea efectivo y el demandado pueda contradecir adecuadamente las pretensiones del actor, la doctrina y la legislación universales han establecido la organización jerárquica en la administración de justicia, con el fin de que, como regla general, todo juicio sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía, si los interesados lo requieren oportunamente mediante el recurso de apelación.”¹¹

De este modo, se atribuye la competencia a un órgano judicial para conocer la controversia en primera instancia y a otro órgano se le confiere la competencia para conocerla en segunda instancia, en razón del grado. En consecuencia, es obligación de los jueces competentes en segunda instancia revisar las decisiones de los juzgados de primera instancia bajo las limitaciones que se impongan en la ley, tales como el requisito de interponer la impugnación dentro del tiempo establecido.

⁹ Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal* (México DF: UNAM, 1992), 481.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Hernando Devis Echandía, *Óp. Cit.*, 66.

El objeto del principio de doble instancia es la supresión de la existencia de un error judicial en una resolución o acto judicial. Al procurar que no existan errores es posible lograr una mayor seguridad jurídica en virtud del control jerárquico que ejercen los jueces de segunda instancia. En concordancia con lo mencionado: Hernando Morales Molina sostiene que el doble conforme:

*“representa una garantía para los asociados desde tres puntos de vista: a) En cuanto un juzgamiento o juicio reiterado hace por sí posible la corrección de los errores del inferior; b) En cuanto las dos instancias están confiadas a jueces diferentes, lo que propicia la imparcialidad; c) En cuanto el superior se considera más idóneo que el inferior por su preparación y experiencia, pues debe reunir mayores requisitos para ejercer el cargo”*¹².

Por motivos como los mencionados, se puede constatar que este principio es una garantía para las partes por cuanto: (i) se permite la corrección de posibles errores; (ii) propicia la imparcialidad; y, (iii) busca que un juez más idóneo por su preparación y experiencia revise un posible error. A pesar de que el principio de doble instancia es recogido por la mayoría de ordenamientos por estos motivos, existen varias objeciones a su aplicación. Vescovi expone los siguientes:

a) La mayor celeridad exige una sola instancia.
b) Si el tribunal de segunda instancia es el que predominará y, por otra parte, es el que está mejor integrado (generalmente por la colegialidad y mayor versación y experiencia de sus miembros), ¿por qué no se suprime, entonces, la primera instancia?, se ha preguntado. En definitiva, se dice, conduce a la desvalorización del juicio de primer grado y a la glorificación de los recursos.
c) Asimismo se ha dicho que los tribunales de segunda instancia, integrados por magistrados de mayor edad, son más conservadores (algunos dicen más aristocráticos) y cristalizan la jurisprudencia que desarrollan los jueces de primera instancia.
d) Por último, se señala que puede evitarse la mayor irreflexibilidad en el juzgar por el juez de primera instancia, por medio de un órgano colegiado de

¹² Hernando Morales Molina, *Curso de Derecho Procesal Civil* (Bogotá: Editorial ABC, 1978), 542.

*instancia única. El cual, por otra parte, es el único compatible con el régimen de oralidad que generalmente se proclama entre los principios procesales*²³.

No obstante las mencionadas objeciones, los sistemas jurídicos no desconocen la importancia de una instancia plural como una garantía de control jerárquico de las resoluciones dictadas y de una correcta administración de justicia.

Es así que la relación entre el derecho de impugnación y el derecho de doble instancia conforman un todo como garantías del debido proceso. Así se evidencia como ambos forman una cadena inseparable por cuanto el ejercicio del derecho de impugnación da paso al derecho de doble instancia. Enrique Vécovi relaciona al principio de impugnación y la doble instancia, y al respecto manifiesta:

*“En favor de la impugnabilidad (en general) y de la segunda instancia (en lo que al recurso de apelación se refiere), se dan múltiples argumentos. Frente a la celeridad, se levantan las garantías; la impugnación (...) surge de un ansia natural de justicia; la mayor experiencia de los magistrados superiores y la colegialidad, no significa límite a las novedades jurisprudenciales de primera instancia, sino en la medida en que ello es razonable y lógico, sopesando mejor las corrientes nuevas y evitando, en cierto sentido, el esnobismo”*²⁴.

4. Características generales de los recursos

Los recursos son medios de impugnación que la ley concede a las partes, constituyéndose tanto en un derecho como en una garantía del debido proceso, consagrado en la Constitución de la República. El efecto que se busca por medio de éstos, es que mediante el ejercicio del derecho a recurrir o impugnar se logre que una decisión judicial sea modificada o dejada sin efecto. Al hacer uso de los mecanismos impugnatorios a través de los recursos se aspira a la realización de justicia, a través de la fiscalización de la decisión judicial.

Como se manifestó, los recursos son los medios que establece la ley para obtener la modificación, revocatoria, reforma, aclaración o invalidación de una resolución

¹³ Enrique Vécovi, *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988), 27-28.

¹⁴ *Ibid.*, 88

judicial, ya sea del mismo juez que la dictó o de otro de superior jerarquía. De esta definición es posible extraer ciertos elementos comunes a todo recurso, a saber:

- Una resolución judicial que será impugnada;
- Un tribunal que la dictó (a quo);
- Un tribunal llamado a conocer del recurso mismo (ad quem);
- Un litigante agraviado con la resolución que se trata de impugnar; y,
- Una nueva resolución que va a modificar, revocar o invalidar la resolución recurrida.

Con referencia a las características de los recursos como se expuso con anterioridad, se puede establecer que los recursos son un derecho eminentemente procesal y un derecho subjetivo del litigante agraviado. Además de ello es posible identificar otras características: (i) los recursos son taxativos; (ii) requieren de legitimación para su interposición; y, (iii) se encuentran limitados por el principio de oportunidad.

Primero, en lo que concierne a la taxatividad de los recursos, se observa que los recursos están sujetos a ciertas condiciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley y deben estar previstos por esta última. Por regla general, contra toda decisión judicial proceden los recursos llamados horizontales: aclaración, ampliación, revocatoria y reforma.

No obstante lo mencionado, el COGEP limita esta regla y establece que ciertas decisiones judiciales pueden ser objeto de determinados recursos, lo que implica la existencia de requisitos de procedibilidad para su interposición. En este sentido, la revocatoria, de acuerdo al artículo 254 de este cuerpo normativo, solamente procede de autos de sustanciación. Conforme lo establece el segundo inciso del mismo artículo, todas las providencias son susceptibles de reforma. Por último, el artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos prescribe que el recurso de apelación solamente podrá interponerse de autos interlocutorios y sentencias.

Respecto del segundo punto, la legitimación, se encuentra determinada por la situación procesal del recurrente. En este sentido, Ovalle Favela, acertadamente sostiene que: “[l]os medios de impugnación son, pues, actos procesales de las partes – y podemos agregar, de los terceros legitimados – ya que solo aquellos – y estos – pueden combatir las resoluciones del juez”¹⁵. Aquello implica que un recurso

¹⁵ José Ovalle Favela. *Los medios de impugnación en el código procesal civil del Distrito Federal* (Mexico DF: Facultad de Derecho de la UNAM, 1977), 300.

corresponde exclusivamente a las partes intervinientes en el proceso, dado que éste es el medio idóneo para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican al recurrente. Por ello se ha señalado que “[e]l recurso es un acto procesal exclusivo de los litigantes (partes e intervinientes), como el proveimiento lo es del juez”¹⁶.

Por este motivo, solamente puede recurrir quien recibió agravio de la providencia dictada. Respecto al agravio que debe sufrir el recurrente, Devis Echandía manifiesta que:

*“Ese perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en juicio, pero concreto y actual respecto del asunto materia de la providencia. No es suficiente un interés teórico en la recta aplicación de la Ley, y por eso no puede recurrir la parte contraria a la que recibió el rechazo de una petición de su solo interés, so pretexto de que el juez viola la Ley al negarla, ni quien obtuvo la totalidad de lo pedido, porque no se adujo correctamente el fundamento legal para acceder a sus pretensiones o solo aceptó o se tuvo en cuenta uno o varios de los invocados”*¹⁷.

En este sentido, la parte debe tener un interés para recurrir que se manifiesta a través de un perjuicio que bien puede ser material o moral.

El COGEP (Art. 250) prevé que en todos los procesos que se relacionen con intereses patrimoniales del Estado podrán impugnar las providencias judiciales: las partes procesales y el Procurador General del Estado o su delegado.

Tercero, el principio de oportunidad circunscribe a los recursos por cuanto los litigantes deben ejercer sus derechos dentro de los precisos términos que indica la ley, fuera de estos términos el recurso se tornaría en inadmisibles. Además, en virtud del principio de preclusión deben interponerse en el tiempo que determina la ley.

Desde esta perspectiva, por regla general, el recurso horizontal debe interponerse en el momento que la sentencia ha sido anunciada en la audiencia oral. Sin embargo, se puede interponer un recurso en momento posterior a la emisión auto interlocutorio (Art. 255 COGEP). El procedimiento para su resolución es el siguiente:

¹⁶ Hernando Devis Echandía, Óp. Cit., 666.

¹⁷ Ibíd. 667

A. Si la petición se formula en audiencia o en la diligencia en la que se dicte la providencia, el juzgador:

1. Escucha a la contraparte (contradicción)
2. Resuelve el recurso en el mismo acto, de modo que confirme o modifique la providencia impugnada,

B. Si la petición es formulada fuera de audiencia o de la diligencia:

1. Quien lo propone, lo deducirá por escrito en el término de 3 días siguientes a la notificación de la providencia.
2. Se notifica a la contraparte con el recurso propuesto por el término de 48 horas.
3. Vencido el término anterior y dentro de las 24 horas siguientes, el juzgador resolverá sobre el recurso.



Respecto del recurso de aclaración o ampliación los términos para interponerlos correrán a partir del día siguiente al de su notificación de acuerdo al Art. 255 del COGEP. Del mismo modo, los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos dictados fuera de audiencia corren a partir de la notificación por escrito, según lo prescribe el Art. 250 COGEP. En fin, la regla general consiste en que se interpongan contra resoluciones que no están firmes o ejecutoriadas.

De forma general los recursos tienen una finalidad intrínseca que se refleja en el interés del recurrente para obtener una nueva providencia. Por esta razón, si el recurso se ha interpuesto para entorpecer el normal curso del proceso, se puede considerar como una conducta anti leal y estar sujeta a sanciones.

Para concluir, en lo referente a los recursos horizontales se identifica el principio de inmutabilidad, que conlleva a que el juez no pueda realizar alteraciones en cuanto a la decisión de fondo, pero si pueda aclarar, reformar y ampliar la providencia recurrida. Asimismo, se interponen ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida y le corresponderá conocer y fallar el recurso al juez o tribunal que dictó la resolución.

5. Clases de recursos horizontales y su finalidad

Ha manifestado la ex Corte Suprema de Justicia respecto de la clasificación procesal contemporánea de los recursos, que éstos pueden ser verticales u horizontales.

Así los recursos verticales se interponen para ante el superior que dictó el auto o sentencia impugnados como por ejemplo, la apelación, la casación, el recurso de hecho. Por otro lado, los recursos horizontales son aquellos que se proponen ante el mismo juez o Tribunal que dictó la providencia impugnada y que en nuestro nuevo ordenamiento procesal no penal son: aclaración, ampliación, reforma y revocatoria.

El COGEP prevé cuatro tipos de recursos horizontales:

- a. Aclaración
- b. Ampliación
- c. Reforma
- d. Revocatoria

Primero, de acuerdo al Art. 253 del COGEP, “[l]a aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura”. De ello se desprende que este recurso ordinario es conocido por la misma autoridad que emitió el acto o resolución que se impugna y que toma lugar cuando a criterio del recurrente, existe motivos de duda sobre la decisión, sin que este pueda modificar su contenido o alcance.

Segundo, el artículo 253 del COGEP prescribe que: “[l]a ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido

decidir sobre frutos, intereses o costas”. De este modo, el objetivo del recurso de ampliación consiste en suplir aquellas omisiones en las que el juzgador o el tribunal pudieron incurrir al resolver la causa.

Tercero, en virtud del artículo 254 del COGEP, se admite la reforma y la revocatoria. Al admitir la reforma de la providencia, su efecto es la rectificación en el extracto pertinente de ésta. Por otra parte, la revocatoria que se propone ante el mismo órgano que lo dicta, tiene como propósito la extinción total de un auto de sustanciación, dejándolo sin efecto jurídico alguno para que en su lugar se dicte otro.

6. Fundamentos de la existencia de recursos judiciales horizontales

La razón principal que justifica la existencia de recursos en un proceso judicial es el interés de evitar y eliminar los vicios que afectan a los actos judiciales susceptibles de impugnación. Solamente mediante la impugnación es posible lograr la corrección y el restablecimiento de la legalidad y el equilibrio en la resolución¹⁸.

Para Alberto Hinostroza Mínguez, la causa de la impugnación “reposa entonces en el derecho vulnerado con el acto viciado, el cual se pretende sea restablecido mediante el perfeccionamiento del acto impugnado que puede alcanzar de esa manera su finalidad”¹⁹.

Podrían resumirse los fundamentos de la existencia de recursos procesales en los siguientes:

- Viabilizan el reclamo respecto de la ilegalidad, agravio, perjuicio, falta o abuso del tribunal cometido en una resolución judicial de un proceso pendiente, pues se pretende enmendar un error.
- Coadyuvan a la búsqueda de la verdad y la justicia.
- Favorecen la certeza jurídica en razón de que se señalan plazos para interponer recursos.

¹⁸ Cfr. HINOSTROZA MINGUÉS, Alberto.- “Medios Impugnatorios en el Proceso Civil”. Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición. Lima-Perú. 1999, p.15.

¹⁹ *Ibíd.*

- Por medio de los recursos se concretan los principios formativos del procedimiento, especialmente la garantía constitucional del “Debido Proceso”.
- Los recursos implican un control de las resoluciones judiciales, ya que son las partes las que deben hacerlo efectivo.

7. Elementos fundamentales de los recursos horizontales

Para concluir, los recursos horizontales tienen como función solicitar al órgano jurisdiccional aclare, amplíe o corrija errores sustanciales que pueda contener el acto judicial que se impugna. Asimismo, permite obtener la reforma o revocación total de la providencia.

De acuerdo al Art. 250 del COGEP, solo se concederán los recursos previstos en la ley. En el caso de recursos horizontales, son admisibles en todos los casos, excepto de la sentencia de segunda instancia donde solo procede recurso de aclaración o ampliación. Además, según lo prescribe el Art. 251 del COGEP, cuando se concede o niega un recurso, no puede interponerse por segunda vez. En el mismo sentido, el artículo 252 del COGEP establece que es improcedente la proposición de recursos sucesivos o subsidiarios, excepto la aclaración y ampliación.

El Art. 255 del COGEP establece que la interposición del recurso deberá realizarse en la audiencia o en la diligencia en la que esta resolución se dicta. Si ésta se dicta fuera de audiencia, se formula por escrito dentro del término de tres días desde la notificación. Las peticiones que se realicen relativas a recursos horizontales deben expresar con claridad y precisión la fundamentación de su interposición.

Por otra parte, si la solicitud es formulada de forma oral, en la misma audiencia o diligencia el juzgador o tribunal debe escuchar a ambas partes, en virtud del principio de contradicción, y posterior a ello, modificará o confirmará la resolución. Si la solicitud fuere formulada de forma escrita, se correrá traslado con el escrito contentivo la petición a la contraparte, y transcurrido el término correspondiente el juzgador resolverá sobre el pedido.

II. Recursos de hecho y casos en los que procede

1. Recurso de hecho:

La ex Corte Suprema de Justicia, toma lo expresado por la doctrina contemporánea respecto de los recursos, y manifiesta que existen los recursos jurisdiccionales y los recursos administrativos intraprocesales²⁰. De acuerdo a la resolución de la Sala de lo Civil y Mercantil, los primeros son “los que pretenden atacar la resolución misma dictada dentro de un proceso judicial”²¹. Por otra parte los recursos administrativos intraprocesales “son aquellos mediante los cuales se atacan las indebidas actuaciones de los juzgadores”²².

En este sentido, el recurso de hecho es un recurso administrativo intraprocesal, pues este viabiliza, por un lado el conocimiento del recurso principal y por otro lado el tribunal de apelación o conjuer de casación fiscaliza la atribución de admitir o no los recursos de apelación y de casación respectivamente. Así lo ha sostenido la ex Corte Suprema de Justicia:

“El recurso de hecho conocido en la doctrina como de queja es un recurso vertical de índole administrativa pues con él se ataca la negativa del Tribunal ad-quem a conceder el recurso de casación, por lo tanto con el recurso de hecho no se puede atacar el fondo mismo de la resolución sino la forma en que el respectivo juzgador ha negado el recurso de casación”²³.

Así, el recurso de hecho constituye un medio de impugnación vertical de queja contra el Juzgador o Tribunal que, de acuerdo al recurrente, denegó sin razón su petición. Pues a criterio de la ex Corte Suprema, si el Juez de instancia es el único que puede conceder o negar el recurso de apelación o casación que se interpone contra las sentencias que éste ha dictado, podría consistir en una arbitrariedad e incluso podría implicar la imposibilidad de recurrir dichas sentencias al denegar la concesión del recurso sin más fundamentos²⁴. Para evitar que esto ocurra:

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil, (Expediente 372, Registro Oficial 490, 9 de Enero del 2002)

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

“[L]a ley procesal creó un remedio para evitar esa contingencia, que es llamado recurso de queja o de hecho, en virtud del cual se le permite al Tribunal ad quem y Corte Nacional que pueda examinar las razones que haya tenido para la denegación”²⁵.

2. Recurso de hecho en el COGEP

El Recurso de Hecho se regula en los artículos 278 al 283 del COGEP. De conformidad con esta normativa, procede contra las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación. El propósito de éste es que el juzgador o tribunal competente confirme o revoque la providencia impugnada.

En razón del Principio de Oportunidad, este debe proponerse ante el mismo órgano jurisdiccional que lo dicto dentro del término de tres días siguientes al de la notificación de la providencia que deniega el recurso. Previo a conceder el recurso, el juez o tribunal ante quien se lo ha interpuesto deberá verificar que, conforme al Art. 279 del COGEP: (i) La ley no niegue expresamente este recurso o los de apelación o casación en ese proceso; (ii) el recurso de apelación o el mismo de hecho se hayan interpuesto dentro del término legal; y, que no se interponga el recurso de hecho respecto de la concesión del recurso de apelación en el efecto no suspensivo, contrario a lo solicitado por el apelante.

Tras haber verificado las causas de improcedibilidad, en el término de cinco días el juez o el tribunal debe remitir el recurso al tribunal competente para que lo tramite. Ello exceptuando el caso en el que la apelación se conceda con efecto diferido, tal como lo menciona el Art. 281 del COGEP.

En primer lugar, si el Tribunal de apelación admite el recurso de hecho debe tramitar el recurso denegado. Al contrario, si lo inadmite debe devolver el proceso al inferior para que continúe el procedimiento.

En segundo lugar, si el proceso de segunda instancia se eleva por recurso de hecho a la Corte Nacional, un Conjuez de la Corte Nacional examinará si el recurso de casación fue debidamente interpuesto. En caso de cumplir con todos los requisitos

²⁵ Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil (Bogotá: El Foro de la Justicia, Bogotá, 1983), 543.

de admisibilidad, se concederá el mismo. Por el contrario, si el Conjuuez inadmite el recurso de hecho y el recurso de casación, se devuelve el proceso al órgano judicial respectivo.

El Art. 269 del COGEP estipula en su último inciso: “el auto que inadmita el recurso de casación será susceptible de aclaración o ampliación”. Sin embargo, el COGEP no es claro en contra de que órgano debe proponerse estos recursos, es decir, si ante la Corte Provincial o ante la Corte Nacional. Resulta lógico pensar que se refiere a la Corte Nacional, por cuanto solicitar una ampliación de la inadmisión de la Corte Provincial no tiene mucho sentido si lo que se pretende es el conocimiento del recurso de Hecho.

Desde esta perspectiva, Manuel de la Plaza señala que en el recurso de casación:

*“la ley otorga limitadas facultades de inadmisión al tribunal sentenciador, que, por auto motivado (y no por resoluciones de otra índole, como abusivamente se hace en algunos casos) puede negarse a expedir la certificación. De esta suerte es posible que, a pesar de tratarse de un mismo recurso, las facultades de admisión se distribuyan entre el tribunal a-quo y el tribunal ad-quem y se ejerciten en momentos distintos. Pero el poder de inadmisión que al primero se otorga, no es absoluto, puesto que cabe revisar y corregir el torcido uso que de él haya podido hacer, mediante un típico recurso de queja”*²⁶.

3. Efectos del recurso de hecho

El recurso de hecho no tiene efectos propios, este se liga a los efectos del recurso principal que se busca viabilizar a través del recurso de hecho. De este modo, es posible identificar los siguientes efectos:

- Una vez que se interpone el recurso de hecho ante quien ha negado el recurso principal, de forma inmediata se lo remite para su tramitación ante el tribunal correspondiente.
- En razón de la inadmisión del recurso de hecho, se devuelve el proceso al inferior para que continúe su trámite.

²⁶ Manuel de la Plaza, La Casación Civil (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944), 354.

- La admisión del recurso de hecho conlleva al trámite del recurso principal ante el tribunal correspondiente de acuerdo a las normas previstas en el COGEP.
- Por regla general, el recurso de hecho se concede con efecto suspensivo²⁷.

Procede según sus efectos en estos casos conforme lo prescribe el Art. 262 del COGEP:

- ◊ Sin efecto suspensivo, únicamente en los casos previstos en la Ley.
- ◊ Con efecto suspensivo, cuando se trate de sentencias y de autos interlocutorios que pongan fin al proceso haciendo imposible su continuación.
- ◊ Con efecto diferido, en los casos expresamente previstos en la Ley, especialmente cuando se la interponga contra una resolución dictada dentro de la audiencia preliminar, en la que se deniegue la procedencia de una excepción de resolución previa o la práctica de determinada prueba.

Cuando el recurso de hecho busca viabilizar el Recurso de Casación, por regla general este tendrá efecto no suspensivo. Por otra parte, si se ha solicitado rendir caución para suspender la ejecución de la sentencia y se ha consignado el pago, entonces tendrá efecto suspensivo.

a. Efecto del recurso de hecho ante la presentación de un recurso extemporáneo

En el caso N. 0663-11-EP ante la Corte Constitucional²⁸, el accionante consideró que los jueces de la Primera Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al negar el recurso de hecho interpuesto, "(...) violaron el derecho a la motivación, consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, en relación con los artículos 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 274 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no

²⁷ **COGEP. Art. 261.-** Efectos. La apelación se concede:

1. Sin efecto suspensivo, es decir se cumple lo ordenado en la resolución impugnada y se remiten al tribunal de apelación las copias necesarias para el conocimiento y resolución del recurso.
2. Con efecto suspensivo, es decir no se continúa con la sustanciación del proceso hasta que la o el juzgador resuelva sobre la impugnación propuesta por el apelante.
3. Con efecto diferido, es decir, que se continúa con la tramitación de la causa, hasta que de existir una apelación a la resolución final, este deba ser resuelto de manera prioritaria por el tribunal.
Por regla general, la apelación se concederá con efecto suspensivo. El efecto diferido se concederá en los casos en que la ley así lo disponga.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional N. 006-15 SEP-CC del caso N. 0663-11-EP.

determinaron el cumplimiento de la norma establecida en el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil". Ello, en razón de que a su criterio el recurso de casación que se buscaba viabilizar fue presentado dentro del término legal.

Para pronunciarse acerca de la causa, la Corte Constitucional ha debido referirse a la motivación como una garantía básica del debido proceso en varias ocasiones. Respecto al derecho del debido proceso, la Corte Constitucional ha establecido que:

“El debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, constituye un derecho de protección y un principio constitucional elemental, siendo el conjunto de derechos y garantías propias del accionado o parte demandada, así como las condiciones de carácter sustantivo y procesal, que deben cumplirse en procura de que quienes son sometidos a procesos en los cuales se determinen derechos y obligaciones, gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso exento de arbitrariedades”²⁹.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional, para el período de transición, dentro de la sentencia N. 011-09-SEP-CC2, se ha referido a este derecho en los siguientes términos: «(...) el debido proceso es el “axioma madre”, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar».

En su sentencia sobre el caso N. 0663-11-EP, la Corte Constitucional sostuvo que “los operadores de justicia actuaron con base a lo prescrito en la Ley de Casación, con apego irrestricto al debido proceso en la garantía de cumplimiento de norma, previsto en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República”. Ello en virtud que el recurso de casación fue presentado 20 días después de notificado el último auto dictado en el proceso. De esta manera, resulta evidente que el accionante no interpuso el recurso de casación dentro del término previsto en la Ley de Casación para entidades del sector público, es decir, dentro del término de 15 días. Por este motivo, la negativa de un recurso de hecho fue pertinente en razón de que el recurso de casación fue presentado extemporáneamente.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 099-13-SEP-CC, caso N. 0581-12-EP

b. La negativa del recurso de hecho y el derecho del debido proceso. El recurso de hecho y el derecho a la impugnación.

La Corte Constitucional, en su sentencia N. 008-13-SCN-CC, citando a su vez la sentencia N.0 024-10-SCN-CC en el caso N. 0022-2009-CN, señaló que un pilar fundamental del debido proceso se encuentra configurado por el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los derechos, facultades y acciones que la Constitución y la ley otorgan³⁰.

En este sentido, tanto la Constitución como la ley contemplan la posibilidad de interponer los recursos que la ley otorga contra decisiones judiciales, ello entendido como “el derecho a recurrir o impugnar, a través del cual se concede a las partes litigantes la posibilidad de solicitar que determinado proceso sea revisado por juzgadores de mayor jerarquía, a fin de que estos, en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, examinen lo resuelto por el órgano judicial inferior”³¹.

A su vez, la Corte ha sostenido que

“El derecho a recurrir se ha incorporado dentro de los textos constitucionales para limitar el poder que asume el juez dentro de una determinada causa, puesto que aquel es susceptible de cometer errores, ante lo cual, se garantiza que un juez o tribunal superior determine si la actuación del juez de primera instancia es acorde con la Constitución y las leyes. Sin embargo, no en todas las circunstancias este derecho a recurrir de las resoluciones judiciales se aplica sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional; el derecho a recurrir, si bien no puede ser objeto de restricciones ilegítimas, sí es limitable a través de regulaciones establecidas en la Constitución y la Ley. Estas limitaciones siempre deberán estar encaminadas a garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, estas limitaciones están determinadas por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación”³².

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia N. 008-13-SCN-CC.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia N. 045-15-SEP-CC. Caso N. 1055-11-EP.

³² *Ibíd.*.

En el caso N. 1055-11-EP, la accionante sostiene que la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia que rechazó el recurso de hecho formulado, vulneró derechos constitucionales por la aplicación de normas legales ordinarias por sobre los principios constitucionales, con lo cual, incluso solicita que se declare inconstitucional las normas contenidas en la Ley de Casación en la parte que expresa que este recurso cabe, únicamente, en los procesos de conocimiento. Ante ello, la Corte Constitucional sostuvo que:

“En nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de hecho se encuentra regulado en la Ley de Casación, el mismo que tiene por objeto viabilizar que la Corte Nacional de Justicia pudiere revisar y fiscalizar la denegatoria de un recurso resuelto por el operador de justicia u órgano judicial competente. Este acto responde a un principio de protección para el recurrente, que busca, a todas luces, evitar que no quede en indefensión ante una eventual arbitrariedad judicial cometida por parte de un tribunal de instancia”.

En el análisis, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia estaba obligada legalmente a examinar los fundamentos jurídicos utilizados para rechazar el recurso de casación. Por lo mismo, en este proceso la Sala confirmó que el recurso no fue interpuesto siguiendo los rigurosos condicionamientos formales para su procedencia. En tal sentido, nunca se negó el acceso a la justicia, ni las garantías del debido proceso en la interposición de los recursos. Por lo expuesto, los jueces, únicamente, aplicaron las disposiciones legales que ventilan el proceso.

c. La negativa del recurso de hecho y el derecho a la tutela judicial efectiva.

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, contiene una dimensión paralela. Por un lado, el derecho de las personas a acceder a la administración de justicia sin restricciones; y, por otro lado, la obligación de los órganos jurisdiccionales de garantizar el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales³³. Sobre la base de lo señalado, la Corte ha sostenido que:

“(...) el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, comporta un derecho de las personas de acceso a la justicia y el deber de los operadores

³³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N. 074-14-SEP-CC. Caso N. 1414-11-EP.

judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales y constitucionales pertinentes; de esta manera, se configura el derecho de manera integral en donde los jueces y juezas asumen el rol de ser garantes del respeto de los derechos que les asisten a las partes dentro de un proceso determinado”³⁴.

En efecto, este derecho se vincula con el derecho de las personas para exigir ante los órganos judiciales, que mediante un debido proceso, se proteja de forma inmediata sus derechos. Ello, cuando sus derechos puedan verse amenazados o vulnerados. Asimismo, el derecho de tutela efectiva se corresponde con el derecho a que la petición de exigencia sea atendida en el tiempo y la forma que establece la ley por las autoridades jurisdiccionales.

En el caso N. 1055-11-EP, la Corte Constitucional determinó que el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste solamente en el acceso a la justicia, sino que reside en un concepto más amplio, reflejado en la actuación judicial diligente para alcanzar justicia. En el caso en mención, se manifestó que el recurso de casación es excepcional y la determinación de causales específicas y excluyentes respecto a la procedencia de un recurso extraordinario, no se trata de una norma discriminatoria, ilegítima e inconstitucional. Dado que la accionante ejerció su derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales en todas las instancias previstas y posibles, no puede sostenerse afirmativamente que se le ha negado el derecho a la tutela judicial. Al haber negado el recurso de casación y el recurso de hecho con base en fundamentos jurídicos y disposiciones legales, los jueces actuaron de forma coherente con sus obligaciones de garantizar la tutela judicial efectiva.

De esta manera, se evidencia que el derecho a recurrir reflejado en la interposición de un recurso de hecho es una expresión de las garantías del debido proceso y del derecho a la tutela efectiva. Sin embargo, aquello no implica que la interposición del recurso de hecho conlleve de forma inmediata e indiscutible a la admisión del recurso que se busca viabilizar. Al interponer un recurso de hecho se permite a las partes obtener un criterio judicial de un órgano superior respecto a la negativa del recurso que ha presentado dentro de un proceso. Es así que mediante el recurso de hecho se fiscalizan las actuaciones del juez o tribunal inferior.

³⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N. 023-13-SEP-CC. Caso N. 1975-11-EP

Medios de impugnación en el campo administrativo

Luis Rafael Vergara Quintero

*Magistrado Principal
del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*

En primer lugar, es necesario que nos ubiquemos en el tema, precisemos conceptos y revisemos antecedentes, antes de adentrarnos a los puntos centrales de esta exposición como son los medios de impugnación que tiene la ciudadanía para rebatir las decisiones de la administración pública en la vía gubernativa o administrativa, advirtiendo de antemano que nuestra visión sobre el tema se encuentra soportada en la doctrina, en derecho colombiano y en algunas investigaciones realizadas en el Ecuador en la materia por lo que intentaremos hacer un ejercicio comparativo en la medida de lo posible.

Primera Parte

Generalidades

Bien sabemos que cuando el barón de Motesquieu¹ habló de la división de poderes de la manera tradicional –subrayo– estableció tres funciones básicas, a saber: la ejecutiva o administrativa, la legislativa y la jurisdiccional, pues según este filósofo y ensayista francés los poderes públicos no deben concentrarse en las mismas manos o en las mismas personas.

¹ Nicolás Estevanez, “DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES”, versión en castellano, tomo I, editorial Albatros, Buenos Aires, año 1942).

Para el ejercicio del poder público, el Estado se dividió en tres (3) ramas a cada una de ellas se les adscribió una función de manera preferente pero no exclusiva, esto es, la teoría de los pesos y contrapesos como garantía contra los regímenes despóticos y dictatoriales.

Por tanto, a la rama jurisdiccional le corresponde preferentemente el ejercicio de administrar justicia, pero en algún otro caso puede ejercer las otras dos. Y en esa misma dirección, podríamos decir que, si bien el presidente y el congreso ejercen funciones propias –función administrativa y función legislativa– desempeñan **igualmente** la jurisdiccional en casos excepcionales como sucede en algunas legislaciones contemporáneas.

Con el advenimiento del Estado moderno aparece la administración de justicia, en principio, radicada en el Príncipe o Monarca; luego, cuando evoluciona hacia la concepción democrática de Estado, hacia el Estado de derecho, hacia el **Estado Social de derecho**, surge la FUNCIÓN JURISDICCIONAL en aplicación al principio de la “división de poderes” mencionada.

La función jurisdiccional es aquella que se refiere a la administración de justicia y tiene por objeto la aplicación del derecho, lo cual de manera preferente corresponde a la Rama Judicial. Se tiene entonces que, al aparecer, la separación de poderes nació la función jurisdiccional, y concebida ésta surgió el aparato judicial encargado de cumplirla.

La función administrativa es aquella actividad de dirección, ejecución o servicio que despliega el Estado por medio de sus órganos para el logro y cumplimiento de sus fines esenciales, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales.

La función administrativa es aquella que se ejerce también preferentemente por la llamada Rama Ejecutiva del poder público, a cuya cabeza se encuentra el señor Presidente de la República o el primer Ministro, y se manifiesta a través de reglamentos, actos, hechos, operaciones administrativas y contratos estatales; ese obrar jurídico – administrativo es el objeto central de control por parte de lo contencioso administrativo, es su justificación.

En el Estado social de derecho no se concibe poder público, ni órgano administrativo que actúe sin sujeción a la ley; la administración no puede ejercer sus funciones sino conforme a la Constitución, la ley o el reglamento, por ello, siempre se presumen la legalidad del actuar administrativo.

Lo cierto es que por muy importante, omnipotente y poderoso que sea, ningún funcionario público está por encima de la ley, pues dentro del principio de legalidad se ha dicho que **“el reto no es establecer regulación a los gobernados, sino controlar a los gobernantes”**².

En los sistemas democráticos siempre debe haber un delicado balance entre el poder Ejecutivo de un lado y los poderes Legislativo y Judicial del otro. De tal suerte que si uno u otro de estos poderes ejerce sus funciones sin control acontece un desequilibrio en el sistema de pesos y contrapesos que obliga de inmediato a revisar toda la arquitectura constitucional del país respectivo.

La **autonomía y la independencia** del poder judicial han sido esencial para el mantenimiento de la democracia y del Estado de Derecho.

Los jueces no pueden estar secuestrados por el Ejecutivo y el Legislativo, tal condición no puede ser una simple declaración de buena voluntad o un mero formalismo sino que debe estar sólidamente fundamentada y demostrada en la realidad social, tal como sucedió con el poema del molinero despreocupado que al negarse a vender el molino a Federico II de Prusia este le respondió **“todavía hay jueces en Berlín”** para significar la importancia y la independencia de la institución judicial en las disputas parroquiales del siglo 18 (XVIII) y su autonomía frente al basto poder del imperio prusiano de la época.

La democracia no solo es cuestión de mayorías, ni de contar votos, sino que también es una concepción que tiene que ver con las garantías y derechos de los ciudadanos: además de los mecanismos de control a los funcionarios e instituciones públicas.

En todo caso, por muy diligente y cuidadosa que sea la administración pública y dada la complejidad que encierra el aparato estatal, siempre habrá el **riesgo cierto** de producir actos (inconvenientes, injustos o irregulares) hechos o contratos que lesionen los derechos subjetivos de los particulares o el orden jurídico general, y el medio garantizador y protector de los derechos subjetivos, individuales o fundamentales de los ciudadanos, no es otro que los **diferentes medios de impugnación** que brinda el derecho procesal mediante el CONTROL ADMINISTRATIVO que

² Tomado del artículo “El Futuro del Tribunal de Aforados” por Javier Revelo Rebolledo.

se ejerce ante la propia administración y el CONTROL POR ACCIÓN que según el decir del Profesor y exconsejero de Estado Carlos Betancourt Jaramillo³ se ejerce ante órganos independientes de la administración pública, como son los tribunales y jueces que ejercen la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así, pues, podríamos señalar que los recursos y las acciones (medios de impugnación) tienen por objeto afianzar el principio de la legalidad y mantener la juridicidad del actuar de la administración.

En otras palabras, el control por vía administrativa y mediante las acciones judiciales son garantías ciudadanas dentro de una democracia para lograr el mantenimiento del orden jurídico y el restablecimiento de los derechos presuntamente desconocidos por la actividad del Estado.

Esa actividad administrativa que realiza la Rama Ejecutiva susceptible a control en vía gubernativa y jurisdiccional, se encuentra representada en:

- Actos administrativos,
- Hechos y operaciones administrativas,
- Contratos estatales y,
- Vías de hecho.

Los actos administrativos son todas aquellas manifestaciones unilaterales de la administración destinadas a producir efectos jurídicos; este concepto comprende actos creadores de normas generales, así como los que producen efectos puramente individuales; aunque algunos autores y doctrinantes hablan de los actos con efectos mixtos (bifronte).

A diferencia, los hechos administrativos son los “acontecimientos involuntarios” de la administración que lesionan, sin pretenderlo, situaciones jurídicas individuales, lo que puede generar responsabilidad extracontractual del Estado.

La diferencia esencial entre el acto administrativo y el hecho administrativo, es que los primeros son voluntarios, en tanto, que los segundos son involuntarios. El hecho puede ser un acontecimiento o una omisión (Acción o abstención).

³ “DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO”, Primera reimpresión, Editorial Señal, año 2014, pág. 37, Medellín.

Para efectos de esta exposición nos vamos a detener en el tema relacionado con los **actos administrativos**, pues éste se encuentra relacionado con el objeto central que pretendemos abordar, como son los medios de impugnación en vía administrativa.

Los actos administrativos tienen varios atributos que le son inherentes, los cuales según Miguel Marienhoff ⁴ los podríamos sintetizar de la siguiente manera:

1. Presunción de Legalidad
2. La ejecutividad
3. Ejecutoriedad
4. Inmutabilidad
5. Impugnabilidad

Entremos a precisarlas de manera breve y concisa.

1. La presuncion de legalidad

El primero de estos atributos es la presunción de legalidad, que no es cosa distinta que el hecho “considerar o dar como cierto” que el acto ha sido expedido de acuerdo a las leyes y los reglamentos a las que se encuentra sujeto⁵.

Se trata entonces de una condición inherente a todo acto que se profiere por la administración, bajo el entendido de entrada que todo el ordenamiento jurídico fue acatado en forma estricta por la decisión pública.

Lo anterior significa que en principio debe considerarse que todo acto administrativo al emanar de la legitimidad del Estado ha sido expedido con el lleno de todos los elementos estructurales que lo hacen valido.

En muchos países no existe una norma expresa que consagre dicha presunción pero ella bien puede deducirse del mismo ordenamiento jurídico y de la organi-

⁴ “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO” tomo II, 3 Ediciones Abeledo - Perrot, Buenos Aires, pág. 368.

⁵ Luis Enrique Berrocal, “MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO” Ediciones El Profesional, quinta edición, año 2009, Bogotá, pág. 213.

zación institucional de cada país. No obstante, en algunos países se consagra la presunción de una manera expresa, como sucede en Honduras, Perú y Colombia; en este último caso el Artículo 88 del CPACA⁶ se indica: “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción contencioso Administrativa”.

En pocas palabras, es una presunción legal que por lo mismo es susceptible de prueba en contrario. Es decir, se trata de una **presunción iuris tantum** que será válida hasta que sea destruida en un proceso contencioso administrativo o por haber salido avante cualquiera de los medios de impugnación de la vía administrativa o contenciosa.

En esa dirección, podríamos afirmar que este atributo de la presunción de legalidad o de legitimidad trae varias consecuencias principalmente las siguientes:

Invierte la carga de prueba

Desde el derecho romano la regla general es que quien afirme, bien como demandante o bien como demandado, que determinado negocio o acto es legal o ilegal, le corresponde demostrar los supuestos de hecho y de derecho que respalden sus afirmaciones.

Por el contrario, en virtud a la presunción de legalidad de que esta investido el acto administrativo, la administración no está en la obligación de demostrar la legalidad de su propio acto, puesto que en este caso es a la persona natural o jurídica –pública o privada– que alega el vicio del acto impugnado en sede administrativa o en sede jurisdiccional, a quien se le traslada la totalidad de la carga de la prueba teniendo que demostrar el fundamento de sus afirmaciones.

En resumen, se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole a quien alegue probar la ilegalidad o invalidez de un acto administrativo.

Así mismo, lo anterior implica otra consecuencia como lo es que tal presunción no tiene que ser declarada judicialmente, ni es viable solicitar su conformidad con el ordenamiento legal, aunque obviamente ello se sobreentiende de una acción de

⁶ “CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, Ley 1437 de 2011.

anulación desestimada, lo que sí tiene que declararse por vía judicial, o si es el caso –conforme a los reglamentos– su nulidad, derogatoria o revocatoria.

Dice el profesor Luis Enrique Berrocal Guerrero “(...) la ilegalidad siempre requiere ser declarada, pues no existe ilegalidad de pleno derecho”⁷.

Obligatoriedad y eficacia

El acto administrativo en firme de entrada será obligatorio no solo para los ciudadanos, sino para todas las autoridades públicas sin excepción.

El acto genera por esa obligatoriedad, y ser plenamente eficaz, produce **todos sus efectos**, bien sean particulares o generales, hasta tanto el tribunal de lo contencioso administrativo no lo anule o suspenda.

2. La ejecutividad

Dice el tratadista venezolano Alan Brewer-Carias⁸ que la ejecutividad es el carácter ejecutivo de los actos de la administración, lo que implica (...) “que el acto administrativo dictado es, en sí mismo, el derecho declarado con fuerza de título ejecutivo”.

Es la fuerza de autoridad que tiene por sí misma la decisión, y una vez en firme adquiere su carácter de obligatorio sin más formalismos; advirtiendo eso sí que en tratándose de los denominados “actos complejos”, los actos de aprobación o de confirmación a los que está sujeto el acto primario, se entienden también proferidos o cumplidos en debida forma.

En síntesis, es la capacidad que tienen los actos administrativos para legitimar o servir de fundamento de derecho a las actuaciones de la administración y a todas las actividades que sean indispensables para que estos se cumplan a cabalidad.

⁷ Op. Cit, pág. 217.

⁸ Brewer-Carias Alan R. “PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO EN AMERICA LATINA”, Universidad el Rosario y Legis, primera edición, año 2003, pág.239.

3. La ejecutoriedad

Es simplemente aquella prerrogativa de los actos en firme para que la autoridades públicas adopten las medidas para **ejecutarlo de inmediato** sin más requisitos adicionales o formalidades, la que podrán ser de **naturaleza jurídica** (suspensión o desvinculación cargo público), o medidas de naturaleza **puramente material** (demoliciones, cierre establecimientos comerciales etc.).

Tales medidas pueden realizarse aun contra la voluntad del ciudadano, respetando obviamente el derecho a la oposición y a la defensa de terceros y de interesados.

En algunos países para que opere la ejecutividad y la obligatoriedad es necesario que el acto administrativo se encuentre en firme, lo que significa que la vía administrativa se encuentra agotada, esto es, que los recursos posibles se encuentran decididos.

4. La intangibilidad

Se refiere a la imposibilidad de modificar el acto que crea situaciones jurídicas individuales o aquel que otorga a derechos a los particulares sin el consentimiento del titular del derecho, a menos que se demuestre que su expedición fue el resultado de fraude, de maniobras engañosas o se hubiere emitido en perjuicio de particulares.

En otras palabras, esta característica es propia de los actos individuales más no de los actos generales abstractos e impersonales, lo que pueden ser modificados, derogados o revocados por razones jurídicas o de conveniencia pública.

5. La impugnabilidad

Es la última característica que trae la doctrina, es en realidad el objeto central de esta exposición, la que se encuentra referida a los medios de impugnación de los actos administrativos.

Esta característica intrínseca de los actos administrativos, se encuentran referida a la garantía que se brinda en un Estado de derecho de poder controvertir su legalidad ante la propia a autoridad pública que lo profiere (sede administrativa) o ante

los tribunales de lo contencioso administrativos en ejercicio de las acciones previstas en las leyes de procedimiento.

En todo Estado democrático de derecho, es principio fundamental la posibilidad de cuestionar la validez de las decisiones de las autoridades sin excepción alguna; de lo contrario estaríamos hablando como advertimos al comienzo de dictaduras o de regímenes despóticos.

Habíamos dicho anteriormente –**siguiendo al profesor Carlos Betancourt Jaramillo**⁹– que el ciudadano tiene dos posibilidades de impugnación de los actos administrativos, esto es, ante la propia administración o CONTROL ADMINISTRATIVO o aquel que se realiza ante el juez denominado el CONTROL POR ACCIÓN.

Para efectos de este análisis nos vamos a detener en los medios de impugnación en la vía administrativa o en el denominado control gubernativo.

Parte Segunda

Los medios de impugnación

Fundamentación de los actos administrativos

Decíamos anteriormente que por muy diligente que sean las autoridades públicas, siempre habrá el riesgo cierto de que se expidan actos administrativos irregulares o ilegales, bien sea por causar un perjuicio a un particular, por inconveniente o por infracción directa a las normas que estaban sujetos por falta de competencia, por falsedad en los motivos, abuso o desvío de poder, expedición irregular y demás vicios que según la doctrina pueden servir de fundamento para su nulidad, revocatoria o modificación.

De tal suerte que las administraciones públicas tienen que velar por proferir decisiones bien fundamentadas, respetando las garantías de derechos civiles y que consulten la ley, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso administrativo.

⁹ Op. Ci., pág. 37

En algunos países la jurisprudencia es un simple criterio auxiliar para la administración. No obstante, en otros países, como lo es el caso colombiano, la jurisprudencia constituye un precedente obligatorio que debe seguir de manera estricta por todas las autoridades en sus decisiones¹⁰.

En efecto, la Ley 1437 de 2011 (Artículo 10) señala que los actos administrativos se deben expedir de manera uniforme en casos iguales y deben aplicar no solo las disposiciones constitucionales y legales, sino las SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN del máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo, como lo es el Consejo de Estado.

La jurisprudencia que antes era un mero criterio auxiliar paso a ser obligatoria, no solo para los jueces de menor rango sino para la propia administración; en otras palabras, hoy en día el precedente judicial es obligatorio para los funcionarios y en caso de apartarse del mismo deben entonces la autoridad señalar razones fundadas y razonables para tomar un camino distinto.

En otras palabras, en vía gubernativa o administrativa las decisiones de las autoridades deben tomarse siguiendo el precedente de los jueces, el que adquiere fuerza vinculante, tornándose de esta manera en fuente formal y obligatoria de derecho.

De tal suerte que las decisiones de los servidores públicos quedan sujetas **al precedente** por razones de uniformidad y de seguridad jurídica, así como para evitar tantas disputas judiciales que deben finalizar en sede administrativa, siempre que esta sea fuerte y responsable; los asuntos de su competencia se deben resolver en forma uniforme, de manera idéntica y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso administrativo.

En el pasado, la administración pública decidía en contra de lo que señalaban los jueces administrativos: preferían un buen pleito a seguir la jurisprudencia de los jueces, y la inseguridad era lamentable hasta tal punto que se solía decir que cada funcionario público tenía su propia jurisprudencia.

¹⁰ Ver Constitución Política de la República del Ecuador, numeral 6 del Artículo 436. Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Nacional de Justicia en los fallos de triple reiteración, de acuerdo con Artículo 185 de la Constitución Política.

En esta nueva legislación se trae una novedosa figura que si bien no podría considerarse como un medio de impugnación, se trata de un medio de control cuando la administración no atiende la jurisprudencia de los Tribunales, como de suyo lo es **EL RECURSO DE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA** el cual es un mecanismo de efectividad de las orientaciones jurisprudenciales, el cual consiste simplemente en que toda autoridad pública colombiana deberá extender los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado a los casos individuales que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, siempre que la acción no hubiese caducado.

La vía administrativa

Concepto

En estricto sentido, la vía administrativa es aquella garantía de control que tiene el ciudadano para impugnar los actos o decisiones ante las mismas autoridades que profieren el acto.

En tanto que, en sentido amplio, es una prerrogativa que tiene la propia administración para revisar y analizar nuevamente su propio acto; es el privilegio de la “decisión previa” de que habla la doctrina francesa.

La vía gubernativa puede asumir varias formas para llevar a cabo los mecanismos de impugnación:

- Una son RECURSOS en tratándose de actos administrativos
- Y otras son las reclamaciones en otro tipo de actuaciones (hechos, operaciones administrativas, etc.) para pedir usualmente indemnización.

Objeto de los recursos

La administración pública tiene el privilegio de no ser llevada a juicio contencioso administrativo sin que previamente se le haya dado la oportunidad de revisar su propia actuación; es uno de los privilegios tradicionales en la mayoría de las legislaciones.

Aquí podemos señalar que una de las grandes diferencias entre las legislaciones colombiana y la ecuatoriana, es precisamente esta circunstancia, toda vez que en

esta última no existe la obligatoriedad de agotar vía administrativa (presentación y decisión de recursos) para poder acudir ante los jueces administrativos.

En nuestro medio –esto es en la mitad de mundo– para acudir a los Tribunales o jueces de lo contencioso administrativo no es necesario ni constituye requisito de procedibilidad el agotamiento de la vía gubernativa como sucede en Colombia y otros países.

En otras palabras, se puede presentar demanda contra la administración en forma directa ante los jueces sin necesidad de la decisión previa de la administración; bajo las normas ecuatorianas la utilización de la vía administrativa es facultativa, al paso que en muchas legislaciones la denominada “decisión previa” de los recursos de vía administrativa es un requisito indispensable para que se abran las puertas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En resumen, el **objeto de los recursos** no es otro que aquella oportunidad que tienen las autoridades públicas de volver a analizar, repensar, ponderar o nuevamente estudiar la decisión por ellos mismos proferidas, con la finalidad de estudiar la posibilidad de su revocación, reposición, adición, aclaración, complementación del acto administrativo impugnado en sede administrativa.

Clases de recursos

En cuanto a los recursos o medios de impugnación en vía administrativa, las legislaciones de ambos países establecen un esquema y una estructura muy similar con diferencias formales y de denominación.

Veamos:

En vía administrativa existen dos clases de recursos, a saber:

1. **Recursos ordinarios** (reposición, apelación y queja)
2. **Recursos extraordinarios** (revisión y/o revocatoria directa)

Procedamos entonces a referirnos uno a uno sobre estos medios de impugnación en la vía administrativa.

Recurso de reposición

Se trata de un recurso horizontal puesto que se presenta ante quien expide o profiere la decisión para que la aclare, modifique, adicione o la revoque. Se trata de un mecanismo de impugnación formulado ante el mismo funcionario para que proceda a resolverlo en forma imparcial y transparente.

Es aquí donde el servidor público debe despojarse de toda clase de vanidades y prejuicios, pues se trata de revisar su propia decisión y no se puede entender que se trata de un ataque personal, ni un desconocimiento a su autoridad; aquí el funcionario debe saber oír al ciudadano en democracia y resolver en forma equitativa y justa como un verdadero juez, pues al fin y al cabo su resolución puede proteger o colocar en peligro el interés o el patrimonio público.

En el derecho ecuatoriano este recurso procede contra resoluciones y **actos de trámites** cuando:

1. El auto decide directa o indirectamente el fondo del asunto.
2. Determina o hace imposible continuar con su trámite.
3. Produce indefensión o perjuicios de difícil o imposible reparación a derechos o intereses legítimos.

Este recurso no procede contra **todos** los autos de trámite sino contra los arriba enunciados (Art. 173 del ERJAFE) En el caso de los restantes autos de trámite sus irregularidades debe alegarse atacando la resolución o acto que pone fin al procedimiento.

Tanto el recurso de reposición como el de apelación deben fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o de anulabilidad de que tratan los artículos 129, 130 y 131 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE– como lo denominaremos en adelante.

Entre dichas **causales** nulidad o de anulabilidad podríamos señalar las siguientes:

- Infracción directa (violación de la Constitución Política, los pactos o tratados internacionales, la ley o los reglamentos),
- Por falta de competencia de quien lo expide,
- Desvió de poder,
- Expedición irregular,

- Actos constitutivos de delitos,
- Defectos de forma y violación de plazos legales dentro de los términos y condiciones señaladas en el Estatuto.

El recurso de reposición procede también contra los actos administrativos **que no ponen fin a la vía administrativa**, los cuales pueden ser impugnados potestativamente por el recurrente, bien por vía de reposición ante el mismo órgano de la administración que lo hubiese proferido, o impugnarlo directamente por **vía de apelación** ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de la administración. Igualmente, el recurso de reposición procede contra los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directamente al administrado (Art. 174 ERJAFE). Contra las disposiciones administrativas de carácter general no habrá recurso en vía administrativa, sino reclamos. La falta de atención de esta clase de reclamo no da lugar al silencio administrativo, independiente de las responsabilidades de los servidores públicos (Art. 173 ERJAFE). Tratándose de actos fundados en disposiciones generales, podrán los recursos interponerse directamente ante el órgano que dictó la referida disposición. Los términos o el plazo para resolver este recurso varían según se trate de un **acto presunto** (2 meses contados desde su configuración) o un **acto expreso** (15 días contados a partir de la notificación). Una vez vencidos estos plazos podrá demandarse ante la vía contenciosa administrativo, sin perjuicio de la procedencia del recurso extraordinario de revisión. El plazo máximo para dictar y notificar es de dos (2) meses. Contra la resolución que resuelve el recurso de reposición no procede otro recurso; no hay recurso sobre recursos (Art. 175 ERJAFE). Empero, puede acudirse a la vía contenciosa administrativa o interponer el recurso de apelación a elección del recurrente.

Recurso de apelación

También denominado **recurso jerárquico**, es un recurso de carácter vertical pues se presenta y se resuelve por el superior jerárquico de quien profiere el acto administrativo impugnado.

Este recurso en el derecho ecuatoriano procede contra las resoluciones y actos administrativos cuando no pongan fin a la vía administrativa, y se interpone ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. En interpretación –sensu contrario– no procede contra las resoluciones que resuelven los recursos de apelación y revisión; no puede haber actuaciones sin fin; ni “recursos sobre recursos”.

Tampoco procede contra actos de órganos carentes de superior jerárquico; o cuando la ley así lo dispongan o que por sus características finalicen el procedimiento administrativo (Art. 179 ERJAFE) que son los casos que ponen fin a la vía administrativa.

El recurso de apelación se interpone directamente sin que medie la reposición o también contra la resolución que niegue la reposición. En otras palabras, este recurso no puede proponerse como subsidiario al de reposición.

Igualmente, son susceptibles a este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

El plazo se cuenta a partir del día siguiente de la notificación quince (15) días si es acto expreso y de dos (2) meses si se trata de acto presunto a partir de sus efectos.

Trascurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, el acto quedará en firme para todos los efectos. (Art. 177 ERJAFE).

El silencio administrativo positivo

Trascurrido dos (2) meses sin haberse proferido ni notificado la resolución que decide el recurso, **“se entenderá favorable el Recurso”** es decir, se configura un silencio administrativo positivo por la omisión en decidir oportunamente por parte de la administración (Art. 177 numeral 2 del ERJAFE).

Contra la resolución que decide el recurso no habrá otro recurso salvo el extraordinario de revisión.

Efectos de los recursos

La regla general es la de que la interposición de los recursos en vía administrativa **no suspende la ejecución** de los actos recurridos, excepto norma expresa (numeral 1, Art. 189 del ERJAFE). Así que —en principio— se concede en efecto devolutivo.

Empero, el órgano competente para resolver el recurso puede suspender su ejecución en forma razonada cuando su aplicación pueda causar perjuicios de difícil reparación.

Si presentada la suspensión la administración guarda silencio, debe entenderse que el acto queda suspendido en sus efectos, y esta medida puede prologarse hasta el fallo de los jueces de lo contencioso administrativo.

De aquí surgen otras dos grandes diferencias con la legislación colombiana por lo siguiente:

- La simple interposición los recursos ordinarios, esto es, apelación y reposición suspenden todos sus efectos hasta que sean resueltos y queden debidamente ejecutoriados.
- La **medida de suspensión** de los efectos de un acto administrativo es netamente judicial, puesto que le corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo más no al órgano competente que conoce del recurso interpuesto.

Recurso extraordinario de revisión

Mediante este recurso extraordinario se impugnan actos administrativos que se encuentran en firme, y puede interponerse ante los Ministros de Estado o las máximas autoridades de la administración pública central, cuando se concurra alguna de las siguientes causales:

- a. Haber sido dictado el acto con evidente error de hecho o de derecho.
- b. Cuando con posterioridad a aparecen documentos de valor trascendental los que fueron ignorados al expedirse el acto (**la prueba recobrada**).
- c. Cuando con su expedición hubiesen influidos documentos falsos así declarados por sentencia judicial.
- d. Cuando el acto hubiese sido proferido como consecuencia **de otros actos** cometidos por funcionarios públicos que incurrieron en delitos y así los declararon por sentencia judicial (Art. 178 del ERJAFE).

Oportunidad

Se podrá interponer este recurso en un plazo de tres (3) años en las causales de los literales **a y b** y, tres (3) meses a partir de la ejecutoria de la sentencia siempre que no hayan pasado cinco (5) años en el caso de las otras causales.

Órgano competente: La máxima autoridad de la entidad que profirió el acto administrativo impugnado.

Legitimación por activa: se encuentra legitimados para presentar este recurso las siguientes personas:

- Los administrados,
- Los Ministros de Estado y,
- Las máximas Autoridades de la Administración Central.

Otras diferencias derecho colombiano

Sin referirnos a las diferencias anotadas a lo largo de esta exposición se podrían enumerar algunas otras diferencias como son:

1. Los actos de trámite, preparatorios, de ejecución y generales **no son objeto de recursos** por vía gubernativa o administrativa ningún caso.
Se trata de una distinción importante toda vez que en el derecho ecuatoriano son recurribles algunos actos de trámite, pero se coincide en la imposibilidad de actos generales susceptibles a simples reclamaciones.
2. En la legislación colombiana contra el auto que niega la reposición no procede recurso de apelación, como sucede en este país. Existe el **recurso ordinario de queja** para cuando se deniegue el trámite y decisión de recurso de apelación.
3. Los recursos contra el acto presunto producto del silencio administrativo negativo pueden ser interpuestos **en cualquier tiempo**, pues se ha considerado que fijarle un plazo de caducidad o prescripción sería un premio para la administración morosa. En el caso ecuatoriano existe un plazo de dos (2) meses contados a partir de sus efectos.
4. En el derecho colombiano existe un recurso extraordinario de revocatoria directa, pero este **no procede si el administrado utilizó los recursos ordinarios** alegando la causal de manifiesta oposición a la constitución y la ley, o haya operado la caducidad de la acción contenciosa administrativa.
5. El sólo hecho de acudir a los jueces no le hace perder competencia a la administración pública para resolver los recursos ordinarios o la revocatoria

directa, a menos que se hubiese dictado y notificado el auto admisorio de la demanda.

6. Existe en derecho colombiano la figura de la **“oferta de revocatoria del acto administrativo”** para proteger los intereses públicos, la que se realiza en el desarrollo de un proceso judicial antes de dictar sentencia, previo acuerdo conciliatorio aprobado por el juez del conocimiento en donde la administración puede comprometerse a revocar sus propios actos y establecer la forma de reparar perjuicios si a ello hubiese lugar.
7. A diferencia de lo que sucede en el derecho ecuatoriano, la omisión administrativa de resolver recursos (2 meses) constituye silencio administrativo negativo, mas es positivo; entonces, se debe entender que la decisión es negativa. El silencio es positivo cuando una norma para **casos especiales** lo señale expresamente, por ejemplo: reclamaciones ante los servicios públicos.
8. A diferencia de lo que sucede en el derecho ecuatoriano, el recurso de apelación puede interponerse directamente o como **subsidiario al de reposición** y no de manera directa como aquí se exige (Art. 76 CPACA) aun cuando al permitirse atacar por vía de apelación el auto que resuelve la reposición el efecto puede ser muy similar.
9. En el derecho colombiano en la vía gubernativa existe un **término probatorio** si el interesado solicita práctica de pruebas (Art. 79), lo que no acontece en el derecho ecuatoriano donde sólo hay la posibilidad de solicitar informes a discreción de la autoridad que decide el recurso. (Art. 183 ERJAFE).
10. Podría decirse que también existen algunas diferencias formales en cuanto al precedente judicial obligatorio dado que en principio en este país la figura se encuentra referida a procesos y jueces mas no autoridades públicas (Rama Ejecutiva) y en algunos casos se requiere una reiteración de tres (3) providencias en caso iguales, al paso que en nuestro derecho se requiere una sola sentencia de unificación.

Entre los puntos de mayor interés que el derecho procesal mundial tiene, se encuentran los medios de impugnación. La posibilidad de poder impugnar una sentencia judicial ante una instancia posterior ha sido reconocida como un derecho fundamental en la mayoría de las constituciones de todo el mundo y en la totalidad de los convenios que enuncian y protegen los derechos humanos.

El trabajo de la Corte Nacional de Justicia se desenvuelve, precisamente, en este marco general de referencia. Por estas razones, en junio de 2017, se organizó un seminario internacional sobre “Medios de Impugnación en Procedimientos no penales en el Ecuador”.

Las ponencias que en este evento se expusieron tanto por su profundidad como por su utilidad práctica ameritan se las recoja en esta revista para su posterior difusión y estudio.

Diálogos Judiciales alcanza ya su quinto número y con él se consolida una trayectoria importante que esperamos siga dando frutos en el futuro.



**CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA**

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

ISBN 978-9942-07-655-7



9 789942 076557

DIÁLOGOS JUDICIALES