

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

**La oralidad y los recursos en el proceso civil español y
ecuatoriano**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Álvaro Renato Mejía Salazar

Director

Enrique Vallines García

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



**LA ORALIDAD Y LOS RECURSOS EN EL PROCESO CIVIL
ESPAÑOL Y ECUATORIANO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR:

Álvaro Renato Mejía Salazar

BAJO LA DIRECCIÓN DEL PROFESOR:

Dr. Enrique Vallines García

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

DOCTORADO EN DERECHO

**LA ORALIDAD Y LOS RECURSOS EN EL PROCESO CIVIL
ESPAÑOL Y ECUATORIANO**

Doctorando:

Álvaro Renato Mejía Salazar

Director:

Prof. Dr. Enrique Vallines García

Madrid, 2017

LIMINARES

Mi proyecto doctoral, que culmina con la presente tesis, posee muchos corresponsables a quienes deseo presentar mi reconocimiento. En primer lugar debo agradecer a Dios. Luego, agradezco el apoyo y comprensión brindada por mi madre y por mi padre, por mis hermanos –en especial por mi hermana– y por mi sobrina Emilia, quienes han sido un soporte en todas las circunstancias, algunas de ellas nada sencillas, que he debido atravesar desde el año 2012, en que comenzó este anhelo.

Agradezco a mi tutor, el Prof. Enrique Vallines García. Sus profundos conocimientos en materia procesal, sumados a su generosidad intelectual y personal, sin olvidar su rigurosidad académica, han sido imprescindibles para que este proyecto haya podido culminar, a mi sentir, de manera exitosa.

Agradezco la colaboración que a este proyecto ha brindado la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, su ex rector, Enrique Ayala Mora, y su actual rector, Jaime Breilh Paz y Miño; la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, su ex rector Manuel Corrales Pascual, su ex decano de la Facultad de Jurisprudencia, Santiago Guarderas Izquierdo, y su actual decano, Íñigo Salvador Crespo.

Agradezco a mis tíos José Luis y Galo Salazar Albán. Agradezco, finalmente, a aquellas personas que, en su momento, supieron estar a mi lado y fueron inspiración o apoyo.

Dedico este trabajo a Dios y a Alicia, mi madre.

ÍNDICE

| | |
|---------------------------|-----------|
| LIMINARES | 3 |
| ABREVIATURAS | 11 |
| RESUMEN | 13 |
| ABSTRACT | 17 |
| INTRODUCCIÓN | 21 |

CAPÍTULO I PROCESO, PROCEDIMIENTO Y ORALIDAD

| | |
|---|------------|
| I.1. Proceso..... | 26 |
| I.1.1. Concepto..... | 26 |
| I.1.2. Principios..... | 29 |
| I.1.2.a. Principios jurídico-naturales del proceso..... | 30 |
| I.1.2.b. Principios jurídico-técnicos del proceso..... | 34 |
| I.2. Procedimiento..... | 37 |
| I.2.1. Concepto..... | 38 |
| I.2.2. Principios..... | 39 |
| I.2.2.a. Principio de inmediación..... | 42 |
| I.2.2.b. Principio de concentración..... | 48 |
| I.2.2.c. Principio de celeridad..... | 54 |
| I.2.2.d. Principio de preclusión..... | 61 |
| I.2.2.e. Principio de economía..... | 64 |
| I.2.2.f. Principio de publicidad..... | 71 |
| I.2.3. Formas de comunicación procedimental: oralidad y escritura..... | 75 |
| I.2.3.a. Escritura..... | 79 |
| I.2.3.b. Oralidad..... | 83 |
| I.3. La oralidad como opción procedimental..... | 88 |
| I.3.1. La oralidad y los principios del procedimiento..... | 90 |
| I.3.1.a. La oralidad y el principio de inmediación..... | 91 |
| I.3.1.b. La oralidad y el principio de concentración..... | 92 |
| I.3.1.c. La oralidad y el principio de celeridad..... | 93 |
| I.3.1.d. La oralidad y el principio de preclusión..... | 95 |
| I.3.1.e. La oralidad y el principio de economía..... | 96 |
| I.3.1.f. La oralidad y el principio de publicidad..... | 98 |
| I.3.2. La oralidad: entre la teoría y la realidad..... | 99 |
| I.4. Implementación de la oralidad en el contencioso civil español y ecuatoriano..... | 109 |

| | |
|--|-----|
| I.4.1. La implementación de la oralidad en el contencioso civil español..... | 109 |
| I.4.1.a. La oralidad en la LEC..... | 111 |
| I.4.1.b. Estructura procedimental en la LEC..... | 112 |
| I.4.1.c. La oralidad y los principios del procedimiento en la LEC..... | 114 |
| I.4.2. La implementación de la oralidad en el contencioso civil ecuatoriano..... | 131 |
| I.4.2.a. La oralidad en el COGEP..... | 138 |
| I.4.2.b. Estructura procedimental en el COGEP..... | 140 |
| I.4.2.c. La oralidad y los principios del procedimiento en el COGEP..... | 141 |
| I.4.3. Análisis comparado de los modelos procesales de la LEC y del COGEP..... | 157 |

CAPÍTULO II

LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL EN EL PROCESO CIVIL

| | |
|---|-----|
| II.1. Origen y fundamento de la impugnación..... | 164 |
| II.2. El concepto de impugnación..... | 167 |
| II.3. El derecho a impugnar..... | 169 |
| II.4. Normativa constitucional española sobre la impugnación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales..... | 173 |
| II.5. Normativa constitucional ecuatoriana sobre la impugnación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales..... | 176 |
| II.6. Principios y reglas relacionadas con la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional..... | 177 |
| II.6.1. El principio de configuración legal del proceso..... | 178 |
| II.6.2. La invariabilidad de las resoluciones judiciales..... | 180 |
| II.6.3. El principio dispositivo y la impugnación..... | 182 |
| II.6.4. El principio de oficialidad y la impugnación..... | 184 |
| II.6.5. La doble instancia..... | 185 |
| II.6.6. <i>Non reformatio in peius</i> | 194 |
| II.6.7. La obligatoriedad del despacho y resolución de las impugnaciones..... | 197 |
| II.6.8. Principios y reglas relacionadas con la impugnación en la LEC..... | 198 |
| II.6.9. Principios y reglas relacionadas con la impugnación en el COGEP..... | 206 |
| II.6.10. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los principios y reglas relacionadas con la impugnación..... | 214 |
| II.7. Objeto de la impugnación..... | 218 |
| II.7.1. Resoluciones judiciales impugnables..... | 219 |
| II.7.1.1. Resoluciones judiciales impugnables en la LEC..... | 221 |
| II.7.1.2. Resoluciones judiciales impugnables en el COGEP..... | 225 |
| II.7.1.3. Análisis comparado de la legislación española y ecuatoriana | |

| | |
|--|-----|
| sobre las resoluciones judiciales impugnables..... | 227 |
| II.7.2. Tipos de errores o vicios objeto de impugnación..... | 228 |
| II.7.2.1. Tipos de errores o vicios objeto de impugnación en la LEC..... | 230 |
| II.7.2.2. Tipos de errores o vicios objeto de impugnación en el COGEP..... | 231 |
| II.7.2.3. Análisis comparado de la legislación española y ecuatoriana sobre los errores o vicios objeto de impugnación..... | 232 |
| II.8. La nulidad procesal..... | 233 |
| II.8.1. La nulidad procesal en la LEC..... | 235 |
| II.8.2. La nulidad procesal en el COGEP..... | 237 |
| II.8.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre la nulidad procesal..... | 240 |
| II.9. Presupuestos generales de la impugnación de las resoluciones del órgano Jurisdiccional..... | 241 |
| II.9.1. Previsión legal del medio de impugnación..... | 241 |
| II.9.2. Competencia..... | 242 |
| II.9.3. Legitimación..... | 243 |
| II.9.4. Gravamen..... | 246 |
| II.9.5. Presupuestos generales de la impugnación en la LEC..... | 248 |
| II.9.6. Presupuestos generales de la impugnación en el COGEP..... | 251 |
| II.9.7. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los presupuestos generales de la impugnación..... | 252 |
| II.10. Requisitos materiales y formales de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional..... | 253 |
| II.10.1. Requisitos materiales..... | 254 |
| II.10.2. Requisitos formales..... | 255 |
| II.10.3. Requisitos materiales y formales de la impugnación en la LEC..... | 256 |
| II.10.4. Requisitos materiales y formales de la impugnación en el COGEP..... | 261 |
| II.10.5. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los requisitos materiales y formales de la impugnación..... | 264 |
| II.11. Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional..... | 265 |
| II.11.1. Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional en la LEC..... | 267 |
| II.11.2. Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional en el COGEP..... | 269 |
| II.11.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los efectos de la admisión a trámite de la impugnación..... | 271 |
| II.12. Medios de impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional..... | 272 |
| II.12.1. El recurso..... | 273 |
| II.12.2. Incidente..... | 273 |
| II.12.2.1. El incidente en la LEC..... | 276 |
| II.12.2.2. El incidente en el COGEP..... | 277 |

| | |
|--|-----|
| II.12.2.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el incidente..... | 279 |
| II.12.3. Acciones autónomas de impugnación..... | 280 |
| II.12.3.1. Las acciones autónomas de impugnación en la LEC..... | 282 |
| II.12.3.2. Las acciones autónomas de impugnación en el COGEP..... | 288 |
| II.12.3.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre las acciones autónomas de impugnación..... | 290 |

CAPÍTULO III

LOS RECURSOS ORDINARIOS EN EL PROCESO CIVIL ORAL

| | |
|--|-----|
| III.1. Concepto de recurso..... | 294 |
| III.2. Clases de recurso..... | 299 |
| III.2.1. Recursos ordinarios..... | 301 |
| III.2.2. Recursos extraordinarios..... | 303 |
| III.2.3. Recursos horizontales..... | 305 |
| III.2.4. Recursos verticales..... | 307 |
| III.3. Los recursos previstos por la LEC y por el COGEP..... | 308 |
| III.3.1. Los recursos previstos por la LEC..... | 308 |
| III.3.2. Los recursos previstos por el COGEP..... | 309 |
| III.4. Los recursos de reposición, reforma y revocatoria..... | 309 |
| III.4.1. Aspectos generales..... | 310 |
| III.4.1.a. Conceptuación..... | 310 |
| III.4.1.b. Resoluciones recurribles..... | 310 |
| III.4.1.c. Procedimiento..... | 311 |
| III.4.2. El recurso de reposición en la LEC..... | 312 |
| III.4.2.a. Conceptuación del recurso de reposición en la LEC..... | 312 |
| III.4.2.b. Resoluciones recurribles en reposición en la LEC..... | 314 |
| III.4.2.c. Procedimiento del recurso de reposición en la LEC..... | 318 |
| III.4.3. Los recursos de reforma y revocatoria en el COGEP..... | 325 |
| III.4.3.a. Conceptuación de los recursos de reforma y revocatoria en el COGEP..... | 325 |
| III.4.3.b. Resoluciones recurribles en revocatoria y reforma en el COGEP..... | 326 |
| III.4.3.c. Procedimiento del recurso de reforma y revocatoria en el COGEP..... | 326 |
| III.4.4. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los recursos de reposición, reforma y revocatoria..... | 331 |
| III.4.4.a. Conceptuación..... | 331 |
| III.4.4.b. Procedimiento..... | 332 |
| III.4.4.c. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento..... | 334 |

| | |
|---|-----|
| III.5. El recurso de apelación..... | 338 |
| III.5.1. Aspectos generales..... | 338 |
| III.5.1.a. Conceptuación..... | 338 |
| III.5.1.b. Inmediación y recurso de apelación..... | 344 |
| III.5.1.c. Resoluciones recurribles..... | 352 |
| III.5.1.d. Procedimiento..... | 353 |
| III.5.2. El recurso de apelación en la LEC..... | 355 |
| III.5.2.a. Conceptuación el recurso de apelación en la LEC..... | 355 |
| III.5.2.b. Resoluciones recurribles en apelación en la LEC..... | 356 |
| III.5.2.c. Procedimiento del recurso de apelación en la LEC..... | 358 |
| III.5.3. El recurso de apelación en el COGEP..... | 365 |
| III.5.3.a. Conceptuación del recurso de apelación en el COGEP..... | 365 |
| III.5.3.b. Resoluciones recurribles en apelación en el COGEP..... | 368 |
| III.5.3.c. Procedimiento del recurso de apelación en el COGEP..... | 371 |
| III.5.4. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el recurso de apelación..... | 374 |
| III.5.4.a. Conceptuación..... | 374 |
| III.5.4.b. Procedimiento..... | 376 |
| III.5.4.c. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento..... | 381 |
| III.6. El recurso de revisión previsto en la LEC..... | 387 |
| III.6.1. Conceptuación..... | 388 |
| III.6.2. Resoluciones recurribles..... | 389 |
| III.6.3. Procedimiento..... | 391 |
| III.6.4. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento..... | 391 |

CAPÍTULO IV

LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN EL PROCESO CIVIL ORAL

| | |
|---|-----|
| IV.1. El recurso de casación <i>lato sensu</i> : los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal en la LEC y el recurso de casación en el COGEP..... | 396 |
| IV.1.1. Aspectos generales..... | 396 |
| IV.1.1.a. Conceptuación..... | 396 |
| IV.1.1.b. Resoluciones recurribles..... | 405 |
| IV.1.1.c. Procedimiento..... | 406 |
| IV.1.2. El recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC..... | 407 |
| IV.1.2.a. Conceptuación del recurso de casación y del recurso extraordinario en la LEC..... | 409 |
| IV.1.2.b. Resoluciones recurribles a través del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC..... | 421 |
| IV.1.2.c. Causales del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC..... | 435 |
| IV.1.2.d. Procedimiento del recurso de casación y del recurso | |

ABREVIATURAS

| | |
|-------------------|---|
| Art.: | artículo |
| AP: | Audiencias Provinciales |
| BOE: | Boletín Oficial del Estado español |
| CEsp: | Constitución española |
| CEcu: | Constitución ecuatoriana |
| COGEP: | Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano |
| CEDH: | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales |
| CADH: | Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominado Pacto de San José |
| CC (Ecu): | Corte Constitucional ecuatoriana |
| CC (Col): | Corte Constitucional colombiana |
| CNJ (Ecu): | Corte Nacional de Justicia ecuatoriana |
| CSJ (Ecu): | Corte Suprema de Justicia ecuatoriana |
| COFJ: | Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano |
| Corte IDH: | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CEJA: | Centro de Estudios de Justicia de las Américas |
| DUDH: | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| IEDP: | Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal |
| LEC: | Ley de Enjuiciamiento Civil española |
| LOPJ: | Ley Orgánica del Poder Judicial española |
| PIDCP: | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| TC (Esp): | Tribunal Constitucional español |
| TS (Esp): | Tribunal Supremo español |
| TSJ (Esp): | Tribunal Superior de Justicia español |
| TEDH: | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |

RESUMEN

A partir de la paradigmática reforma al proceso civil austrohúngaro implementada durante la segunda mitad del siglo XIX, el concepto “oralidad” se ha convertido en el protagonista de este tipo de reformas en Occidente. Bajo este único concepto se pretende expresar mucho más que un simple modo de comunicación; tal concepto ha de entenderse contentivo de una serie de principios, reglas y formas que poseen por objetivo el mejoramiento cualitativo y cuantitativo de la administración de justicia. Desde la perspectiva cualitativa, se busca que el proceso se encuentre organizado de tal manera que coadyuve a la labor del juez de comprensión profunda del caso puesto a su conocimiento, de forma que su juicio pueda ser lo más acertado posible. Desde la perspectiva cuantitativa, se pretende que el proceso posea un diseño que agilice el despacho y lo torne menos gravoso para las partes involucradas.

En otras palabras, se busca que en la tramitación del proceso se observen los principios de inmediación, concentración y celeridad; principios estos que han sido mayoritariamente considerados por las legislaciones y la doctrina como los informadores de una adecuada tarea de juzgamiento, desde la perspectiva procedimental. Esto se explica ya que un diálogo directo entre el juzgador y las partes, sus argumentos y pruebas, posibilita un entendimiento más cabal del caso. Este entendimiento se facilita y sobre todo concreta, aproximando temporalmente, la realización de las distintas fases del procedimiento y arribando a una resolución del caso cercana a ellas. Garantía de lo anterior es que el proceso se encuentre diseñado con plazos razonables y que tales plazos sean observados de la manera más rigurosa posible en la práctica. Para la consecución de estos postulados resulta imprescindible que los distintos elementos que conforman el proceso se encuentren puestos a su servicio y en plena sintonía con ellos. En este punto, el elemento del proceso que adquiere un papel fundamental es la forma de comunicación de los actos procesales por la que se opte. Ciertamente la comunicación oral posee características que viabilizan una relación inmediata entre los distintos sujetos procesales, la realización concentrada de las diferentes etapas del procedimiento y un debate expedito.

Por estos motivos, las reformas procesales contemporáneas giran en torno de la implementación del debate oral, sin que ello signifique que la escritura quede prohibida. Todo lo contrario, ya que lo primordial de la reforma es el mejoramiento de la administración de justicia, habrá casos en que tal mejoramiento se consiga tramitando por escrito el proceso o fases del mismo. Así, por ejemplo, puede resultar conveniente la tramitación escrita de causas cuya discusión se reduzca a asuntos de puro Derecho o donde las pruebas sean exclusivamente documentales. Así mismo, puede resultar conveniente el establecimiento de un procedimiento escrito para ciertos recursos, según lo referiremos más adelante. De lo aquí anotado concluimos que es un error pensar que las reformas procesales contemporáneas se reducen a la incorporación de la comunicación oral en el proceso. La tarea primordial del

legislador será la debida evaluación de las características y necesidades de cada casuística concreta, a fin de establecer procedimientos para su juzgamiento que atiendan, por ejemplo, a las necesidades de inmediatez, en unos casos, o de celeridad, en otros; evaluación tras la cual se establecerá la conveniencia de la comunicación oral o escrita. En lo que refiere a la primera instancia del proceso civil, es un hecho que en la gran mayoría de los casos se ponderará la inmediatez y la forma oral será la más conveniente.

Ahora bien, se debe considerar que este tipo de reformas buscan una nueva concepción de la administración de justicia, donde la aspiración de una solución definitiva del caso y la expectativa de la mejor calidad del juzgamiento no se encuentra en el máximo tribunal a través de recursos –lo que caracterizaba al proceso escrito–, sino en el juez de primera instancia a través del debate verbal inmediato y concentrado. De allí que la comprensión y regulación de los recursos, la segunda instancia y las fases extraordinarias del proceso, necesariamente deba cambiar cuando se efectúa una reforma procesal que introduce la oralidad en la primera instancia.

De esta manera, los recursos horizontales deben adecuarse a la forma de comunicación mediante la cual ha sido emitida la resolución impugnada: su tramitación debe ser oral si la resolución así fue expresada; y escrita, en caso de que se objeten resoluciones comunicadas en medio impreso. En cuanto a la apelación, ya que el juzgador superior se encuentra en desventaja respecto al de primera instancia en lo que se refiere a la valoración de la prueba actuada con inmediatez, el superior debe encontrarse proscrito de volver a analizarla. En este sentido, cabe señalar que el juzgador de segunda instancia sí mantiene sus poderes revisores de la prueba actuada en primera instancia sin inmediatez –por ejemplo, prueba documental–. Todo esto conlleva que la tramitación de la segunda instancia pueda, en los supuestos descritos en el primer escenario, ser realizada enteramente por escrito, ya que al no requerirse contacto personal alguno entre juzgador y partes, no existe necesidad que realizar actos procesales de manera verbal. Ahora bien, si se ha habilitado la actuación de nueva prueba en segunda instancia que requiera inmediatez, el trámite de la segunda instancia deberá contar con la necesaria vista para su ejecución. Así las cosas, el entendimiento tradicional de la apelación cambia por completo cuando la primera instancia es oral, pues los juzgadores *a quo* y *ad quem* no se encuentran en igualdad de condiciones respecto a lo ocurrido en primera instancia, de allí que los poderes del superior deban revisarse e incluso limitarse respecto de los del inferior.

En cuanto a la casación, su naturaleza, características y objetivos, así como los poderes del juzgador competente, en nada se modifican con la incorporación del debate oral en primera instancia. El trámite escrito posee mayores ventajas que el oral, dado lo riguroso y formal de esta impugnación extraordinaria. Existe la posibilidad de que se permitan fases de inmediatez, cuando la casación obedezca a motivos formales y se habilite la actuación de prueba que tienda a demostrar la verificación de dicho vicio de naturaleza procesal.

Corresponde al legislador, dentro de sus prerrogativas de configurar legalmente el proceso, evaluar la conveniencia o no de habilitar en la regulación del recurso de casación esta posibilidad probatoria. Por otra parte, el recurso extraordinario de queja tampoco modifica su razón de ser ni sus características con la reforma oral de la primera instancia. El trámite escrito de este recurso está llamado a mantenerse inalterado, considerando que en nada aporta un contacto inmediato de las partes con el juzgador para que la impugnación sea debidamente conocida, valorada y resuelta.

La presente tesis se encarga del estudio de cada uno de los temas aquí enunciados, no solo para conocerlos en profundidad sino también para aplicarlos al análisis de su comprensión y regulación en las legislaciones procesales civiles española y ecuatoriana. De esta manera, es estudiada la forma en que España, en el año 2000, y Ecuador, en el año 2015, reformaron sus contenciosos civiles aplicando el sistema de juzgamiento oral. Este desarrollo expondrá los aciertos y yerros de las legislaturas en cuestión tanto en la comprensión de la primera instancia y la concreción en ella de los principios, reglas y formas que motivan la reforma, para después realizar un análisis pormenorizado de la regulación de los recursos, que, según queda anotado, deben poseer un tratamiento particular en este tipo de reformas procesales. El análisis comparado que, de las regulaciones española y ecuatoriana se realiza en esta tesis, permite conocer las fortalezas que cada legislación posee, mismas que pudieran servir de referente para solventar las debilidades normativas de la otra, que también son puestas en relieve.

ABSTRACT

From the paradigmatic reform of the Austro-Hungarian civil process implemented during the second half of the nineteenth century, the concept of “orality” has become the main character of this type of reforms in the Western Hemisphere. Under this single concept, it is intended to express much more than a simple mode of communication. This concept must be understood as a series of principles, rules and forms with the sole purpose of a qualitative and quantitative improvement of the administration of justice. From the qualitative perspective, it is sought that the process must be organized in such a way that it contributes to the judge’s deep understanding of the case brought upon him, so that his judgment can be as accurate as possible. From a quantitative perspective, the process is intended to have a design that expedites the process and makes it less burdensome for the parties involved.

In other words, it is sought that throughout the process the principles of immediacy, concentration and celerity are observed, principles that have been largely considered by legislations and doctrine as bearers of an adequate judging, from a procedural perspective. This is explained since a direct dialogue between the judge and the parties, their arguments and evidence, allows a more complete understanding of the case. This understanding is facilitated and is possible by joining, in a timely manner, the different phases of the procedure, and therefore, arriving to a resolution. Guarantee of the previous statement is that the process is designed with reasonable deadlines and that, in practice, such deadlines are to be met in the most rigorous way possible. For the achievement of these postulates it is imperative that the different elements that make up the process are placed at your service and in full harmony with them. At this point, the element of the process that acquires a fundamental role is the chosen form of communication of the procedural. Certainly, oral communication has characteristics that make possible an immediate relationship between the different procedural subjects, the realization of the different stages of the procedure and an expedited debate.

For these reasons, contemporary procedural reforms revolve around the implementation of the oral debate, which does not mean that written means are prohibited. On the contrary, since the reform is fundamental to the improvement of the administration of justice, there will be cases in which such improvement can be achieved through a written process or phases of the process. Thus, for example, it may be convenient to have written procedures in cases whose discussion is reduced to matters of pure law or where the evidence is exclusively documentary. Likewise, it may be desirable to establish a written procedure for certain remedies, as will be discussed below. From this we conclude that it is a mistake to think that contemporary procedural reforms are reduced to the incorporation of oral communication in the process. The primary task of the legislator will be the proper

assessment of the characteristics and needs of each specific case, to establish procedures for their judgment that address, for example, the needs of immediacy, in some cases, or speed in others, after which the convenience of oral or written communication will be established. As far as the first instance of the civil process is concerned, it is a fact that in the great majority of cases the immediacy will be weighed, and the oral form will be the most convenient.

However, it should be considered that this type of reform seeks a new concept of the administration of justice, where the aspiration for a definitive solution of the case and the expectation of the best quality of the trial is not found in the highest court through appeals – which characterizes the written process– but in the district judge, through an immediate and concentrated oral debate. Hence the understanding and regulation of appeals, the higher courts, must necessarily change when a procedural reform is introduced that initiates orality in the first stage.

In this way, horizontal pleas must be adapted to the form of communication through which the contested resolution has been issued: its processing must be oral if the resolution was so expressed, and written, in case opposed resolutions are communicated by writing. As for the appeal, since the superior judge is at a disadvantage compared to the inferior judge regarding the assessment of the evidence, the superior must be relegated of reviewing it again. In this sense, it should be noted that the higher judge does maintain its reviewing powers of the evidence acted in the lower court –for example, documentary evidence–. All this entails that the proceedings of the higher court may –in the cases described in the first scenario be carried out entirely in writing, since no personal contact is required between the judge and the parties, there is no need to perform procedural acts orally. However, if new evidence has been introduced in the higher court, the process must provide the necessary examination for its execution. Thus, the traditional understanding of the appeal changes completely when the first instance is oral, since *a quo* and *ad quem* judges are not on equal terms regarding to what happened in the lower court, hence the powers of the superior should be reviewed and even limited to those of the lower judge.

About the cassation appeal, its nature, characteristics and objectives, as well as the powers of the competent judge, are not altered by the incorporation of the oral debate in the district courts. The written procedure has greater advantages than the oral one, given the rigorous and formal nature of this extraordinary appeal. There is the possibility of allowing phases of immediacy, when the cassation obeys formal reasons, and enables the introduction of evidence that intends to prove the verification of said vice of a procedural nature. It is up to the legislator, within its prerogatives to legally configure the process, to evaluate the appropriateness or not of enabling in the regulation of the cassation appeal this possibility. On the other hand, the rationale or characteristics of an extraordinary complaint appeal is not modified with the oral reform. The written procedure of this appeal is called to remain

unchanged, considering that in no way provides immediate contact of the parties with the judge for the appeal to be duly known, valued and solved.

This doctoral thesis is responsible for the study of each one of the subjects discussed herein, not only to know them in depth but also to apply them when analyzing their understanding and regulation in the Spanish and Ecuadorian civil procedural legislations. Thus, the way in which Spain –in the year 2000–, and Ecuador –in the year 2015–, reformed their civil disputes by applying the oral trial system is studied. This development will expose the successes and mistakes of the legislations in question, both in strain of the district courts, and concretion in it of the principles, rules and forms that motivate the reform, and then carry out a detailed analysis of the regulation of appeals, which, as detailed, should have a treatment in this type of procedural reforms. The comparative analysis of the Spanish and Ecuadorian regulations in this doctoral thesis allows us to know the strengths of each legislation, which could serve as a reference for solving the normative weaknesses of the other, which are also highlighted.

INTRODUCCIÓN

La implementación de la oralidad en el proceso civil implica un cambio profundo en la comprensión de este instituto, específicamente, en la manera en que el proceso debe ser tramitado con el fin de elevar los niveles de eficacia y eficiencia en la impartición de justicia. La forma en que el juzgador se relacionará con las partes, sus argumentos y pruebas cambia por completo respecto a la manera que tal relación se desarrolla con la escritura. La oralidad posibilita un debate inmediato, a través del cual, juez está habilitado para conocer y valorar de manera directa los argumentos de las partes, así como sus pruebas. De igual manera, la oralidad facilita un trámite concentrado, pues hace viable que el debate se realice en una sola comparecencia o en muy pocas próximas entre sí. Todo esto coadyuva a mejorar cualitativamente el juzgamiento, pero –siempre que existan medios adecuados y suficientes– también redundante en celeridad en el despacho de las causas, con lo cual se satisface un reclamo social permanente respecto a la administración de justicia.

Llevándose a cabo la discusión de pretensiones, excepciones, pruebas y conclusiones de una forma oral, inmediata y concentrada, la primera instancia adquiere el protagonismo indiscutido dentro del proceso; en ella se depositan las máximas aspiraciones para la solución satisfactoria y definitiva de la controversia. Muta la tradicional apreciación existente en la escritura, donde el expediente era el protagonista y las esperanzas de una mejor revisión del mismo, se depositaban en los juzgadores superiores. Como consecuencia de esto, la alta valoración que los recursos verticales o devolutivos poseen en el modelo escrito, también está llamada a ser reconsiderada. El cambio que comporta la oralidad en el entendimiento mismo de la manera de administrar justicia, hace necesario una nueva comprensión de los recursos, tanto en lo que se refiere a sus características y finalidades, como a la manera en la que deben ser tramitados.

El objetivo general de la presente tesis precisamente es estudiar la manera en que los recursos deben ser regulados legislativamente y aplicados jurisdiccionalmente, cuando el debate de primera instancia del proceso civil se lo realiza de manera oral. Este objetivo general posee una dimensión teórica, por lo que hemos considerado desarrollarlo en la práctica evaluando la manera en que los legisladores español y ecuatoriano han implementado la oralidad y regulado a los medios de impugnación recursivos en sus contenciosos civiles, dentro de las reformas procesales que en tales jurisdicciones se han verificado en lo que va del presente milenio. El análisis de las legislaciones referidas, que no serán únicamente realizados de forma individual sino comparada, concluirá siempre en la propuesta de soluciones a falencias legislativas o recomendaciones para una apropiada regulación de los institutos materia de nuestra investigación. Estas tareas constituyen los objetivos específicos de nuestra investigación.

Para lograr satisfacer todos los objetivos propuestos, iniciaremos la presente tesis con un capítulo destinado a analizar al proceso, haciendo especial énfasis en su elemento más adjetivo, esto es, el procedimiento o trámite, así como en los principios que informan la manera en que la causa ha de ser atendida y despachada, para que responda de mejor manera a las necesidades de la administración de justicia. En efecto, expondremos el contenido y alcance de los distintos postulados de los principios de inmediación, concentración, celeridad, economía, preclusión y publicidad, los cuales, en la actualidad son reconocidos por los beneficios que aportan para una debida formación del criterio de juzgamiento. Todo lo anterior será contrastado con las formas procedimentales de comunicación de los actos procesales, realizando un detenido estudio de la forma oral para comprobar que ella posee mayores condiciones para la concreción de los beneficios que otorgan los principios a los que hemos hecho referencia. La escritura también será materia de nuestro estudio y ciertamente de nuestra valoración, pues esta forma de comunicación de los actos procesales, pese a las críticas que ha recibido por algunos autores, puede resultar conveniente para la tramitación de procesos donde, por ejemplo, la necesidad de un contacto directo de los sujetos procesales no posea relevancia. Desarrollada nuestra exposición teórica, concluiremos el primer capítulo profundizando en la implementación que España y Ecuador realizaron del nuevo modelo procesal civil, evaluando sus particulares entendimientos del mismo, así como la regulación de los principios y las formas de comunicación de los actos procesales.

Agotada esta parte de nuestro trabajo, en el segundo capítulo procederemos a estudiar con detenimiento la impugnación de las resoluciones judiciales, con el fin de comprender a profundidad este fenómeno jurídico procesal. Nos referiremos al origen mismo de la facultad que la parte posee para oponerse a las decisiones de una autoridad jurisdiccional, su fundamento político y su fundamento fáctico. Nos ocuparemos de especificar la naturaleza de derecho de fuente legal que posee la impugnación, los principios y reglas que informan esta materia, el objeto, vicios, presupuestos y requisitos generales de la impugnación. Para finalizar, se estudiarán los medios que las partes poseen para enfrentarse a las resoluciones judiciales, a saber: el recurso, el incidente y las acciones autónomas de impugnación. El análisis teórico que expondremos será aplicado al examen crítico de las leyes procesales civiles española y ecuatoriana, para comprobar la manera en que estas legislaciones y sus juzgadores, han comprendido a la impugnación dentro del nuevo proceso civil, así como a cada uno de sus elementos.

Si bien en el capítulo segundo, como quedó anotado, se realizará la exposición de los distintos medios de impugnación procesal, considerando que el objetivo central de nuestra tesis es analizar la inserción del recurso en el proceso civil cuyo debate de primera instancia se lo realiza de forma oral, el estudio profundo de tal medio de impugnación se lo realizará en los capítulos tercero y cuarto. En el capítulo tercero se desarrollará el análisis teórico de lo que constituye el recurso, sus características y sus clases. De igual manera analizaremos

la dimensión conceptual de este instituto que es recogida por las legislaciones española y ecuatoriana. Habiéndose establecido las clases de recursos existentes, la investigación continuará con el estudio de los recursos ordinarios, estos son, el de reposición, que a efectos ecuatorianos se divide en dos: el de revocatoria y el de reforma; el de apelación; y el español de revisión. En el cuarto capítulo nos encargaremos del análisis de los recursos extraordinarios, es decir, el de casación, que a efectos españoles comprende también el extraordinario por infracción procesal; y el de queja, que a efectos ecuatorianos es denominado de hecho.

En todos los casos, tanto en el capítulo tercero como en el cuarto, se analizarán los aspectos generales de cada recurso, es decir, su conceptualización, las resoluciones que son susceptibles de impugnación a través de ellos y el procedimiento que le corresponde dentro del nuevo modelo procesal. De inicio, el estudio de estos temas se realizará desde una perspectiva teórica, para luego contrastarlo con la regulación que sobre ellos ha sido desarrollada por las legislaciones española y ecuatoriana. El criterio conductor de este examen será la particular dimensión que deben adquirir los recursos en el proceso civil oral, para de esta forma determinar si las leyes en análisis han sintonizado o no con esta particularidad. Por esta razón, nuestra labor se ocupará de la evaluación de los distintos elementos que informan al procedimiento del recurso, en especial, la forma de comunicación escogida en cada caso concreto para su tramitación, así como la opción por la observancia de unos u otros principios.

Especial relevancia posee en esta parte de nuestro trabajo la revisión de los recursos verticales, en especial la apelación y la casación, dada la necesidad del replanteamiento de su rol dentro del proceso oral. Según anticipamos párrafos atrás, la relevancia que poseen estos recursos en el proceso escrito, ha llevado a considerarlos como las fases procesales más importantes; inexorable destino al cual todo litigio debía propender y arribar. No obstante, con la oralidad se plantea el reto de lograr que la contienda se resuelva de manera definitiva en primera instancia. De allí que los recursos verticales, otrora protagonistas, deben entenderse y regularse de tal manera que se pongan al servicio de las aspiraciones procesales de la primera instancia –nueva protagonista–. Nuestro examen de estos temas, siguiendo la tónica de nuestra investigación, buscará comprender el fenómeno descrito desde una visión teórica, la cual, será aplicada a análisis de la previsión normativa española y ecuatoriana.

Con los contenidos que han sido descritos y que conforman los cuatro capítulos de esta tesis, consideramos que nuestro trabajo cumplirá con el objetivo general de presentar nuestra visión, debidamente fundamentada, respecto a la manera en que los recursos han de comprenderse, preverse y aplicarse cuando la primera instancia se desarrolla de forma principalmente oral. Así mismo, se cumplirá con los objetivos específicos de evaluar la manera en que los legisladores español y ecuatoriano han entendido y regulado estos temas,

estableciendo, según corresponda, la corrección o incorrección de las previsiones normativas, así como propuestas para arribar a un solvente tratamiento de la temática en estudio.

CAPÍTULO I

PROCESO, PROCEDIMIENTO Y ORALIDAD

Sumario: I. Proceso, procedimiento y oralidad. **I.1.** Proceso. **I.1.1.** Concepto. **I.1.2.** Principios. **I.1.2.a.** Principios jurídico-naturales del proceso. **I.1.2.b.** Principios jurídico-técnicos del proceso. **I.2.** Procedimiento. **I.2.1.** Concepto. **I.2.2.** Principios. **I.2.2.a.** Principio de inmediación. **I.2.2.b.** Principio de concentración. **I.2.2.c.** Principio de celeridad. **I.2.2.d.** Principio de preclusión. **I.2.2.e.** Principio de economía. **I.2.2.f.** Principio de publicidad. **I.2.3.** Formas de comunicación procedimental: oralidad y escritura. **I.2.3.a.** Escritura. **I.2.3.b.** Oralidad. **I.3.** La oralidad como opción procedimental. **I.3.1.** La oralidad y los principios del procedimiento. **I.3.1.a.** La oralidad y el principio de inmediación. **I.3.1.b.** La oralidad y el principio de concentración. **I.3.1.c.** La oralidad y el principio de celeridad. **I.3.1.d.** La oralidad y el principio de preclusión. **I.3.1.e.** La oralidad y el principio de economía. **I.3.1.f.** La oralidad y el principio de publicidad. **I.3.2.** La oralidad: entre la teoría y la realidad. **I.4.** Implementación de la oralidad en el contencioso civil español y ecuatoriano. **I.4.1.** La implementación de la oralidad en el contencioso civil español. **I.4.1.a.** La oralidad en la LEC. **I.4.1.b.** Estructura procedimental en la LEC. **I.4.1.c.** La oralidad y los principios del procedimiento en la LEC. **I.4.2.** La implementación de la oralidad en el contencioso civil ecuatoriano. **I.4.2.a.** La oralidad en el COGEP. **I.4.2.b.** Estructura procedimental en el COGEP. **I.4.2.c.** La oralidad y los principios del procedimiento en el COGEP.

Los temas que se abordan en este primer capítulo constituyen parte esencial de cualquier teorización general sobre el proceso. La doctrina clásica y la contemporánea los han estudiado profusa y profundamente en manuales y tratados. Por ello, cabría pensar que nada novedoso puede aportarse al respecto. Sin embargo, nos parece que considerar que la discusión académica sobre estos temas se ha agotado sería un error. Primero por la naturaleza dinámica del Derecho que, entre otros particulares, se traduce en la mutable comprensión de los institutos jurídicos. Segundo, porque no existe un criterio unívoco en la doctrina actual respecto al entendimiento de temas tan básicos como lo son el proceso, el procedimiento y las formas de comunicación de los actos procesales.

Adicionalmente, la particular forma en que estos institutos son estudiados y comprendidos en la presente investigación, constituye uno de los principales andamiajes sobre el cual se construirá nuestra tesis. En efecto, nos resulta imprescindible establecer una dimensión conceptual y una caracterización propia de varios institutos procesales elementales para luego poder elaborar nuestro discurso respecto a la dinámica particular que poseen los medios de impugnación de las resoluciones procesales denominados *recursos*, dentro de un proceso que se encuentre informado principalmente por la forma oral. Procedemos entonces con el desarrollo de estos temas.

I.1. Proceso

GUASP sostuvo que “el concepto del proceso es el punto de arranque de toda la construcción ulterior de la disciplina [refiriéndose al Derecho Procesal]” y que este entendimiento bastaba para ponderar la “especial importancia de su exacta delimitación.”¹ Coincidimos con este autor, pues es en el concepto de “proceso” donde confluyen o dimanar –según el caso– una serie de principios, reglas e institutos que inspiran tanto al legislador al momento de concebir un sistema procesal, como al juez al momento de aplicar la normativa formal.

I.1.1. Concepto

Varias son las definiciones que a lo largo del tiempo han compuesto los distintos autores respecto al proceso. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, por ejemplo, define al proceso como “el conjunto de actos regulados por el Derecho procesal, que realizan las partes y el Tribunal, iniciado por una petición de otorgamiento de justicia a la Jurisdicción, para alcanzar una sentencia o acto por el cual el Estado cumple su deber y derecho de defensa del orden jurídico objetivo privado, que implica la protección del derecho o del interés del justiciable que se ampara en tal derecho.”² En esta definición encontramos dos grandes contenidos. Primero, el proceso entendido como un conjunto de actos con una finalidad específica, lo cual responde a la semántica misma del término. Relevamos el hecho de entender al proceso como un conjunto y no como una serie de actos, distinción que nos será de utilidad más adelante para diferenciar al proceso del procedimiento. El segundo gran contenido es la identificación de tal conjunto de actos como el instrumento necesario para que el ciudadano presente una petición de protección de un derecho y el Estado, en respuesta, ejerza su poder jurisdiccional, tutelando dicha petición.

Si bien esta definición aporta los elementos fundamentales del concepto proceso, en la actualidad otros elementos han sido considerados al momento de definirlo, dando una mayor precisión al concepto. Así, MONTERO AROCA define al proceso como el instrumento a través del cual los órganos del Estado con potestad jurisdiccional han de cumplir la función que se les asigna constitucionalmente y a través del cual los particulares pueden ver satisfecho el derecho a la tutela que se les reconoce constitucionalmente.³ Resulta importante destacar que MONTERO AROCA aporta el elemento “constitucional” en su definición, el cual no

¹ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 31.

² PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Volumen 1, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, pág. 218.

³ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 284-286.

categoriza al proceso como un instituto constitucional –que de hecho no lo es–, sino como aquel instrumento para el ejercicio tanto de potestades públicas cuanto de derechos fundamentales, estos y aquellas sí de categoría constitucional. Respecto de esta definición cabe también puntualizar, tal como lo hace el autor,⁴ que el concepto de “instrumento” utilizado comúnmente al momento de definir al proceso, no se refiere a que este sea una mera herramienta adjetiva, pues el proceso posee en sí mismo una dimensión material. En efecto, si bien al proceso se lo identifica por antonomasia con lo formal, posee también un sentido material, en la medida en que comporta un conjunto de reglas y mandatos al servicio de la concreción de los derechos de acción y contradicción. Así entendido el proceso, no solo consagra los medios o vías de aplicación de pretensiones y excepciones, sino también una serie de derechos en abstracto “que regulan el contenido, la materia, la sustancia y la finalidad de la actividad jurisdiccional”,⁵ esto es, la tutela judicial de los derechos de las personas.

Otra interesante definición de proceso, que nos aporta elementos adicionales a los ya expresados, es la expuesta por GIMENO SENDRA, quien, si bien reconoce al proceso como el instrumento que tiene el poder judicial para resolver los conflictos que ante sus órganos se les plantee, considera que “un estudio más detenido del instituto lleva a definirlo como el conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización, a través de los oportunos actos procesales, origina la aparición de situaciones, desde las que, en un estado de contradicción, examinan las partes sus expectativas de una sentencia favorable y, con ella, la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias.”⁶ De esta manera el autor citado expone elementos tanto de la dimensión material del proceso, cuanto de la acostumbrada dimensión formal. Desde lo material, identifica al proceso como un conjunto de derechos de naturaleza procesal al servicio del derecho de acción. Desde lo formal, identifica como notas características del instrumento a la intervención de una autoridad judicial, la existencia de dos partes contrapuestas, la existencia de un conjunto de derechos, obligaciones y cargas, así como el dictado final de una resolución judicial que obliga a las partes a su cumplimiento. De esta forma, el autor citado añade a los contenidos constitucionales de jurisdicción y acción, las denominadas “posibilidades y cargas” que poseen las partes.⁷ Con esto, el autor

⁴ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 284.

⁵ ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1969, pág. 48.

⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Colex, 2006, pág. 259.

⁷ GIMENO SENDRA define a la “posibilidad procesal” como ocasiones u oportunidades procesales que se les ofrece a las partes en el curso del proceso y mediante cuyo ejercicio, a través de los correspondientes actos procesales, obtienen determinadas ventajas o acreditan sus expectativas de una sentencia favorable –por ejemplo formular o no conclusiones–. Por su parte, las “cargas procesales” son definidas por el autor como actos procesales que incumbe o debe realizar la parte interesada a fin de que pueda prevenir una desventaja

comprende que el proceso se encuentra también conformado por categorías jurídicas que se refieren al protagonismo que las partes poseen en el litigio –sobre todo el civil; pero no olvidemos que también en procesos de interés público donde el Estado actúa oficiosamente, a él le corresponde el ejercicio de las posibilidades, obligaciones y cargas procesales–.

Ahora bien, frente a definiciones amplias y detalladas como las que venimos de analizar, DE LA OLIVA SANTOS ha optado por definir al proceso de una manera más concreta. Para este autor el proceso es un instrumento de la jurisdicción –función jurisdiccional o administración de justicia–, constituyendo “una serie o sucesión jurídicamente regulada de actos (del órgano jurisdiccional, de sujetos jurídicos particulares o de otros órganos del Estado, que no sean jurisdiccionales) tendientes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto”.⁸ Respecto de esta definición cabe realizar dos comentarios. Primero, se corresponde plenamente con la manera en que el autor entiende a la jurisdicción. Recordemos que DE LA OLIVA SANTOS no considera que la jurisdicción consista en la mera resolución de controversias o en la tutela de derechos subjetivos, por el contrario, considera que el núcleo de la jurisdicción consiste en tutelar y realizar el Derecho objetivo;⁹ de allí que el proceso sea su instrumento. Segundo, el autor concibe al proceso como una “serie o sucesión jurídicamente regulada de actos”, es decir, DE LA OLIVA SANTOS desarrolla únicamente la dimensión formal del proceso.

De las distintas definiciones que hemos expuesto, concluimos que el proceso no posee únicamente una dimensión formal, que es la que comúnmente hemos estado acostumbrados a percibir, sino también una material, que comprende el conjunto de derechos y actos a través de los cuales se concreta la previsión abstracta del derecho a la acción y a la contradicción,¹⁰ por una parte, y el ejercicio público de la jurisdicción –tutela y realización del Derecho

procesal o, en último término, evitar una sentencia desfavorable –por ejemplo, el probar lo que se ha argumentado afirmativamente en juicio–. GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pág. 262. La distinción entre “posibilidades” y “cargas” está inspirada en la obra de GOLDSCHMIDT titulada *El proceso como situación jurídica* (cfr. GOLDSCHMIDT, James, *Der Prozess als Rechtschlage*, Editorial Julius Springer, Berlín, 1925, págs. 268-288; y, del mismo autor, *Teoría general del proceso*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, págs. 82-100).

⁸ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, segunda edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013, pág. 184.

⁹ *Ibidem*, pág. 18.

¹⁰ Recordemos que doctrinalmente existen dos maneras de comprender al derecho a la acción. Una la manera “abstracta”, que se identifica con el derecho de las personas a acudir a los Tribunales, presentar una petición y obtener de estos una respuesta –derecho al proceso–; y otra la “concreta”, que entiende a la acción como el derecho a una sentencia conforme a lo que jurídicamente corresponde. OLIVA SANTOS, Andrés de la, *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Barcelona, Casa Editorial Bosh, 1980, pág. 21. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., págs. 131 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 34-40.

objetivo— por otra. Para que el proceso sea tal, tanto ciudadano como Estado han de encausar sus actividades dentro de los márgenes y atendiendo a los requerimientos que para tales efectos establezcan la Constitución y las leyes. En nuestra investigación entenderemos al proceso principalmente en su dimensión material, a fin de establecer una clara diferencia con el procedimiento o trámite del proceso –instituto puramente adjetivo–, particular que lo desarrollamos en el epígrafe I.2.

I.1.2. Principios

Tanto en su elaboración como en su puesta en práctica, el proceso ha de obedecer a ciertas máximas de forzosa observancia en unos casos¹¹ y de libre elección en otros. Estas máximas informativas son los denominados principios procesales, los cuales se constituyen en los pilares fundamentales en los que se apoyará tanto la estructura como las diferentes actividades que conforman el proceso.¹² Su presencia en el ordenamiento jurídico puede ser explícita o implícita, mas siempre orientarán el desarrollo de la actividad procesal.¹³

Para su estudio, la doctrina se ha servido de varios criterios de clasificación, aunque en otros casos –sobre todo autores clásicos,¹⁴ pero también contemporáneos¹⁵–, ha optado simplemente por exponer el catálogo de principios sin criterio de agrupamiento alguno –con gran profusión y en ocasiones, confusión entre los principios del proceso y los del procedimiento–. De entre los autores que han entendido la importancia de distinguir a los principios procesales según su naturaleza jurídica, citamos a DE LA OLIVA SANTOS, quien identifica que algunos de los principios procesales son naturales y otros meramente técnicos,¹⁶ y sobre la base de aquella distinción elabora su teoría.

¹¹ Consideramos que aquellos principios de forzosa observancia constituyen máximas atemporales, pues pese a que estos principios no siempre fueron conocidos o aplicados a lo largo de la historia, siempre existieron en la medida en que son correlativos a la dignidad humana como veremos más adelante. El que el desarrollo del pensamiento humano y jurídico no los haya atendido en el pasado, no significa que no hayan existido –cosa similar con lo que ocurrió con el derecho a la libertad, valor connatural al ser humano pese a que durante siglos se aceptó la práctica de la esclavitud–.

¹² Cfr. MOLINA CABALLERO, María, “Principios y Formas del Proceso y del Procedimiento”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Dir.), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 2008, pág. 117.

¹³ Cfr. OVALLE FABELA, José, *Teoría General del Proceso*, México DF, Colección Textos Jurídicos, 1994, pág. 187.

¹⁴ Ver: GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso*, México DF, Obregón y Heredia, 1983, pág. 82 y ss.

¹⁵ Ver: SOSPEDRA NAVAS, Francisco (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, tomo 1, Madrid, Thomson Civitas, 2008, pág. 45 y ss.

¹⁶ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 205-219.

Otra parte de la doctrina, en la que podemos ubicar a MONTERO AROCA, opta por categorizar a los principios según deban resultar comunes a todos los procesos o si únicamente resultan propios de ciertos tipos de procesos. El primer caso se refiere a los principios de igualdad y contradicción, sin cuya observancia cualquier regulación no daría lugar a un verdadero proceso. En el segundo caso se refiere a los principios dispositivo e inquisitivo, cuya elección por parte del legislador resulta libre, dependiendo de la opción por la cual se decante para la regulación procesal.¹⁷ GIMENO SENDRA, por su parte, divide a los principios del proceso según sean inherentes a la estructura del proceso –principio de contradicción y principio de igualdad de armas– o según se refieran al objeto procesal –principio dispositivo y principio acusatorio–.¹⁸ Como apreciamos, los disímiles criterios de división no son sino distintas maneras de llamar a una misma realidad, de tal forma que no existe una real diferencia entre ellos. En el desarrollo de esta investigación seguiremos al criterio que divide a los principios procesales entre naturales y técnicos, al cual nos hemos referido al inicio de este epígrafe.¹⁹

I.1.2.a. Principios jurídico-naturales del proceso

Siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, diremos que los principios jurídico-naturales del proceso son aquellos que no pueden dejar de informar a la legislación y a la realidad procesal; aquellos que siempre deben ser efectivos y respetados.²⁰ Son los principios que consideramos “atemporales” y desde una perspectiva formal, hacen que el proceso pueda ser tenido como un instrumento para la administración de la justicia, tanto en su origen –fase de producción de la norma– como en su aplicación –al momento de la administración de la justicia al caso concreto–. Los principios jurídico-naturales son el de audiencia o contradicción y el de igualdad de partes.

• Principio de audiencia o contradicción

El principio de audiencia o contradicción implica que a todo aquél que haya de verse afectado por la resolución jurisdiccional que se dicte a consecuencia del proceso, debe concedérsele la oportunidad de ser parte del proceso, de exponer los argumentos y de aportar

¹⁷ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 322.

¹⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Colex Editorial, 2012, pág. 273 y ss.

¹⁹ Este mismo criterio de clasificación ha sido adoptado por otros autores, por ejemplo: BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, Madrid, La Ley, 2014, pág. 86 y ss., MOLINA CABALLERO, María Jesús, “Principios y Formas del Proceso y del Procedimiento”, cit., pág. 118, entre otros.

²⁰ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 205 y ss.

los medios de prueba que considere convenientes a su posición procesal –pretensión o excepción–.²¹ Queda entonces proscrito que un juzgador dicte alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella.²² El diseño legislativo del proceso ha de atender este mandato.²³

Dos reflexiones caben ser realizadas sobre el principio de audiencia o contradicción. Primero, con este principio no se pretende obligar a las partes a actuar en juicio, mas sí obligar al legislador y al juzgador para que diseñe y conduzca el proceso, respectivamente, de modo que ambas partes tengan oportunidades procesales suficientes y adecuadas para conocer del proceso y ser oídas respecto del mismo. Segundo, este principio tiene íntima relación con el derecho a no sufrir o quedar en indefensión, consagrado por el art. 24.1 de la Constitución española²⁴ –en adelante, CEsp–, por el art. 75 de la Constitución ecuatoriana²⁵ –en adelante, CEcu–, por el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –en adelante, DUDH–,²⁶ por el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante, PIDCP–,²⁷ por el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los

²¹ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la y PEITEADO MARISCAL, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid, UDIMA, 2011, pág. 9-8. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 183.

²² Cfr. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, pág. 263.

²³ Bajo esta línea argumentativa, el TC (Esp) en la STC, 054/2010, de 4 de octubre, FJ 3 se ha manifestado en los siguientes términos: “En otras palabras, para entablar y proseguir los procesos con plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) resulta exigible una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal, para lo que son un instrumento capital los actos de comunicación procesal con la finalidad material de llevar a conocimiento de quienes ostentan algún derecho o interés legítimo la existencia misma del proceso con objeto de que puedan adoptar la postura que estimen pertinente para la defensa de sus derechos e intereses, evitando que se produzcan situaciones de indefensión, por lo que pesa sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal. Sólo así cabe garantizar los indispensables principios de contradicción e igualdad de armas (STC 6/2008 de 21 de enero y las allí citadas). A esos efectos, debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que la imposibilidad de tomar en consideración las alegaciones oportunamente deducidas por las partes puede implicar una quiebra del principio de contradicción causante de indefensión (art. 24.1 CE), siempre que se verifique que la decisión fue efectivamente adoptada inaudita parte y que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte (por todas, STC 116/2007 de 21 de mayo)”

²⁴ Boletín Oficial del Estado español –en adelante BOE– núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

²⁵ RO No. 449, de 20 de octubre de 2008 .

²⁶ <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>, página web consultada el 17 de julio de 2013. Cabe señalar –y en esto seguimos a Carlos VIDAL PRADO– que al tratarse de una resolución y no de un tratado, la “Declaración Universal de Derechos Humanos” no ha sido ratificada de forma expresa por los países conformantes de las Naciones Unidas. De allí que su texto no haya sido publicado ni en el BOE ni en el Registro Oficial ecuatoriano –en adelante RO–. VIDAL PRADO, Carlos, “La recepción de la declaración universal de derechos humanos por parte de los Tribunales constitucionales y europeos. Especial referencia al caso español”, en *Revue Européenne du Droit Social*, volumen XIV, número 1, Targoviste, Ediciones Bibliotheca, 2012, pág. 62 y 63. Sin embargo, se debe considerar que el art. 10 de la CEsp expresamente se remite a la DUDH como guía interpretativa de los derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente.

²⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y puesto en vigor desde el 23 de marzo de 1976. Ratificado por España el

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –en adelante, CEDH–,²⁸ por el art. 47 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en adelante, CDFUE–²⁹ y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominado Pacto de San José –en adelante CADH–.³⁰

- **Principio de igualdad**

Como en cualquier rama del conocimiento jurídico o humano en general, el principio de igualdad no se lo debe entender como un postulado que pretenda que los distintos seres humanos son iguales entre sí –igualdad material–. Los humanos somos diferentes, tanto lo somos que ni aún los gemelos idénticos pueden considerarse iguales; y esto solo por referirnos a variables biológicas, pues las circunstancias de origen, medio ambiente, educación, recursos, etc., provocan que la igualdad humana no resulte posible, al menos en tal sentido. No obstante, por el solo hecho de ser personas y más específicamente, por el ser miembros de un Estado –como el español o el ecuatoriano–, nos asisten una serie de derechos de contenido idéntico y que, por tanto, se deben aplicar de forma idéntica a todas las personas, sin importar su origen, género, filiación política o religiosa, grado de instrucción o cualquier otra variable que pueda resultar diferenciadora.³¹

Ante el proceso y durante el proceso, las partes, por más diferentes que sean, tienen derecho a similares oportunidades procesales de sostener su posición litigiosa. “No basta, pues, con ser oído, sino que esa audiencia debe ser en esencia –cuantitativa y

27 de abril de 1977 y por el Ecuador el 6 de marzo de 1969. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>, página web consultada el 17 de julio de 2013. Ver también: <http://www.acnur.org/nuevaspaginas/tablas/tabla6.htm>, página web consultada el 17 de julio de 2013.

28 Adoptado en Roma en noviembre de 1950. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979. CONSEJO DE EUROPA, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, página web consultada el 17 de julio de 2013.

29 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF>, página web consultada el 17 de julio de 2013.

30 Adoptado en San José de Costa Rica, en noviembre de 1969. Ratificada por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977. CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, página web consultada el 17 de julio de 2013. Ver también: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>, página web consultada el 17 de julio de 2013.

31 La CC (Ecu) en la Sentencia No. 058-14-SEP-CC, dentro del Caso N° 0435-11-EP, del 2 de abril del 2014, ha corroborado este criterio al sostener que: “el concepto de igualdad, visto como un derecho constitucional, implica un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados, de manera que se configura un trato diferente a determinados agentes en virtud de ciertos presupuestos, circunstancias, y hechos, existiendo un margen dentro de la configuración legislativa que permite realizar esta diferenciación.”

cualitativamente— la misma para las dos partes procesales” como bien sostiene DE LA OLIVA SANTOS.³² Consecuentemente, tanto en el diseño o construcción normativa del proceso, cuanto en la conducción del mismo, se ha de cuidar el que las partes posean sino idénticas, al menos sí oportunidades equivalentes para ejercer sus derechos. Este principio se encuentra recogido, en lo que a nuestra materia se refiere, en los arts. 14 y 24³³ de la CEsp, en los arts. 11.2 y 76.7.c de la CEcu, en el art. 10 de la DUDH, en el art. 14 de la PIDCP, en el art. 6 del CEDH y en el art. 8 de la CADH.

Este principio es también conocido como el de “igualdad de armas”, en tanto y cuanto se prevé que los justiciables tengan las mismas oportunidades para defenderse de las alegaciones de su contraparte. Bajo esta línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional español —en adelante, TC(Esp)— se ha referido sosteniendo que: “...Hemos declarado en reiterada jurisprudencia que el derecho a la defensa y a la asistencia letrada consagrado en el art. 24.2 CE tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios procesales de igualdad de armas y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes en el proceso, lo mismo que atajar las limitaciones en la defensa que puedan provocar a alguna de ellas un resultado de indefensión constitucionalmente prohibido por el art. 24.1 CE.”³⁴ En función de lo anotado, concluimos que es obligación del legislador, primero, y del juzgador, después, garantizar el equilibrio entre los justiciables, a fin de que en igualdad de condiciones cada uno pongan en consideración del juez sus posiciones litigiosas³⁵ para que sea éste último, quien apegado a derecho, resuelva la contienda.³⁶

³² OLIVA SANTOS, Andrés de la y PEITEADO MARISCAL, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva*, cit., pág. 9-9.

³³ Como señalaremos enseguida en el texto, según la jurisprudencia del TC (Esp), se ubica en el apartado 1 del art. 24, como parte integrante del derecho fundamental del justiciable a no padecer indefensión. Por nuestra parte, nos parece que a la igualdad procesal también se la podría comprender implícita dentro de la frase “con todas las garantías” del numeral 2 del citado artículo, pues como bien señala Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, se ha considerado que el texto “con todas las garantías” ha integrado a tal artículo, una serie de derechos y garantías establecidas por normas internacionales sobre derechos humanos (“Artículo 24, Garantías Procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978, tomo 3, Madrid, EDERSA, 1996, pág. 95-98*). En el mismo sentido: RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANA, María José, *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 250 y ss.

³⁴ STC (Esp), 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 2.

³⁵ Esta concepción del principio de igualdad procesal ha sido recogida de igual manera en las siguientes Sentencias del TSJ (Esp): STSJ Barcelona, Sala de lo Social, 3685/2016, del 09 de junio, rec. 2538/2016, FJ 3; STSJ Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Civil y Penal, 3/2016, del 17 de mayo, rec. 13/2015, FJ 3; y también en la STS (Esp), Secc. 5, 1400/2016, del 14 de junio, rec. 802/2015, FJ 3.

³⁶ En este punto, resulta interesante añadir lo acotado mediante ATS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, de 8 de junio, rec. 3108/2014, FJ 3, en donde se analiza la introducción de hechos nuevos mediante un recurso procesal, como un vicio que acarrea la indefensión, y por lo tanto vulnera al principio de igualdad de armas en los siguientes términos: “Admitir la tesis del recurrente abocaría «a apartase de la *causa petendi* contenida en la demanda, lo cual es totalmente rechazable» - STS 17 de Julio de 2006 -; dando lugar a introducir en el debate una cuestión ajena a lo que constituyó el objeto del pleito, que por esta razón debe ser repelida, pues, como

I.1.2.b. Principios jurídico-técnicos del proceso

Si bien los principios jurídico-naturales constituyen criterios que conforman intrínsecamente el proceso en atención a elementales exigencias de justicia, por otra parte se encuentran los criterios que miran a la más eficaz adecuación del medio al fin que se pretende –la administración de la justicia– en función de cuál sea el tipo de naturaleza o pretensión –consideraciones técnicas–.³⁷ Conforme a ellos se determina el modo en el que han de originarse los actos procesales, la configuración del objeto procesal, la disponibilidad de las partes, así como criterios respecto al comportamiento general de los sujetos procesales –incluido ciertamente el juzgador– en la introducción, aportación de prueba, desenvolvimiento en general del proceso y en su terminación.³⁸ Con esto no nos referimos a la organización adjetiva del proceso –secuencialidad, tiempos, requisitos, medios de expresión, etc.–, sino a criterios materiales respecto de los actos que componen el proceso –su origen, sus productores y destinatarios, etc.–. A este tipo de principios nos hemos ya referido en nuestro apartado I.1.2, cuando señalábamos la existencia de principios que eran de libre elección, pues dependen del cómo considera el legislador que resulta más razonable la administración de justicia, dependiendo de la materia a tratar –derechos privados o públicos– e incluso de las ideologías político-económicas que imperen –liberalismo, conservadurismo o intervencionismo de izquierda–. De allí que sean dos los principios jurídico-técnicos, a saber: el dispositivo y el de oficialidad.

- **Principio dispositivo**

Como bien señala DE LA OLIVA SANTOS,³⁹ cuando el proceso se refiere a derechos subjetivos disponibles para sus titulares, parece lógico que el poder de disposición de que disfrutaran las partes fuera del proceso deba trasladarse también al ámbito procesal. De allí,

continúa diciendo la meritada sentencia, con apoyo en otra de esta Sala de fecha 29-03-2006, ‘el vicio (...) de alegación de una cuestión nueva está interdictado de una manera absoluta ya que va contra los principios procesales de igualdad de armas, y desde luego provoca una situación de indefensión inaceptable, todo ello amparado por el principio de la tutela judicial efectiva’ y así se especifica en la sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 1998, que recoge lo dicho por el T.C., esencialmente en la sentencia de 17 de marzo de 1994, y la del T.E.D.H. de 27 de junio de 1968.’ De la cita realizada se desprende que el TS (Esp) concluye que la modificación extemporánea del objeto de la litis, realizado por una de las partes, conlleva ineludiblemente a la vulneración del principio de igualdad de armas; y esto, se debe a que, de aceptar que un justiciable realice eso, se estaría dejando en indefensión y desventaja a la contraparte en la medida que no posee, ni el tiempo, ni los medios necesarios para preparar su defensa, lo que repercute necesariamente en la igualdad que deben poseer las partes.

³⁷ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 86.

³⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Madrid, Editorial Colex, 2010, pág. 46.

³⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, y PEITEADO MARISCAL, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva*, cit., pág. 9-11.

cuando los procesos versen sobre derechos e intereses de carácter exclusivamente privado, suelen configurarse conforme al principio dispositivo, en virtud del cual, corresponde a las partes dar inicio al proceso, fijar su objeto y determinar incluso libremente el modo de terminarlo –optando de entre los distintos modos que la ley prevea para el efecto–.⁴⁰ PICÓ I JUNOY sostiene que el fundamento de este principio se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por ordenamientos jurídicos que reconocen constitucionalmente el derecho a la propiedad privada –art. 33 de la CEsp y art. 66.26 CEcu–. Este reconocimiento constitucional implica una distinción clara entre intereses privados y públicos y, por tanto, exige que el proceso civil deba estar informado por el principio dispositivo.⁴¹

El proceso informado por este principio no inicia automáticamente por voluntad de la ley o de un órgano jurisdiccional, sino por voluntad libre de la parte que considere que uno de sus derechos requiere ser tutelado judicialmente. Así será la parte quien determine la materia litigiosa, aportará las pruebas para sustentar su pretensión y esperará la resolución del juez; o inclusive, puede desistir o abandonar la tutela requerida a través del proceso. De igual manera, viéndolo desde la perspectiva del demandado, a él le corresponderá contestar la demanda, presentar excepciones y reconvencciones, si así lo considera. Actuará las pruebas que demuestren su posición y esperará la sentencia que resuelva el caso; podrá también renunciar a sus excepciones o abandonarlas. En definitiva, en un proceso inspirado por el principio dispositivo las partes son las auténticas dueñas de sus poderes y, solo ellas, pueden ejercitarlos ante el juzgador. El legislador y el juzgador han de respetar esa autonomía y, sobre todo, han de dotarla de eficiencia procesal.⁴²

⁴⁰ Los juzgadores supremos españoles han entendido en debida forma el principio dispositivo, manifestando que: “los ciudadanos juegan un papel decisivo al impetrar la intervención jurisdiccional, dado que los procesos se rigen como es sabido por el principio dispositivo o de justicia rogada (...) opera sin embargo con toda su intensidad al inicio de las actuaciones, requiriendo siempre la iniciativa de parte para su apertura (*nemo iudex sine actore*).” STC (Esp), 140/2016, de 21 de julio, FJ 3. En similar sentido, se ha sostenido que “en un proceso civil que no implique ningún interés público o social, es decir, que no se rija por el principio de oficialidad, rige el principio dispositivo, de modo que son las partes los que tienen la carga de alegar los hechos que tengan por conveniente, y a ellas corresponde la iniciativa en su fijación como ciertos (y proponer los medios de prueba pertinentes a tal efecto). Y correlativamente a este principio de dispositivo o de justicia rogada, rige el de aportación de parte, del que es expresión el art. 216 LEC, según el cual los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales” (SAP Barcelona (Esp), Secc.19, del 28 de abril, 164/2016, rec.123/2015, FJ 2).

⁴¹ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, “Los Principios del Nuevo Proceso Civil”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Barcelona, Ecomonist & Jurist, 2000, págs. 30-31.

⁴² Cfr. MOLINA CABALLERO, María Jesús, “Principios y Formas del Proceso y del Procedimiento”, cit., pág. 118.

- **Principio de oficialidad**

Si el principio dispositivo informa a aquellos procesos donde se involucran derechos privados, el principio de oficialidad informa a aquellos donde se ven involucrados derechos públicos.⁴³ Este principio exige por un lado que el proceso se inicie en cuanto se produzca un conflicto o situación con trascendencia jurídica que involucra al interés público. Sin vinculación a la voluntad de los particulares, el proceso iniciará siempre que la tutela del interés público lo requiera.⁴⁴

En cuanto al objeto del proceso, este se conforma por todos los elementos que el ordenamiento jurídico entiende relevantes en relación con el interés público a cuya tutela está dirigido el proceso, sin posibilidad de que se excluya ninguno.⁴⁵ La indisponibilidad de los intereses públicos hace que la terminación de esta clase de procesos únicamente pueda obedecer a las causas específicamente previstas por la ley, donde la sentencia o auto resolutorio serán las causas naturales para la terminación del proceso. De esta forma en los procesos que obedecen a este principio, la regulación de los actos tanto del propio juzgador como de las partes tendrán rasgos muy determinados en función de la finalidad que se persigue, siendo nota característica las mayores facultades del juzgador.^{46, 47} El principio de oficialidad caracteriza principalmente a los procesos penales, aun cuando históricamente existen ejemplos de países que, en atención a su ideología política y económica, optaron por

⁴³ En este contexto, el ATC (Esp), 354/1991, de 25 de noviembre, FJ 2, realizó una distinción puntual entre el principio dispositivo y de oficialidad, en los siguientes términos: “el principio dispositivo, característico del proceso civil, que se opone al principio de oficialidad, entraña un poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso. Ello supone, además de un poder de disposición de las partes sobre el derecho material -con excepción de aquellos procesos en que predomina un interés público- y de un paralelo poder de disposición sobre la pretensión de las partes fijadas en los escritos de demanda y contestación, que el fallo de la Sentencia no otorgue más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, omite pronunciarse sobre una de las pretensiones formuladas u otorgue cosa distinta de lo pedido”

⁴⁴ Este criterio ha sido recogido por parte del TSJ (Esp), en la STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1, 65/2015, del 17 de septiembre, rec. 106/2014, FJ 1.

⁴⁵ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, y PEITEADO MARISCAL, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva*, cit., pág. 9-13.

⁴⁶ Cfr. MOLINA CABALLERO, María Jesús, “Principios y Formas del Proceso y del Procedimiento”, cit., pág. 118.

⁴⁷ Al respecto, la Audiencia Provincial de Madrid en lo concerniente a las facultades que tiene el juzgador, en causas donde impera el interés público, es decir, donde el principio de oficialidad tiene protagonismo, se pronunció en la siguiente forma: “la cuestión que nos ocupa es de orden público, *ius cogens* o derecho necesario, en la que no viene vinculado el Juez ni el Tribunal por el rigor de los principios dispositivo y de rogación (artículo 216 de la L.E.Civil), de congruencia (artículo 218 de la misma), de contradicción e igualdad de armas en el proceso, que inspiran nuestro ordenamiento formal, y que son de observancia estricta cuando de las restantes de derecho privado se trata, pudiendo el juzgador adoptar las medidas más adecuadas, aun no habiéndose solicitado.” SAP Madrid (Esp), Secc. 22, 596/2016, del 12 de julio, rec. 1314/2015, FJ 2.

informar al proceso civil de este principio; tal fue el caso del proceso civil en la Rusia estaliniana.⁴⁸

Es necesario señalar, con el fin de evitar malos entendidos, que el principio de oficiidad al que nos referimos, no se lo debe confundir con el principio *iura novit curia*, pues éste último sostiene que el juzgador debe suplir los errores en la invocación de las normas jurídicas por parte de los justiciables, cuando en ellos exista alguna omisión o yerro respecto de la cita o referencia expresa de una norma que del texto de la pretension se desprenda invocada. No obstante, este principio no le permite al juez resolver aquello que la parte no lo demandó expresamente, ni mucho menos impulsar el proceso, cosa que bajo el principio oficioso, dado el interés público de la causa, sí podría realizar.⁴⁹

A modo de conclusión de este acápite cabe señalar que los principios procesales son coherentes con la naturaleza material del proceso, en la medida que informan la manera en que tal instituto ha de servir a la concreción de derechos y poderes constitucionales –jurisdicción–. Los mandatos de estos principios rebasan lejanamente lo meramente adjetivo de la administración de justicia, identificándose e informando valores superiores en relación con el ejercicio de uno de los mandatos que la sociedad entregó al Estado, este es, la jurisdicción. Sin importar los procedimientos específicos que establezcan –plazos, requisitos, órdenes secuenciales, etapas, etc.–, el proceso será siempre un instrumento igualitario, contradictorio y de disposición de las partes procesales –esto último en materia privada–.

I.2. Procedimiento

A efectos de esta investigación resulta imprescindible determinar lo que se ha de comprender por procedimiento y sus principios, ya que sobre la base de estos institutos construimos nuestra visión sobre la oralidad, su naturaleza jurídica, reglas orgánicas y función. Iniciaremos recordando que, en ocasiones, proceso y procedimiento son utilizados como sinónimos,⁵⁰ cuando es posible dotar a cada uno de ellos de contenidos distintos, lo cual, a nuestro criterio, aporta a un mejor entendimiento del fenómeno procesal. De hecho,

⁴⁸ Cfr. GURVICH, M. A., *Derecho procesal civil soviético*, México DF D.F., Universidad Autónoma de México DF, 1971, pág. 40 y ss.

⁴⁹ Seguimos, en este sentido, a lo resuelto por el ATS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, del 29 de junio, rec. 3144/2014, FJ 3, donde en su parte pertinente advierte que: “la aplicación del principio ‘*iura novit curia*’, si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones, no les faculta, en cambio, para resolver la cuestión sometida a su decisión trasmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas, cuyo cambio o transmutación puede significar menoscabo del art. 24 CE, al desviarse de los términos en que viene planteado el debate forense, vulnerando el principio de contradicción.”

⁵⁰ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 168.

a efectos de esta tesis resulta imprescindible establecer una clara diferencia entre los conceptos de proceso y procedimiento, pues ello coadyuvará al particular estudio que haremos de institutos procesales –los recursos– y de institutos procedimentales –la oralidad–

I.2.1. Concepto

Si partimos de nuestra visión material del proceso –apartado I.1.1–, donde tal concepto se aleja de la mera concepción de trámite, entonces, ¿de qué manera se instrumentaliza el proceso? o ¿de qué manera se estructuran secuencialmente los diferentes actos que conforman el proceso? Pues bien, el proceso necesariamente ha de revestir una forma externa y justamente a tal forma externa denominamos “procedimiento”. CALAMANDREI ya delineó la diferencia entre proceso y procedimiento, indicando que el procedimiento “indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal”.⁵¹

Bajo esta comprensión, SANTOS AZUELA define al procedimiento como el conjunto de principios y formas a través de las cuales se realiza y se tramita el proceso, de allí que se lo entienda como un conjunto secuencial de las etapas a lo largo de las cuales se regula la tramitación del proceso.⁵² En similar sentido, para MOLINA CABALLERO el procedimiento constituye la reglamentación formal del proceso, el establecimiento de la secuencia de actos procesales, su orden temporal y, en general, todas sus formas.⁵³ MORENO CATENA, por su parte, define al procedimiento como una serie o sucesión de actos ordenados, tendientes a la resolución judicial del proceso.⁵⁴ En esta misma línea de pensamiento, DEVIS ECHANDÍA señala: “denominamos procedimientos a los distintos métodos que la ley establece para su regulación. [entiéndase que se refiere a la regulación proceso]”⁵⁵ Ya con estas definiciones resulta clara la deferencia entre proceso y procedimiento, donde el proceso es el instituto concebido para el ejercicio de la acción del actor, de la contradicción del demandado y jurisdicción, mientras que el procedimiento es la forma en que tal instituto se organiza y opera en la práctica, esto es, su trámite.

Cabe aclarar que las definiciones que hemos citado corresponden a la acepción jurisdiccional de “procedimiento”, pues este término es utilizado también por otras varias especializaciones jurídicas para denotar una sucesión de actos jurídicos –no

⁵¹ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Leyer, 2005, pág. 270.

⁵² Cfr. SANTOS AZUELA, Héctor, *Teoría General del Proceso*, México DF, Mc Graw-Hill, 2000, pág. 18.

⁵³ Cfr. MOLINA CABALLERO, María Jesús, “Principios y Formas del Proceso y del Procedimiento”, cit., pág. 115.

⁵⁴ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 125.

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, tomo I, Bogotá, Themis, 2012, pág. 138.

jurisdiccionales— como bien refiere DE LA OLIVA SANTOS.⁵⁶ De hecho el término “procedimiento” es ordinariamente utilizado en la jerga jurídica para identificar a la “sucesión ordenada de los actos a través del cual se cumple la actividad de la administración pública dirigida directamente a producir consecuencias en el mundo del Derecho.”⁵⁷ De allí que resulte común utilizar al término proceso para referirse al ámbito judicial y procedimiento para referirse al ámbito administrativo público.⁵⁸ Entonces, para comprender el correcto sentido del término “procedimiento”, en cada caso particular habrá que ubicarlo dentro de la especialización jurídica de la que se trate, en el evento de que no se lo encuentre específicamente identificado como “procedimiento jurisdiccional” o “procedimiento administrativo”.

A efectos de nuestra tesis, como es de esperarse, siempre que nos refiramos a procedimiento lo haremos en su acepción jurisdiccional, esta es, la forma externa que reviste el proceso.

I.2.2. Principios

Considerando las disímiles comprensiones que existen en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica del instituto “principio”, creemos conveniente iniciar este epígrafe que se encarga de los principios del procedimiento –negados por unos y aceptados por otros–, refiriéndonos al particular entendimiento que, a efectos de nuestra investigación, poseemos del contenido y caracterización jurídica de este concepto.

Podría pensarse que los principios devienen en tales solo si constituyen postulados imprescindibles y absolutos, ya que de esta manera se nos presentan máximas procesales como la igualdad o la contradicción –los denominados principios jurídico-naturales–. No obstante, existen principios que lo son, a pesar de no poseer la rotundidad de dichas características. De hecho, los hay prescindibles, pues al momento de diseñar el proceso se puede elegir entre uno u otro; y los hay también no absolutos, ya que su alcance puede ser moderado por el legislador. Lo aquí sostenido ciertamente resulta incompatible con la acepción moral del concepto “principio”, mas sin embargo, en materia jurídica –que es la que nos compete– existen tanto dimensiones materiales, donde los principios poseen idéntica innegociabilidad que en materia moral, cuanto dimensiones formales, donde la construcción legislativa del proceso y de su trámite posibilita la elección de unos principios y de otros no, así como la moderación del alcance de sus mandatos.

⁵⁶ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 188.

⁵⁷ ZAVALA EGAS, Jorge, *Derecho Administrativo*, tomo 1, Guayaquil, Edino, 2005, pág. 182.

⁵⁸ De hecho, bajo este entendimiento y distinción hemos utilizamos a tales términos en nuestro ensayo *Los Medios de Impugnación ante el Proceso y el Procedimiento Contemporáneo*, Quito, Ediciones Legales, 2013.

Ejemplo de los principios de libre elección son el dispositivo y el de oficialidad, los denominados principios jurídico-técnicos –ver epígrafe I.1.2.2–. A ninguno de ellos podemos considerar como imprescindibles, ya que corresponde al legislador el decantarse por uno de ellos al momento de construir al proceso, en atención a las concepciones económico-políticas que posea la sociedad en la que va a operar. Así mismo, los principios jurídico-técnicos tampoco podrían ser considerados como absolutos, pues el legislador los suele temperar en búsqueda de un mejor diseño procesal. Tal es el caso del proceso dispositivo donde se le otorgan ciertos poderes oficiosos al juzgador, por ejemplo, la potestad de declarar nulidades procesales sin que las partes lo hayan solicitado o la ordenación de diligencias de prueba finales o “para mejor proveer”.⁵⁹ Pese a estas circunstancias, es decir, pese a que no son ni absolutos ni imprescindibles, a los jurídico-técnicos no se les ha negado su calidad de principios –en esto podríamos afirmar la existencia de un criterio prácticamente unánime en la doctrina–.

Otro claro ejemplo de esta clase de principios es los que corresponden al procedimiento. Si bien ellos comportan mandatos informadores de gran importancia, los alcances concretos que puedan poseer dependerán de la intensidad con la cual sean considerados y aplicados por el legislador al momento de diseñar los trámites. Esta ductilidad parecería no compatible con el entendimiento más rígido del concepto “principio”, sin embargo y como hemos anotado, al comprenderlos como informadores de instituciones netamente adjetivas –trámite– se reconoce que sus postulados puedan ser moderados por el legislador dentro de su particular diseño del procedimiento. Habiendo demostrado la existencia de principios imprescindibles y elegibles, así como de principios absolutos y no absolutos, debemos insistir en que tal circunstancia se traduce en la existencia de principios informadores de lo material del proceso y principios informadores de lo formal del proceso –procedimiento–, cada uno de ellos con sus distintas naturalezas y objetivos.

Habiendo establecido nuestra comprensión respecto al instituto “principio”, entramos en materia afirmando que así como el proceso posee sus máximas informadoras, el procedimiento también posee las suyas. Para llegar a esta comprensión resulta imprescindible valorizar al procedimiento como un instituto jurídico en toda la extensión del concepto y entenderlo por separado del proceso, pese a que se encuentre íntimamente relacionado y dependiente de él –simplemente no puede existir procedimiento sin proceso–. De no arribarse a esta comprensión sobre el procedimiento, podría pensarse que pretendemos dar la categoría de procesales a postulados netamente procedimentales y ello

⁵⁹ En ciertos casos, como por ejemplo el contencioso tributario establecido por el Código Tributario ecuatoriano de 1975, se han implementado procesos “cuasi-oficiosos” en los cuales confluyen de lleno caracteres dispositivos y oficiosos. (Cfr. TROYA JARAMILLO, José Vicente, *Manual de Derecho Tributario*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, pág. 319 y ss.)

no es así. De hecho compartimos por completo el criterio de DE LA OLIVA SANTOS,⁶⁰ quien califica como error el reputar como “principios del proceso” a los específicos elementos de la forma externa –procedimiento– que este puede adoptar.

Ahora bien, precisado lo anterior surge la pregunta: ¿qué son los principios del procedimiento? Para responder a este interrogante recordamos brevemente que el procedimiento es la forma externa –trámite– de la cual se encuentra revestido el proceso, por tanto, en su estructuración legislativa y en su aplicación práctica, el procedimiento ha de constituir un medio satisfactorio para la consecución de los fines del instituto al que sirve. Ya que el fin más caro del proceso es la realización de la justicia” –como bien lo sostuvo COUTURE⁶¹–, el procedimiento ha de responder también a aquel fin. Los principios del procedimiento devienen, entonces, en máximas que informan el cómo se ha de estructurar y aplicar el instrumento con el cual se tiende a la realizar la justicia –la meta de la dimensión adjetiva siempre será la meta de la dimensión material del fenómeno procesal–.

Estos principios, a diferencia de lo que ocurre con los jurídico-naturales del proceso, no dimanar de derechos fundamentales del ser humano o de su dignidad –audiencia e igualdad–, sino de la experiencia y de la lógica humana respecto a cómo se han de ejecutar las actividades de una manera correcta, eficaz y eficiente en lo que a la tarea de administrar justicia se refiere –esto explica el carácter no absoluto ni imprescindible de este tipo de principios–. A los principios del procedimiento no se los debe entender como concepciones económico-políticas de la organización social,⁶² sino más bien como postulados elaborados a partir de los conocimientos y las conclusiones extraídas de la observación y de la práctica judicial. En este mismo sentido, GIMENO SENDRA opina que los principios del procedimiento son “criterios prácticos, relacionados con la efectividad, rapidez o seguridad que debe primar en el procedimiento.”⁶³

En nuestro criterio, las máximas generales que informan al procedimiento como forma externa de proceso, tanto en su creación y configuración, como en su aplicación práctica, son los siguientes principios:

- Inmediación y mediación;
- Concentración y fraccionamiento;

⁶⁰ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., págs. 204-205.

⁶¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 148.

⁶² Los principios jurídico-técnicos del proceso –ver epígrafe I.1.2.2– sí obedecen a una determinada concepción económica-política de la sociedad, por ello el proceso de un Estado liberal será muy diferente a que imperaban en las antiguas repúblicas soviéticas, por ejemplo lo dispositivo vs. lo inquisitivo en materia civil.

⁶³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 48.

- Preclusión y elasticidad;
- Publicidad y secreto
- Celeridad; y,
- Economía.⁶⁴

La tendencia contemporánea se decanta por la mayor valoración de unos principios frente a otros como medio para lograr una administración de justicia más eficiente y eficaz; estos son los de inmediación, concentración, celeridad, preclusión, economía y publicidad. Sin embargo, dependiendo de la naturaleza, características y fines que se persigan con el específico proceso, resulta válido y pertinente que el legislador informe al procedimiento con aquellos principios antitéticos a los antes señalados, estos son los de mediación, fraccionamiento, dilación, elasticidad y secreto. Considerando la vinculación de esta tesis con la oralidad, realizaremos el estudio de aquellos principios que de manera evidente se relacionan con tal forma de comunicación procedimental y que de hecho, coinciden con los de mayor difusión y aceptación actual. Incluiremos en el estudio de estos principios, el análisis de sus principios contrarios –que no por ello negativos, según hemos señalado–, a fin de que nuestra exposición sea completa.

I.2.2.a. Principio de inmediación

La inmediación es uno de los principios procedimentales más importantes a ser considerados en la tarea de administrar justicia en la actualidad. Con razón se sostiene que existe una “relación intrínseca entre la correcta impartición de justicia y la inmediación judicial”.⁶⁵ Este principio propugna que el procedimiento debe estructurarse de tal manera que las partes, sus argumentos y pruebas, mantengan un contacto directo con el juzgador, a fin de que este, sin intermediarios personales ni materiales, pueda recoger todas las impresiones y elementos que le permitan formar su convicción de juzgamiento y resolver, efectivamente el caso. Y es que “el principio de inmediación se basa en algo inherente a la personalidad humana: el hablar directamente a otra persona” como bien sostenía KLEIN.⁶⁶

Vale señalar que la inmediación adopta el carácter de principio del procedimiento solo si se la entiende en su sentido estricto y no en su sentido amplio o lato. Se sostiene la existencia de estos dos sentidos para diferenciar los alcances del instituto, donde la

⁶⁴ No negamos y mucho menos invalidamos el criterio de autores que consideren otros principios adicionales, simplemente trabajamos con aquellos que a nuestro criterio, se identifican plenamente con máximas informativas propias del procedimiento.

⁶⁵ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, Albolote, Editorial Comares, 2006, pág. 1.

⁶⁶ KLEIN, Franz, *Der Zivilprozess Oesterrichs*, Mannheim, Bensheimer, 1927, pág. 220. Citado por FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, Valencia, Caja de Ahorros de Valencia, 1988, págs. 505.

inmediación en sentido estricto propugna que el juez que ha presenciado la aportación de argumentos y pruebas de las partes, sea quien resuelva el caso –conceptuación del principio que expusimos en el párrafo precedente–. En cambio, en sentido lato, la intermediación propugna que los actos procesales deban realizarse con la presencia de un juez, como garantía de la debida tutela pública de los derechos procesales, pero no se exige que dicho juez sea el mismo que resuelva el caso.⁶⁷ Este sentido persigue una finalidad de naturaleza pública en calidad de garantía procesal,⁶⁸ mientras que el sentido estricto persigue fines directamente relacionados con la calidad de la administración de la justicia.

Es sobre tres postulados rectores necesariamente concomitantes que el principio de intermediación informa al legislador y al juzgador respecto a cómo se ha de estructurar y aplicar el procedimiento con el fin de que constituya una adecuada herramienta al servicio de la administración de justicia, a saber:

- 1) El procedimiento debe contar con fases o etapas en las cuales las partes, los terceros convocados al proceso y el juez puedan establecer un diálogo personal. De esta forma, las partes podrán exponer directamente al juzgador sus argumentos y pruebas –entre ellas las testimoniales y periciales–, y este a su vez, podrá conocerlos y valorarlos de una forma cabal, sin elemento interpuesto alguno.
- 2) La imprescindible presencia del juez en aquellas fases o etapas de contacto directo con las personas que intervienen en el proceso, dirigiendo el acto de tal manera que se propicie una producción correcta de las alegaciones y pruebas, a fin de conseguir una adecuada apreciación de las mismas.⁶⁹
- 3) La necesidad de que el juez que ha mantenido el contacto directo con las partes, sea el que resuelva el caso.⁷⁰

⁶⁷ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, cit., pág. 4.

⁶⁸ Nos referimos a que el proceso sea siempre dirigido por una persona revestida de jurisdicción y competencia pública para administrar justicia con independencia e imparcialidad.

⁶⁹ Criterio seguido por la CC (Ecu), la que en la Sentencia 209-14-SEP-CC, dentro del caso N° 0180-12-EP, del 20 de noviembre de 2014, sostuvo que: “el principio de intermediación se traduce en la inmediata comunicación que debe existir entre el juez y las personas que obran el proceso; los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen (...); se colige entonces que el principio de intermediación conlleva la comunicación directa y estrecha entre el juez y las partes procesales, lo que sería imposible si no concurrían al acto todas las partes, y más aún sin la presencia del juez, quien a partir de los hechos puestos a su conocimiento desarrolla una clara percepción de los hechos que se traducen en su decisión.”

⁷⁰ Si bien María Vitoria BERZOSA FRANCOS, no considera al principio de intermediación como uno del procedimiento, sino más como una “consecuencia” del “principio” de oralidad, aporta elementos indispensables para la comprensión de la intermediación bajo nuestra concepción, de allí que los exponamos reconstruidos de forma coherente con aquella. (“Los Principios Configuradores del Procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Barcelona, Ecomonist & Jurist, 2000, pág. 594.)

Estos tres postulados han sido corroborados tanto por la jurisprudencia española,⁷¹ como por la ecuatoriana.⁷² A manera de ejemplo, citaremos lo sostenido por el TC (Esp): “La inmediación no puede quedar únicamente reducida a la presencia judicial, con ser importante, pues la práctica de la prueba no puede desligarse de la percepción directa y de la eventual intervención del Juez en su desarrollo, a fin de adquirir un cabal conocimiento de los elementos de hecho necesarios para dictar sentencia.”⁷³ En esta misma línea de pensamiento, la CC (Ecu) ha sostenido que “La sujeción al principio de inmediación y celeridad no es otra cosa que la presencia del juzgador en las diligencias procesales, esto es, está encaminado a la relación directa con los litigantes, a la apreciación inmediata de las pruebas llevadas al proceso, está ligado con la oralidad del procedimiento, y para el caso que se practiquen las confesiones, declaraciones testimoniales, alegatos, peritajes entre otras sin la presencia del juzgador carezcan de eficacia jurídica.”⁷⁴

Respecto del primero de estos postulados rectores, se dice que la clave del proceso se halla en la exposición del caso litigioso, en la reconstrucción del supuesto y en las pruebas, así que en todas esas etapas es recomendable que opere el principio de inmediación.⁷⁵ Sin embargo, no se debe entender a este principio como una regla totalmente inflexible, sino como lo que en realidad es: un conjunto de máximas informativas. De allí que poco importa la forma en que el principio sea aplicado, mientras sus postulados se vean efectivamente concretados en el procedimiento. Por ello en la generalidad de los casos se ha considerado que la inmediación, si bien podría informar a absolutamente todas las fases del procedimiento, resulta imprescindible que sea observada en la fase probatoria, cuando la naturaleza de las fuentes de prueba utilizadas –una parte, un testigo, un perito– demanda que el juez sentenciador mantenga un contacto directo –“inmediato”– con ellas, a fin de valorar adecuadamente los resultados probatorios correspondientes.⁷⁶ Como sostiene HERRERA ABIÁN: “La prueba sigue siendo el aspecto donde la inmediación cumple su misión esencial, la de servir a la correcta valoración de los elementos probatorios. El valor de la presencia judicial en las declaraciones de los sujetos que intervienen en la prueba, como vehículo de comunicación de hechos, es evidente, como lo es respecto a los objetos que por sí portan una

⁷¹ Cfr. SS: SAP Sevilla (Esp), Secc. 6, 28/2016, del 19 de enero, rec. 649/2013, FFJJ 1,2; SAN (Esp), Secc. 1, 405/2016, del 21 de julio, rec. 529/2015, FJ 4; SAP Madrid (Esp), Secc. 27, 426/2016, del 30 de junio, rec. 1044/2016, FJ 5.

⁷² Cfr. CNJ (Ecu), Resolución No. 407-2013, del 15 de abril del 2013.

⁷³ STC (Esp), 177/2014, de 3 de noviembre, FJ 2.

⁷⁴ CC (Ecu), en la Sentencia N° 103-12-SEP-CC, dentro del caso 0986-11-EP, del 03 de abril de 2012.

⁷⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., págs. 504.

⁷⁶ En esta línea, seguimos a lo manifestado por el TC (Esp), en la STC (Esp) 144/2012, de 2 de julio, FJ 4, donde expresa que: “Así, hemos afirmado que la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración...”

información necesaria para la emisión de un juicio justo.”⁷⁷ De allí que se considere que el juez que haya participado directamente en el conocimiento y evacuación de la fase probatoria, para las cuales debió haberse preparado con el estudio de los antecedentes del caso, posee un conocimiento profundo y vívido de la posición de cada una de las partes, así como de sus correspondientes sustentos probatorios, con lo cual se logra plenamente el objetivo del principio.⁷⁸

Es claro entonces que un procedimiento puede estar completamente estructurado por etapas con inmediación entre las partes procesales, o bien puede estar estructurado por fases donde la comunicación entre las partes sea mediata y por fases donde sea inmediata. Se aplicarán los mandatos del principio en este último caso, siempre que las etapas de contacto inmediato sean aquellas que permitan al juzgador el conocimiento profundo de los sustentos que posean las partes para demostrar la procedencia de sus pretensiones y excepciones, es decir, las fases probatorias.^{79, 80} Por este motivo, el principio de inmediación pertenece al procedimiento y no a una forma de comunicación procedimental específica –oralidad o escritura–, lo cual también lo analizamos en nuestro apartado I.2.3. Este criterio, ciertamente es algo esquivo de encontrar en la doctrina, la cual tiende en mayor medida a identificar a la inmediación como un atributo propio y exclusivo de la forma procedimental oral; no obstante, como principio que es, la inmediación puede informar también al procedimiento mayormente escrito y en este caso se la observará siempre que la etapa probatoria del procedimiento se realice en presencia del juez, mediante actos de comunicación directa entre el juez y las fuentes de prueba.

El segundo postulado rector al que nos hemos referido sostiene la imprescindible presencia del juez en aquellas fases o etapas de contacto directo con las personas que

⁷⁷ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, cit., pág. 26.

⁷⁸ Parecería que el propio Víctor FAIRÉN también se inclina por considerar que lo imprescindible es que la intermediación se aplique rigurosamente en la etapa probatoria del proceso y por ello sigue a GOLDSCHIMDT en su explicación del principio de “inmediatividad” –inmediación– en sus sentidos formales y materiales aplicados siempre a la vinculación del juez y la prueba (*El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., págs. 503-504). Otros autores como Manuel Antonio VALENCIA MIRÓN (Cfr. *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, Comares, 2008) o Fernando de la RÚA (Cfr. *Teoría General del Proceso*, cit., 103) son frontales en sostener que la intermediación debe ser asegurada durante el período probatorio, por lo que otras etapas del procedimiento bien pueden ser mediatas.

⁷⁹ En este mismo sentido, De la OLIVA SANTOS sostiene: “La intermediación es compatible, sin embargo, con un proceso que, en su conjunto, no sea predominantemente oral. Porque la intermediación se ha acabado entendiéndolo con referencia a la práctica de las pruebas, como el contacto e intervención directos e inmediatos respecto a la actividad probatoria.” (*Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 82).

⁸⁰ Con respecto a lo aquí anotado, la CNJ (Ecu) ha sostenido: “el principio de intermediación es básico dentro del Derecho Procesal, porque asegura que los juzgadores puedan conocer de primera mano, tanto las alegaciones que las partes realizan, con el fin de tener totalmente delimitada la traba de la litis, como las pruebas que presentan para sustentar sus posiciones, para que recaiga sobre ellos la potestad de analizarlas” (Resolución No. 407-2013 del 15 de abril de 2013).

intervienen en el proceso, dirigiendo el acto de tal manera que se propicie una producción correcta de las alegaciones y pruebas, a fin de conseguir una adecuada apreciación de las mismas. Pues bien, si lo que se pretende con este principio es el acercamiento físico de todos los actores del proceso, mal puede el juzgador abstenerse de comparecer o nombrar a un delegado para que dirija el debate y dialogue con actor, demandado, testigos, peritos, etc. En virtud de este postulado rector, el juzgador no solo cumplirá con comparecer a los actos en los que participen las partes,⁸¹ sino que ha de mantener una posición activa durante el debate, pues aun cuando en materia civil impera el principio procesal dispositivo, sí corresponde al juez dirigir el debate de tal manera que se convierta en el adecuado espacio para que las partes aporten debidamente argumentos y pruebas, así como mantener adecuados niveles de participación e interés en las exposiciones y producción de pruebas de las partes. Esto, con el fin de reunir los suficientes elementos que formen su juicio y, de esta manera, cumplir debidamente sus funciones públicas. De hecho, y como bien señala GIMENO SENDRA, la presencia física del juez en la aportación de hechos favorece un mayor convencimiento sobre la credibilidad de los argumentos y pruebas de las partes, al poderse apreciar datos no exentos de importancia, tales como gestos de turbación, sorpresa y análogos de las partes y testigos, que no pueden reflejarse sino en comparecencias.⁸² La enorme conveniencia de su presencia en todas las comparecencias orales resulta, así, indiscutible; con todo, en línea con lo que ya hemos expuesto más arriba, es en la fase probatoria donde la presencia del juez sentenciador se hace verdaderamente imprescindible, pues solamente esa presencia garantiza que el juzgador se coloque en la posición idónea para valorar la fiabilidad de los resultados probatorios obtenidos mediante la oralidad.

En sentido similar se presenta el tercer postulado rector del principio, en virtud del cual, únicamente el juzgador que mantuvo el diálogo directo con los partícipes del proceso puede ser el que resuelva el litigio.⁸³ Con mucha razón sostiene CHIOVENDA que el principio de inmediación exige que el juez que va a pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de las que extrae su convencimiento y haya entrado, por tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que se pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en

⁸¹ MONTERO AROCA se refiere a la “mera presencia judicial” al señalar: “Conviene empezar por distinguir entre intermediación y presencia judicial, para advertir que en la LEC 1881 no existía intermediación, sino solo presencia judicial”. Esta mera presencia se identifica con el sentido amplio o lato de la intermediación al cual nos referimos al inicio de este epígrafe (*Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 181).

⁸² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, 2010, cit., pág. 50.

⁸³ Seguimos, en esta línea argumentativa, a lo expuesto por el STC (Esp), 177/2014, de 3 de noviembre, FJ 6, donde manifestó que: “el principio de intermediación judicial exige que el Juez ante el que se haya practicado la prueba sea también el que dicta la Sentencia...”

referencias lejanas.⁸⁴ En otras palabras, solo el juez que conoció directamente las posiciones litigiosas y vivió el denominado “drama procesal”, es quien está en posibilidad de resolver debidamente el caso, o al menos, tiene mayores posibilidades para hacerlo.

De conformidad con este postulado rector, en el evento de que circunstancias sobrevenidas impidan resolver el caso al juzgador que dirigió y participó del debate procesal, se debería repetir la o las etapas de contacto directo del procedimiento, que según hemos anotado, pueden ser varias o, de hecho, puede ser todo el procedimiento (cfr. arts. 199 y 200 LEC). Respecto a esta posibilidad se pronunció el TC (Esp), al sostener que en caso de ausencia por parte del juzgador ante quien se hizo efectiva la intermediación judicial, y en el supuesto que solo se hayan aportado pruebas personales, “será inexcusable o bien la repetición de la vista o de la diligencia de prueba correspondiente ante el Juez sentenciador, o cuando menos la reproducción del soporte audiovisual (si existiera) o la lectura del acta que documente la práctica de la prueba en presencia de los declarantes y ante el nuevo juzgador que se dispone a su valoración”⁸⁵

Ciertamente esto traería un inevitable desperdicio de tiempo y recursos; sin embargo en este caso se ponderan los beneficios de la intermediación sobre los principios de celeridad y economía –principios que analizaremos más adelante–.⁸⁶ La regla que acabamos de analizar es aplicable también a los casos en que el juzgador no sea unipersonal sino un Tribunal. En casos como estos, si bien puede existir un juez ponente que sea quien redacte el proyecto de sentencia –mismo que pudo haber presenciado las fases fundamentales del procedimiento– la naturaleza del juzgador pluripersonal ordena que el caso sea conocido y resuelto con el criterio de todos los miembros del Tribunal y no solo del ponente. Por tanto, de nada aporta que uno de los jueces haya presenciado el debate procesal si alguno o algunos de sus compañeros no lo hicieron –salvo el caso que los jueces que sí hubieren presenciado el debate, conformaran la mayoría requerida y tuvieran idéntico criterio respecto al sentido del fallo⁸⁷–. Corresponderá entonces a todos los miembros del Tribunal el comparecer a

⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen 3, Florida-Provincia de Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2005, pág. 130. También ver: RÚA, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, cit., 109.

⁸⁵ STC (Esp), 177/2014, de 3 de noviembre, FJ 6.

⁸⁶ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 96.

⁸⁷ Respecto del caso español, HERRERA ABIÁN recuerda: “La LEC prevé que los jueces o magistrados que incurran en causa de sustitución continúen hasta que se dicte el fallo y, si ello no fuera posible o conveniente (fallecimiento, enfermedad, pérdida de la condición de juez o magistrado), que se opte por la decisión drástica de repetir de nuevo la vista, no sólo en el supuesto de órganos unipersonales, sino también en el caso de los colegiados, cuando no sea posible que los que asistieron a la vista dicten por sí solos, sin el magistrado impedido, el fallo por no formar la mayoría exigida” (*La intermediación como garantía procesal*, cit., pág. 27).

todos los actos de contacto directo con las fuentes de prueba que se establezcan en el procedimiento, para la correcta conformación del juicio a emitirse.⁸⁸

Según hemos podido apreciar a lo largo de este apartado, los postulados del principio de intermediación tienden a que el procedimiento y la labor del juez se encuentren organizados de tal manera que puedan constituir los adecuados medios para impartir justicia en toda la extensión del concepto. Coincidimos, por tanto con DE LA OLIVA SANTOS, en que la intermediación constituye un recurso básico e imprescindible para garantizar la buena calidad de la administración de la justicia y la mayor medida de acierto de la actividad jurisdiccional decisoria.⁸⁹ Si bien esto ya lo hemos venido esbozando en párrafos precedentes, conviene dejarlo anotado expresamente y de forma categórica, pues uno de los principales intereses de la sociedad en su conjunto y de los litigantes en particular, es que la justicia sea impartida con altos niveles de calidad y fiabilidad; que los fallos posean tal contundencia en su corrección que consigan restablecer plenamente el equilibrio y la porción de paz social que se vio turbada por el litigio. La plena observancia del principio de intermediación otorga, indiscutiblemente, los medios necesarios para la mayor satisfacción posible de esta legítima aspiración de la sociedad. Como veremos más adelante, poco importa la forma procedimental por la que se opte, sea la oral o la escrita, lo verdaderamente importante es garantizar que los postulados del principio de intermediación se observen de la manera más rigurosa posible en el procedimiento, pues de ello dependerá en buena medida, como hemos anotado, la mejor o peor calidad de las resoluciones judiciales.

Finalmente, se hace imprescindible señalar que los postulados del principio de intermediación y los beneficios que de su aplicación se obtendrían, se ven frustrados si el procedimiento adolece de dispersión o lentitud. Así, poco importa que todas las etapas del procedimiento se realicen a través del diálogo directo entre las partes, si tales etapas se ejecutan distantes en el tiempo las unas de las otras. De igual manera, poco importa que todo el procedimiento haya sido dirigido y protagonizado activamente por el juez, si éste tarda en emitir su sentencia. De allí que la intermediación se relaciona íntimamente y de hecho depende de otros principios del procedimiento: el de concentración y el de celeridad, según lo confirmaremos en sus correspondientes apartados –I.2.2.b y I.2.2.c–.

I.2.2.b. Principio de concentración

Resulta muy dificultoso, por no decir imposible, que una persona retenga todo lo observado y escuchado durante una comparecencia, mucho más cuando han existido varios intervinientes y se han tratado diversos temas en ella. Por ello, y con el objetivo de que no

⁸⁸ Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 131.

⁸⁹ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 231.

se diluyan con el paso del tiempo los conocimientos e impresiones que un juez hubiera obtenido a través del contacto inmediato con las partes, surge el principio de concentración. Este principio propugna que “los distintos actos procesales y etapas del procedimiento se condensen, a efectos de su ejecución, en una sola comparecencia o, de no ser posible, en muy pocas próximas entre sí”.⁹⁰ Con ello se persigue que las actuaciones no se dispersen y que el juzgador adquiriera no solo una visión directa sino también una visión en su conjunto de todo lo actuado durante el debate procesal.⁹¹

Al igual que ocurre con la inmediación, el principio de concentración puede informar a todo el procedimiento o a sus fases más importantes a efectos del juzgamiento. Entendido en su sentido más puro o riguroso, este principio propugna que el procedimiento debería reducirse a una sola comparecencia o vista, en la que se habría de presentar la demanda, responderla, plantear cuestiones previas y resolverlas, presentar pruebas y actuarlas, presentar las conclusiones y resolver el caso. Este sentido riguroso en prácticamente todos los casos es temperado y así se lo debe comprender, pues si bien pueden existir procedimientos de comparecencia única, los actos de proposición –demanda– y de excepción –contestación a la demanda– se los suele anticipar –fraccionar– respecto a la celebración de tal única vista. Como señala CALAMANDREI: “un proceso enteramente concentrado, en el sentido de que desde su inicio, continúe sin interrupción hasta el final, no existe en realidad”.⁹² Por otro lado, la concentración también puede informar únicamente a las fases más relevantes del procedimiento a efectos del juzgamiento, fases que en este caso no solo corresponden a la probatoria sino también a la resolutive. En este sentido, un procedimiento observará el principio de concentración siempre que la actividad probatoria se desarrolle en una sola comparecencia –la cual puede estar formada por varias reuniones que deben ser realizadas con mucha proximidad entre sí– y que la resolución del caso se emita en el menor tiempo posible, una vez finalizada la fase probatoria, para favorecer que el juzgador falle sobre la base del recuerdo cercano de aquello que ha presenciado de manera directa e inmediata.⁹³

Las dos maneras de aplicar el principio de concentración cumplen con el objetivo de evitar la dispersión de las actuaciones procesales⁹⁴ –de todas o de las más importantes a

⁹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., pág. 479.

⁹¹ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, y PEITEADO MARISCAL, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva*, cit., pág. 9-13.

⁹² CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 278.

⁹³ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, pág. 77. PICÓ I JUNOY, Joan, “Los Principios del Nuevo Proceso Civil”, cit., pág. 66.

⁹⁴ En Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional trae una definición legal de lo que se entiende por principio de concentración procesal acorde a lo señalado. Así, el art. 4.11.a prevé: “Concentración: Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de

efectos del juzgamiento, como hemos señalado— y la consecuente dilución de los elementos de convicción que las partes pudieren haber aportado y que el juez pudiese haber aprehendido.⁹⁵ Corresponde al legislativo observar los postulados de este principio al momento de diseñar normativamente el procedimiento, bien estableciendo que este conste de una sola comparecencia o bien estableciendo la proximidad entre las distintas comparecencias previstas, además de determinando la obligatoriedad de la pronta emisión de la resolución del caso.⁹⁶

Ahora bien, en el apartado anterior señalamos que una misma comparecencia o vista puede ameritar más de una reunión, en virtud de la complejidad del caso, del número de cuestiones previas a conocerse y resolverse, del número de pruebas a actuarse o de cualesquier otra circunstancia, de allí que en virtud del principio de concentración el tiempo que medie entre tales reuniones también debe estar regulado normativamente, privilegiando siempre la proximidad temporal entre ellas. Importa, a efectos de este principio, que los actos se ejecuten de la forma más unitaria posible; como su nombre ya lo denota, el principio tiende a la reunión o agrupación de la realización de los actos y etapas.⁹⁷

actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.”

⁹⁵ Respecto a este punto resulta interesante señalar que Víctor FAIRÉN, acaso el mayor partidario español de la oralidad reconoció que la concentración es “un principio muy relacionado con la oralidad y con la inmediación, si bien ello no impide que puedan aparecer las manifestaciones del mismo en sistemas procedimentales regidos por principios opuestos” (*El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., pág. 512). Reconocimientos como el que acabamos de citar han sido expresados de manera aislada y casi escondida, pues la doctrina generalizada ha sido elaborada sobre la base del entendimiento de la inmediación y la concentración como pertenecientes a la forma procedimental oral e incluso como consecuencia de aquella. No obstante lo antes señalado, no podemos sino reconocer que los postulados del principio de concentración son concretados de una mejor y más completa manera en procedimientos de forma oral que en los de forma escrita, pues como bien señaló CHIOVENDA “mientras que el oral tiende, necesariamente, a reducir toda la sustanciación a una o a pocas audiencias próximas unas de otras, extiéndase el escrito, en cambio, a una serie indefinida de intercambio de escritos” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 131).

⁹⁶ Víctor FAIRÉN considera que el principio de concentración constituye uno de política legislativa; bien entendido este criterio podemos coincidir con él. Así, para el legislador debe ser una política el diseñar y normar procedimientos que apliquen los postulados de la concentración y no solo de ella, sino también del resto de los principios del procedimiento que tienden a que el procedimiento sea la idónea herramienta para la administración de la justicia (*El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., págs. 512).

⁹⁷ En función de lo anotado, es oportuno señalar lo expuesto por el STSJ Barcelona (Esp), Sala de lo Social, Secc. 1, 3368/2016, del 27 de mayo, rec. 1015/2016, FJ 4, siguiendo el criterio expuesto anteriormente sobre el principio de concentración: “Pues bien, el acto judicial que supuestamente provoca la nulidad de actuaciones que la recurrente peticiona es la celebración del acto del juicio oral en tres sesiones, celebradas en las fechas 2 y 26 de marzo y 10 de mayo de 2010, lo que si bien es contraria al principio de concentración y unidad de acto, no es menos cierto que teniendo en cuenta la complejidad del juicio y las extensa prueba a practicar, nada impide a que se celebre en varias sesiones, aunque lo deseable sería que tuvieran lugar en un periodo más corto de tiempo, sin que, en ningún caso, ello pueda ser causa determinante de la nulidad de actuaciones pretendida, ya que ello agravaría más los defectos denunciados, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un proceso por despido.”

Según hemos anticipado, uno de los postulados rectores más relevantes de este principio, se refiere a la exigencia de que el juzgador resuelva la causa a la brevedad posible, una vez concluidas las fases de contacto directo con las partes y las fuentes de prueba.⁹⁸ Recordemos que los beneficios de la intermediación, que se traducen en las especiales impresiones y conclusiones a las que llega el juzgador en los diálogos y contactos directos con las partes y otros sujetos de la prueba, pueden borrarse o desaparecer de la mente del juez en la medida en que sea dilatado el tiempo que transcurra entre la práctica de las pruebas y la resolución judicial. De allí la necesidad del pronunciamiento de la sentencia en un corto plazo.⁹⁹ Con esto queremos expresar que la fase de deliberación interna del juez, elaboración y emisión del fallo también debe ser concentrada. Como señalamos al final del apartado anterior, en el cual sostuvimos la íntima relación e incluso dependencia del principio de intermediación para con el de concentración, poco importa que todo el procedimiento haya sido realizado sobre la base del contacto directo entre partes y pruebas, de un lado, y juez, de otro, –intermediación–, si éste tarda en emitir su sentencia –dispersión de la fase procedimental de resolución, proscrita por el principio de concentración–. Resumiendo y en palabras de DE LA RÚA, “para que la intermediación rinda sus frutos, el debate debe ser concentrado o continuado, es decir, debe continuar durante todas las audiencias necesarias hasta su terminación y la sentencia debe ser dictada inmediatamente después de él, para que lo útil de la observación no se pierda.”¹⁰⁰

Un tema que ha levantado cierta polémica respecto a este postulado del principio de concentración es el riesgo de que el juez emita una sentencia “precipitada” si se le exige resolver el caso inmediatamente después de concluido el debate.¹⁰¹ Este riesgo nos parece del todo justificado, pues luego de una comparecencia, la fatiga puede dar lugar a graves improvisaciones. Por ello resulta adecuado aplicar los postulados de este principio de una manera razonable. Aún en aquellos procedimientos en entero concentrados donde todos los actos procesales se desarrollan en una sola comparecencia, el juez debería tener un tiempo prudente –no dilatado– para recapitular el caso, ordenar las ideas y resolver de la manera más responsable el litigio. Por excepción, al juez se le debería dar la oportunidad de resolver el caso en la misma comparecencia. También se puede optar por la total proscripción de la

⁹⁸ Hay quienes sostienen que la exigencia de la pronta resolución del caso corresponde a un postulado del principio de intermediación, por ejemplo: BERZOSA FRANCO, María Victoria, “Los Principios Configuradores del Procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 594. No compartimos este criterio, pues consideramos que este postulado corresponde al principio de concentración, pues mientras a la intermediación le interesa propiciar que el juez reciba directamente los distintos elementos de juicio que le aporten las partes –acercamiento físico entre las partes y de ellas con la materia del litigio–, al de concentración le interesa que la actividad procedimental sea próxima temporalmente hablando, para obtener el máximo aprovechamiento de contacto cercano que propicia la intermediación.

⁹⁹ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 52-53.

¹⁰⁰ RÚA, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, cit., 103.

¹⁰¹ Cfr. RÚA, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, cit., 110.

inmediata resolución del caso, no previendo la posibilidad de que el juez lo haga. La aplicación de uno de estos tres modelos depende del diseño procedimental por el cual se decante el legislador; no obstante, consideramos que el primero de los expuestos resulta el más adecuado pues abona elementos para un juzgamiento de mejor calidad. Por otro lado, en aquellos procedimientos en que la concentración se aplica a las fases más importantes para el juzgamiento, se aminora en algo el riesgo de sentencias precipitadas o improvisadas y por tanto erróneas, pues el debate algo más dilatado permite un mayor conocimiento del juzgador del asunto litigioso. Sin embargo, en estos procedimientos también debería concederse al juez la posibilidad de razonar su juicio antes de emitirlo dentro de un tiempo prudente, dejando así mismo, la posibilidad de que el juzgador decida prudente el sentenciar inmediatamente después de finalizado el debate. Corresponde al legislador establecer estas reglas y posibilidades en la normativa y al juez el aplicarlas debidamente.

Para finalizar, vale señalar que un importante segmento de la doctrina sostiene que el principio de concentración debe ser comprendido en un doble sentido: (i) concentración en cuanto a la actividad procedimental y (ii) concentración en cuanto al contenido del proceso. El sentido procedimental de la concentración se identifica con lo que hemos venido desarrollando a lo largo de este apartado, es decir, con entender a la concentración como aquel principio que supone que los actos procesales se desarrollen en una sola comparecencia y si esto no es posible, en varias próximas entre sí, de modo que el juez, al momento de dictar sentencia, conserve en su memoria todas las argumentaciones realizadas por las partes y el resultado de las pruebas practicadas. El segundo, que trata de conseguir el mismo objetivo pero centrado en un contenido concreto, propugna la concentración de las cuestiones prejudiciales, previas e incidentales en el mismo proceso, evitando su tratamiento por separado o que su efecto suspensivo, conduzcan a prolongar la duración del proceso.¹⁰²

Para su análisis conviene separar en dos partes el denominado “sentido procesal” de la concentración. Primero, el concentrar el tratamiento y resolución de cuestiones prejudiciales, previas o incidentales en el mismo proceso y no derivarlas a otro independiente resulta correcto. Ahora bien, respecto a su tratamiento dentro del mismo procedimiento existen dos opciones –y esto ya lo hemos analizado en este mismo apartado–. La primera es concentrar en una sola comparecencia el conocimiento y resolución de las cuestiones previas, incidentales y el fondo mismo del litigio, este es el procedimiento que comúnmente se adopta para casos de menor cuantía y moderada complejidad. Mas ya desde finales del siglo XIX, se ha determinado que la estructura procedimental en entero concentrada puede traer más

¹⁰² Ver: MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 388; BERZOSA FRANCO, María Victoria, “Los Principios Configuradores del Procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 594. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Notas sobre el Principio de Concentración”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 283. GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, Civitas, 1981, pág. 233.

problemas que soluciones en casos de una complejidad considerable o de cuantías superiores, de allí que se haya optado por estructurar un procedimiento concentrado, pero separando en dos momentos procedimentales distintos al conocimiento y resolución de cuestiones previas e incidentales, del conocimiento y resolución de la materia principal de la litis. De esta manera se consigue, como sostuvo FAIRÉN, “que al entrar al tracto probatorio, el proceso se halle, en lo posible, totalmente limpio de todo obstáculo que pudiera dificultar el desarrollo de la prueba y sus secuencias.”¹⁰³ Según conocemos, este fue el modelo implementado por KLEIN, luego de analizar varios inconvenientes que ocasionaba el híper concentrado proceso alemán del siglo XIX. El modelo de KLEIN posee amplia trascendencia e influencia en muchas legislaciones dado lo conveniente del mismo.

Respecto de la segunda parte del denominado “sentido procesal” de la concentración, el cual se refiere a evitar el efecto suspensivo que pueda ocasionar el tratamiento de las cuestiones previas o incidentales, debemos señalar que este postulado aplicable a los procedimientos en entero concentrados, no lo es para aquellos que separan el tratamiento de las cuestiones previas e incidentales del tratamiento del fondo del litigio. En este último caso resulta connatural el efecto suspensivo, pues solo después de haber analizado y resuelto las cuestiones previas e incidentales y si ellas fueran superadas, se puede entrar a conocer y resolver sobre el tema principal. Sin embargo, el principio de concentración también opera en estos casos, informando que las comparecencias en las que se traten estos temas sean próximas temporalmente la una de la otra, pues si bien los asuntos previos pueden diferir mucho de los principales, también pueden estar relacionados y dar elementos al juez para el juzgamiento final.

Un tema adicional que se relaciona con los que acabamos de analizar, se refiere a la proscripción de la impugnación de las resoluciones sobre cuestiones previas o incidentales, de forma separada de la impugnación a la resolución del tema principal.¹⁰⁴ Así como, en virtud del principio de concentración, se proscribe que el tratamiento de las cuestiones previas o incidentales se realice en un procedimiento distinto del que surgieron, así también se proscribe que una vez que hayan sido resueltas, tal resolución pueda ser impugnada de manera independiente al proceso al que pertenecen. De allí, que las objeciones que existan respecto de aquella se las realizarán dentro de la impugnación a la resolución principal del caso y en la medida en que las resolución de temas previos o incidentales, hayan efectivamente influido en la resolución principal del caso. De esta manera no solo se evitan dispersiones, demoras y riesgos de contradicciones o incoherencias,¹⁰⁵ sino también se

¹⁰³ FAIRÉN GUILLEN, Víctor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo 2, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, pág. 812.

¹⁰⁴ Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, volumen 2, Buenos Aires, Bosh y Cía. Editores, 1949, pág. 257.

¹⁰⁵ Nos referimos a aquel riesgo de que, por haber recibido un tratamiento separado los temas previos o incidentales respecto de los temas principales, puedan existir sentencias que un caso acepten una oposición del

presenta al caso como un todo, un conjunto total de las distintas cosas conocidas y resueltas por el juzgador.

En relación con el principio antitético de la concentración, este es, el principio de fraccionamiento, hemos de señalar que sus postulados tienden al diseño de un trámite donde los actos procesales se produzcan entre sí tras un intervalo no corto de tiempo, de tal forma que el procedimiento se presente de manera discontinua.¹⁰⁶ Si bien en la actualidad este postulado resultaría alejado del ideario común de una adecuada administración de justicia, no es menos cierto que pueden existir materias en las cuales resulte aconsejable que las partes posean tiempos prolongados para el estudio y respuesta de las actuaciones procesales. De allí que como máxima informadora resulta valedera cuando el diseño procedimental así lo amerite, particular que corresponde ser evaluado por el legislador al momento de regular el procedimiento.

I.2.2.c. Principio de celeridad

Resulta común el que se confunda a la inmediación y a la concentración con la celeridad, pero aquello no nos parece acertado, pues cada uno de estos principios responden a motivaciones distintas, sin perjuicio de que su aplicación conjunta pueda redundar en la obtención de un procedimiento rápido. Así, la inmediación busca un procedimiento basado en el contacto directo entre todos los partícipes del proceso. Este contacto tiene por finalidad que el juzgador adquiera un cabal conocimiento de los distintos argumentos y pruebas de las partes; no es su finalidad, por tanto, el dotar de rapidez al procedimiento. La concentración, por su parte, pretende que los actos procesales sean próximos entre sí, siendo su finalidad el que las impresiones y conocimientos aprehendidos por el juzgador a través de los contactos inmediatos con las partes y sus pruebas, le otorguen una visión del caso en su conjunto. De allí que, en estricto sentido, su motivación tampoco sea el conseguir un procedimiento rápido. Según apreciamos, los principios de inmediación y concentración no van a responder *per se* a la legítima aspiración social de que la administración de justicia sea expedita,¹⁰⁷ es el principio de celeridad el que va a informar sobre el correcto entendimiento, moderación y respuesta a esta aspiración.

demandado por un tema previo, como por ejemplo incompetencia del juez, y por otra, una sentencia en la que se dé la razón al actor y se condene al demandado.

¹⁰⁶ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 278.

¹⁰⁷ Como recuerda DE ANZIZU FUREST, “la lentitud de los procesos es una realidad al parecer crónica de nuestras sociedades, que incluso ha inspirado libros, obras de teatro, pinturas, siendo el drama kafkiano *El Proceso*, el más patético y vívido ejemplo de lo desesperante que pueden resultar las demoras procesales” (“Aspectos Sociológicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Duración y Coste del Proceso”, en RAMOS MÉNDEZ, Francisco (Dir.), *Para un Proceso Civil Eficaz*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pág. 59).

Ya desde este punto conviene aclarar que el principio de celeridad no busca una aceleración artificial del procedimiento, sino, más bien, propugna la previsión y aplicación de plazos razonables tanto con las aspiraciones de los litigantes, cuanto con la realidad de los órganos jurisdiccionales; así también el principio proscribía que el procedimiento adolezca de dilaciones indebidas, no razonables o injustificadas.^{108, 109} En este contexto, surge la siguiente interrogante: ¿qué se debe entender por “dilaciones indebidas”? Pese a lo que se podría pensar *a priori*, el concepto “dilación indebida” no hace relación a la sola inobservancia de los plazos que la ley prevé para la realización de las distintas fases del procedimiento. Tal inobservancia, si bien comporta una ilegalidad sancionable, es comúnmente tolerada por las sociedades en atención al generalizado conocimiento de las carencias materiales –instalaciones, equipos, suministros, etc.– y de personal –jueces, secretarios, funcionarios, etc.– de las que adolecen las Administraciones de Justicia de muchos países.

Para comprender al concepto “dilación indebida” debemos partir entendiéndolo como una variable no objetivable. Esto quiere decir que no es posible determinar una medida de tiempo que pueda considerarse a efectos generales, como una “dilación indebida”. Por ello en cada caso concreto se han de analizar una serie de circunstancias a fin de determinar si el tiempo que ha tardado la tramitación o resolución de una causa puede considerarse como indebidamente dilatado o no.¹¹⁰ Autores como DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ,¹¹¹ PICÓ I JUNOY,¹¹² GONZÁLEZ PÉREZ¹¹³ o RODÉS MATEU,¹¹⁴ quienes se basan en criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, TEDH–¹¹⁵ y del TC (Esp), identifican

¹⁰⁸ Cfr. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido, *El Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 78.

¹⁰⁹ En relación a lo antes planteado, En la STS (Esp), Secc. 1, 373/2016, del 3 de mayo, rec. 10704/2015, FJ 2, se ha pronunciado en el siguiente sentido: “Dicho de otro modo, la Constitución no impone un principio de celeridad y urgencia en las actuaciones judiciales al precio de ignorar los derechos de las partes, sino que, al contrario, pretende asegurar un equilibrio entre la duración temporal del proceso y las garantías de las partes, pues tan perjudicial es que un proceso experimente retrasos injustificados como que se desarrolle precipitadamente con menoscabo de las garantías individuales (STC 32/1999, de 8 de marzo).”

¹¹⁰ Seguimos, en este sentido, a lo expuesto por la Audiencia Provincial de Madrid en la Cfr. SAP Madrid (Esp) 379/2016, Secc. 16, 7 de julio, rec. 748/2015, FJ 3.

¹¹¹ Cfr. DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Artículo 24, Garantías Procesales”, cit., pág. 90 y ss.

¹¹² Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, Bosh Editorial, 2012, pág. 146 y ss.

¹¹³ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, cit., pág. 327-335.

¹¹⁴ Cfr. RODÉS MATEU, Adria, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2009, pág. 44-61.

¹¹⁵ Al respecto, seguimos lo expuesto por el TEDH en las sentencias de los casos: Adolf c. Austria, de 26 de marzo de 1982; Zimmermann y Steiner c. Suiza, de 13 de julio de 1983; Erckner y Hofauer c. Austria, de 23 de abril de 1987 y Kizilîz c. Turquía, de 25 de septiembre de 2001, donde ha manifestado que se debe tener en

tres circunstancias que deben ser analizadas para determinar si en un caso han existido demoras injustificables, estas son: su complejidad; el comportamiento del justiciable; y, la conducta de los órganos judiciales. Estos mismos criterios han sido considerados y utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CIDH– en el juzgamiento de casos en los que se han denunciado demoras indebidas.¹¹⁶ Conviene referirnos brevemente a cada una de estas tres circunstancias.¹¹⁷

a) La complejidad del caso

La calificación de si un proceso se ha prolongado más de lo razonable debe tomar en cuenta la dificultad inherente al mismo. Solo la mayor complejidad del asunto podría justificar cierto retraso judicial en su resolución, mientras que un proceso en el que no hay especial complejidad jurídica o fáctica debería ser resuelto en un tiempo breve.¹¹⁸

b) El comportamiento del justiciable

Resulta imprescindible analizar cuál ha sido el comportamiento de la persona que invoca a su favor la existencia de indebida dilación. Si la persona fuera causante o al menos corresponsable de las dilaciones, no podría alegarlas en su beneficio.¹¹⁹ Se exige además que la parte haya denunciado oportunamente la existencia de las demoras injustificadas, es decir, que haya intentado la solución del inconveniente; esto último, como parte de su deber de colaborar con la administración de justicia.¹²⁰

c) La conducta de los órganos judiciales

consideración se tendrá en cuenta la complejidad del caso, la conducta del demandante y de las autoridades implicadas en el asunto a fin de determinar un demora injustificable en la sustanciación del procedimiento.

¹¹⁶ Cfr. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 6 de Abril de 2006; Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 1 de febrero de 2006; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 1 de julio de 2006.

¹¹⁷ Estos tres criterios han sido desarrollado también por otras Cortes Internacionales de Justicia. Por ejemplo, el Caso Suárez Rosero resuelto por la Corte IDH, en la sentencia del 12 de noviembre de 1997, donde se arguyó dichos elementos para resolver sobre el tiempo que duro el procedimiento judicial, y su consecuente violación al derecho a ser oído en un tiempo razonable. Otro ejemplo, es la sentencia del 4 de septiembre de 1998 de la Corte IDH, en el Caso Castillo Petrucci, donde de igual forma se hacen alusión a dichos elementos del principio de celeridad para resolver la controversia.

¹¹⁸ En este sentido se ha manifestado el TC (Esp) en varias sentencias, entre ellas las siguientes: STC 103/2000, de 10 de abril, FJ 2; STC 31/1997, de 24 de febrero, FFJJ 3,4; la STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 3, STC 10/1997, de 14 de enero, FJ 3; y, la STC 100/1996, de 11 de junio, FJ 2.

¹¹⁹ Esto hace relación a la máxima en Derecho que prevé que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo o negligencia” recogido, en el caso ecuatoriano, en el art. 1699 del Código Civil; y que se desprende de los arts. 1270 y 1302 en el Código Civil español.

¹²⁰ Así lo ha resuelto el TC (Esp) en las SSTC: 38/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 103/200, de 10 abril, FFJJ 2,3.

Son varios los contenidos de este criterio. Primero, respecto a los denominados “tiempos muertos” debe evaluarse su justificación o no justificación y la atribución de los mismos al órgano jurisdiccional. Mas no es necesario que se demuestre dolo o negligencia del juzgador para que se configure la “dilación indebida”, lo cual es beneficioso para la parte perjudicada pues se evita el cumplimiento de requisitos prejudiciales de difícil o casi imposible obtención –que un juez condene a otro por negligencia en el despacho–. El exceso de trabajo del órgano jurisdiccional o la defectuosa organización, personal y material de los Tribunales, son causas que pueden generar dilaciones indebidas, aun cuando puedan exculpar personalmente al juzgador. Finalmente, dentro de este criterio también se analiza la duración media de procesos del mismo tipo, a fin de identificar si han existido dilaciones excepcionales.¹²¹

Aplicando al caso concreto estos criterios de valoración se puede determinar si en él han existido “dilaciones indebidas” o no, es decir, si se ha rebasado el “límite máximo tolerable” de retraso en la administración de justicia. De hecho, el principio de celeridad no debe, ni puede, ser calificado en razón de un tiempo “definido”,¹²² puesto que como hemos advertido todo dependerá de ciertos factores inmersos en el cauce normal del procedimiento. No obstante, hay que señalar que tampoco se podrán alegar dichos elementos para dilatar intencionalmente un trámite judicial. En este sentido, el TC (Esp) ha analizado el concepto de dilación indebida en los siguientes términos: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si esta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales (STC 100/1996, de 11 de junio, FJ 2). Como se dijo en la STC 58/1999, de 12 de abril (FJ 6), el derecho fundamental referido no se puede identificar con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad. En la misma sentencia y fundamento jurídico indicamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso”¹²³ Contado con estos elementos y

¹²¹ Respecto a este criterio y a sus distintos contenidos, entre otras, son relevantes las siguientes SSTC (Esp): 142/2010, de 21 de diciembre, FFJJ 3,4; 160/2009, de 29 de junio, FJ 4; 178/2007, de 23 de julio, FFJJ 2,3; 153/2005, de 6 de junio, FFJJ 2,3 ; 160/2004, de 4 de octubre, FFJJ 3,4,5.

¹²² Criterio corroborado por el TC (Esp) en la STC 32/1999, de 8 de marzo, FFJJ 2,3; y posteriormente por el TS (Esp) en la STS, Secc. 1, 373/2016, de 3 de mayo, rec. 10704/2015, FJ 2.

¹²³ STC (Esp), 38/2008, de 25 de febrero, FJ 3.

siguiendo a DÍEZ-PICAZO, la “dilación indebida” se define como “aquel tipo de retraso que se convierte en equivalente a una denegación de justicia, atentatorio contra la dignidad de la persona”¹²⁴ y aquello, obviamente, es contrario al principio de celeridad.¹²⁵

Ahora bien, este principio no solo posee una dimensión prohibitiva de las dilaciones indebidas cuando estas ya han tenido lugar, pues incorpora también una serie de postulados que tienden a que el procedimiento se diseñe y aplique de tal forma que sea dinámico y razonablemente expedito, como hemos señalado al inicio de este apartado. En efecto, el principio de celeridad posee postulados *ex-ante* que son de una fundamental importancia a efectos procedimentales. Por ello, al igual que ocurre con el resto de principios, los postulados del de celeridad deben ser atendidos tanto en la fase legislativa cuanto en la de aplicación del procedimiento.

Respecto a la fase de estructuración normativa, el legislador ha de optar por aquella forma procedimental que reúna las mayores ventajas comparativas en lo que a celeridad se refiere; se privilegiará siempre a aquella forma que de mejor manera se identifique con un procedimiento expedito. Sin embargo, la sola adopción de la forma procedimental más conveniente no garantiza celeridad, pues como veremos más adelante en el apartado I.2.3, la forma procedimental constituye tan solo un modelo de comunicación entre las partes y por lo tanto, requiere ser informada por axiomas y reglas para que puedan ser obtenidos de mejor manera los resultados que de ella se esperan. Consecuentemente, el legislador deberá dotar a la forma procedimental de contenidos que coadyuven a su dinamismo y a la mínima producción de dilaciones. En este punto los postulados de la celeridad pasan a coordinarse con los de la intermediación y los de la concentración, acción conjunta que según anotamos al inicio de este apartado, puede redundar en un procedimiento alífero. Si bien lo hasta ahora anotado deviene en las labores más importantes del legislativo respecto de la observancia del principio de celeridad, también se debe prestar cuidado a otras cuestiones puntuales. Así

¹²⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Artículo 24, Garantías Procesales”, cit., pág. 90.

¹²⁵ En concordancia con lo señalado, la Audiencia Provincial de Madrid ha advertido que el principio de celeridad se lo debe valorar de la siguiente manera: “Señalamos unos factores que han de tenerse en cuenta para la declaración de concurrencia: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles. El derecho fundamental impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien lo reclama. En particular, debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Duran de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan)” SAP Madrid (Esp), Secc. 15, 362/2016, del 27 de junio, rec. 928/2016, FJ 4.

por ejemplo, el legislador ha de dotar a las distintas fases del procedimiento de plazos y términos conforme las necesidades sociales del momento, evitando siempre aquellos lapsos excesivos; y ha de sintonizarse también con las tecnologías del momento, de tal manera que su aplicación facilite la labor de juez y partes.

Sin embargo, aun contando con un procedimiento adecuadamente normado, ello no significa que los postulados del principio de celeridad –resolución del caso en un tiempo razonable y proscripción de dilaciones indebidas– se concreten en la práctica *ipso iure*. De allí que sea imprescindible que el juzgador observe también a estos postulados en su labor diaria, manteniendo un despacho ordenado; propendiendo por el cumplimiento de los plazos y términos legales; dirigiendo adecuadamente el debate a fin de rechazar las aportaciones o alegaciones de parte hechas con el ánimo de retardar el proceso. Lo que acabamos de anotar nos deja entrever que en la concreción de principio de celeridad tiene especial importancia el comportamiento y actitud procesal de las partes litigantes y del juez, como árbitro no solo del litigio sino también del debate.

Bastos son los casos sobre la indebida generación de incidentes o presentación de impugnaciones; tantos que existen opiniones –y no pocas– que pugnan por su dura limitación en pos de la celeridad.¹²⁶ Al respecto, MORELLO señalar que “el ejercicio disfuncional de los recursos y de los incidentes torpedea la lógica interior del debate, colisiona con los principios procesales de celeridad y economía, así como deflaciona el redimiendo de lo que se espera del servicio de la justicia.”¹²⁷ Corresponde a las partes actuar con buena fe durante el proceso, absteniéndose de incoar incidentes con el ánimo de retrasar la marcha del proceso, ganar tiempo o tratar de desalentar fácticamente al contendiente. Como bien nos lo recuerda PICÓ I JUNOY “los deberes de integridad o plenitud y de veracidad, constituyen los vértices sobre los cuales se asienta el principio de la Buena Fe Procesal, en un sistema procesal sano”,¹²⁸ de allí que gran parte de la responsabilidad de que la administración de justicia opere con estándares adecuados, están en el comportamiento de los sujetos procesales. Toda práctica que vulnere la buena fe procesal no debe ser simplemente censurada, ha de ser perseguida, como se persigue el cometimiento de cualesquier conducta ilícita en contra del interés público, del erario nacional y del patrimonio económico y moral de las personas. Cabe señalar que tanto la legislación procesal española como la ecuatoriana consagran la buena fe procesal y condenan su inobservancia. Así, el art. 247 de la ley procesal civil española prevé que “Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe”, disponiendo además que “Los

¹²⁶ Por ejemplo, Enrique VESCOVI, sostiene que “la celeridad se la busca de diversas maneras, especialmente rechazando incidentes o recursos” (*Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*, México DF, Editorial UNAM, 1978, pág. 19).

¹²⁷ MORELLO, Augusto, *El Proceso Civil Moderno*, La Plata, Librería Editora Platense, 2001, pág. 160.

¹²⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág.51

Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”, así como un régimen de sanciones a quienes actúen conculcando las reglas de la buena fe procesal. Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano –en adelante, COFJ– ordena en su artículo 26 que “En los procesos judiciales los jueces exigirán a las partes y a sus abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad.” Complementa este mandato la norma, disponiendo que “Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.”

Retornando a nuestro análisis de los responsables de la observancia del principio de celeridad, nos hace falta referirnos a un actor adicional, a saber: el Estado. Ya señalamos que la acumulación de causas y las deficiencias del sistema de justicia pueden originar las indeseables dilaciones indebidas en el procedimiento y que aquellas causas de hecho podían llegar a exculpar al juez-persona, pero no exculpan al Estado. Todos conocemos que uno de los fines connaturales del Estado es el de garantizar la paz social a través de la función jurisdiccional, por tanto, es su responsabilidad el que dicha función cuente con los medios materiales y humanos necesarios para que esté en capacidad de cumplir en debida forma con su esencial obligación. Mas la posición del Estado frente a la observancia de la celeridad es mucho más delicada de lo que hasta este punto parece, pues al igual que ocurre con la publicidad, antes que un principio del procedimiento, la celeridad en la administración de la justicia, entendida en la forma en que la hemos estudiado, constituye un derecho y garantía fundamental de las personas. Así, el PIDCP dispone que las personas tenemos derecho a ser juzgados “en un plazo razonable” –art. 9.3– y “a ser juzgado sin dilaciones indebidas” –art. 14.3.c–. Similares derechos son reconocidos en el CEDH –art. 6–y en la CADH –art. 8–. La CEsp dispone en su art. 24.2 prevé que todos tienen derecho a un proceso “sin dilaciones indebidas”. Por su parte, la CEcu, en sus arts. 75 y 174, consagra expresamente el principio de celeridad en la tutela judicial de los derechos de las personas, así como proscribire las dilaciones procesales. De todo lo anterior tenemos que el Estado, cuando no cumple su responsabilidad de contar con una función jurisdiccional en general adecuada, no solo inobserva un principio del procedimiento, sino uno de los derechos y garantías fundamentales de sus ciudadanos.

Concluimos reiterando que a la celeridad, en cuanto principio del procedimiento, no se la debe tener como un mero sinónimo de rapidez, pues según hemos analizado, sus postulados hacen relación con criterios de razonabilidad y coherencia. Ligerezas al momento de tratar de temas de celeridad en la administración de justicia pueden ocasionar graves problemas, bajo el pretexto de una rápida justicia. Al respecto, VESCOVI sostuvo que “la anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo, la celeridad, no debe traducirse en mengua del

derecho a la defensa ni de las garantías del debido proceso”.¹²⁹ En similar sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ considera que el proceso no es mejor solo por ser más rápido y que la rapidez no puede sustituir a la justicia.¹³⁰ De allí lo importante de entender el principio de celeridad como medio de correcto entendimiento, moderación y respuesta a la legítima aspiración de una justicia expedita.

I.2.2.d. Principio de preclusión

La preclusión puede ser entendida como una regla o como un instituto,¹³¹ nosotros la entendemos como un principio procedimental. Bajo esta concepción, la preclusión deviene en una máxima que informa al legislador y al juzgador una manera específica de cómo diseñar y conducir el procedimiento. No obstante, la intensidad con que se aplique la preclusión queda en el criterio que aplique el legislador al momento de construir al procedimiento. Así, en la ley se podrá optar por una preclusión rígida, una media o una laxa; empero nos resulta difícil de imaginar un procedimiento que no fuera informado, de alguna manera, por la preclusión. Realizada esta reflexión, que dicho sea de paso es aplicable al resto de principios del procedimiento y se basa en nuestra teoría de la existencia de principios materiales y formales explicada en nuestro acápite I.2.2, pasemos a estudiar los contenidos caracterizadores de la preclusión.

Todo procedimiento, adopte la forma que adopte –oral o escrita–, siempre estará construido sobre la base de fases o etapas con temáticas y finalidades determinadas, las cuales estarán organizadas con criterios sucesivos temporales –lo cual no es reñido con el principio de concentración, pues aún en aquellos procedimientos que se reduzcan a una sola comparecencia o vista, habrá un orden: un tiempo para presentar la pretensión, otro para contestarla, otro para actuar las pruebas, otro para las conclusiones y otro para la resolución–. Por ello un acto procesal siempre estará limitado en cuanto al momento temporal de su realización dentro del procedimiento. De hecho, el tiempo tiene una doble influencia en los actos procesales: i) Delimita los tiempos aptos o no aptos para llevar a cabo los actos procesales; y, ii) Determina límites temporales que se refieren concretamente a cada acto procesal en particular y que contienen la exigencia de que este se verifique en un momento de tiempo o en un espacio de tiempo especialmente señalado.¹³²

¹²⁹ VESCOVI, Enrique, *Elementos para una Teoría General del Proceso*, cit., pág. 19.

¹³⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Poder Judicial y Responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990, pág. 96.

¹³¹ Cfr. VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pág. 65.

¹³² Cfr. GUASP, Jaime, y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 326.

Es así como el procedimiento avanza organizadamente a través de sus respectivas fases, permitiendo, en cada una de ellas, a cada una de las partes, una determinada actividad procesal en defensa de sus derechos e intereses, obstando, así mismo que, una vez fenecido el tiempo para realizarla, se pueda volver atrás para verificarla.¹³³ Es precisamente el principio de preclusión el que informa la coherente organización y marcha secuencial del procedimiento, propugnando por una parte el que “las diversas etapas del proceso se desarrollen en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados”¹³⁴ y la consecuente “extinción en un concreto proceso de los poderes jurídicos-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso”, como sostiene VALLINES GARCÍA.^{135, 136}

De lo hasta aquí sostenido es claro que el fundamento de la preclusión es la seguridad jurídica.¹³⁷ En efecto, ya que el ejercicio de los poderes procesales modifica las expectativas jurídicas de los justiciables que actúan o pueden actuar en el proceso, es que se experimenta una incertidumbre mientras tales poderes no se han ejecutado. Para poner fin a aquella incertidumbre se dispone tanto un momento para el ejercicio de los poderes, cuanto su extinción por no haberlos ejercitado en su debida oportunidad.¹³⁸ A la ley corresponde determinar los requisitos que han de cumplirse para que opere la preclusión, pues no bastará

¹³³ Cfr. PUIG BLANES, Francisco, y SOSPEDRA NAVAS, Francisco, *Tratado Práctico del Proceso Civil*, tomo 1, Madrid, Thomson Civitas, 2008, pág. 52.

¹³⁴ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pág. 194

¹³⁵ VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., pág. 33.

¹³⁶ La CC (Ecu), manteniendo un criterio acorde a lo expuesto en líneas anteriores, se ha referido al principio de preclusión procesal de la siguiente manera: “De conformidad con lo que establece el principio de preclusión procesal, los procesos judiciales ordinarios están conformados por diversas etapas que se desarrollan en forma sucesiva, cada una de las cuales supone la clausura definitiva de la anterior, de manera que no es posible el regreso o la renovación de momentos procesales ya extinguidos y consumados. (...) La preclusión procesal tiene por finalidad posibilitar el progreso de los procesos judiciales mediante la prohibición de retrotraer el procedimiento y con ello consolidar los momentos cumplidos. De este modo se garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales y el acceso a una tutela judicial efectiva, puesto que con ello las partes procesales tienen la certeza de que el proceso judicial avanzará de modo continuo y que no pueden revisarse o retrotraerse tramos que ya han culminado y que se han consolidado.” Sentencia N° 115-15-SEP-CC, dentro del caso N° 0980-12-EP, del 08 de abril de 2015.

¹³⁷ Aun cuando se considere que la preclusión está al servicio de la celeridad, esto no es del todo absoluto. Al igual que ocurre con la inmediación y con la concentración cualquier resultado beneficioso que respecto a la duración del procedimiento se obtenga de estos principios no serán sino efectos reflejos de sus motivaciones connaturales. Particular que consideramos suficientemente analizado en los apartados I.2.2.1 y I.2.2.2.

¹³⁸ Por ejemplo, la jurisprudencia española ha sido clara en sostener que no procede la inclusión de nuevos elementos a la litis mediante un recurso procesal, ya que esto se contrapone, de manera directa, al principio de preclusión en la medida que la etapa procesal oportuna para hacerlo ya concluyó; y por lo tanto, no es viable hacerlo ya que con aquello se modifican los puntos del debate procesal, impidiendo a la contraparte ejercer su derecho a audiencia o contradicción. Ejemplos de aquello lo encontramos en las siguientes sentencias: STS (Esp), Secc.1, 495/2016, del 15 de julio, rec. 1886/2014, FJ 20; SAP Murcia (Esp), Secc. 5, 141/2016, del 28 de junio, rec. 122/2016, FJ 5.

la mera inactividad para que los efectos del principio operen.¹³⁹ Como hemos sostenido con anterioridad, este principio al ser procedimental no resulta del todo vinculante para el legislador, quien está en posibilidad de moderar el alcance de sus mandatos en atención al tipo de procedimiento que diseñe.

Ahora bien, como todo principio del procedimiento, la preclusión informa al procedimiento y no solo a una forma procedimental determinada. Se suele considerar, no obstante, que la preclusión pertenece a la forma escrita o que en ella despliega de manera más “completa” sus postulados y reglas.¹⁴⁰ Esto únicamente obedece a que el procedimiento escrito suele estructurarse a través de etapas dispersas, lo que vuelve más evidente la pérdida de uno o varios poderes procesales de las partes por su no ejercicio oportuno. En la forma oral, el que se produzcan los efectos de la preclusión en una comparecencia puede resultar menos visible o menos proclive a su dramatización procesal, dada la concentración del acto de comparecencia y el debate a través de la palabra hablada. Sin embargo, esto no significa que la preclusión no opere en los procedimientos informados por la oralidad; de hecho, los justiciables deben tener especial atención de ejercitar sus poderes procesales oportunamente en la medida en la que van transcurriendo las distintas fases procesales que se concentran en la vista, con el fin de no perderlos. Es así que la realización de un acto procesal concreto dentro de una comparecencia marca un hito, cuyo advenimiento tiene, por decisión del legislador según hemos señalado, el efecto de hacer precluir los poderes no utilizados y continuar con la realización del siguiente acto procesal dentro de la misma reunión.¹⁴¹

A manera de ejemplo citaremos al caso español, donde su legislador, al momento de implementar la forma oral en los procesos declarativos civiles –ordinario y verbal–, no descuidó la concreción de los postulados del principio, acordando, de hecho, un “régimen riguroso de preclusión”, si bien con ciertos “mecanismos de atenuación”¹⁴² como desarrollaremos en el acápite I.4.1.3.d. Con relación al proceso civil ecuatoriano, en general el legislador ha aplicado severamente los mandatos de este principio, estableciendo como efecto del no ejercicio oportuno de los poderes procesales, su pérdida; esto también será

¹³⁹ Cfr. VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., pág. 103.

¹⁴⁰ Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, por ejemplo, titula los acápites II y II del capítulo 10 de su obra *Lecciones de Derecho Procesal*, volumen 1, de la siguiente manera: “II. La forma oral: orden de actos, preclusión y eventualidad” y “III: Forma oral: concentración e intermediación”. Así expuestos los temas se hace pensar que a cada forma procedimental corresponden específicos principios, los cuales no informarían a la otra, particular que consideramos no es así (*Lecciones de Derecho Procesal*, cit., págs. 70-72). Cosa similar ocurre con Juan MONTERO AROCA, quien de hecho pertenece –más bien lidera– a una escuela distinta a la que sigue TAPIA FERNÁNDEZ, pese a lo cual, la coincidencia es este punto es clara. (*Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 380 y ss).

¹⁴¹ Cfr. VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., pág. 183.

¹⁴² Este tema es tratado a profundidad por VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., págs. 121 y ss.

materia de nuestro análisis en el acápite I.4.1.3.d. Como conclusión de nuestro análisis de este principio del procedimiento, señalaremos que la aplicación de la preclusión no solo resulta posible en los procedimientos orales, sino que al igual que en los escritos resulta necesaria para garantizar el desarrollo ordenado de las distintas fases del procedimiento y la seguridad jurídica de los litigantes.

En la antinomia de la preclusión, está la elasticidad. Este principio procedimental propugna que la parte queda en libertad para escoger el momento más oportuno para producir un acto procesal o ejercer un poder procesal, sin señalamiento de términos perentorios de decadencia.¹⁴³ De hecho, en virtud de este principio siempre sería posible retroceder a etapas ya cumplidas y a retomar poderes procesales ya ejercitados.¹⁴⁴ Los postulados que defiende este principio dejan entrever un interés por otorgar a los justiciables todas las oportunidades, desde la perspectiva temporal, para que ejerciten sus derechos procesales en pos de sustentar su posición litigiosa. El principio pondera al actuar de las partes sobre las formalidades temporales; ponderación que si bien puede aunar el desorden y las dilaciones procesales, trata de cautelar el que las partes puedan aportar todos los elementos a su criterio necesarios para que el juzgador forme su convicción. Si bien la previsión de un procedimiento elástico en la actualidad podría considerarse inapropiado, al igual que ocurre con el resto de principios antitéticos a los mayormente valorados, su aplicación no deja de ser válida si al caso o materia específica convendría dicha regulación –lo que ocurre, nos parece, en los procesos sobre asuntos de interés público, en los que el ajuste de la sentencia a la verdad parece un valor más importante que el respeto a las formalidades temporales del procedimiento; cfr., en este sentido, art. 752.1 LEC–.

I.2.2.e. Principio de economía

Buena parte de la doctrina contemporánea española no estudia al principio de economía de una manera autónoma. Entendemos que ello responde a la forma en que este principio ha sido comúnmente tratado, confundándose sus postulados con los de otros principios como el de celeridad o concentración. Aquello ciertamente ha ocasionado que el principio de economía se torne confuso o se lo suponga inútil y, por tanto, que no se tenga interés en estudiarlo autónomamente, por el riesgo de caer en una redundancia. No obstante, si se realiza un detenido análisis de la economía respecto del procedimiento es posible identificar una serie de contenidos de importancia para disipar las confusiones sobre este principio, así como contenidos de importancia para nuestro estudio particular.

¹⁴³ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 279.

¹⁴⁴ Cfr. VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., pág. 35.

Iniciamos señalando que varios autores, por ejemplo EISNER, sostienen que el principio de economía debe ser estudiado a través de la celeridad en los trámites; la concentración de los actos y diligencia mediante la realización simultánea de actos compatibles; la proposición conjunta de acciones, defensas, pruebas y recursos, la eliminación –saneamiento– de vicios y defectos que obstan a la recta y ordenada estructura de la relación procesal; la elasticidad de las formas y tipos procesales; y, la moralización del procedimiento.¹⁴⁵ En nuestro criterio, las variables que presenta EISNER no se relacionan con la comprensión de la economía como un principio procedimental, sino con un modelo de valoración para determinar si un procedimiento es aplicado en forma onerosa o no. Así comprendida la economía del procedimiento posee un objetivo meramente estadístico respecto a costos y gastos en los que se incurre. De allí que no consideramos adecuado el identificar a modelos estadísticos con una institución que posee postulados respecto a cómo regular adecuadamente al procedimiento desde la perspectiva económica, esto es, con el principio procedimental de economía.

Aclarado que no es correcto utilizar como sinónimos a la economía del procedimiento y al principio procedimental de economía, pasamos a analizar lo que ha de entenderse por el este último. Como su nombre ya nos lo anticipa, el principio propugna que el procedimiento sea diseñado y aplicado de tal forma que comporte la menor utilización de recursos. ¿A qué recursos se refiere específicamente este principio? Por cómo se ha pronunciado parte de la doctrina, la respuesta a esta interrogante implica nuevamente realizar un detenido análisis a fin de determinar la materia específica respecto de la cual opera el principio. Así pues, resulta común que la doctrina identifique a tres postulados rectores del principio: la economía de tiempos, la economía de esfuerzos y la economía de gastos,¹⁴⁶ o en las sencillas y directas palabras de GUASP: “El proceso tiene que ser rápido, sencillo y barato”¹⁴⁷.

Respecto de la economía de tiempos, PALACIO sostiene que el principio de economía tiende a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él.¹⁴⁸ No compartimos este criterio que identifica al ahorro de tiempo como un postulado del principio de economía, pues para informar al procedimiento respecto a su debida temporalidad existen otros principios especializados: el de celeridad y el de concentración, incluso, cada uno con sus postulados y motivaciones propias. De hecho, autores como DÍAZ

¹⁴⁵ EISNER, Isidoro, *Planteos Procesales: Ensayos y Notas Sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, La Ley, 1984, págs. 119-120.

¹⁴⁶ VARGAS, Abraham, *Estudios de Derecho Procesal*, tomo 1, Mendoza, Ediciones Jurídicas, 1999, pág. 236. GOZAÍNI, Osvaldo, “El Principio de Economía Procesal”, en GOZAÍNI, Osvaldo (Dir.), *Doctrina Judicial Procesal*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pág. 23

¹⁴⁷ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pág. 26.

¹⁴⁸ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, pág. 75.

llegan a afirmar: “La celeridad es economía procesal. Tal vez aquella sea corolario de esta, o ambas una misma cuestión.”¹⁴⁹ De allí que pretender que el principio de economía también se refiera a los tiempos del procedimiento sería una redundancia sin mayor aporte. Acaso podría defenderse que la motivación del principio de economía en lo que hace relación al tiempo es distinta de las motivaciones de los principios de celeridad o concentración, pues en aquel se identificaría con el “ahorro”; sin embargo, por lo extremo endeble de la frontera que se delinearía no nos hace mucho sentido el mantenerla. Con base en lo expuesto, no consideramos como un postulado rector del principio de economía al “ahorro de tiempos” o “economía de tiempos”.

Respecto del postulado rector denominado economía de esfuerzos, GOZAÍNI argumenta que este postulado “estaciona en la simplificación de los trámites y en la facilitación de las actividades, diseñando en cada orden, una serie de reglas [claras y precisas] que se amoldan al trámite donde se insertan.”¹⁵⁰ Lo sostenido por este autor nos parece muy pertinente. Es así que en virtud del principio de economía, el procedimiento ha de responder a criterios de simplicidad, alejándose de formalismos extremos o de caducos actos sacramentales¹⁵¹ que puedan distraer a las partes o aminorar el protagonismo de la materia litigiosa, que siempre debe constituir el centro de los esfuerzos durante el proceso.

También el procedimiento ha de poseer reglas claras en su previsión normativa, a fin de evitar confusiones respecto a la pertinencia o no de un determinado acto procesal en un momento específico o respecto a cómo solucionar inconvenientes que pudieran ocurrir durante el desarrollo del procedimiento. Cobra nuevamente importancia la labor del legislador al momento de elegir la forma procedimental que de mejor manera se identifique con este postulado del principio de economía. También corresponde al legislador el dotar a la forma procedimental escogida de los adicionales resguardos que garanticen la observancia del principio, pues como ya hemos señalado, la forma procedimental por sí misma no garantiza resultado alguno. Por otra parte, y esto consideramos tema común a todos los

¹⁴⁹ DÍAZ, Clemente A., *Teoría General del Proceso*, tomo 1, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2010, pág. 28.

¹⁵⁰ GOZAÍNI, Osvaldo, “El Principio de Economía Procesal”, cit., pág. 25. Cabe señalar que pese a la adecuada instrucción que este autor desarrolla respecto de este postulado del principio de economía –parte de la cual hemos citado y nos ha servido de referencia–, luego su estudio pasa a relacionar al postulado con los de concentración, celeridad, preclusión, saneamiento, impulso, entre otros, con lo cual, a nuestro criterio, termina desdibujando el postulado y, aún más, la naturaleza jurídica misma de la economía como principio del procedimiento. En este punto el autor termina haciendo una simple valoración cuantitativa del procedimiento a través de cómo operan otros principios, lo cual según hemos expuesto, en nuestro criterio no tiene que ver con la economía como principio del procedimiento y, por lo tanto, no debería ser denominada como tal.

¹⁵¹ En este sentido, la CC (Ecu) ha sostenido que “el principio de economía procesal, que busca conseguir los mayores resultados con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos del órgano de justicia dentro del proceso, mediante la simplificación de los procedimientos y descartando los incidentes que sean improcedentes.” Sentencia 238-16-SEP-CC, Caso No. 1397-15-EP, del 27 de julio de 2016.

principios, al juzgador corresponde la correcta aplicación práctica del postulado analizado, dirigiendo el procedimiento de tal manera que se evite la producción de complicaciones o entorpecimientos, así como dando soluciones simples a los inconvenientes que pudieren suscitarse y limitando las prácticas indebidas de los litigantes que pudieran tener ánimos dilatorios y que, por tanto, lleven a un encarecimiento del procedimiento.¹⁵²

Finalmente, el otro postulado rector del principio de economía se refiere a la racionalidad de los gastos. En virtud de este postulado, se propende a que el procedimiento ocasione los menores gastos posibles tanto para el erario público del cual se nutre la función jurisdiccional, cuanto para los litigantes.¹⁵³ Por otro lado, es necesario señalar que este principio no supone que el ahorro de recursos vaya en desmedro de una adecuada administración de justicia. De hecho, en nuestro apartado I.2.2.3, recordamos ya que uno de los fines connaturales del Estado es el de garantizar la paz social a través de la función jurisdiccional; por ello está en la responsabilidad de proveer suficientes fondos para que dicha función cuente con los medios materiales y humanos adecuados para cumplir en la mejor forma posible su labor. Ya en su *Summa Theologica*, Santo Tomás de Aquino defendía la necesidad de que los jueces recibieran una retribución por su labor y que tal retribución debía provenir siempre del príncipe y nunca de las partes. Dos intereses motivaban a Santo Tomás en su opinión: primero, el garantizar el juicio equitativo; y, segundo, el que el príncipe

¹⁵² Uno de los inconvenientes que pueden suscitarse a lo largo del procedimiento es la interposición disfuncional de recursos por parte de los justiciables. Por esta razón, y en base al principio analizado, la Corte IDH en el caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, sentencia de fondo de 6 de mayo de 2008, ha manifestado claramente que “Como lo ha reiterado esta Corte, la efectividad de los recursos no depende exclusivamente de que estén consagrados en la ley, sino que estos en la práctica sean rápidos y sencillos, siendo obligación del juez el limitar el uso abusivo de los mismos”. Es claro que el juez juega un rol protagónico en la adecuada marcha del proceso, conduciéndolo de una manera adecuada y controlando eventuales excesos de los litigantes.

¹⁵³ Los tribunales españoles han sido enfáticos en sostener que se debe procurar la racionalización del gasto en el que deben incurrir los litigantes. Por ejemplo, en la práctica se han aplicado este criterio en el siguiente sentido: “Existía el riesgo de que, en ausencia de concreta indicación legal, se pudiera cuestionar para los titulares de las acciones colectivas en defensa de los intereses de los trabajadores, la exención de depósitos y consignaciones en los recursos de reposición y en otros distintos de los de suplicación y casación. Se favorece así la intervención colectiva sindical que, en un plano de economía de recursos, hace innecesarios múltiples y costosos procesos individuales.” STS (Esp), Secc. 991, 401/2014, del 11 de mayo, rec. 3323/2014, FJ 6. La interpretación que el TS (Esp) otorga al principio de economía de recurso, en esta sentencia, denota que la legitimación del sindicato encuentra su razón en que, en virtud de la economía, tanto de las partes como de la Judicatura, es innecesario incoar varias acciones encaminadas a solucionar un mismo punto controvertido, propugnando de esta forma un ahorro considerable para los justiciables así como para la Administración de Justicia, que en lugar de sustanciar varios procesos judiciales, con uno solo soluciona el conflicto. Otro ejemplo de aquello lo encontramos en la STC (Esp), 39/2015, de 2 de marzo, FJ 7, donde manifestó lo siguiente: “Por razones de economía procesal y de mayor efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, procede que el Juzgado ejecutor dicte un Auto en el que tenga en cuenta las dos impugnaciones planteadas por el recurrente, sin necesidad de reabrir un nuevo procedimiento. En consecuencia, y dado que la primera impugnación planteada era de índole estrictamente procesal, condicionante si se estima de la existencia del proceso hipotecario instado por la entidad ejecutante, y la segunda impugnación (escrito de 14 de junio de 2013) a su vez es de índole material (carácter abusivo de dos de las cláusulas del contrato), el Juzgado deberá acometer su resolución siguiendo el correcto orden de proceder que exige la distinta naturaleza y efectos de tales motivos de oposición ejecutiva.”

cumpla con su obligación de cuidado de la organización social frente a sus vasallos.¹⁵⁴ Considerando que la situación presupuestaria de un Estado depende de muchos factores y nunca puede ser tenida como constante, ya que siempre existirán períodos de bonanza y de carestía, el principio de economía propugna que el procedimiento tanto en su estructura cuanto en su aplicación, se rija por criterios de eficiencia, es decir, que con la razonable menor inversión, se obtengan los mayores beneficios. Ciertamente no se pretende la implementación de una administración de justicia cicatera,¹⁵⁵ pues aquello incidiría en un detrimento de la calidad de la labor de jueces y funcionarios judiciales. Lo que sí se pretende con este principio es evitar los gastos públicos superfluos o innecesarios, así como que aquellos gastos necesarios no sean demasiado elevados.

Respecto de los gastos incurridos por los litigantes, ya que la materia civil se relaciona por antonomasia con el derecho privado, poco debería importar que los costos deban ser cubiertos por las partes para la solución de sus conflictos. Sin embargo conviene recordar que el proceso no es un negocio particular o una relación jurídica privada; importa a la sociedad en su conjunto la resolución de los litigios y, por ello,¹⁵⁶ le importan todos los aspectos, próximos o remotos, que se relacionan con la consecución de aquella resolución, incluidos los costos que deban ser cubiertos. Como es lógico, la intervención de este principio en aquellos costos propios de los particulares es mínima, a diferencia de su intervención respecto de aquellos costos que deben ser solventados por el Estado. En efecto, no incumbe al Derecho en general ni al principio de economía en particular, regular la libre elección y contratación de patrocinadores, los honorarios que libremente se acuerden con aquellos, así como la forma de su pago; pero sí le incumbe al principio de economía el que el procedimiento no resulte intrínsecamente tan costoso que desmotive a los particulares el recurrir a él para la solución de sus litigios –desincentivo del derecho de acción en sentido abstracto–. De allí que los postulados de este principio deban ser observados en el evento de que se impongan de tasas judiciales, costos por diligencias judiciales o costos por peritajes oficiales.

Como recuerda BANACLOCHE PALAO, al margen del presupuesto estatal, para contribuir a sufragar los gastos de la administración de justicia siempre es posible añadir una

¹⁵⁴ Cfr. AQUINO, Santo Tomas de, *Summa Theologica*, tomo 2, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, pág. 856 y ss.

¹⁵⁵ Se debe advertir que bajo ningún supuesto se podrá sobreponer el principio de economía procesal sobre la justicia. De modo que, nunca, so pretexto del principio de economía procesal, se sacrificará a la justicia vulnerando con ello derechos de los justiciables. Bajo esta línea argumentativa se pronunció el TC (Esp) STC 43/2010, de 26 de julio, FJ 5, en donde se advirtió que “la economía procesal no puede imponerse a costa de una lesión de un derecho fundamental.”

¹⁵⁶ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “La Iniciativa Probatoria del Juez Civil en el Proceso Contemporáneo”, en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, tomo IV, Madrid, Instituto Español de Derecho Procesal, 1967, pág. 68.

fuente de financiación propia: la tasa judicial. En aquellos Estados que la prevén, quienes acuden a los órganos jurisdiccionales deben cumplir con el pago de las tasas judiciales, simplemente por el hecho de usar los servicios y los medios que pone a su disposición el Estado. Resulta de esta forma un copago judicial, en que la persona que utiliza la administración de justicia tiene que contribuir individualmente al sostenimiento del servicio por su condición de usuario del mismo.¹⁵⁷ Así lo ha entendido el TC (Esp), que en su STC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 8 dispuso:

...resulta obvio que la justicia no es gratis. Si los justiciables no abonan el coste del funcionamiento de la justicia, el Poder judicial debe ser financiado mediante impuestos, sufragados por los contribuyentes. Aunque resulta evidente que la justicia, en tanto que garantía del Estado de Derecho, implica beneficios colectivos que trascienden el interés del justiciable considerado individualmente, lo cierto es que la financiación pura mediante impuestos conlleva siempre que los ciudadanos que nunca acuden ante los Tribunales estarían coadyuvando a financiar las actuaciones realizadas por los Juzgados y las Salas de justicia en beneficio de quienes demandan justicia una, varias o muchas veces. Optar por un modelo de financiación de la justicia civil mediante impuestos o por otro en el que sean los justiciables quienes deben subvenir a los gastos generados por su demanda de justicia mediante tasas o aranceles, o bien por cualquiera de los posibles modelos mixtos en donde el funcionamiento de los Tribunales del orden civil es financiado parcialmente con cargo a los impuestos y con cargo a tasas abonadas por quienes resultan beneficiados por la actuación judicial, en distintas proporciones, es una decisión que en una democracia, como la que establece la Constitución española, corresponde al legislador.¹⁵⁸

Resulta muy interesante como el máximo Tribunal de justicia constitucional español entiende que no existe un vicio intrínseco en los modelos de financiamiento de la Administración de Justicia, sea a través de la participación de los usuarios directos vía tasas, o sea, a través de la participación de todos los ciudadanos a través de sus impuestos, aun cuando nunca recurran a la Administración de Justicia. Bajo este entendimiento, el juzgador constitucional ha reconocido la libertad del legislador ordinario de elegir la vía del financiamiento de la función judicial, la cual en el caso español resulta una combinación de las dos opciones. Cabe señalar que contra del pago de tasas judiciales, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de Diputados español presentó un recurso de inconstitucionalidad, el cual fue resuelto por el TC (Esp) mediante sentencia 140/2016, de

¹⁵⁷ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 155 y 156.

¹⁵⁸ Cabe señalar que el TC (Esp) ha emitido varias sentencias referentes a la constitucionalidad de regulaciones relativas a las tasas judiciales, en las cuales se ha mantenido la doctrina delineada en la sentencia 20/2012, de 16 de febrero. Ver: STC 79/2012, de 17 de abril, FJ 3; 85/2012, de 18 de abril, FFJJ 1,2; 103/2012 de 9 de mayo, FJ 3; 104/2012 de 10 de mayo, FJ 1; 116/2012 de 4 de junio, FJ 2 y 125/2012 de 18 de junio, FJ 4.

21 Jul. 2016, BOE núm. 196 de 15 de agosto de 2016. El TC (Esp) confirmó la procedencia del pago de tasas judiciales, lo que fue observado y rechazado por los juzgadores constitucionales fue únicamente lo desproporcionado de la cuantía de las tasas.

Ahora bien, cuando la legislación nacional prevea el sistema de tasas judiciales, el principio de economía debe desplegar sus postuladores rectores, pues si bien puede considerarse adecuada la imposición de un tributo vinculado –como es la tasa– en virtud de los beneficios que el ciudadano recibe al acudir ante el órgano jurisdiccional para buscar la resolución de sus litigios, también se debe considerar que el ciudadano ya aporta al erario público a través de los impuestos no vinculados o generales –renta, patrimonio, valor añadido o agregado, entre otros–. De allí que la carga que se le imponga al ciudadano en calidad de tasa judicial debe ser de tal cuantía que no convierta al procedimiento en un instrumento caro o peor inaccesible. El desincentivo del acceso a la justicia jamás deberá ser el resultado de la obligación de pago de tasas judiciales. En este sentido ha opinado el TC (Esp) en la citada STC 20/2012, de 16 de febrero, BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2012, al sostener que: “Esta conclusión general [inexistencia de óbices constitucionales al cobro de tasas judiciales] solo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables”¹⁵⁹

En Ecuador, las tasas judiciales fueron puestas en vigencia mediante Reglamento de Fijación de Montos de las Tasas por Servicios Judiciales, publicado en el R.O. No. 300, de 18 de octubre de 1999, en atención a que la Constitución Política del Ecuador de 1998, en el inciso final de su Art. 206 encargó el manejo administrativo, económico y financiero de la Función Judicial al Consejo Nacional de la Judicatura, en forma desconcentrada. En octubre de 2008, con la puesta en vigencia de la nueva Constitución, las tasas judiciales fueron derogadas.

En otro orden de cosas, el principio de economía debe repercutir en la determinación de quién ha de soportar los gastos de la actividad probatoria, así, una de las diligencias

¹⁵⁹ Resulta pertinente señalar que la emisión de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regularon determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, trajo consigo muchas críticas que actualizaron el debate respecto de la constitucionalidad de estos estipendios. Entre otros autores, especialmente crítico fue De la OLIVA SANTOS, a través de diversos artículos publicados en su blog (<http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/>) y de la edición de la traducción al español de un libro de BENTHAM en contra de las tasas judiciales (BENTHAM, Jeremy, *Una protesta contra las tasas judiciales*, Editorial Civitas, Madrid, 2013). Mediante STC 149/2015, de 6 de julio, BOE núm. 194 de 14 de agosto de 2015, consideramos que el TC (Esp) mantuvo su posición respecto a la procedencia del cofinanciamiento de la Administración de Justicia mediante el pago de tasas por parte de los justiciables, pues si bien resolvió el caso de manera favorable a quien reclamó violación al derecho de tutela judicial efectiva y acceso al recurso, no lo hizo por encontrar un inconveniente con la exigencia del pago de la tasa, sino con un error procedimental del juzgador.

probatorias comunes en las legislaciones procesales a nivel internacional es la inspección o reconocimiento judicial. Ordinariamente, la persona que solicita la práctica de esta diligencia está en la obligación de cubrir todos los gastos que incumbe su realización, salvo la existencia de una partida presupuestaria pública para el efecto. En el caso de que la parte sea quien deba asumir los gastos –que es lo ordinario–, en virtud del principio de economía se ha de regular los montos de tales gastos o los criterios que, para la cuantificación de tales gastos, se han de observar de manera general. Se deberían mantener los mismos criterios de necesidad y conveniencia que deben aplicarse respecto de los gastos directos asumidos por el erario público, proscribiéndose gastos innecesarios o suntuosos.

Respecto de los peritos o intérpretes, cuando estos fueren contratados directamente por la partes no incumbe al principio de economía el informar particular alguno. Pero cuando se recurra al nombramiento de un perito de oficio o de un perito público, el monto de sus remuneraciones sí debería encontrarse regulado ya que en este caso, la parte procesal pierde la libertad de opción y debe atenerse al profesional que haya sido designado directamente por el juzgador. Nuevamente el principio de economía informará la moderación de la retribución justa para el perito o intérprete, de tal forma que el incurrir en este tipo de pruebas dentro de un litigio comporte un gasto similar al que en condiciones normales hubiera debido incurrir la parte si habría estado en capacidad de seleccionar libremente al profesional auxiliar de la justicia.

Finalmente, también en virtud del principio de economía se regulará la posibilidad de condena en costas procesales a la parte perdedora, costas en las que se deben incluir aquellos desembolsos necesarios para plantear la acción –tasa judicial, honorarios de patrocinadores– y para sostener la posición litigiosa –en esta parte incluimos a gastos derivados de la prueba tales como peritajes o reconocimientos judiciales–. Esto a fin de garantizar la indemnidad de quien poseyendo la razón, se vio forzado a acudir al órgano judicial para reclamar lo que le correspondía, como bien señala De la OLIVA SANTOS.¹⁶⁰

I.2.2.f. Principio de publicidad

Como ya anticipamos al final de nuestro apartado I.2.2.3, la publicidad, al igual que la celeridad, posee la calidad de derecho y garantía fundamental de las personas. Así, la DUDH dispone el derecho a ser “oído públicamente” en caso de enjuiciamiento –art. 10–. Similares derechos se prevén en el PIDCP –art. 14.1–, en el CEDH –art. 6.1– y en la CADH –art. 8.5–. Adicionalmente, la CEsp dispone en sus arts. 24.2 y 120.1 el derecho a un proceso público, mientras que la CEcu, en su art. 76.7.d, dispone que los procedimientos serán públicos salvo

¹⁶⁰ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 395. En igual sentido BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 161.

las excepciones previstas por la ley. Prevé así mismo la carta magna ecuatoriana que las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. Este derecho fundamental, fruto del pensamiento ilustrado francés de finales del siglo XVIII y verdadera conquista del liberalismo, es de aplicación y exigencia directa en aquellos Estados que forman parte de los convenios internacionales que hemos citado y, aún de forma más evidente, en aquellos Estados como el español y el ecuatoriano, que lo han recogido expresamente en sus cartas fundamentales.¹⁶¹ Ahora bien, al igual que ocurre con la celeridad, la publicidad también se instrumenta como un principio del procedimiento desarrollando sus postulados de manera especializada para informar al instrumento adjetivo del proceso. Es así que existen dos dimensiones de la publicidad en cuanto al procedimiento, una externa –o general– y otra interna –o entre las partes–.¹⁶²

La publicidad externa propugna que todos los ciudadanos tengan libre acceso a la actividad judicial, que la conozcan y vigilen. Se permite de esta manera una veeduría permanente de la labor del juez, que puede redundar en su crédito o descrédito, confianza o desconfianza social. En virtud de la dimensión externa del principio de publicidad, personas totalmente ajenas al litigio pueden comparecer a las vistas o pueden tener acceso al expediente del juicio. No se pretende con esto una exacerbación del morbo, una mediatización o espectacularidad del proceso,¹⁶³ ni dar oportunidad para que personas no legitimadas actúen en él, prácticas todas estas que deben ser rigurosamente evitadas por el juzgador. Lo que se pretende con el principio de publicidad en su fase externa es que la sociedad, como mandante que es, conozca la actividad de su mandatario, el órgano jurisdiccional, es decir, que supervise la ejecución del mandato como medio para asegurar su corrección.¹⁶⁴

¹⁶¹ Víctor FAIRÉN nos recuerda que este principio tiene una amplísima difusión constitucional a nivel internacional (Cfr. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., págs. 466-467. Juan MONTERO AROCA incluso califica como “sintomático” el reconocimiento del derecho a la publicidad en las constituciones (Cfr. *Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 186).

¹⁶² Juan MONTERO AROCA sostiene que la distinción entre publicidad general y publicidad entre las partes carece de sentido, no obstante nosotros, en atención a la forma en que desarrollamos estos temas, consideramos más allá de válida, necesaria esta distinción (*Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 185-186).

¹⁶³ Cfr. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo 1, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, pág. 83.

¹⁶⁴ Al respecto, vale recordar que la Corte IDH ha sostenido consistentemente que la publicidad es la base del actuar de las instituciones de un Estado democrático, puesto que: “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas.” Este criterio de la Corte denota que la publicidad es la única vía de control social, que tienen los ciudadanos, respecto de las actuaciones del Estado; y por lo tanto, el único mecanismo para evitar la corrupción en todos sus ámbitos. En este aspecto, y dentro del punto que nos concierne, es evidente que los órganos jurisdiccionales forman parte de una de las máximas funciones del Estado, que es, la Administración de Justicia; y ésta, a su vez, deberá siempre estar sujeta al principio de publicidad –tanto en su nivel interno como externo– a fin de

Ahora bien, existen ciertos límites a la publicidad externa, límites que se relacionan con la protección de la dignidad e intimidad personal, protección de los menores, protección del orden público o de la seguridad nacional.¹⁶⁵ De allí que, en casos como estos,¹⁶⁶ se permita el secreto en los procedimientos toda vez que los perjuicios que podría traer la publicitación del mismo serían muy superiores a los beneficios de tal publicitación. Bajo estas consideraciones, se considera al secreto también como un principio procedimental de determinados procesos, pues informa respecto de circunstancias que ameritan un tratamiento específico y extraordinario. No se debe confundir, no obstante, a la manera contemporánea de entender al secreto en el procedimiento con los antiguos criterios sobre el secreto –secreto como regla general–, pues aquellos sí vulneraban derechos fundamentales, mientras que el secreto, bajo su comprensión actual, los garantiza.

Por otra parte, la publicidad también posee una dimensión interna en el procedimiento, íntimamente ligada a la observancia del derecho a la defensa. En virtud de ella, y únicamente respecto a las partes que intervienen en el proceso, se anulan todas las reglas de secreto que pudieren verificarse en la dimensión externa del principio. De esta forma, aún en aquellos casos en que no se permita a terceros la presencia en las comparecencias o el acceso al expediente, las partes deberán siempre ser notificadas respecto de toda actuación que su contraparte realice, así como podrán revisar cualquier tipo de documento que hubiere sido aportado; no existe justificación o causa alguna para que opere el secreto entre las partes y entre ellas con el juez.¹⁶⁷ Se da en estos casos una clara coordinación entre los principios de

permitir un control por parte de los ciudadanos sobre la correcta administración del aparato judicial. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros contra Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006.

¹⁶⁵ Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Lecciones de Derecho Procesal*, volumen 1, Palma, Ediciones UIB, 2010, pág. 75.

¹⁶⁶ En este sentido, el PIDCP dispone en su art. 14.1 que: “la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”. Similar disposición contiene el CEDH, en su art. 6.1: “La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

¹⁶⁷ El avance tecnológico abona a la mejor concreción del principio de publicidad interna ya que dinamiza la publicidad de los actos procesales de las partes. En este sentido se ha referido la CC (Col), cuyo criterio expresado en la Sentencia C-341/14, de 4 de junio de 2014, consideramos pertinente citar: “la realización del principio de publicidad a través de notificaciones como actos de comunicación procesal, debe ir en consecuencia de la evolución de las tecnologías de la información como un modelo expansivo del modelo democrático, siendo posibles diversas modalidades de notificación: por correo personal, por edicto, por publicación en un diario de amplia circulación, entre otros.”

publicidad y contradicción, coordinación a la que FAIRÉN ha denominado “sistema general de la controversia básica del proceso”¹⁶⁸ y que es uno de los puntales del derecho a la defensa –o a no ser sometido a indefensión, desde la lectura negativa del derecho–.^{169, 170}

En otro orden de temas, autores como CAPPELLETTI o COUTURE sostienen que la publicidad posee una virtud desde el punto de vista político, como instrumento “popular” de “educación del pueblo.” De hecho, ya KLEIN sostuvo esta bondad del principio de publicidad.¹⁷¹ Esta educación puede ser entendida en dos formas. La primera y más evidente se refiere a que el pueblo, acudiendo a comparecencias judiciales, vaya adquiriendo conocimientos sobre procesos, procedimientos y sus derechos. Si bien nunca será objetivo del proceso el servir de medio para la enseñanza masiva del Derecho, sí puede brindar de ciertos conocimientos jurídicos básicos al público en general. Así como puede resultar beneficioso para la “educación del pueblo” su asistencia a debates procesales, también puede suscitar inconvenientes como, por ejemplo, un incremento de la litigiosidad, sobre la base de malos entendidos o conocimientos parciales obtenidos por no versados en materia jurídica en las comparecencias. No obstante, en este caso, y a diferencia de lo que ocurre con aquellas circunstancias que legitiman el secreto en ciertos procesos, son más los beneficios que se obtienen con una publicidad general que las desventajas que pueden surgir por una incorrecta “educación del pueblo”.

¹⁶⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., pág. 527.

¹⁶⁹ No resulta impertinente señalar que parte de la doctrina –sobre todo antigua– ha identificado otros criterios para entender a la publicidad respecto del procedimiento. Por ejemplo, se menciona que existe una publicidad mediata o inmediata, según se admita la presencia en el debate del público en general o de determinadas personas ajenas a la litis (abogados, procuradores, estudiantes de Derecho, investigadores, etc.). También se ha considerado a la publicidad inmediata como aquella en que la percepción de los actos procesales se adquiere por la asistencia personal a su desarrollo, mientras que la publicidad mediata sería aquella que se adquiere por vía indirecta, como la prensa, la televisión o, el internet. Por otra parte, se ha sostenido la existencia de una publicidad activa y otra pasiva, según si las personas que se encuentran presentes en el acto pueden o no intervenir en el debate procesal. (Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo 1, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, pág. 574-575). A todos estos criterios de clasificación los consideramos algo excesivos antes que exhaustivos, e incluso, posibles productores de confusión y por ello no los desarrollamos a profundidad.

¹⁷⁰ Las dos dimensiones antes expuestas acerca del principio de publicidad, han sido desarrolladas por la jurisprudencia ecuatoriana. En efecto, la CNJ (Ecu) se ha pronunciado en el siguiente sentido: “La publicidad se lo considera desde dos puntos de vista: interno y externo; la publicidad interna se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso; así, por ejemplo, el demandado no se entera de manera directa de la demanda sino que se entera de ella mediante la notificación del auto que la admite; es por esto que la publicidad se cumple mediante las citaciones y notificaciones de las resoluciones; la publicidad externa es la posibilidad que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia; a lo interno del proceso, la publicidad permite que la contraparte conozca el contenido de la demanda, en la forma que está redactada, y en base a ello ejerza su derecho de defensa; no hay otra forma para que el demandado conozca las pretensiones del actor...” Resolución No. 214-2009, del 5 de julio de 2011.

¹⁷¹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, cit., pág. 29.

La otra manera de entender a la publicidad como instrumento “popular” de “educación del pueblo” se identifica con una de las ventajas de la publicidad en su dimensión externa, las cuales ya hemos estudiado al inicio de este acápite. Es así que la presencia del pueblo en los debates procesales puede involucrarle con la manera en que se ejecuta la actividad del órgano jurisdiccional, de tal forma que puede redundar en una vigilancia y control de la correcta administración de justicia. Esto a su vez redundaría en la obtención de confianza en los juzgadores y es que el “principio y regla de la publicidad general, no existe solo para proteger los intereses individuales de los litigantes, sino también como salvaguardia a la propia administración de justicia”, como bien reflexiona FAIRÉN.¹⁷²

Finalmente y al igual que ocurre con el resto de principios del procedimiento, la publicidad informa por igual a las dos formas procedimentales existentes –oral y escrita–, quedando en el legislador la manera en que concreta sus postulados. El considerar que la publicidad opera únicamente en el procedimiento oral y que es ajena al escrito es un equívoco. Hemos ya anotado que la publicidad general puede consagrarse tanto con la presencia física de las personas en actos de comparecencia, cuanto con el libre acceso de terceros al expediente judicial. Las dos maneras de contacto de personas ajenas al litigio con lo que en él se discute, disipan cualquier secreto que podría existir. Respecto a esto hay quienes sostienen que en el procedimiento escrito, aún con libre acceso a los expedientes, se sigue manteniendo el secreto en virtud de que el gran público no cuenta con los conocimientos necesarios para entender la jerga jurídica plasmada en el papel.¹⁷³ Este razonamiento nos resulta insuficiente para defender la aparente correspondencia del secreto al procedimiento escrito, pues si el problema radica en lo excluyente de la jerga jurídica utilizada en los escritos, igual de excluyente resulta la jerga jurídica expresada verbalmente y no por ello se acusa al procedimiento oral de secreto. Ahora bien, circunstancia que sí podría sostenerse como sustento del “secreto” del procedimiento escrito, son las dificultades burocráticas –generadas por trabas de índole administrativo o técnico– para acceder a los expedientes judiciales. En todo caso, confirmamos que estas circunstancias que en la práctica pueden dificultar el acceso a expedientes judiciales no deben ser entendidas como una característica connatural al procedimiento escrito, sino como asuntos exógenos. Si bien la escritura es más proclive a generar estos particulares, no es menos cierto que no es una de sus finalidades consustanciales el ocasionarlas. La mayor aptitud de una u otra forma procedimental para consagrar la publicidad, es un tema que analizaremos a profundidad más adelante –acápites I.3.1.6–.

¹⁷² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., págs. 535.

¹⁷³ Por ejemplo: Cfr. BERZOSA FRANCO, María Victoria, “Los Principios Configuradores del Procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 602; MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., págs. 394-395.

I.2.3. Formas de comunicación procedimental: oralidad y escritura

Los seres humanos han desarrollado principalmente dos formas de comunicarse, primero con la palabra hablada y luego con la palabra escrita. Estos medios han sido adoptados dentro de los procesos para la comunicación entre los distintos sujetos intervinientes en el proceso. De allí que oralidad y escritura deban entenderse como las formas de las cuales se reviste el procedimiento para la expresión de los actos procesales, sea de viva voz o por medio de algún medio de soporte, como el papel impreso. En palabras de BONET NAVARRO, la oralidad y la escritura son simples “instrumentos para la consecución del fin buscado”,¹⁷⁴ el cual como queda dicho, es la comunicación de los actos procesales. Para evitar equívocos, se debe tener claro que la naturaleza de las formas de comunicación procedimental –tanto de la oral como de la escrita– se ajusta a la de una herramienta, la cual, si bien posee reglas básicas para su funcionamiento, puede ser correctamente utilizada o no, y de ello dependerá que se produzcan los efectos de ella esperados o no.

Comprendidas de esta manera a la oralidad y a la escritura, esto es, como meros medios de comunicación, no resulta correcto el considerarlos como principios del procedimiento y mucho menos principios del proceso; de hecho, no poseen a nuestro criterio la calidad de principios de tipo alguno. Al respecto, MONTESANO sostiene que la oralidad no cumple con ninguno de las funciones caracterizadoras de los principios. Así, la oralidad no funciona como elemento que ayude a la interpretación del fenómeno procesal ni procedimental; no funciona como elemento integrador frente a una laguna legal; y, no funciona como marco teórico para las discusiones *lege ferenda*.¹⁷⁵ Cosa muy diferente ocurre con los principios del procedimiento, que, según hemos analizado, poseen postulados rectores que informan el cómo se ha de realizar, desde lo adjetivo, la tarea de administrar justicia de una manera adecuada, eficiente y eficaz, siendo aquella su naturaleza y función; sirven, en consecuencia, estos principios como elementos que coadyuvan la interpretación de las normas para conocer cómo aplicarlas en correcto sentido, constituyen referentes para solventar vacíos legales en cuanto a la adecuada conducción del proceso y otorgan un marco teórico para una futura reforma de la ley –esto lo comprobaremos sobre todo con el caso ecuatoriano, a lo largo de los capítulos 3 y 4 de esta tesis–. Las formas de comunicación procedimental, mientras tanto, únicamente constituyen los modelos de expresión de los actos utilizados en el procedimiento y sus reglas incumben, en exclusiva, al funcionamiento comunicacional de cada modelo.

¹⁷⁴ BONET NAVARRO, Ángel, *La Nueva Comparecencia del Juicio de Menor Cuantía*, Barcelona, Librería Bosch, 1988, pág. 11.

¹⁷⁵ MONTESANO, Luis, *Oralidad y debido proceso*, México DF DF, Editorial Porrúa, 2013, pág. 7-8.

Sobre esta base, disentimos con la posición doctrinal que sí considera a la oralidad y a la escritura como principios;¹⁷⁶ y que incluso las consideran generadoras de otros principios a los que denomina “principios consecuencia”.¹⁷⁷ En nuestro criterio, esta posición doctrinal es el resultado de la influencia de las ideas –acaso no entendidas en su justa medida– de importantes autores como KLEIN, CHIOVENDA o FAIRÉN, a quienes autores como MONTERO AROCA han responsabilizado del denominado “mito de la oralidad”.¹⁷⁸ Y es que bajo una sola palabra “oralidad” parte de la doctrina cobijó a muchos institutos, principios y reglas –incluso prenociones– tanto procesales como procedimentales, lo cual llevó a que estos temas hayan sido desarrollados de manera inadecuada y confusa, en varias ocasiones. Por esta misma razón, dada la gran cantidad de contenidos que se relacionaron y que incluso se asimilaban a la oralidad o la escritura, se llegó a pensar que constituían principios.

Lo que hace relación con los denominados “principios consecuencia” a los que nos hemos referido, un segmento de la doctrina sostiene que de los “principios” de oralidad y escritura derivarían, y por tanto les corresponderían, varios “principios consecuencia”. Los que pertenecerían a la oralidad serían los principios “consecuencia” de intermediación, concentración y publicidad y los que pertenecerían a la escritura serían la mediación, dispersión y secreto.¹⁷⁹ Respecto a esta postura de parte de la doctrina señalamos:

¹⁷⁶ Entre los autores que sí consideran principios a las formas procedimentales podemos citar desde a CHIOVENDA (*Ensayos de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 222 y ss.) hasta MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 380 y ss.). Sin embargo, en nuestro criterio no existe en esta posición una valoración adecuada de la naturaleza jurídica del instituto a la que nos hemos referido. FAIRÉN incluso llegó al extremo de considerar a la oralidad como un principio natural del proceso (*El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, cit., págs. 467-469 y 481-482). La postura de FAIRÉN no es compartida por la doctrina en general –ni por la escuela de MONTERO AROCA, que como señalamos acepta la calidad de principio, ni por la DE LA OLIVA SANTOS, que sostiene la calidad de forma– y nosotros tampoco la compartimos. A lo largo de este capítulo sostenemos que no se debe confundir al proceso con el procedimiento, ni a los principios que informan a uno y otro instituto, así como no se debe confundir a los principios del procedimiento con las formas de comunicación procedimental.

¹⁷⁷ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 384 y ss.

¹⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 384 y ss.

¹⁷⁹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 380 y ss., MONTERO AROCA, Juan, *El Derecho Procesal en el Siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 82 y ss. Siguen a este autor otros destacados juristas tales como PICÓ I JUNOY, Joan, “Los Principios del Nuevo Proceso Civil”, cit., pág. 62 y ss., BERZOSA FRANCOS, María Victoria, “Los Principios Configuradores del Procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 594 y ss., TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Lecciones de Derecho Procesal*, volumen 1, Palma, Ediciones UIB, 2010, págs. 73, entre otros. No debemos concluir esta idea sin antes recordar que Piero CALAMANDREI, discípulo de CHIOVENDA, también entendió a la intermediación como una consecuencia de la oralidad, de hecho la consideraba como su “corolario”. Ver: *Proceso y democracia*, Buenos Aires, EJEA, 1960, pág. 143. Si bien muy destacados son los juristas que mantienen el criterio de los “principios consecuencia”, nosotros defendemos una posición distinta sobre la base de los entendimientos y fundamentos que se han expuesto y exponen a lo largo de este capítulo.

- 1) No nos resulta adecuado que un principio del procedimiento sea una mera “consecuencia” de una forma de comunicación procedimental. La construcción de un principio del procedimiento, como hemos señalado en nuestro apartado I.2.2, es el fruto de los conocimientos, experiencia y lógica humana respecto al cómo se han de ejecutar las actividades de una manera correcta, eficaz y eficiente en lo que a administración de justicia se refiere.
- 2) Los principios del procedimiento se deben y corresponden en exclusiva al procedimiento y a sus fines; son enteramente neutros respecto de las formas de comunicación procedimental, por lo que no se corresponden o pertenecen en exclusivo ni a la oralidad ni a la escritura. Lo que importa a los principios del procedimiento es que una vez elegidos por el legislador, se los observe. De allí que no resulte preciso argumentar que la inmediación, concentración y publicidad informan privativamente a la forma oral, pues un procedimiento mayoritariamente escrito podría observar tales principios y, por tanto, concretar sus postulados –cosa muy diferente es que dadas las características de la forma escrita, su concreción sea dificultoso–.
- 3) Sobre la base de lo que acabamos de anotar, también resulta posible –y más que una posibilidad es una palmaria realidad, como lo demostramos en nuestro acápite I.3.2 y I.4.4– que un procedimiento oral no cumpla con los principios de inmediación y concentración y que, por el contrario, sea mediato y tremendamente disperso; características que supuestamente serían privativas de la escritura. En este sentido, HERRERA ABIÁN sostiene: “Un proceso oral en que no se exigiera la presencia del juez en las actuaciones o que, exigiéndose, terminará dictando sentencia un juez que no hubiera estado presente en la prueba, podría ser formal y estrictamente oral, pero dicha oralidad no contribuiría en nada a una correcta administración de justicia”.¹⁸⁰ Lo afirmado por esta autora confirma nuestro criterio, los principios procedimentales –como el de inmediación– son anteriores a las formas de comunicación procedimental –como la oralidad– y resultan muy superiores a estas, pues su éxito dependerá de cuanto observen y concreten los postulados informadores que propenden una mejor administración de justicia.

Con estas consideraciones, a nuestro criterio, no resulta adecuado hablar de principio cuando se refiera a formas de comunicación procedimental –oralidad o escritura–, ni de “consecuencia” cuando se refiera a los principios del procedimiento, ni de pertenencia exclusiva de estos a una forma procedimental determinada.

¹⁸⁰ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., pág. 9.

Terminando nuestro análisis de este apartado y antes de referirnos en específico a cada una de las formas de comunicación procedimental, sus contenidos y reglas, vale señalar que ni oralidad ni escritura se presentan en la generalidad de los casos con total pureza. Práctica común de los órganos legislativos es el diseño de procedimientos orales con varios actos procesales que imprescindiblemente deben encontrarse reducidos a escrito, así como procedimientos escritos con fases de intermediación para la práctica de pruebas o para la presentación de conclusiones finales, que se desarrollan de forma oral.¹⁸¹ Así lo reconoce CALAMANDREI, quien señala: “La clasificación [de oral o escrito] se deriva pues, del predominio de un carácter sobre el otro, no existiendo en la práctica, en las legislaciones modernas, un procedimiento que sea absolutamente oral ni un procedimiento escrito que no deje algún lugar a la oralidad”.¹⁸² Dicho esto, cuando en la presente investigación nos referimos a procedimientos escritos u orales, la idea que generalmente pretenderemos expresar es la de procedimientos mayoritariamente escritos o mayoritariamente orales. Aclarado este punto, pasemos a analizar las formas de comunicación específicas que pueden adoptar los procedimientos, así como sus reglas.

I.2.3.a. Escritura

Esta forma de comunicación procedimental se sirve de la palabra expresada en un medio impreso como medio de expresión o transmisión de los distintos actos procesales. Por ello en esta clase de procedimientos, el expediente se constituye en el indiscutido protagonista no solo del procedimiento sino del proceso *–quod non est in actis non est in mundo–*. El procedimiento escrito obedece por regla a un orden taxativo, marcado por cierto número de fases preclusivas,¹⁸³ dispersas en el tiempo, cada una de ellas destinadas a cumplir un fin específico que no puede combinarse con el de otras *–generalmente demanda, contestación, reconvencción, respuesta a la reconvencción, solicitud y práctica de prueba y finalmente, alegaciones o conclusiones–*. Al ser preclusivas, las distintas fases se encuentran reglamentadas de tal manera que durante cada una de ellas se han de realizar los actos que comprendan según lo previsto por la ley, ya que después no es posible ejecutarlos válidamente.¹⁸⁴ Como hemos señalado en el acápite I.2.2.4, en el procedimiento escrito se

¹⁸¹ Ahora bien, pueden existir, según la naturaleza, características y necesidades de la materia, procedimientos por completo escritos, particular válido y procedente, aun cuando de menor recurrencia que los casos que presentan algún nivel de mixtura en su diseño.

¹⁸² Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho...*, cit., pág. 277.

¹⁸³ Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 405-406.

¹⁸⁴ En este contexto, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador* *–en adelante, CSJ (Ecu)–* se pronunció aduciendo que: “Una de las características del proceso escrito es la de que se compone de una serie de etapas procesales que se van cumpliendo sucesivamente, en tracto sucesivo, y determinados actos deben cumplirse necesariamente dentro de la correspondiente etapa, de tal manera que si se ejecutan fuera de ella, carecen de toda eficacia: este es el principio de la eventualidad, conocido también como de la preclusión porque los términos son fatales y el derecho que se tiene para realizar un acto procesal se lo ha de ejercitar exclusivamente

hace más evidente el principio de preclusión, lo que no significa que sea privativo de tal forma procedimental. Respecto a la proximidad o separación de las partes del proceso, el procedimiento escrito ciertamente tiende a mantenerlas separadas. Considerando que el medio de comunicación es el papel impreso u otro soporte, no resulta necesario que las partes establezcan un diálogo directo; muy bien pueden no llegar si quiera a verse durante el proceso, lo cual incluye al juez.

La escritura así entendida es de un tipo “extremo” o más conocido como “puro”. Su aplicación en un procedimiento es válida en la medida en que las características o necesidades de la materia procesal así lo aconsejen, por ejemplo, casos que se reduzcan únicamente a asuntos documentales y donde las pruebas sean así mismo de naturaleza documental o en litigios en los que la controversia es exclusivamente jurídica. Sin embargo, la escritura también puede ser de un tipo menos riguroso, esto es, el diseño procedimental puede ser mayoritariamente escrito contando con ciertas fases orales, para lograr un avenimiento de las partes en fases claves.¹⁸⁵ Esta manera de entender a la escritura como forma de comunicación en el procedimiento es la más difundida.

Por otro lado, se dice que es propio de la escritura y, por tanto, aparentemente sería una de sus reglas, el que puedan surgir del tema litigioso principal una serie de cuestiones de variada naturaleza, tantas cuantas puedan hallar la real necesidad o la mala fe, y que tales cuestiones previas o incidentales ameritarían, bajo la forma procedimental escrita, su propia resolución, siendo posible incluso impugnar tales resoluciones de manera independiente a la resolución del tema principal.¹⁸⁶ Nosotros consideramos que esto no constituye una regla del procedimiento escrito, pues recordemos que las formas de comunicación procedimental no

dentro de la etapa procesal respectiva, de tal manera que si no se lo ha ejercitado en su oportunidad y el termino ha vencido, el derecho precluye” Resolución N° 315-2009, del 27 de Mayo de 2009.

*Cabe aclarar que a partir de la CEcu de 2008, el máximo tribunal de justicia ecuatoriana dejó de denominarse “Corte Suprema de Justicia” y pasó a denominarse “Corte Nacional de Justicia”. En todo caso, mantendremos en esta tesis la denominación de CSJ (Ecu) cuando nos refiramos a resoluciones emitidas cuando el máximo tribunal poseía tal denominación.

¹⁸⁵ A este respecto utilizaremos como ejemplo el proceso denominado “sumario” del contencioso civil ecuatoriano previsto en el derogado CPC, el cual iniciaba con una demanda, ciertamente escrita, a lo que le seguía una audiencia donde se pretendía resolver el caso a través de una conciliación. Si esta fallaba, se procedía en la misma audiencia con la contestación a la demanda. Se continuaba con el período probatorio, donde las partes presentaban por escrito las distintas pruebas que agregaban al expediente o cuya práctica solicitaban. La práctica de las pruebas también solía acercar a las partes, pues eran frecuentes las inspecciones, exhibiciones de documentos, confesiones o testimonios, diligencias estas que debían estar presididas por el juez. Arribados a este estado, era posible que las partes solicitasen al juez ser recibidos en audiencia para presentar sus conclusiones, pedido que ordinariamente era atendido por los jueces ecuatorianos. Las conclusiones también podían ser presentadas por escrito. Si bien en este procedimiento la escritura imperaba, el legislador ecuatoriano le había dotado de una buena cuota de inmediatez, la cual lastimosamente se veía frustrada por la falta de concentración que existía en la administración de justicia ecuatoriana.

¹⁸⁶ Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 406-407.

proporcionan máximas sobre cómo administrar justicia, ni sobre el diseño de los distintos actos procesales o de las distintas fases que ha de contener un procedimiento; las formas procedimentales son meros modelos de expresión de los actos procesales.

En nuestro criterio, la responsabilidad de este específico caso de dispersión que se imputa a la escritura, corresponde realmente a los legisladores. Son ellos quienes al momento de diseñar el procedimiento deciden cual será el tratamiento de las cuestiones previas o incidentales, si de manera dispersa como el caso al que nos acabamos de referir,¹⁸⁷ o de forma concentrada, estableciendo, por ejemplo, que todas las objeciones a las resoluciones de ciertas cuestiones previas o incidentales sean materia de la impugnación de la resolución final del caso.¹⁸⁸ La aplicación de esta opción es enteramente posible en procedimientos escritos y de hecho varias legislaciones las implementan.¹⁸⁹ Como vemos, nada tiene que ver el inconveniente reseñado con la forma de comunicación procedimental, sino con la manera en que se legisló privilegiando la dispersión procedimental, sin atender al principio procedimental de concentración.

Se sostiene también que el secreto sería una regla de escritura¹⁹⁰ y aquello tampoco lo consideramos correcto. El secreto en el procedimiento fue una práctica medieval de naturaleza inquisitiva, que coincidió con el auge de la escritura como forma procedimental y por ello transitaron juntos por un tiempo considerable, pero ello no significa que el secreto sea connatural a la escritura y peor si consideramos la dimensión contemporánea del secreto como principio del procedimiento –la cual se refiere principalmente a la necesidad de mantener ciertos casos fuera del acceso público, dada la naturaleza social o de seguridad pública de los mismos, todo lo cual analizamos en nuestra apartado I.2.2.6–. Es claro, entonces, que el absoluto secreto no es connatural a la escritura sino uno de tantos elementos con los cuales el legislador en su momento matizó al procedimiento escrito y decimos “en su momento”, pues como ya lo analizamos en el apartado I.2.2.6, el secreto absoluto resulta

¹⁸⁷ En el caso español, el legislador de 1881 estableció este tratamiento para los incidentes a partir del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de tal año –en adelante LEC 1881–.

¹⁸⁸ Así se estableció en el art. 703 LEC 1881 para los recursos de apelación interpuestos durante la tramitación del “juicio de menor cuantía”, tras las modificaciones introducidas por la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Heredera de esta norma es hoy, en España, el art. 454 LEC o las “protestas” contra las resoluciones orales –cfr. arts. 210, 285 y 446 LEC, entre otros–. Y, por lo que respecta a Ecuador, una norma similar viene a establecerse en los preceptos del COGEP que prevén que las apelaciones de los autos no definitivos dictados durante la primera instancia se hagan con “efecto diferido” –cfr., entre otros, arts. 160 y 296.1 COGEP–.

¹⁸⁹ Por ejemplo, en el caso de la norma procesal civil ecuatoriana derogada, respecto de los procesos denominados “sumarios” que poseían una forma predominantemente escrita, se dispone que “ningún incidente que se suscitare en este juicio, sea cual fuere su naturaleza, podrá suspender el trámite. Todo incidente será resuelto al tiempo de dictar sentencia.” –CPC. art. 844 –.

¹⁹⁰ Por ejemplo: MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit., pág. 388-395.

violatorio del principio de publicidad recogido constitucionalmente y, por tanto, se encuentra proscrito.

Ahora bien, así como el secreto no es una regla de la escritura, la publicidad tampoco lo es *per se*, mas sí es de obligatoria observancia considerando que, en su dimensión interna, viabiliza la imprescindible concreción del derecho a la defensa. De hecho, el procedimiento escrito salvaguarda de una especial manera tal derecho, toda vez que la evidencia escrita de las actuaciones procesales facilita la plena conciencia de su existencia y contenido, a fin de comunicarlas a la contraparte para que pueda ejercer su contradicción con mayor facilidad. También la escritura beneficia la labor del juzgador, sobre todo en casos cuya materia comporta dificultades de comprensión por su contenido técnico o altamente especializado. Como sostiene HERRERA ABIÁN “la facilidad que da la escritura para exponer lo complejo frente a la oralidad, junto a los plazos que separan las actuaciones escritas del posterior juicio, permitirán al órgano judicial estudiar mejor el objeto del proceso”.¹⁹¹

Si bien la escritura posee la ventaja que acabamos de señalar respecto a la observancia del derecho a la defensa y del conocimiento judicial del objeto del proceso, ha de reconocerse que tal circunstancia deviene en uno de los motivos de lentitud y dispersión que puede provocar esta forma de comunicación procedimental. En efecto, y como señalamos en el acápite I.2.2.6, en virtud de la publicidad interna del procedimiento, una parte ha de ser siempre comunicada de cualquier actuación procesal de la otra, a fin de estar en capacidad de ejercer su derecho a la defensa. En el procedimiento escrito esto comporta un tiempo para la preparación del escrito, un tiempo para su presentación, otro tiempo para el conocimiento del escrito por parte del juzgador y otro para su despacho de comunicación a la otra parte, la cual a su vez, posee otros tiempos para su conocimiento, preparación de un escrito de respuesta y presentación del mismo. Este ir y venir de escritos evidentemente genera, como anota ALSINA, “un expedienteo interminable y frondoso que se arrastra pesadamente”,¹⁹² siendo, en este caso sí, válida causa de reparos a la forma procedimental escrita. En el caso español, la LEC ha implementado una vía de solución a estos “tiempos muertos” en aquellas fases escritas de los procedimientos mayoritariamente orales, valiéndose de notificaciones previas o simultáneas entre las partes realizadas por los procuradores personados, ahorrando así el que la judicatura deba realizar los traslados del caso. Tal como se expresa en la Exposición de Motivos de la citada ley: “El Tribunal tendrá por efectuado el traslado desde que le conste la entrega de las copias al servicio de notificación organizado por el Colegio de Procuradores. De este modo, se descarga racionalmente a los órganos jurisdiccionales y, singularmente, al personal no jurisdiccional de un trabajo, que, bien mirado, resulta innecesario e impropio que realicen, en inevitable detrimento de otros. Pero, además, el

¹⁹¹ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, cit., pág. 10.

¹⁹² ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, cit., pág. 82.

nuevo sistema permitirá, como antes se apuntó, eliminar «tiempos muertos», pues desde la presentación con traslado acreditado, comenzarán a computarse los plazos para llevar a cabo cualquier actuación procesal ulterior.»¹⁹³

Finalmente, respecto de la sentencia sí es regla de la forma escrita que se componga exclusivamente con arreglo a la documentación que obre en el expediente procesal.¹⁹⁴ Así, el juzgador únicamente puede recurrir a las actuaciones constantes en el expediente para hallar en ellas los elementos de convicción con los cuales conformar su resolución definitiva del caso. No es válido, por tanto, que el juez se sirva de elementos de los que pudo haber tenido conocimiento –salvo los de dominio público– pero que no hayan sido debidamente aportados al expediente judicial.

I.2.3.b. Oralidad

La forma oral supone que los actos procesales han de ser comunicados de viva voz entre los distintos partícipes del proceso. Al igual que ocurre con la forma escrita, la oral puede informar a todo el procedimiento de una manera rigurosa, o puede también combinarse la existencia de ciertos actos escritos con un debate procesal principalmente hablado. En la generalidad de los casos, las legislaciones prevén procedimientos mayoritariamente orales, dado que actuaciones como la demanda y su contestación, así como la sentencia, conviene que se encuentren reducidas a escrito; la certeza y estabilidad que confiere la escritura a estos actos, redundan en seguridad jurídica durante el proceso y una vez finalizado el mismo. Por el contrario, procedimientos enteramente orales pueden dificultar el ejercicio del derecho a la defensa, generar dilaciones¹⁹⁵ o imprecisiones, de allí que su previsión y aplicación sea más bien residual.

Este entendimiento respecto a la intensidad con la que conviene aplicar la oralidad tiene importantes antecedentes históricos. Así, KLEIN, autor de la Ordenanza de Enjuiciamiento Civil austríaca de 1895 –hito fundacional de la oralidad continental contemporánea– moderó la forma procedimental oral pura del entonces imperante modelo teutón del Código de Hannover de 1850 y de la Ordenanza alemana de 1877, normativa que

¹⁹³ Cfr. arts. 276 y 278 LEC. No obstante, la previsión respecto al comienzo automático del cómputo de plazos –prevista en el art. 278 LEC– no parece haberse implementado plenamente en la práctica. Y es que hemos podido detectar que los tribunales españoles vienen interpretando que cuando, ante la presentación de un escrito, la ley exige expresamente que se dicte una resolución sobre su admisión –lo que ocurre en muchas ocasiones–, el plazo subsiguiente no comenzará a computarse hasta que el tribunal comunique a la contraparte la mencionada resolución de admisión.

¹⁹⁴ VALENCIA MIRÓN, Antonio José, *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, Comares, 2008, pág. 284.

¹⁹⁵ Por ejemplo, en un proceso por completo oral una vez presentada la demanda o se tendría que suspender la vista para que el accionado tuviere la oportunidad de preparar su defensa, o se le colocaría en la posición de tener que responder de inmediato lo cual deviene en una inadmisibles situación de desigualdad.

exacerbaba la oralidad procedimental hasta el punto de considerar a los actos escritos como jurídicamente inexistentes. En el diseño del procedimiento civil austríaco, KLEIN consideró la necesidad y conveniencia de que algunos actos procesales fueren escritos, así como también modificó el ultraconcentrado modelo alemán de una vista única por el de dos comparecencias.¹⁹⁶ La valoración de este modelo temperado de oralidad se difundió al punto que a mediados del siglo XX, autores como CAPPELLETTI sostuvieron como necesaria la exclusión de un sistema procesal en el cual la forma oral domine en su absoluta pureza, siendo adecuada la coexistencia de elementos escritos y orales.¹⁹⁷ Bien entendida, la forma oral “no exige precisamente que se prescindiera de la escritura en el proceso, como su nombre podría hacer pensar al inexperto; medio perfecto para expresar el pensamiento y de conservar esa expresión, no podía dejar de tener en el proceso la escritura el lugar que le corresponde en todas las otras relaciones de la vida humana. Pero precisamente de lo que se trata es de no darle más que el lugar que le corresponde, de acuerdo con las condiciones de la vida moderna y según el rendimiento útil que puede prestar en los negocios.”¹⁹⁸

Para que el procedimiento oral conserve su naturaleza, la comunicación verbal ciertamente ha de primar cuantitativa –número de actos procesales– pero sobre todo cualitativamente –actos procesales más importantes en la formación del juicio–. Normalmente, son los actos de inicio del proceso –demanda y contestación a la demanda o, al menos, la demanda– los que conviene que consten por escrito,¹⁹⁹ mientras que la etapa probatoria y la última concreción de las pretensiones y sus fundamentos antes de la sentencia –conclusiones–, se deben presentar al juzgador de viva voz.²⁰⁰ La resolución del caso, si bien puede comunicarse de viva voz, resulta imprescindible que también sea reducida a escrito como garantía de la existencia del fallo, su sentido y extremos –seguridad jurídica–.

A diferencia del proceso escrito, que se estructura a través de fases consecutivas que operan a través de impulsos documentales, el procedimiento oral se estructura a través de comparecencias, también denominadas “audiencias”, “vistas” o “juicio”.²⁰¹ A estas

¹⁹⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, “Pasado, presente y futuro de la Justicia Civil”, en MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA (Edit.), *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia de España, 1990, pág. 96 y ss.

¹⁹⁷ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, cit., pág. 9-10.

¹⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 128.

¹⁹⁹ Procesalistas seguidores de la oralidad como Giuseppe CHIOVENDA, sostienen que los escritos preparatorios del procedimiento oral se diferencian profundamente de los escritos de inicio de los procedimientos escritos, ya que estos últimos comportan la forma propia de las pretensiones, mientras que los escritos del procedimiento oral únicamente comportan meros anuncios de las declaraciones que se van a hacer en la audiencia. (Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 129).

²⁰⁰ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 81.

²⁰¹ El legislador español a denominado “juicio” a la comparecencia definitiva del también denominado “juicio ordinario”. Esta es la vista más importante del procedimiento, pues de ella el juzgador extrae los elementos

comparecencias deben acudir las partes, sea personalmente o a través de sus representantes jurídicos,²⁰² con el fin de desarrollar el debate procesal ante la presencia del juzgador. Es regla de la oralidad que, en las comparecencias, la palabra hablada sea la única herramienta para que actor y demandado expresen sus posiciones litigiosas y para que el juzgador dirija el debate –expresión de los actos procesales–. Lo ocurrido en la comparecencia es principalmente documentado a través de grabaciones, pudiendo también el legislador disponer la elaboración de un acta de la comparecencia, la cual dentro de un sistema oral, debe ser un mero resumen a lo ocurrido en la reunión y no una transcripción de todo lo dicho; así lo entienden tanto la legislación española como la ecuatoriana.²⁰³ Ya que el juez forma su criterio a través de lo manifestado de viva voz, no es necesario ni prudente que las actas contengan transcripciones de todo lo dicho en las comparecencias. Lo contrario podría comportar el riesgo de que el juez no participe con la debida atención, concentración e interés en el debate, confiando en los contenidos extensos de las actas.

Una consecuencia de la regla del desarrollo procedimental por medio de comparecencias, es la proximidad de las partes que se consigue a través de ellas. Más que un encuentro entre la persona del actor y la del demandado, lo que se logra es un acercamiento de las posiciones litigiosas para con el juzgador, quien al dirigir personalmente los distintos actos que se llevan a cabo en la comparecencia, audiencia o vista, no debería abstraerse de las pretensiones o excepciones de las partes, sus fundamentos y pruebas. El conocimiento que se adquiere de la materia litigiosa a través de las exposiciones orales, rebasa lo puramente material y arriba a lo sensitivo, lo cual, abonaría mayores elementos de juicio para el juzgador. Esta proximidad también puede coadyuvar un eventual avenimiento de las partes y resolución del caso, aún dentro del proceso, pero sin necesidad que el juez se pronuncie al respecto –acuerdo transaccional–

Otra regla técnica de la forma oral se refiere al tratamiento y resolución de las cuestiones previas o incidentales dentro de la misma comparecencia, audiencia o vista. Ya

para formar su “juicio” respecto de la materia litigiosa. En el caso español, consecuentemente, el término “juicio” posee una acepción adicional a las ya varias que caracterizan a esta palabra (Cfr. arts. 399 y 431 LEC). Por su parte, el legislador ecuatoriano se decanta por el uso del término “audiencia” para referirse a las comparecencias o vistas. De hecho, el COGEP define al sistema procesal como “oral por audiencias” –art. 4–

²⁰² En el caso español, abogado y procurador, de conformidad con lo previsto por los arts. 23 y 31 de la LEC y por el art. 545 de la LOPJ. En el caso ecuatoriano basta con la presencia del abogado patrocinador, cuya comparecencia se encuentre debidamente legitimada a través de una procuración judicial solemne, según lo dispone el art. 86 COGEP.

²⁰³ En el caso español, los arts. 146 y 147 de la LEC, disponen las reglas respecto a la documentación de las actuaciones previendo la suficiencia de la grabación de la vista. En el caso ecuatoriano, el art. 294 del COGEP prevé la necesidad de que el secretario judicial elabore un acta, observándose la regla de que tal acta no será una reproducción de todo lo manifestado, sino un extracto de lo ocurrido en la comparecencia. Por su parte, el art. 83 del citado cuerpo normativo establece la necesidad de documentar las vistas a través de grabaciones oficiales.

que la oralidad proscribió la dispersión, no en virtud de mandatos deontológicos –pues de aquellos se encargan los principios– sino atendiendo a circunstancias estrictamente lógicas y prácticas –falsabilidad de la memoria humana–, la forma oral mantiene como postulado general que dichas cuestiones previas o incidentales se conozcan y resuelvan en la misma comparecencia y habiendo sido superadas, según el caso, se continúe con el proceso o, por el contrario, se concluya con él. Esta regla ha sido matizada por distintos autores y legislaciones, en consideración a inconvenientes que surgen de su aplicación. Para ilustrar lo anotado, recordaremos los casos alemán y austríaco, hitos de la implementación de la oralidad en materia civil en los tiempos contemporáneos. Así, el 30 de enero de 1877, se emitió la Ordenanza Procesal Civil alemana –*Zivilprozessordnung*–²⁰⁴ que estableció un procedimiento oral a través de una vista en la que se tramitaban y resolvían tanto los temas previos e incidentales, cuanto los temas de fondo,²⁰⁵ acatando rigurosamente la regla que acabamos de referir. Considerando que este modelo “ultra concentrado” alemán ocasionaba distracción cualitativa y cuantitativa del tema de fondo –cuando se arribaba al tratamiento del fondo, luego del debate y resolución de las cuestiones previas o incidentales, era esperable un agotamiento físico y mental de las partes–, el ministro de justicia austríaco y profesor de la Universidad de Viena, KLEIN, concibió un nuevo procedimiento para implementarlo al contencioso civil del imperio austro-húngaro, como ya habíamos anticipado.

El procedimiento de KLEIN era oral, al igual que el alemán, pero no se formaba de una única vista, sino de dos: una preliminar, destinada a seleccionar la materia de la causa y a resolver las cuestiones previas que pudiesen ser planteadas por las partes; y, una comparecencia de juzgamiento, la cual se llevaba a cabo solo si se superaba la preliminar. En la comparecencia de juzgamiento se conocían y resolvían únicamente los temas de fondo, lo cual permitía a las partes y sobre todo al juzgador, el concentrarse exclusivamente en la materia litigiosa principal.²⁰⁶ Consideramos que el modelo austríaco, que ciertamente inspiró a legislaciones posteriores,²⁰⁷ matiza de forma adecuada a la regla del procedimiento “ultra

²⁰⁴ Ya antes, en 1850, se había emitido el Código de Hannover, que implementó un proceso oral exacerbado, pues según tal normativa solo los actos cumplidos oralmente tenían validez y los actos escritos eran considerados como jurídicamente inexistentes (Cfr. RÚA, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, cit., págs. 106-107).

²⁰⁵ Cfr. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, cit., págs. 95-97.

²⁰⁶ Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 139.

²⁰⁷ Por ejemplo el caso español, en lo que se refiere al juicio ordinario donde existe una audiencia previa al juicio y una audiencia de juicio. Así, la vista previa al juicio tiene por finalidad el intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso; de fallar tal intento, en la audiencia previa al juicio se examinan las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de este y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto; se fija con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de Derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, las partes proponen y se admite la prueba. Mientras, la audiencia denominada “juicio” tiene por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones

concentrado” que es una clara manifestación de la oralidad en su acepción más pura. No obstante, esta regla sigue siendo aplicada sobre todo para el diseño de procedimientos que vayan a servir a procesos de menor cuantía o de menor complejidad o trascendencia, ponderando aquí los principios procesales de celeridad y economía que han sido analizados anteriormente.²⁰⁸

Respecto de la publicidad, recordemos que en su dimensión interna no es regla ni de la oralidad ni de la escritura, sino elemento común a toda forma de comunicación procedimental, en cuanto que la publicidad, así entendida, viabiliza la concreción del derecho a la defensa. En la forma oral, parecería que la publicidad interna adopta una dimensión más completa, dada la estructura del debate procesal a través de comparecencias que se desarrollan sobre la base del intercambio verbal e inmediato de las ideas, posiciones y argumentos. Sin embargo, puede darse el caso que la forma oral pueda prestarse para un merma del derecho a la defensa en ciertos casos, por ejemplo, si en el curso de una comparecencia oral, una parte sorprende a la otra con una alegación inesperada, salvo que el juez suspenda la comparecencia, el tiempo de reacción para que el contrario se defienda es mucho menor que si la alegación inesperada se hubiera introducido en el proceso mediante un escrito; o que el juez proscriba este tipo de prácticas por el carácter atentatorio que, en cada caso concreto, puedan tener.

Sobre la resolución del caso, es regla de la oralidad, efecto del principio de concentración, que la sentencia se emita en un tiempo muy próximo a la culminación de la comparecencia. Rige esta regla la certeza sobre la falibilidad de la memoria humana para conservar todo lo actuado en una vista durante un lapso prolongado, más en los tiempos actuales donde los sentidos de los seres humanos se encuentran “sobre-estimulados” por las distintas tecnologías, redes sociales, medios de comunicación masiva. Se pretende así garantizar que el juzgador mantenga recuerdos frescos de alegaciones, pruebas y conclusiones a las que hubiere arribado y que informarán su resolución final del caso. Recordemos que, si bien los procedimientos orales pueden contener actos procesales reducidos a escrito, los actos más importantes para la formación del criterio de juzgamiento se realizan oralmente. Ahora bien, se podría sostener que en la actualidad, con las grabaciones en video de las vistas, el juez podría “refrescar” su memoria con la revisión de

sobre estas –art. 399 y ss., en especial los arts. 414 y 431 de la LEC–. Igual tratamiento y lógica posee el procedimiento ordinario previsto por el COGEP en el caso ecuatoriano. Dividido en dos comparecencias, la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, en la primera se busca un acuerdo de las partes, se conocen y resuelven las cuestiones previas, así como se ordena la práctica de las pruebas; mientras que en la audiencia de juicio se evacúan algunas pruebas, se establecen las conclusiones e incluso, se dicta la sentencia –COGEP, art. 289 y ss.–.

²⁰⁸ Continuando con el caso español, el juicio verbal previsto en la LEC –art. 437 y ss.– aplica la regla del conocimiento y resolución de las cuestiones previas o incidentales en la misma vista en la que se conocerá y resolverá sobre el fondo del asunto litigioso. Lo mismo ocurre con el denominado procedimiento sumario en el caso ecuatoriano –COGEP, art. 332 y ss.–.

tales insumos, con lo cual, no necesariamente se podría exigir una resolución próxima y se podrían tolerar retrasos en la emisión de la resolución. Sin embargo, la concentración no constituye un principio aislado, debiendo operar necesariamente en coordinación con otros, en este caso, con el de celeridad. De allí que la necesidad de una resolución pronta no solo hace sentido con afanes cualitativos –mantener “frescas” las impresiones captadas en la vista–, sino también con cuantitativos –solución expedita del caso–.

Respecto del contenido mismo de la sentencia, es regla de la oralidad el que el juzgador posea una mayor libertad para encontrar los distintos elementos de juicio que requiera para formar su criterio. No será necesario entonces el encontrar la palabra exacta, en la oración precisa, del párrafo justo dentro del folio específico, para fundamentar la decisión. Dentro de un procedimiento oral, el juez puede incluso fundamentar su juicio valorando o desechando una prueba en atención a las impresiones sensibles no documentadas, que respecto de dicha prueba adquirió en la comparecencia. En definitiva, en el procedimiento oral los fundamentos de la sentencia se construirán a partir de todas las alegaciones y pruebas efectuadas dentro de las comparecencias, así como de las impresiones directas e indirectas que el juzgador haya recabado de ellas.²⁰⁹ Recordando a aquel brocardo que informa a la escritura y aplicando el debido *contrario sensu* para la oralidad, diremos que en el mundo del procedimiento oral, no solo existe lo que está escrito, existe, por el contrario, muchísimo más.

I.3. La oralidad como opción procedimental

A lo largo de este capítulo hemos desarrollado la manera en que entendemos a varios institutos del proceso, empezando por él mismo y sus principios. Hemos posteriormente centrado nuestro análisis en el instituto del “procedimiento”, valorando la importancia de su estudio autónomo, así como la existencia de principios que le corresponden. A estos principios los entendemos como máximas rectoras cuya observancia tiene una sola meta: conseguir que el procedimiento contenga la mejor reglamentación posible para el proceso y que la aplicación de tal reglamentación por parte de los operadores de la justicia sea la mejor posible. Finalmente, hemos estudiado las distintas formas externas que el procedimiento puede adoptar, así como sus reglas y características connaturales. De esta manera, estamos ya en capacidad de analizar y exponer cuál sería, a nuestro juicio, la mejor forma procedimental por la que un legislador puede optar para el contencioso civil.

Si bien para todos los conocedores de la ciencia jurídica no será novedad que la forma oral sería la más adecuada en la generalidad de los casos –algunos incluso todavía la podrán considerar como la “panacea”–, el presente capítulo de nuestra tesis pretende explicar adecuadamente el porqué de ello. En atención a tal objetivo, hemos desarrollado nuestra

²⁰⁹ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 49.

teoría respecto a la oralidad como forma de comunicación procedimental –no como un principio del proceso o procedimiento–, la inexistencia de “principios consecuencia” de la oralidad, la existencia de principios del procedimiento y su valorización normativa y práctica. Y es que, en nuestro criterio, una forma procedimental debe ser ponderada frente a la otra en la medida en que sus reglas y características provean una mejor posibilidad para la concreción de los distintos postulados que conforman los principios del procedimiento por los cuales el legislador se hubiera decantado. Lo verdaderamente sustancial es alcanzar tal concreción, sin importar si lo realiza por medio de la oralidad o de la escritura.

Es así que ninguna forma de comunicación de los actos procesales es buena o mala *per se*, según lo hemos venido sosteniendo a lo largo de nuestro acápite I.2. Considerar que la oralidad es “buena” y que la escritura es “mala” simplemente denota desconocimiento de la materia. Al respecto, De la OLIVA SANTOS señala: “A nuestro juicio, constituye a la vez ingenuidad o maniqueísmo entender a la forma escrita como mala y a la oralidad como buena. La bondad o maldad de una y otra dependen de no pocos elementos, entre los que cabe destacar la materia o materias al servicio de las cuales esté previsto el proceso.”²¹⁰ Lo cierto es que cada forma de comunicación procedimental posee fortalezas y debilidades a ser consideradas.

Así, la forma escrita tiene el mérito de la precisión, de informar de mejor manera al juez y a las partes respecto de las actuaciones procesales. Provee también de un medio eficaz para la conservación de todo lo actuado en el proceso. Es, por tanto, la escritura una forma que garantiza la estabilidad de los actos procesales y ello redundará, en buena medida, en seguridad jurídica para las partes y el juzgador. Como debilidades de la forma escrita está su proclividad a la segmentación y, a través de ella, a la lentitud. En efecto, esta forma de comunicación, aun cuando se encuentre dotada de adecuadas fases de intermediación entre las partes, puede caer en un largo juego de afirmaciones, de negaciones y de reticencias, de recíprocas oposiciones que pueden llevar a una duración insoportable del proceso. Adicionalmente, la manera tradicional en que los procedimientos escritos han sido estructurados legislativamente o puestos en práctica por los órganos jurisdiccionales, sin las imprescindibles etapas de intermediación –etapa probatoria principalmente–, aminoran sensiblemente las posibilidades de acierto del juicio.²¹¹ Si bien esta última no es una debilidad técnica u orgánica de la escritura, sí ha sido una lesiva realidad en muchos sistemas procedimentales a nivel internacional –culpa, insistimos, de la manera en la que se legisló esta forma procedimental–.

²¹⁰ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág.232.

²¹¹ En buena parte de la doctrina latinoamericana, la oralidad ha sido “clamada” en pos de alcanzar celeridad. Particular que no compartimos, pues si bien la justicia pronta es un derecho fundamental, una justicia de calidad respecto al sentido de sus fallos también debería serlo.

Por su parte, la oralidad es dinámica, da simplicidad a la tramitación, evita la pesadez o los formalismos de los escritos y, por su naturaleza, acerca a las partes procesales. Con todo ello es posible conseguir un procedimiento expedito y con mayor conocimiento del juzgador respecto de la materia litigiosa –al menos en la teoría–. A pesar de ello, la oralidad puede también ser compleja y requerir de mayores medios materiales y personales,²¹² así como una estructura mucho más organizada que la forma escrita, a la cual le asiste la fijación y estabilidad de las actuaciones. De hecho, la forma oral exige juzgadores más preparados y con más experiencia, pues lo peor que puede ocurrir para una administración de justicia es que el juez se deje guiar no por los hechos y el Derecho sino por las facultades oratorias de los abogados. Sobre esto CAPPELLETTI sostiene “este método [la oralidad] implica una renovada confianza [y responsabilidad] en el hombre, y por consiguiente, por lo que aquí particularmente nos interesa, en el hombre-juez, en sus capacidades de objetiva observación y de sereno e imparcial análisis de los datos observados.”²¹³ En consecuencia, en un procedimiento oral, el juez deberá poseer suficiente capacidad de discernir entre el discurso y su contenido, así como suficientes conocimientos y experiencia para valorar todos los elementos jurídicos y fácticos que a su disposición colocan las partes.

Según apreciamos, de la sola comparación entre las virtudes y falencias de la escritura y la oralidad, podría no llegarse a una definitiva postura sobre cuál es la mejor de las dos formas de comunicación procedimental. Por ejemplo, podrían existir opiniones que ponderen la seguridad que proporciona la escritura aún frente al dinamismo de la oralidad. De hecho, en materias donde únicamente se deba resolver sobre prueba documental o sobre cuestiones jurídicas, la escritura puede resultar de hecho recomendable frente a la oralidad. De allí que confirmemos nuestro pensamiento relativo a que el análisis de las aptitudes intrínsecas de la forma de comunicación para consagrar los postulados de los principios del procedimiento por los que se haya optado, es el criterio más adecuado para determinar cuál es la mejor de las formas que puede adoptar el procedimiento para el contencioso civil.

I.3.1. La oralidad y los principios del procedimiento

Hemos señalado en el acápite anterior que existe una posición prácticamente unánime en la doctrina respecto a que la más adecuada de las formas de comunicación procedimental para el contencioso civil es la oral.²¹⁴ Al coincidir con esta posición, corresponde verificarla

²¹² En este sentido: OLIVA SANTOS, Andrés de la y PEITEADO MARISCAL, Pilar, *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva*, cit., págs. 9-12. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 51, ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, cit., pág. 81, entre otros.

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, cit., pág. 94.

²¹⁴ Existen opiniones que critican a la oralidad; sin embargo, sus críticas suelen dirigirse a problemas en su implementación y aplicación (Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *La oralidad en el moderno proceso civil*

aplicando nuestro criterio de análisis, es decir, corresponde que contrastemos a la oralidad con los principios del procedimiento que poseen mayor apreciación en la doctrina y en la sociedad, como medios para conseguir una mejor administración de justicia. Tales principios del procedimiento, según señalamos en nuestro epígrafe 1.2.2 son los de inmediación, concentración, celeridad, preclusión, economía y publicidad.

I.3.1.a. La oralidad y el principio de inmediación

Recordemos que son tres los postulados rectores del principio de inmediación. El primero de ellos y que, de hecho, es el caracterizador del principio, propugna que el procedimiento debe contar con fases o etapas en las cuales las partes y el juez puedan establecer un diálogo personal y directo, esto con el fin de que el juzgador adquiera un cabal conocimiento de los distintos argumentos y pruebas de las partes, lo cual le permitirá reunir de mejor manera sus elementos de convicción, tanto desde la perspectiva cuantitativa, como, sobre todo, desde la cualitativa.

Si bien este postulado puede ser satisfactoriamente observado por la escritura,²¹⁵ siempre que el procedimiento escrito cuente con fases de contacto directo entre las partes – imprescindiblemente la etapa probatoria –, es claro que la oralidad posee aptitudes naturales para una observancia más solvente de este postulado de la inmediación. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la escritura, donde las comparecencias – fases con inmediación – son artificialmente establecidas para el mejoramiento de la forma procedimental, en la oralidad, el procedimiento se estructura a través de comparecencias, donde el contacto directo entre las partes se da como una consecuencia natural y no como una consecuencia buscada artificialmente. En este punto cabe recordar que así como a la escritura se ha buscado mejorarla a través de la implementación de fases con inmediación, también a la oralidad se la ha buscado mejorar moderando sus reglas más extremas, permitiéndose con ello la utilización de documentos en varias fases del procedimiento, sobre todo en las iniciales – demanda y contestación a la demanda –. Ello en nada incide en la aplicación del principio de inmediación, pues como analizamos antes, lo que importa es que las fases de contacto directo sean aquellas de las cuales el juzgador obtiene un cabal conocimiento de los sustentos probatorios que poseen las partes respecto a los argumentos que hubieran esgrimido.

español. Implantación y Dificultades de la Oralidad, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/5.pdf, página web consultada el 20 de enero de 2013). Por nuestra parte estamos convencidos de que la oralidad es de lejos la mejor opción para el procedimiento del contencioso civil; no obstante, guardamos mucho escepticismo respecto a su aplicación práctica en lo que respecta a la República del Ecuador, dada la actual coyuntura política. Datos generales y específicos los expondremos en el acápite I.4.2.

²¹⁵ Como sostiene Santiago SENTÍS MELENDO: “la intermediación es posible, aunque difícil, en un proceso absolutamente escrito”. (*La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1979, pág. 478).

Respecto del segundo y tercer postulado rector del principio de inmediación que han sido estudiados en nuestro apartado I.2.2.1 y que se refieren a la imprescindible presencia del juez en aquellas etapas de contacto directo con las partes y a la obligación de que el juez que dirigió el debate inmediato sea el que resuelva el caso, se debe considerar que ellos informan la manera en que el primer postulado debe ser implementado –en fase legislativa– y aplicado –en fase jurisdiccional–, pero no hacen relación con forma de comunicación procedimental alguna. Es decir, existiendo etapas de contacto directo entre las partes, sea por la naturaleza de la forma –oralidad– o sea por una mejora a la misma –escritura–, importa que siempre sea el mismo juzgador el que acuda y dirija las comparecencias, así como el que resuelva la causa. Es así que ni el segundo ni el tercer postulado del principio de inmediación proveen elementos que sirvan para la valoración de una forma procedimental.

Entonces, únicamente atenderemos al primer postulado del principio con lo cual confirmamos que la oralidad provee mayores aptitudes naturales para una cabal observancia del principio de inmediación.²¹⁶ No olvidaremos, aún a riesgo de ser reiterativos, que la aptitud de la forma procedimental no significa *per se* que el principio será consagrado. De allí que resulte imprescindible que el legislador y el juez comprendan que la forma procedimental es un mero medio para la aplicación de los principios y actúen en consecuencia al momento de legislar y juzgar.

I.3.1.b. La oralidad y el principio de concentración

Según hemos analizado, el principio de concentración pretende que la ejecución de los actos procesales se reúna en una sola comparecencia o, de no ser posible, en muy pocas. La finalidad del principio es que las impresiones y conocimientos aprehendidos por el juzgador a través de los contactos inmediatos con las partes, no se diluyan o pierdan en el tiempo; condición básica para que el juzgador esté en capacidad de realizar un examen de argumentos y pruebas en su conjunto. Considerando el postulado y propósito del principio, así como las reglas técnicas de las dos formas de comunicación procedimental, concluimos que la oralidad, al encontrarse estructurada a través de comparecencias, es mucho más apta que la escritura para concretar un procedimiento concentrado.

Es más, si el procedimiento pretende informarse por el principio de concentración en su dimensión más pura –concentración de todos los actos procesales en una única comparecencia– solo la forma oral resulta aplicable. Aún si, por el contrario, se pretende un

²¹⁶ En ese sentido, la CC (Col), al referirse a la constitucionalidad de la reforma introducida por el Código Orgánico General del Proceso en dicho país, ha señalado: “La implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos, razones todas estas que avalan la constitucionalidad de la reforma en este aspecto puntual.” Sentencia C.713 de 2008, del 15 de julio de 2008.

procedimiento concentrado pero con más de una comparecencia de las partes –típico caso en el que las cuestiones previas y las de fondo se discuten en distintas vistas – la forma oral también resulta la más adecuada pues, si bien existiría más de una comparecencia, en cada una de ellas se deberían realizar varios actos procesales, cuya ejecución concentrada es coadyuvada por la expresión verbal de los mismos. En efecto, el debate procesal se dinamiza cuando es realizado oralmente, lo cual permite que los actos procesales se produzcan de manera expedita e inmediata, uno tras otro. De esta forma, varios actos procesales, que pueden ser de proposición o contradicción, se realizan en una misma comparecencia.

Postulado importante del principio es la obligación del juzgador de resolver el caso en la misma comparecencia o en un corto plazo contado a partir de la culminación de la comparecencia; esto con la motivación de que los beneficios obtenidos con la intermediación y unificación del debate no se pierdan –no motiva a este principio la celeridad en el procedimiento–. Únicamente la oralidad posibilita la concreción de este postulado en su dimensión más rigurosa –resolución en la misma comparecencia–, mas, como hemos analizado en el apartado I.2.2.2, no resulta conveniente a nuestro criterio que se exija al juzgador la resolución inmediata pues puede incidir en la calidad de los fallos. Debería establecerse la posibilidad de que el juez elija libremente si sentencia en la misma comparecencia o en un corto plazo tras la culminación de la misma. También se pueden proscribir normativamente las resoluciones “precipitadas”, negando la posibilidad al juez de resolver el caso de inmediato, mas sí en un corto plazo.

Según hemos expuesto en nuestro apartado I.2.2.2, existen otros postulados del principio de concentración,²¹⁷ pero no corresponde analizarlos respecto de la oralidad ni de la escritura, pues ninguna relación guarda tales contenidos del principio con las formas procedimentales. Esto no hace sino confirmar la preeminencia general de los principios sobre las formas procedimentales, así como la no correspondencia de la calidad de principios a la oralidad y a la escritura.

I.3.1.c. La oralidad y el principio de celeridad

Conocemos que el principio de celeridad propugna la previsión y aplicación de plazos razonables tanto con las aspiraciones de los litigantes, cuanto con la realidad de los órganos jurisdiccionales. En lo que se refiere a la previsión de plazos, aquella tarea corresponde al legislador y poco importa en realidad cuál es la forma procedimental que se adopte, pues aún con la forma oral puede ocurrir que un legislador opte por establecer plazos que resulten excesivos. En lo que se refiere al diseño procedimental, la razonabilidad de los tiempos está informada por el principio de celeridad –y por sus postulados, estudiados en el acápite

²¹⁷ Como por ejemplo su doble comprensión: concentración en cuanto a la actividad procedimental y concentración en cuanto al contenido del proceso.

I.2.2.3– y el legislador ha de observarlo. Ahora bien, respecto de la observancia de los plazos que se establezcan en las leyes, la tarea corresponde a los órganos jurisdiccionales. Es de conocimiento general que los plazos legalmente previstos para la ejecución de las distintas etapas de los procedimientos, salvo el caso de algunos actos procesales específicos, no suelen ser cumplidos por los Tribunales.²¹⁸

Si bien es aspiración general en muchos países iberoamericanos el que la administración de justicia no sea lenta, somos conscientes de que conseguirlo no es tarea fácil. Se requiere de importantes y permanentes recursos materiales, que no siempre pueden ser cubiertos por los Estados. No obstante, el tema no se reduce a lo económico, pues el aspecto humano de la administración de justicia –en el que intervienen jueces, funcionarios, abogados y la sociedad misma– constituye el factor principal para el cambio deseado. Como no podemos esperanzarnos en el advenimiento de ese futuro ansiado –y que acaso no lo presenciaremos, pese a nuestros aportes para su consecución– corresponde analizar e implementar medidas actuales para dotar de celeridad a la administración de justicia, sin que exista un desmedro en su calidad. Una de las opciones es revestir al procedimiento de una forma que facilite y, de alguna manera, apesure el desarrollo del debate procesal.

La oralidad, como sabemos, es la forma de comunicación más dinámica y simple. El diálogo verbal entre las partes no solo elimina la tardanza en la elaboración de escritos, notificaciones a la parte contraria, las casi ineludibles réplicas y contrarréplicas, sino que permite la solución más expedita de aquellos incidentes que, de otra manera, podrían llegar a formar casi un litigio autónomo. La opción por la oralidad frente a la escritura, respecto a la concreción del postulado del principio de celeridad que se refiere a la aplicación de plazos razonables, resulta inequívoca. Ya en el apartado I.2.3.1, hemos reconocido los inconvenientes orgánicos de la escritura respecto al ahorro de tiempos, por lo que no cabe duda de que la oralidad es la mejor opción también en este caso. Adicionalmente, dadas las aptitudes de la oralidad para la concreción de los principios de inmediación y concentración, deviene también en la mejor opción para que la celeridad que podría alcanzarse no vaya en desmedro de la calidad de la administración de justicia.²¹⁹

²¹⁸ Y es que mientras que los tiempos que corresponden ser observados por las partes son, en la generalidad de los casos, cumplidos por el contrario, los tiempos que corresponden ser observados por el órgano jurisdiccional son, en muchos casos, incumplidos.

²¹⁹ En concordancia con lo señalado, la CC (Col) ha señalado que: “todas estas reformas tienen el común propósito de privilegiar la celeridad de los procesos judiciales en la audiencia, a través de la preeminencia de la oralidad, la utilización extensiva de mecanismos audiovisuales de registro y la fijación de reglas que faciliten la adopción pronta de fallo definitivo. Dentro de esa perspectiva se enmarca la expresión acusada, la cual elimina del proceso verbal la objeción del dictamen pericial. La instauración de la oralidad tiene efectos directos y definitivos en lo que respecta a la inmediación y contradicción de la prueba...” Sentencia C-124/11, del 1 de marzo de 2011.

Por otro lado, debemos recordar que la proscripción de las dilaciones indebidas en el procedimiento es también un postulado rector del principio de celeridad. Si bien este postulado poco se relaciona con la implementación de una forma procedimental específica, ya que sus destinatarios son más bien los jueces y las partes –en cuanto a su comportamiento en el proceso–, así como el Estado –en cuanto a problemas no atendidos en la administración de justicia–, debemos considerar que un procedimiento estructurado de una forma simple y dinámica –estructura normativa– y aplicado de la misma forma, coadyuva en alguna medida a que en el procedimiento no se verifiquen las proscritas dilaciones indebidas. De allí que la oralidad se confirme como la mejor opción, también a la luz de este postulado del principio.

Para finalizar conviene realizar una digresión importante. Si bien la oralidad resulta una forma procedimental expedita, como acabamos de analizar, cuando consideramos la tramitación de varias causas al mismo tiempo, que es la tarea diaria de los jueces, parecería que las bondades de la oralidad quedarían en entredicho. Efectivamente, y como lo recuerda ORTELLS RAMOS, “la oralidad cambia el modo de distribución del tiempo de trabajo de los jueces, imponiéndoles –en algunas etapas del procedimiento, específicamente en las comparecencias– la necesidad de concentrar en exclusiva su atención y actividad en un solo asunto, lo que repercute en un retraso del conjunto de asuntos pendientes ante él.”²²⁰ De allí que, para que un procedimiento oral cumpla cabalmente con las aspiraciones de celeridad y no ocasione dilaciones indebidas, debe limitarse la carga de trabajo de los jueces que han de dirigirlo, lo que implica la necesidad de crear un mayor número de órganos jurisdiccionales. Respecto a esta condición mínima para que la oralidad opere correctamente en la práctica, volveremos más adelante en el acápite I.3.2.

I.3.1.d. La oralidad y el principio de preclusión

El principio de preclusión, de imprescindible observancia para la correcta organización y marcha del procedimiento, no reviste especial interés al momento de elegir cuál es la mejor forma procedimental. Independientemente de que el procedimiento sea oral o escrito, los postulados de la preclusión operan con el fin de brindar seguridad a los litigantes, respecto a la pérdida de poderes procesales que no hayan sido debida u oportunamente ejercidos.²²¹

Si bien es cierto que muchos autores opinan que el principio de preclusión pertenecería al procedimiento escrito en exclusiva, hemos demostrado que, como principio que es, pertenece e informa al procedimiento en general y no a una determinada forma

²²⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, “Formas del Procedimiento y Garantías Fundamentales del Proceso Civil”, cit., pág. 427.

²²¹ La CC (Ecu), en la Sentencia N° 115-15-SEP-CC, dentro del caso N° 0980-12-EP, del 08 de abril de 2015, se refirió al respecto al mencionar que la preclusión como principio procesal es el fundamento lógico de la seguridad jurídica en todos los procesos.

procedimental. Es más, hemos citado a VALLINES GARCÍA, quien no solo demuestra la previsión y aplicación de un sistema preclusivo en los procedimientos orales civiles españoles, sino que incluso llega a calificarlo como un “régimen riguroso de preclusión”, con ciertos “mecanismos de atenuación.”²²² Es así que la aplicación del principio de preclusión no solo es pertinente en los procedimientos orales, sino que resulta imprescindible –al igual que en los escritos– para garantizar el desarrollo ordenado de las distintas fases del procedimiento y la seguridad jurídica de los litigantes.

En vista de lo expuesto, dada la naturaleza de la preclusión, no corresponde realizar análisis alguno respecto de la conveniencia de una u otra forma procedimental para la concreción de los postulados de este principio, pues ambas, en sus propias dimensiones, los concretan por igual –aun cuando en una forma, la escrita, se haga más evidente que en la otra, la oral, en vista de la mayor dramatización procesal que aquella permite–.

I.3.1.e. La oralidad y el principio de economía

Dos son los postulados rectores del principio de economía: la economía de esfuerzos y la economía de recursos. Iniciamos analizar a la oralidad respecto de la economía de esfuerzos, en virtud de la cual, el procedimiento ha de responder a criterios de simplicidad, alejándose de formalismos extremos o de caducos actos sacramentales que puedan distraer a las partes o aminorar el protagonismo de la materia litigiosa, la cual siempre debe constituir el centro de los esfuerzos durante el proceso. El procedimiento también ha de poseer reglas claras en su parte orgánica, a fin de evitar confusiones respecto a la pertinencia o no de un determinado acto procesal en un momento específico o respecto a cómo solucionar inconvenientes que pudieran ocurrir durante el desarrollo del procedimiento.

La exigencia de simplicidad y reducción de formalismos se identifica plenamente con la estructura propia del procedimiento oral. Si bien esta forma procedimental requiere una mayor preparación previa del caso por parte del juez, del secretario y de los abogados, en el momento de la comparecencia, las exposiciones orales hacen que el debate sea más sencillo. La comunicación verbal consigue que el debate discurra de una manera ágil, tanto en las exposiciones cuanto en las respuestas o réplicas. Se consigue de esta forma que el procedimiento comporte un menor esfuerzo que el que se amerita en un procedimiento escrito donde prácticamente cada actuación procesal implica la preparación, elaboración, presentación, conocimiento, despacho y notificación de escritos. Respecto a los formalismos, la escritura se encuentra cargada de ellos –aun cuando solo nos refiramos a frases sacramentales o de cortesía–, mientras que la oralidad –contemporánea– es menos proclive a los formalismos y, si ha de incurrir en ellos, su observancia verbal los torna muchísimo más ágiles.

²²² VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., págs. 121 y ss.

El otro postulado rector del principio de economía –economía de recursos– defiende la racionalidad de los costos y gastos que involucra el procedimiento. En virtud de este postulado, se propende a que se ocasionen los menores gastos posibles tanto para el erario público, del cual se nutre la función jurisdiccional, cuanto para los litigantes. A lo largo del acápite I.3 hemos señalado que la oralidad demanda importantes recursos materiales y personales, lo cual se traduce en una importante inversión presupuestaria estatal para la función judicial. Una vez puesta en marcha, el dinamismo de los procedimientos orales haría pensar que la resolución expedita de los casos redundaría en un aminoramiento de los gastos de la administración de justicia. Ciertamente existe un ahorro de gastos documentales, sobre todo durante el desarrollo mismo del debate, y de existir una mediana observancia de los plazos normativos, es un hecho que los casos se resolverían con mayor rapidez. Sin embargo, existen algunos factores adicionales a considerar respecto de los costos en los que se incurren en el procedimiento oral. Primero, los medios físicos que demanda la oralidad, tales como instalaciones para las vistas, recursos tecnológicos –filmadoras, reproductores, soportes, etc.–, requieren un continuo mantenimiento o reposición. A este equipamiento se debe añadir el que el Tribunal necesita para el procesamiento y despacho de los actos procesales escritos, que de igual manera, implica costos para su debido funcionamiento. Adicionalmente, resulta interesante comprobar que el mayor esfuerzo que implica para el abogado la preparación y patrocinio de un proceso oral, frente a uno escrito, redundaría en el monto de sus honorarios. Así lo han entendido los abogados madrileños, cuyo centenario gremio considera que si en un recurso de apelación o extraordinario por infracción procesal dentro de un proceso civil, que normalmente se tramita íntegramente por escrito, se celebra una vista, los honorarios normales “podrán incrementarse hasta un 50%”;²²³ en el caso del recurso de casación, por celebración de la vista los honorarios del profesional “podrán incrementarse hasta un 20%”.²²⁴

En definitiva, la forma oral no es por sí misma un modelo más económico en lo que ha recursos financieros o temporales se refiere. Acaso al ahorro económico que podría esperarse con la oralidad se lo debe buscar en el mejoramiento de la calidad y oportunidad de las sentencias, esto como resultado de la mejor observancia de los principios de inmediación y concentración que ofrece el debate verbal. Si unimos lo anterior a la mejor aplicación de los postulados de la economía de esfuerzos que ofrece la oralidad, nos lleva a concluir que la esta forma podría resultar más económica que la escrita. Sin embargo, esta afirmación no la podemos expresar con la misma rotundidad con la que sí nos hemos expresado cuando hemos comparado a la oralidad y escritura respecto de la concreción de

²²³ Colegio de Abogados de Madrid, “Criterio del Colegio de Abogados de Madrid en la emisión de sus dictámenes sobre honorarios profesionales a requerimiento judicial”, pág. 43, en: http://www.icam.es/docs/ficheros/200706140002_6_4.pdf, página web consultada el 20 de febrero de 2016.

²²⁴ *Ibidem*, pág. 44.

los postulados de los principios de inmediación y concentración. De hecho, la forma oral puede resultar mucho más costosa que la escrita, si existen problemas en la administración de justicia con el represamiento de las causas, dilaciones en la fijación de fechas para la celebración de comparecencias, inobservancias de los tiempos procedimentales, errores en la concepción legislativa o en la aplicación práctica de los postulados de la economía de esfuerzos, o en aquellos casos donde el sustancia de la materia litigiosa y de las pruebas sea meramente documental..

Para finalizar, en relación con las regulaciones sobre el coste de ciertas diligencias probatorias o sobre el tema de las tasas judiciales, siendo materias connaturales al principio de economía, resultan impertinentes al momento de decidir la forma procedimental por la que se opte. Independientemente de que el procedimiento sea escrito u oral, estos gastos o costes del proceso deben ser satisfechos por las partes y han de ser debidamente moderados por las autoridades públicas, observando siempre los postulados del principio de economía que les son pertinentes y demás regulaciones en relación, como, por ejemplo, el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional sin indefensión.

I.3.1.f. La oralidad y el principio de publicidad

Se ha escrito que la publicidad es propia de la forma oral y que el secreto lo sería de la forma escrita. Sobre esto ya hemos desarrollado, en los epígrafes I.2.2.6 y I.2.3.1, los sustentos de nuestro desacuerdo con tales pensamientos, pues el principio de publicidad en su forma interna, que antes de nada es un derecho fundamental de las personas, informa y debe informar por igual a cualquier forma de comunicación procedimental por la que se opte. Autores moderados sostienen que, en todo caso, la oralidad daría mayor posibilidad para que el público esté en capacidad de conocer el desenvolvimiento de los procesos, en virtud de que resulta más sencillo acudir y presenciar una audiencia o vista que solicitar y leer un expediente, aun cuando se tenga plena libertad para hacerlo –publicidad externa en procedimientos escritos–.

Con esta opinión sí coincidimos, pues en realidad la mayor actividad sensorial que exige el atender una comparecencia lleva consigo mejores oportunidades de concretar uno de los objetivos del principio de publicidad: el involucrar a la sociedad con la actividad judicial como medio de supervisión. Resulta, por el contrario, más complejo que se ejerza ese control si esperamos que las personas acudan a los Tribunales a dar lectura a áridos y voluminosos expedientes. Con esto queremos decir que, si bien la publicidad puede ser plenamente observada por el procedimiento escrito, el oral posee mayores bondades para la obtención de los resultados que el principio persigue. De allí que la oralidad se pondere por sobre la escritura al momento de seleccionar una forma procedimental, también en lo que respecta al principio de publicidad en su dimensión externa.

Por otra parte, lo que tiene que ver con la publicidad interna o entre partes, *per se* no tiene relevancia para optar por la oralidad o la escritura, pues, en cualquier caso, sus mandatos deben ser rigurosamente observados como garantía del derecho a la audiencia o a la contradicción. Se puede sostener que en el debate oral se obvia la necesidad de notificaciones, pues la parte escucha de viva voz lo que manifiesta su contraparte y que, por ello, sería más conveniente dicha forma. No obstante, recordemos que a esta dimensión del principio –publicidad interna– importa que las partes se mantengan informadas de cuanto ocurre en el proceso debida y oportunamente, sin que sea relevante si la información llegó directamente –oralmente– o a través de un documento –escritura–. Por tanto, no se debe confundir a la celeridad que el debate puede adquirir con la oralidad, con la observancia del auténtico mandato del principio de publicidad en su dimensión interna.

Finalmente, y considerando a la oralidad como la mejor opción en vista de sus mayores aptitudes para la concreción del principio de publicidad en su dimensión externa – que, según acabamos de exponer, es la que procede analizar al momento de la selección de la forma procedimental–, cabe señalar nuestro desacuerdo con la exacerbación de la observancia del principio de publicidad que es defendida por autores como CAPPELLETTI. En efecto, este autor sostiene que se debe cuidar la elección del tiempo y del lugar en que se llevarán a cabo las audiencias de sustanciación de la litis, a fin de facilitar la asistencia del público.²²⁵ En nuestro criterio, la administración de justicia posee intereses más importantes y urgentes que atender, antes que preocuparse de la fijación de audiencias en “horas de la tarde” para facilitar la presencia del público. Es indiscutible que el principio de publicidad debe ser observado, pero no por ello se puede pretender que tal principio se convierta en “el norte” de todos los actos judiciales o procesales. No se puede hacer depender a la marcha de los procesos de la presencia o no de público en las comparecencias, lo contrario resulta lesivo para con la administración de justicia.

I.3.2. La oralidad: entre la teoría y la realidad

Todo, o casi todo lo hasta ahora analizado y expuesto corresponde a postulados teóricos; es acaso el deber ser de varios de los institutos jurídicos a los que nos hemos referido. La realidad puede distar mucho respecto de lo que hasta este punto se ha expuesto. Consideramos imprescindible poner en evidencia este quiebre y dedicar un epígrafe al respecto, pues es necesario ubicar en su justo lugar y dimensión algunos de los temas que han sido estudiados. El no hacerlo o el conformarse con comentarios dispersos, podría conducir a que nuestro trabajo sea tenido como ejemplo del denominado “mito de la oralidad”, lo cual ciertamente no es así. De hecho, varias de nuestras tesis han terminado vindicando, en cierta medida, la en ocasiones mal vista forma escrita.

²²⁵ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, cit., pág. 29.

En todo caso, y llegados a este punto, luego de haber examinado las fortalezas y debilidades connaturales a las dos formas de comunicación procedimental existentes y luego de haberlas contrastado con los distintos postulados de los principios del procedimiento, confirmamos que la oralidad sería la opción más adecuada para el procedimiento del contencioso civil. El autor VÉLEZ MARICONDE expuso con total solvencia esta conclusión, de la siguiente manera: “En definitiva, sintetizando un pensamiento universalmente admitido, el juicio oral, público, contradictorio y continuo, se presenta como el mecanismo más apto para elaborar la reproducción lógica del hecho; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el juez forme un recto y maduro convencimiento; como el capaz de excluir el arbitrio judicial y el que permite el control público de los actos judiciales, que es la fuente de rectitud, ilustración y garantía de justicia.”²²⁶

No obstante, pese a que los contenidos teóricos de la oralidad nos llevan a confiar en ella, aquella confianza no debe superar los límites del discernimiento lógico. No debemos olvidar que la oralidad es una mera herramienta al servicio de la administración de justicia, pero no es la fuente de todas las bondades y mucho menos la panacea balsámica para todos los males que aquejan a la función jurisdiccional.

Lo contrario, esto es, otorgar una calidad casi mesiánica a la forma oral puede llevar a equívocos doctrinarios, como por ejemplo considerarla un principio. Hemos analizado ya varios casos de autores que han incurrido en este, a nuestro criterio, equívoco. De hecho, a partir de mediados del siglo pasado se desarrolló toda una corriente doctrinal que mitificó la oralidad, sobre la base de sus ventajas teóricas y con una particular certeza respecto a que aquellas ventajas que podían concretarse de una manera casi automática con la sola implementación del procedimiento oral. Sin embargo, en no pocos casos, luego de la implementación de la oralidad, los resultados han dejado que desear y ello ha generado duras críticas al sistema. Al respecto resulta fundamental entender que no se trata de una falla de la forma procedimental o de su fracaso, pues en realidad la oralidad teóricamente es muy consistente. Son otros los factores que pueden incidir para que no se obtengan las consecuencias esperadas de la oralidad en el contencioso civil –y en otras materias como la laboral–. En nuestro criterio, tales factores obedecen a errores conceptuales, legislativos y de aplicación.

La doctrina, en muchos casos, suele interpretar las necesidades sociales o normativas de manera previa al legislador. En lo que respecta a la oralidad, en toda Iberoamérica la doctrina se adelantó a los cambios normativos y, de alguna manera, fue responsable de impulsarlos. No son pocos los autores españoles y americanos, herederos de los procesalistas KLEIN y CHIOVENDA, que han dedicado conferencias, artículos y libros al estudio de esta

²²⁶ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Lerner, 1986, pág. 349.

materia, demostrándose proclives a la mitificación de la oralidad.²²⁷ Lo habitual en este tipo de obras son las dilatadas exposiciones sobre las grandes bondades de inmediación, concentración y celeridad que comporta el “principio de oralidad”. Se ha llegado al extremo de presentar publicitariamente estadísticas del éxito de la oralidad en países extranjeros, olvidando evidenciar la existencia de variables no comparables entre tales países extranjeros y los países en los que se pretendió o pretende implementar la oralidad.²²⁸ Si bien en alguna ocasión estas obras hacen referencia a las exigencias de la forma procedimental para su correcta implementación y operación, dichas referencias no suelen pasar de ligeras reflexiones que se difuminan entre las múltiples apologías de los beneficios. Consideramos que, así planteados los temas, han llevado a confusiones en el público lector menos puntilloso y, a su vez, ha generado como efecto reflejo –en algunos casos– la generación de una esperanza social en la oralidad como el medio para alcanzar, sí o sí, el ansiado mejoramiento de la administración de justicia.

En nuestro criterio, esta es la primera causa para que la forma oral no haya conseguido en algunos casos el éxito esperado. Si bien es necesario el estudio y valoración de la oralidad como un modelo procedimental adecuado, no es menos necesario el estudio y difusión de las distintas condiciones que se requieren para que la oralidad no quede únicamente en los folios de la ley. Es más, consideramos que la implementación del procedimiento oral, sea para la materia civil o para la que fuese, requiere una serie de reformas previas; si se nos permite el símil aeronáutico, requiere la construcción y habilitación de la pista antes de que se realice el aterrizaje. Y esto, en buena medida, parece que fue olvidado por aquellos autores que, con mayor vehemencia, desarrollaron doctrina sobre oralidad.

Por otro lado, aun cuando el procedimiento oral teóricamente presente “una complementación armoniosa de los medios más útiles para la inmediación, concentración, celeridad y justicia en los fallos”,²²⁹ dicha armoniosa complementación puede resultar inútil si el legislador implementa la oralidad de manera incompleta, errónea o precipitada. Recordemos que la oralidad es una mera forma de comunicación de las partes en el procedimiento y, por tanto, requiere del legislador el especial cuidado para que la normativa coadyuve a que la forma de comunicación pueda extender sus beneficios connaturales –

²²⁷ A lo largo de este capítulo, sobre todo en las notas al pie, quedan inequívocamente identificados los autores a los que nos referimos. Cabe aclarar que nuestro reparo académico única y específicamente se refiere a la exacerbación del “mito de la oralidad”, pues, por lo demás, estos autores constituyen importantes fuentes de conocimiento y referencia para esta tesis y para un sinnúmero de trabajos previos y venideros.

²²⁸ En el caso concreto se pretende poner como ejemplo a sociedades germánicas, cuya idiosincrasia dista mucho de sociedades latinas, por ejemplo. Esto no es desconocido ni debe ser considerado como una afrenta. Por ello mal se puede publicitar el éxito de tal o cual instituto jurídico por cómo ha sido aplicado por una sociedad como la alemana o la austríaca, cuando la sociedad en la que se pretende aplicarlo y obtener los mismos resultados dista de poseer las características del pueblo teutón. No consideramos que un ejemplo de este tipo pueda ser considerado como un comparable académico válido, ni como un medio publicitario leal.

²²⁹ RÚA, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, cit., pág. 103.

simpleza, dinamismo, diálogo directo entre las partes y agrupamiento de los actos procesales—. Así mismo, el legislador ha de buscar asegurar normativamente la observancia de los principios procesales y procedimentales en la oralidad, pues, como hemos analizado, no todos los postulados de los principios son coincidentes con las características connaturales o técnicas de la forma oral.

Con lo anterior queremos expresar que resulta del todo posible que el procedimiento oral presente “fallas” o “fracase” a causa de yerros en la previsión legislativa del mismo. Como ya hemos señalado párrafos atrás, en este caso los “fallos” o el “fracaso” corresponderían realmente al legislativo. De allí que una ley que implemente la oralidad debe ser el resultado de un detenido y profundo análisis tanto de las reglas de la forma procedimental, cuanto de la aplicación de los distintos postulados rectores de los principios del procedimiento, sin olvidar, por supuesto, los principios del proceso, así como los derechos y garantías fundamentales y constitucionales de contenido procesal. Además, el legislativo no ha de guiarse rígidamente por modelos extranjeros; deberá siempre lograr coherencia entre la norma y la situación cultural y económica de la sociedad en la cual va a regir. Esto resulta importante al momento de establecer medios de aseguramiento de reglas y principios, no solo a través de imperativos sino también a través de sanciones a sus inobservancias.²³⁰

No obstante esto, y como bien señala PICÓ I JUNOY, la implementación de la oralidad en el contencioso civil “puede resultar algo relativamente sencillo desde el punto de vista legislativo”,²³¹ siendo el principal reto respecto a la oralidad su aplicación práctica. Si bien pueden existir otras fórmulas –incluso exitosas–, nosotros consideramos que la implementación de una forma oral requerirá siempre una serie de cambios previos para asegurar la obtención de los mayores beneficios posibles. Son básicamente cuatro las condiciones mínimas para conseguir la correcta operación de la oralidad:

- 1) Debe existir el necesario número de jueces debidamente cualificados para hacer efectiva la oralidad, pues, por una parte, la forma oral exige tiempo para la dedicación al estudio de las causas de forma previa a las comparecencias y, por otra, requiere un dominio de los jueces sobre la materia de su competencia, para dar solución debida y expedita a los distintos incidentes u otras circunstancias que se

²³⁰ El caso español, que analizaremos más adelante, nos parece un ejemplo de una adecuada legislación respecto de la implementación legislativa de la oralidad en materia procesal civil. En la LEC, si bien perfectible como toda obra humana, podemos identificar con claridad la concreción de las reglas de la oralidad, así como previsión y aseguramiento de la observancia de los principios procesales y procedimentales, así como de los derechos y garantías fundamentales.

²³¹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El Principio de Oralidad en el Proceso Civil Español”, pág. 9, en: www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf, página web consultada el 20 de enero de 2013.

produzcan en la comparecencia o vista, así como para la pronta resolución de los casos.

- 2) Debe dotarse a los órganos jurisdiccionales de todos los recursos materiales que la forma oral requiere, tales como grabadoras, reproductores, medios de almacenamiento, etc., así como de adecuados edificios en los cuales los juzgados cuenten, además de con las oficinas de los funcionarios, con las respectivas áreas para las comparecencias.
- 3) Debe darse un cambio de mentalidad, una plena concienciación de las ventajas pero, sobre todo, de las exigencias de la oralidad, en los diferentes sujetos que deben hacerla efectiva, esto es, jueces, funcionarios judiciales y abogados. Estas personas son quienes dan vida al proceso, por lo que la comodidad que les puede reportar el no cambiar de hábitos puede frustrar la oralidad.
- 4) Es preciso aplicar mecanismos de control y sanción que deben preverse en la legislación –como señalamos párrafos atrás–, los cuales permitan disuadir de la infracción de la oralidad, como puede ser, por ejemplo, la grabación de las audiencias o la nulidad de actuaciones cuando se vulnere la oralidad.²³²

Respecto a la primera de estas condiciones mínimas, ya hemos expresado nuestra postura respecto a la necesidad del aumento cuantitativo y mejoramiento cualitativo de los juzgadores, secretarios y demás funcionarios judiciales. Consideramos que la necesaria inversión en lo que tiene que ver con el personal de los órganos jurisdiccionales debe siempre realizarse de forma previa a la implementación del procedimiento oral, a fin de evitar en la mayor medida posible los equívocos propios de la novedad. No compartimos, en consecuencia, la posición de DEVIS ECHANDÍA, respetabilísimo autor colombiano, quien ha manifestado que lo más importante es la creación del sistema oral y que, luego, con la práctica los jueces irían adquiriendo los conocimientos necesarios.²³³ En general, siempre se opta por la instrucción previa de los funcionarios judiciales, aplicándose generalmente una *vacatio legis* respecto de la norma que implementa el cambio procedimental. KLEIN aplicó

²³² Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, “El Principio de Oralidad en el Proceso Civil Español”, cit., pág. 9. En similar sentido: ORTELLS RAMOS, Manuel, “Formas del Procedimiento y Garantías Fundamentales del Proceso Civil”, cit., pág. 431 y ss.

²³³ El citado autor sostuvo: “Se alega también la falta de preparación del elemento humano –jueces y subalternos–, pero cómo es obvio, la única manera de prepararlos para el sistema oral es creándolo, para que con la práctica adquieran la experiencia necesaria” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial ABC, 1980, pág. 479). Nosotros, por el contrario, consideramos que a la administración de justicia no se la debe colocar en una situación de “globo de ensayo”, de allí que sostenemos que una de las bases fundamentales del éxito de un procedimiento oral, es la alta calidad y formación de los jueces que lo aplican. Recordemos que la observancia de los principios del procedimiento en mayor medida corresponde al órgano jurisdiccional.

esta medida en la Ordenanza Austríaca, determinando un período de tres años para la transición –1895 a 1898–. Aprovechó aquel tiempo para organizar reuniones semanales en todos los Tribunales, donde los jueces exponían sus dudas, resolviéndolas el propio KLEIN. Pero no se conformó con aquello, buscó también un relevo en los jueces de mayor edad, con otros más jóvenes pero con solventes conocimientos y experiencia.²³⁴ La responsable preparación previa de los jueces respecto de la forma procedimental, así como su cabal conocimiento y experiencia en la materia de su competencia –civil en el caso de nuestro análisis– resulta imprescindible, pues la oralidad –según hemos analizado– exige mayores niveles de participación del juzgador. En efecto, el juzgador adopta un papel activo como director del proceso, revestido de poderes suficientes para garantizar el desarrollo ordenado y expedito del procedimiento.²³⁵

La segunda condición mínima que se requiere para que la oralidad opere debidamente, se refiere a la provisión de los recursos materiales que la forma procedimental demanda. Ya en nuestro apartado I.2.2.5, señalamos que la implementación de la oralidad requería ingentes recursos y que su mantenimiento, amerita así mismo de una inversión estatal considerable. No obstante, bien aplicada la teoría, los medios materiales que se necesitan pueden ser iguales o incluso menores que los de un procedimiento escrito, esto último si consideramos la celeridad y mayor certeza que se conseguiría en los fallos. De allí que no se deba descuidar que los órganos jurisdiccionales cuenten con los recursos materiales del caso; esto es competencia del Estado como sabemos y por ello es que también posee un papel importante en la correcta aplicación de la oralidad.

Con relación a la tercera condición mínima para que opere correctamente el procedimiento oral, conviene iniciar citando a DE LA RÚA, quien sostiene que: “El buen éxito del sistema [oral] depende de los hombres. La oralidad exige, es cierto, mayores esfuerzos y no pocos sacrificios. (...) Con la oralidad, jueces y abogados ven enaltecidas sus funciones.”²³⁶ Por más que se posea la mejor de las leyes posible, si los distintos operadores de la justicia no toman conciencia de la responsabilidad que poseen frente a la herramienta que se pone a su disposición, el procedimiento oral se condena. Si el foro jurídico reclama por una mejoría del procedimiento, debe estar dispuesto a reducir la comodidad que supone la elaboración escrita de los trámites procesales, según analizamos en el acápite I.2.3.1 y I.3. Es un hecho que la escritura facilita la reflexión, la consulta de obras y de jurisprudencia, así como el trabajo en equipo, y no obliga a la total preparación previa del caso ni de todas sus

²³⁴ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, cit., pág. 50; CIPRIANI, Franco, “El Centenario del Reglamento de Klein”, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, volumen 27, Bogotá, ICDP, 2001; y, MENDOZA GONZÁLEZ, Constantino, “Consideraciones del Juicio Oral Civil”, en *Justicia*, número 33, Yucatán, Poder Judicial del Estado, 2012, pág. 25.

²³⁵ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, cit., pág. 50.

²³⁶ RÚA, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, cit., 114.

posibles implicaciones e incidencias, como sí exige la oralidad. Nada más perjudicial que mantener comportamientos o costumbres propias del procedimiento escrito en uno oral, por ejemplo, el consentir que las comparecencias sean suplidas por la presentación de alegatos escritos o documentos probatorios. Cualquier atajo o comodidad que jueces, secretarios o abogados tomen en desmedro de la oralidad, aleja los beneficios que de ella se pueden obtener con su debida aplicación.

Sobre la cuarta condición –la previsión y aplicación de sanciones disuasorias de la infracción de la oralidad– es claro que posee dos destinatarios. Por una parte, el legislador, que ha de incluir en la norma los necesarios y suficientes medios para asegurar la correcta observancia de la forma y principios procedimentales. No es que se desconfíe de la buena fe de los operadores de la justicia –jueces, funcionarios judiciales y abogados– o de sus conocimientos sobre el procedimiento oral, pero la experiencia ha demostrado la proclividad de estos operadores a mantener viejos esquemas que vulneran la oralidad; ejemplos de ello los veremos un poco más adelante. Pero mucho más importante que la previsión normativa es que las sanciones que imponga la norma a este tipo de infracciones sean efectivamente puestas en práctica cuando el caso lo amerite.

Consideramos que ello es lo más importante pues, como recuerda VÁZQUEZ SOTELO refiriéndose al caso español: “disposiciones legales imponiendo la celebración de las vistas o audiencias y singularmente de los actos de prueba, bajo la presidencia del Juez, con asistencia del Secretario Judicial [hoy Letrado de la AJ] como documentador y bajo pena de nulidad de lo actuado y de responsabilidad disciplinaria por la infracción, ya existían en las leyes procesales y orgánicas anteriores a la LEC 2000 y estaban sancionadas con la misma energía que en la actualidad, solo que en la práctica no se cumplían.”²³⁷ De esta forma, pactos tácitos entre juzgador y abogados respecto a la “marcha” del procedimiento o la mala comprensión de lo que en realidad significa el “espíritu de cuerpo”, minan duramente la norma y la forma procedimental legalmente establecida. Confluye entonces en esta cuarta condición la aplicación de la tercera condición, esto es, el cambio de mentalidad de los distintos operadores de justicia.²³⁸ Solo de esta manera será posible superar aquellas

²³⁷ Las normas a las que se refiere el autor de la LEC 1881 son los arts. 249, 313, 318, 321, 322, 330, 331, 332 y 334; arts. 570 y 573, para la prueba en general, y 583, 584 y 586, para la prueba de confesión en juicio; arts. 613 para la prueba pericial; art. 642, 647, 649 y 651, para la prueba de testigos (Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La Oralidad en el Moderno Proceso Civil Español. Implantación y Dificultades de la Oralidad”, pág. 3, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México DF UNAM: biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/5.pdf, página web consultada el 20 de enero de 2013).

²³⁸ Al respecto, Diego PALOMO VÉLEZ opina: “Los cambios que se deban realizar en el modelo del proceso civil deberán hacerse buscando el *firme compromiso de los profesionales del foro*. Por lo mismo, se justifica la necesidad de apostar por un cambio razonable y prudente (sin excesos) que tenga en cuenta los hábitos y preferencias de los profesionales del Derecho, en la medida –por cierto– que dichos hábitos y preferencias se consideren razonables y fundadas. De ello, dependerá que se logre implementar un proceso preferentemente oral, en donde existan mayores dosis de concentración e inmediatez reales” (“La Oralidad al Proceso Civil”,

tolerancias o encubrimientos a las infracciones que se comentan en contra de la oralidad, lo cual constituirá un efectivo medio disuasivo de estas prácticas y coadyuvará a la adecuada aplicación del procedimiento oral.

Si no se toma atención a estas condiciones y prevenciones que hemos desarrollado a lo largo de este apartado y, en general, de este capítulo, se corre un elevadísimo riesgo de que la oralidad, lejos de ser una forma procedimental inmediata, concentrada, expedita y económica, devenga en una forma donde la intermediación se pierda por la dispersión de los actos procesales, con la consiguiente demora que ello comporta, así como la elevación de los costos inherentes al proceso y las pérdidas que la parte puede continuar sufriendo por efectos del litigio. Al respecto, BONET NAVARRO recuerda que España ya experimentó un “fracaso” de la oralidad cuando se implementó la comparecencia en el juicio declarativo de menor cuantía, a través de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Esta primera experiencia falló “por la corruptela implantada de sustituir la real comparecencia oral por la presentación de unas alegaciones en forma de *notas o instructa*, lo cual no fue la voluntad de la norma, sino por el deseo [del juez y las partes] de simplificar este acto”.²³⁹ En este caso es claro que la falta de preparación y concienciación de los juzgadores y de los abogados respecto de la oralidad, así como la ausencia de aplicación de normas que garantizaran la observancia de la forma procedimental –nulidad, sanciones administrativas, etc.– condujeron a penoso destino a la comparecencia en el juicio declarativo de menor cuantía.

Cosa muy similar, acaso idéntica, ocurre en el Ecuador con el procedimiento oral en materia laboral. Mediante Ley 2003-13, publicada en el RO No. 146, de 13 de agosto de 2003, se reformó el Código del Trabajo y se instauró el procedimiento oral para los juicios laborales.²⁴⁰ El procedimiento consta de dos comparecencias: la audiencia preliminar y la audiencia definitiva. La primera de ellas –audiencia preliminar– consta de varias etapas o fases: primero se tiende a la conciliación entre las partes; fallida esta, se procede con la

en *Revista Ius et Praxis*, año 10, No. 2, en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000200008&script=sci_arttext#nota82, página web consultada el 12 de junio de 2013). Si bien comprendemos la posición moderada de PALOMO VÉLEZ, en nuestro criterio la legislación procesal no debe limitarse, bajo pretexto de los “hábitos y preferencias de los profesionales del Derecho” por más razonables que estos sean. La oralidad supone una forma totalmente distinta de administrar justicia y de litigar, por lo que son los profesionales del Derecho los llamados a sintonizarse con el procedimiento y no al contrario. La oralidad exige un serio compromiso y hasta ciertos sacrificios por parte de jueces y abogados, como bien señala Fernando de la RÚA, y ello debe asumirse con una profunda seriedad (*Teoría General del Proceso*, cit., pág. 114).

²³⁹ BONET NAVARRO, Ángel, *La Nueva Comparecencia del Juicio de Menor Cuantía*, cit., pág. 10. En el mismo sentido: VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La Oralidad en el Moderno Proceso Civil Español. Implantación y Dificultades de la Oralidad”, cit., pág. 5.

²⁴⁰ Esta ley ha sido reformada en tres ocasiones: la primera de ellas mediante la Ley No. 2004-29, publicada en el RO No. 260, de 27 de enero de 2004; la segunda, mediante la Ley No. 2004-43, publicada en el RO No. 404, de 23 de agosto de 2004; y la tercera, mediante Ley No. 2005-3, publicada en el RO No. 52 (S), de 4 de julio de 2005.

contestación a la demanda, la reconvencción al accionante –de ser el caso–, la determinación del objeto del juicio y la formulación de pruebas. Concluida esta vista, el juzgador debe convocar la segunda –audiencia definitiva–, la cual se realizará en el plazo de veinte días. En la segunda comparecencia se receptorán las declaraciones de los testigos –de ser el caso– y se presentarán las conclusiones de las partes.²⁴¹

Según apreciamos, el procedimiento para el contencioso laboral ecuatoriano responde a una de las estructuras típicas de la forma oral. En cuanto a yerros legislativos, señalaremos que no existen mayores medios para asegurar la observancia de las reglas y principios procedimentales, es decir, medios para sancionar las infracciones de la oralidad. Sin embargo, los principales problemas se han suscitado en la práctica. Si bien los jueces suelen siempre presidir las vistas, estas suelen encontrarse temporalmente muy separadas la una de la otra. No son pocos los casos en que los juzgadores “por comodidad y rapidez” solicitan a los abogados que presenten sus exposiciones en soporte informático para hacerlas constar en las actas. En ocasiones no existe la necesaria preparación del caso de forma previa por parte de los juzgadores, quienes suelen enterarse del caso –pese a haber contado con la demanda de forma previa– en la primera vista y, para la segunda, lo más probable es que hayan olvidado todo, dado el tiempo transcurrido y los distintos casos a diario conocidos.

PÁEZ BENALCÁZAR,²⁴² opina que los problemas en la administración de justicia laboral en el Ecuador devienen del insuficiente número de órganos jurisdiccionales que atiendan estos casos.²⁴³ Si bien es cierto que la insuficiencia de juzgadores es una de las principales causas de estos inconvenientes, no es la única. Existe, en nuestro criterio, una falta de adecuada preparación de algunos juzgadores respecto de lo que comporta el procedimiento oral, así como una falta de sensibilización en ellos y en los abogados respecto de la oralidad. Solo así se entienden las prácticas como la entrega de las intervenciones en soporte informático para que forme parte del acta, que terminan dando nuevamente protagonismo al expediente. Todo lo antes señalado desnaturaliza la forma oral y provoca un procedimiento disperso, mediato y lento, aun cuando el medio de comunicación y expresión de los actos procesales sea la palabra dicha verbalmente.

Por citar brevemente un último ejemplo, OLAVE FAVELA recuerda que en 1973 se reformó el artículo 299 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de

²⁴¹ Cfr. PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés, *El Nuevo Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo*, Quito, Ediciones Legales, 2005, pág. 42 y ss.

²⁴² Quien fuera Director Nacional del Trabajo de Ecuador y el diputado que promovió la reforma del Código del Trabajo que implementó la oralidad para el contencioso laboral.

²⁴³ PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés, “El Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo en el Ecuador”, pág. 15, en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/laboral/pdf/dr.andres.pdf>, página web consultada el 22 de agosto de 2013.

México, con el fin de establecer como forma única la oral para la práctica de las pruebas en el juicio ordinario. Se trató, refiere OLAVE FAVELA, “solo de una reforma legal, en la que no se establecieron las condiciones indispensables para que funcionara realmente la oralidad, como son una reforma judicial que permitiera la designación de jueces con la preparación que requiere la técnica del proceso oral o por audiencias: la inmediación, la concentración de los actos procesales, la identidad física del juez que conoce de las pruebas con el juez que emite la sentencia, la publicidad de las audiencias, las instalaciones materiales necesarias, etc.”²⁴⁴ Por todas estas causas, como era de esperarse, aquel intento de implementar la oralidad al contencioso civil mexicano fracasó.

Arribados a este punto, y como conclusión, debemos ratificar –una vez más– que la oralidad proclamada en la ley por sí misma no garantiza resultado alguno. Requiere, primeramente, de contenidos superiores que sirvan de guía a sus reglas connaturales y, en muchos casos, que las complementen o completen. Así, también necesita de un correcto tratamiento legislativo, uno detenido y razonado, que recoja no solo las reglas de la forma procedimental, sino, ante todo, que concrete los derechos y principios que se encuentran involucrados. Finalmente, y acaso lo más importante, requiere que las personas que la van a aplicar a diario la conozcan, sean conscientes de sus exigencias y actúen en consecuencia: los juzgadores siendo rigurosos directores del desarrollo del debate procesal, procurando extraer a través del contacto directo y próximo los mayores elementos de convicción, así como rechazando cualquier abuso del Derecho o estrategia litigiosa proterva; los abogados, facilitando una dinámica exposición de sus argumentos y sustentos, inspirados siempre por las máximas de la buena fe procesal; y el Estado, proveyendo de los recursos necesarios para el debido desempeño de los órganos jurisdiccionales. Solo de esta manera el procedimiento oral puede operar adecuadamente y se pueden alcanzar en mayor medida los beneficios que la teoría enseña, es decir, solo de esta manera se puede superar el divorcio que en ocasiones existe entre teoría y práctica respecto de la oralidad.

Así, también es nuestra opinión que solo con una adecuada observancia de los derechos, principios y reglas que se relacionan con la forma oral, se puede alcanzar el denominado “sistema oral”. A este concepto la doctrina suele recurrir con cierta frecuencia y con mucha ligereza; decimos que ligeramente pues un “sistema” es mucho más que un régimen o que un modelo. ORTELLS RAMOS identifica al sistema como un todo integrado por series respectivas de principios entre sí coordinados.²⁴⁵ De allí que un procedimiento oral que contenga yerros normativos o que no se desarrolle en un medio que observe los distintos postulados que le informan –derechos y principios– o donde no existan condiciones mínimas

²⁴⁴ OLAVE FAVELA, José, “Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia Procesal”, págs. 1-2, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip41mex.pdf>, página web consultada el 14 de agosto de 2013.

²⁴⁵ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Formas del Procedimiento y Garantías Fundamentales del Proceso Civil”, cit., pág. 418.

para que opere debidamente, simplemente no puede ser catalogado como un sistema. Tendríamos que referirnos a él simplemente como un modelo oral, mas no como un paradigma donde las distintas partes que lo componen interactúan con coherencia en pos de un fin específico, lo que sí es un sistema.

I.4. Implementación de la oralidad en el contencioso civil español y ecuatoriano

I.4.1. La implementación de la oralidad en el contencioso civil español

La Constitución española se encuentra en vigencia a partir del 29 de diciembre de 1978, fecha en la que fue publicada en el BOE. En su título VI, que trata sobre el poder judicial, consta el art. 120.2 que expresamente dispone: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. La redacción de esta norma constitucional ha concitado varios reparos, desde quienes la observan por ambigua para tratarse de un contenido constitucional, pasando por quienes la consideran como “inoportuna”, hasta quienes la califican como un “reglamentarismo”.²⁴⁶ Más allá de todos los reparos, se considera que la voluntad del constituyente fue exigir que los procedimientos judiciales estuviesen presididos por la oralidad, como ya sucedía hasta ese momento en los ámbitos de la justicia penal y laboral,²⁴⁷ entendiéndose que el procedimiento oral es el que mejor responde a las necesidades de la administración de justicia, como medio para la garantía y protección de los derechos de las personas.

En 1985 aparecía la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–²⁴⁸, cuerpo normativo que contuvo mandatos relacionados con la oralidad, aun cuando la redacción de los mismos fue similar a la de la CEsp y, por tanto, mereció similares reparos. En efecto, si bien en el noveno de sus motivos se expresa que “La Constitución exige y esta Ley Orgánica consagra los principios de oralidad y publicidad, para lo que se acentúa la necesaria intermediación que ha de desarrollarse en las leyes procesales”, en el Título III “De las actuaciones judiciales”, Capítulo I “De la oralidad, publicidad y lengua oficial”, la manera en que la LOPJ consagra el “principio” de oralidad es la siguiente: “Artículo 229.1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.” De allí que De la OLIVA SANTOS señale: “Durante mucho tiempo, este precepto constitucional –de oportunidad discutible– solo ha tenido el reflejo –

²⁴⁶ Cfr. PALOMO VÉLEZ, Diego, *Oralidad y Escritura en el Nuevo Modelo Procesal Civil Español*, Madrid, 2005, tesis presentada a la Universidad Complutense de Madrid, para la obtención del título de Doctor en Derecho, pág. 24.

²⁴⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, “El Principio de Oralidad en el Proceso Civil Español”, cit., pág. 1; y, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La Oralidad en el Moderno Proceso Civil Español. Implantación y Dificultades de la Oralidad”, cit., pág. 2.

²⁴⁸ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

que no un genuino desarrollo— en la norma del art. 229.1 LOPJ, casi un mero calco del precepto constitucional.”²⁴⁹

Es así que, durante casi un cuarto de siglo a partir de la expedición de la CEsp, el proceso civil español se mantuvo regido por la LEC 1881 y por la forma procedimental escrita que tal normativa consagraba. Existieron, no obstante, algunos intentos por reformar el sistema procesal civil, no solo con miras a introducir la oralidad, sino también a dar solución a múltiples problemas de que adolecía la administración de justicia desde la perspectiva del proceso, entre ellos la Ley de Bases del Anteproyecto del Código Procesal Civil de 1966; la propuesta de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1970; la aprobación de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma procesal; o el Borrador de Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1995.²⁵⁰ Fue solo en el año 2000 cuando se concretaron los esfuerzos por implementar la oralidad para el contencioso civil. Es así que, tras superar las fases legislativas correspondientes, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC— se publicó en el BOE núm. 7, de 08 de enero. Esta ley tuvo por enseña el implementar regulaciones articuladas y coherentes, innovaciones y cambios sustanciales para la efectividad, con plenas garantías, de la tutela que se confía a la Jurisdicción civil. De hecho, respecto a la LEC 1881 y a las reformas que a lo largo del tiempo se le realizaron, la vigente LEC constituyó un cambio cualitativo muy importante.

En lo que se refiere al modelo procesal, el fundamento ideológico de la LEC es liberal, de allí que se inspira “en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.”²⁵¹ El principio de audiencia o contradicción se encuentra, así mismo, plenamente garantizado por este cuerpo legal.

²⁴⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 230.

²⁵⁰ Cfr. BARONA VILAR, Silvia, “Líneas Generales y Principios Configuradores de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil” en *Revista de Derecho*, No. 1, Valencia, Universidad de Valencia, 2002, en: <http://centros.uv.es/web/centros/derecho/interno/silvia.htm>, página web consultada el 15 de agosto de 2013.

²⁵¹ LEC, Exposición de Motivos, IV. El art. 216 contiene la previsión del principio de justicia rogada, disponiendo que “Los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.” En concordancia, el arts. 19 prevé el derecho de disposición de los litigantes, en virtud del cual “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo.”

En cuanto al modelo procedimental, la LEC busca “la real simplificación procedimental”²⁵² y, por ello, eligió la oralidad –que ciertamente estaba ya ordenada por la Constitución–. Consideramos más importante, no obstante, que la LEC no se limitó a la mera implementación de la forma procedimental, sino que optó expresamente por la observancia y concreción de los principios procedimentales. Así, en el número XII de la Exposición de Motivos se prevé: “La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediatez, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras demanda y contestación, los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador.” Con este antecedente general, conviene analizar la forma específica en la que la LEC implementó la forma procedimental oral para el contencioso civil español.

I.4.1.a. La oralidad en la LEC

Si bien la LEC no contiene una norma específica que de manera expresa declare y establezca la oralidad como la forma procedimental escogida para los distintos juicios en ella previstos, dicho establecimiento resulta más que evidente en atención a la estructura procedimental implementada, la secuencia o desarrollo de los juicios previstos y la observancia de las reglas propias de la forma oral y la manera en que se consagran los principios procedimentales que la informan. Pero, adicionalmente, a lo largo de la LEC existe una serie de referencias a la oralidad que denotan su implementación, aun cuando no sea de manera literal, que de hecho resulta innecesario.

Así, en la Exposición de Motivos de la LEC, el legislador se refiere en varias ocasiones a la oralidad. Lo hace para identificar, en general, al nuevo carácter de los juicios, así como para ilustrar los nuevos usos respecto de la práctica de la prueba. No obstante, ya a lo largo del cuerpo normativo no se vuelve a mentar en ocasión alguna al concepto “oralidad”. En el articulado, el legislador prefiere utilizar el concepto “oral” para determinar con claridad la forma procedimental que se ha de observar para la expresión de los actos procesales. Consideramos que esta distinción en cuanto al uso del término “oralidad” en la Exposición de Motivos y del término “oral” en el cuerpo mismo de la ley, demuestra una clara intención del legislador de establecer normas con una alta depuración técnica. Se evita de esta manera cualquier confusión que asimilaciones teóricas o doctrinarias pudieren generar respecto de los mandatos legales.

Ya que hemos señalado que la implementación de la oralidad la descubrimos a través del diseño estructural de los procedimientos previstos en la LEC, así como a través de la

²⁵² LEC, Exposición de Motivos, VI.

observancia de las reglas y principios que informan a la forma oral. Pasemos a analizar cada uno de estos temas.

I.4.1.b. Estructura procedimental en la LEC

La LEC prevé dos procesos declarativos: el ordinario y el verbal.²⁵³ Ambos procesos se encuentran estructurados procedimentalmente a través de comparecencias donde el debate se realiza oralmente. A este tipo de procesos nos referiremos pues se refleja de manera completa el afán por implementar la oralidad, como medio para una adecuada administración de justicia en cuanto a la mejor resolución de las controversias.

El juicio ordinario se compone de una demanda y una contestación escritas a las que siguen dos comparecencias, la primera denominada “audiencia previa” y la segunda “juicio”. Dada la naturaleza de los asuntos que se atienden bajo este trámite, el legislador ha optado por que la demanda y la contestación a la demanda –y, en su caso, la reconvencción y a contestación a esta–, sean realizadas por escrito. Superadas estas fases procedimentales, se convoca a la “audiencia previa”, donde “se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes. En el juicio, se practica la prueba y se formulan las conclusiones sobre esta, finalizando con informes sobre los aspectos jurídicos.”²⁵⁴ Cabe añadir que la LEC ha previsto que la celebración de la audiencia previa sea un trámite necesario de todos los juicios ordinarios; en cambio, el juicio puede ser un trámite prescindible si la única prueba es la documental o si la cuestión controvertida es estrictamente jurídica.²⁵⁵

Por otra parte, el juicio verbal, en su diseño original del año 2000, se componía básicamente de una demanda²⁵⁶ escrita seguida de una sola comparecencia, denominada “vista”, donde se realizaban casi la totalidad de los distintos actos procesales que conformaban el resto de juicio: ratificación y en su caso exposición detallada de las pretensiones de la demanda; contestación del demandado; examen y decisión sobre

²⁵³ Destinado a la tramitación de causas de menor complejidad o trascendencia, así como de una cuantía menor o que requieren una solución especialmente expedita. LEC, art. 250.

²⁵⁴ LEC, Exposición de Motivos, XII; y arts. 399 y ss.

²⁵⁵ LEC, arts. 428.3 y 429.8.

²⁵⁶ Demanda que podía ser “sucinta” –limitada a una breve exposición de las partes, la petición y sus fundamentos– o completa, como en los juicios ordinarios –LEC, arts. 437.1 y 443.1 en su redacción del año 2000–.

cuestiones procesales; fijación de los hechos controvertidos; proposición y admisión de prueba; y práctica de prueba –no se preveía trámite de conclusiones–. Quince años más tarde, este esquema fue alterado mediante la reforma de la LEC operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. El nuevo juicio verbal de la LEC comienza, como el ordinario, por demanda²⁵⁷ y contestación escritas, a las que sigue una vista en la que se concentran las actuaciones que, en el juicio ordinario, se llevan a cabo en la audiencia previa y en el juicio. Así, en la nueva vista del juicio verbal, se comienza con la posibilidad de que las partes puedan llegar a un acuerdo; seguidamente se examinan y resuelven las cuestiones procesales; a continuación, se formulan aclaraciones y se fijan los hechos controvertidos del caso; se proponen las pruebas y se resuelve sobre las proposiciones; se practican las pruebas admitidas; y, si el tribunal lo considera necesario, se da a las partes un trámite final de conclusiones. Como puede apreciarse, el cambio más sustancial ha consistido en que la contestación a la demanda –que en el texto original de la LEC se realizaba oralmente en el acto de la vista– pase a realizarse por escrito; cambio que ha venido acompañado de la posibilidad de que el tribunal acuerde dictar directamente sentencia –sin celebración de vista– cuando todas las partes lo soliciten –lo cual, en línea con lo que hemos apuntado más arriba, puede resultar adecuado cuando, estando las pretensiones formuladas con claridad en los escritos iniciales, la única prueba sea la documental o la cuestión litigiosa sea estrictamente jurídica–, produciéndose en ese caso la curiosa circunstancia de que un tipo procedimental que la ley denomina “verbal” termine tramitándose íntegramente por escrito.²⁵⁸

Sea como fuere, nos parece que la LEC –tanto en su texto original como en su texto vigente– ha implementado adecuadamente la oralidad como la forma procedimental o forma de expresión de los actos procesales en los juicios declarativos por ella previstos. La estructura a través de comparecencias donde el debate se desarrolla verbalmente es la base técnica de la oralidad según hemos analizado en el acápite I.2.3.2. Por tanto, consideramos que la LEC cumple de manera correcta con la implementación técnica de la oralidad como forma procedimental. Ahora bien, el hecho de que las reformas del año 2015 habiliten que el juicio verbal sea realizado enteramente por escrito, si bien se aleja del predominio de la forma oral al que se refiere la CEsp, debemos recordar que más allá de la mera implementación de una forma de comunicación de los actos procesales, toda reforma procesal contemporánea debe propender al mejoramiento integral de la administración de justicia que, en unos casos podrá instrumentarse aplicando la oralidad y ponderando principios como la inmediación y la concentración; y, en otros casos, puede instrumentarse aplicando la escritura y ponderando principios como la celeridad y la economía.

²⁵⁷ La demanda solamente puede ser sucinta cuando el demandante actúe sin abogado y sin procurador; en el resto de los casos al demanda deberá tener “el contenido y forma propios del juicio ordinario” –LEC, art. 437, en su texto vigente en la actualidad–.

²⁵⁸ LEC, art. 437 y ss.

I.4.1.c. La oralidad y los principios del procedimiento en la LEC

Si bien acabamos de confirmar que la LEC posee una correcta previsión técnica de la oralidad –estructura de juicios por comparecencias o audiencias–, esto no es suficiente cuando se la pretende implementar con miras a convertirla en un sistema –meta indiscutida de toda reforma procesal–. Siguiendo nuestros criterios expresados a lo largo de este capítulo, resulta imprescindible analizar la manera en que el legislador ha observado o no los distintos postulados de los principios del procedimiento que se relacionan más cercanamente con la oralidad, a fin de realizar una valoración completa de la materia que nos compete. Nos referiremos, entonces, a cada uno de los principios del procedimiento que hemos analizado.

- **Inmediación**

De manera evidente, el legislador español ha optado por la plena observancia y consagración del principio de inmediación en la LEC. Son muchos los contenidos normativos que hacen relación expresa o tácita a la inmediación, buscando su implementación en la administración de justicia civil. Tanto es así, que el legislador no ha dudado en hacer constar en la norma que los juicios declarativos contenidos por la ley se caracterizan por su inmediación. La gran relevancia que se ha dado en la LEC a este principio ha motivado que el propio legislador haya pretendido anticipar una respuesta a eventuales críticas manifestando que “la presente ley no exagera la importancia de la inmediación en el proceso civil ni aspira a una utopía”²⁵⁹

Como señalamos al final de nuestro acápite I.2.2.1, es nuestro criterio que el principio de inmediación constituye uno de los más importantes en la concepción contemporánea de juzgamiento, si no el más importante, al momento de administrar justicia, pues su acatamiento garantiza una mayor posibilidad de acierto del juzgador en el momento de resolver el caso, es decir, una mayor posibilidad de hacer verdadera justicia. La frontal aspiración del legislador por la puesta en práctica de los distintos postulados del principio no hace sino demostrar una correcta labor de su parte, aún a riesgo, como el legislador mismo ha caído en cuenta, de ser tenido por “utópico”.

Pero, ¿cómo se vence la “utopía”? Recordemos que uno de nuestros reparos a la labor de una parte de la doctrina fue la hiper teorización de los beneficios de un instituto, olvidando las necesidades prácticas de la aplicación del mismo. ¿La LEC cayó en el mismo equívoco? Consideramos que no, pues a lo largo del articulado el legislador desarrolla su opción por la inmediación a través de normas que instrumentan sus postulados, así como de normas que

²⁵⁹ LEC, Exposición de Motivos, IX.

garantizan su cumplimiento –necesaria previsión de los dos tipos de normas, según analizamos en el apartado I.3.2–. Iniciamos señalando que el primer postulado del principio de inmediación se ve plenamente satisfecho a través de la opción por la forma procedimental oral, misma que comporta el diseño de juicios por vistas o comparecencias. Según hemos anotado, los procesos declarativos contenidos por la LEC responden a este diseño, en el caso del juicio ordinario con dos comparecencias y en el verbal con una sola.

Respecto del segundo postulado del principio, la ley impone al juez o, en su caso, a todos los miembros del Tribunal y no solo al ponente, la obligación de presenciar las declaraciones de las partes y de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba –art. 137.1 y 2–.²⁶⁰ La misma obligación existe para los Letrados de la AJ respecto de las actuaciones realizadas únicamente ante ellos –art. 137.3–. La infracción de estas obligaciones es sancionada con la nulidad de pleno derecho de las respectivas actuaciones –art. 137.4–.²⁶¹

La observancia de la inmediación también se manifiesta en normas como el art. 289.2, que dispone la inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales; en el art. 186, que dispone que la dirección de las comparecencias corresponde al juez o presidente, o al Letrado de la AJ, en el caso de vistas que por mandato de ley se desarrollen únicamente ante él; en los arts. 306.1, 347.2 y 372.2, que autorizan al juez el formular preguntas a los intervinientes en las comparecencias –partes que hayan sido llamadas a declarar, peritos o testigos–; o en los arts. 426.6 y 433.4, que autorizan al juez el sugerir informes adicionales a las partes respecto de asuntos puntuales en los que no se considere suficientemente ilustrado. Como observamos, la LEC no solamente regula aspectos relacionados con la

²⁶⁰ HERRERA ABIÁN asimila este segundo postulado a la inmediación en sentido amplio (*La inmediación como garantía procesal* cit., págs. 27-32). Si restringiéramos este postulado a la mera presencia judicial, coincidiríamos con la apreciación de la autora. Sin embargo, en su dimensión de principio del procedimiento –acápite I.2.2.1–, este postulado de la inmediación dispone que además de la presencia del juez, se requiere que este dirija el acto de tal manera que se propicie una producción correcta de las alegaciones y pruebas, a fin de conseguir una adecuada apreciación de las mismas. No se trata entonces de la mera presencia judicial –sentido lato–, sino de la activa participación judicial –sentido estricto–.

²⁶¹ Victoria BERZOSA FRANCO asimila esta previsión de nulidad con la prevista por el número 3 del art. 225, que contempla que los actos procesales serán nulos cuando hayan prescindido de las normas esenciales del procedimiento, siempre que por esa causa, hay podido producirse indefensión (cfr. “Los Principios Configuradores del Procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 594). Coral ARANGÜENA FANEGO, por su parte, prefiere incluir a la previsión de nulidad del art. 137.2 en lo previsto por el número 5 del art. 225, que dispone la nulidad de pleno derecho “en los demás casos en que esta ley así lo establezca” (“Artículo 137”, en LORCA NAVARRETE, Antonio (Dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 878).

presencia judicial, sino también prevé mandatos a través de los cuales el juzgador establecer un contacto más directo y profundo con los argumentos y pruebas de las partes, en beneficio de la formación de su criterio.

La ley también se encarga de observar el tercer postulado rector del principio de inmediación, en virtud del cual el juez que resuelva la causa debe ser el que mantuvo los contactos directos con los partícipes del proceso. Así, el art. 194 dispone que, en los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los Tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los Tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el juez o por los magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de esta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el Tribunal que conozca del asunto. Ahora bien, si existe algún impedimento superviniente que obste al juez que presenció la comparecencia para resolver la causa, los arts. 199 y 200 disponen la obligatoriedad de celebrar una nueva vista, que deberá ser presenciada por el juez que sustituya al impedido. Cosa similar ocurre con el art. 192, el cual prevé que, en caso de recusación de un juez que haya presenciado una comparecencia, esta quedará sin efecto y deberá volverse a convocar y celebrar contándose para el efecto con el correspondiente sustituto; previsión que reitera el art. 192bis para los Letrados de la AJ, respecto de aquellas actuaciones que hayan de celebrarse únicamente ante ellos.

En este punto conviene que regresemos a un tema tratado en el acápite I.2.2.1, el cual se refiere a la pérdida de tiempo y recursos que puede comportar el que se deba repetir una comparecencia, por el hecho de que el juzgador que la presenció no esté en capacidad de resolver el caso. Al respecto señalábamos que en estos casos se ponderaban los beneficios de la aplicación del principio de inmediación sobre los de celeridad y economía, y este criterio firmemente nos adherimos. Aplicar lo anotado en el juicio verbal no nos genera reparo alguno, considerando que su procedimiento consta de una sola vista en la que se concentra la realización de todos los actos procesales. No obstante, cuando analizamos el juicio ordinario, surge un interrogante. El proceso ordinario se compone de dos comparecencias, la audiencia previa y la de juicio. La audiencia previa está pensada para que en ella se allanen todos los inconvenientes previos y conseguir así que la materia litigiosa principal arribe al juicio sin obstáculo alguno que distraiga a las partes o al juez.²⁶² Por tanto, los temas que se ventilen en la audiencia previa no tendrían, en principio, relación directa con el fondo de la materia litigiosa principal.

De allí que nos preguntemos ¿resultaría necesaria la repetición tanto de la audiencia previa, cuanto de la definitiva si el juzgador se ve imposibilitado de resolver la causa luego de la celebración de esta última? La LEC no contiene respuesta expresa a este interrogante y, por tanto, atendiendo a las normas citadas en el párrafo precedente, podría pensarse que

²⁶² Cfr. FAIRÉN GUILLEN, Víctor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, cit., pág. 812.

deberían repetirse las dos comparecencias. Sin embargo, en la medida en que los temas tratados y resueltos en la audiencia preliminar, no incidieran en el conocimiento y resolución del tema litigioso principal, lo correcto y conveniente es que no se vuelvan a celebrar la audiencia previa. Al respecto, VALLINES GARCÍA sostiene: “Hay que precisar que la inmediación en sentido estricto que afecta a la audiencia previa no significa que deba ser el mismo juez el que dirige la audiencia previa y el que presencie la práctica de pruebas durante el juicio y dicte sentencia. El Juez que ‘dicta resolución’ sobre las cuestiones propias de la audiencia previa debe ser el mismo juez que presenció dicha audiencia; y el juez que dicta sentencia debe ser el mismo juez que presenció el juicio (art. 194, 199.2, 199.3 y 200 LEC)”.²⁶³ Pero, añade De la OLIVA SANTOS, “nada en la naturaleza de la audiencia previa exige que exista identidad de la persona del juez (o, muy excepcionalmente de los magistrados) que presencia y dirige la audiencia previa y el que dicta sentencia.”²⁶⁴

Respecto del tema que acabamos de desarrollar existe un tema adicional que comporta interés. Al tratar del segundo postulado del principio de inmediación, señalamos que la no presencia del juez en aquellos actos que deben ser por él dirigidos, acarrea la nulidad de pleno derecho de los mismos. Sin embargo, la LEC nada refiere respecto a qué consecuencia jurídica ocasionaría el que, vulnerando los mandatos legales a los que nos hemos referido en los párrafos anteriores, un juzgador que no presenció ni dirigió el debate proceda a emitir una sentencia. A primera vista nos parecería lógico aplicar la misma nulidad –de pleno derecho– que prevé la LEC para la vulneración del segundo postulado, cuando se vulnere el tercero, no obstante, en materia de nulidades existe el principio de legalidad o tipicidad en atención al cual, las circunstancias que generen una nulidad deben encontrarse previamente establecidas en la norma. Entonces, la solución a este vacío normativo no resulta tan sencillo.

Por una parte, autores como CUBILLO LÓPEZ, sostienen una posición pensada desde la inmediación antes que desde la nulidad y para ellos “procede la analogía al existir plena identidad de razón; carecería de toda lógica que fueran nulos los actos en que se infringe las normas con inmediación en sentido amplio y que no lo fueran aquellos en que se omiten las normas sobre la inmediación en sentido estricto.”²⁶⁵ En distinto sentido opina HERRERA ABIÁN, quien sostiene que no se puede aplicar la nulidad de pleno derecho a la vulneración

²⁶³ VALLINES GARCÍA, Enrique, “El Acto de Celebración de la Audiencia Previa al Juicio”, en BANACLOCHE PALAU, Julio, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, GUTIERREZ BERLINCHES, Álvaro y VALLINES GARCÍA, Enrique, *El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y la Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2009, pág. 354-355.

²⁶⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAU, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, pág. 342. Esta misma opinión se recoge también en la SAP Madrid (Esp), Secc.8, 133/2010, de 22 de marzo, rec. 210/2009, FJ 2.

²⁶⁵ CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *La regulación de las actuaciones del juicio*, Madrid, Editorial La Ley, 2001, pág. 37

del tercer postulado de la inmediación por falta de previsión legal expresa. Para esta autora “podríamos hablar en este caso de anulabilidad, siendo la vía de los recursos el camino adecuado que permitirá a las partes impugnar aquellas infracciones en que el Juez o el Tribunal no cumpliera con lo que determina la norma prolongando sus funciones de Juez o Magistrado como determinan los artículos 194 y 199 de la LEC.”²⁶⁶ Es claro que denunciar la nulidad vía recurso será el mecanismo adecuado para perseguir a la sentencia viciada por haber sido expedida en contra de las normas que expresamente ordenan la identidad del juez que presenció la audiencia de juicio con el que emitió la sentencia,²⁶⁷ mas, consideramos que sí habría resultado conveniente que la ley hubiera previsto el efecto jurídico específico de la inobservancia de los arts. 194, 199.2, 199.3 y 200 dada la alta sensibilidad de los mismos en el actual sistema procesal.

Finalizamos nuestro análisis confirmando que la LEC contiene normas que observan en debida forma al principio de inmediación y garantizan su acatamiento. La previsión normativa de los distintos postulados del principio complementa a las reglas técnicas de la oralidad, logrando de esta manera, que los procedimientos para la materia civil alcancen las condiciones necesarias para asegurar altos niveles de acierto en los fallos, el cual es el principal objetivo de la inmediación. Conocemos, sin embargo, que la inmediación depende en gran medida de la conjunción de otros principios, de tal forma que únicamente los contenidos normativos que hemos analizado son incapaces de generar resultado alguno por sí solos. En los siguientes literales nos referiremos a este tema.

- **Concentración**

Al igual que ocurre con la inmediación, el legislador español demuestra en la LEC su opción por el establecimiento de procedimientos fuertemente informados por el principio de concentración. Son varias las referencias que en la Exposición de Motivos se hacen respecto a la concentración, revelando las ventajas de este principio para una adecuada administración de justicia. A lo largo del articulado, no obstante, desaparece por completo la utilización del concepto, mas no así la aplicación de los distintos postulados del principio, los cuales quedan evidenciados a través del diseño procedimental de los juicios declarativos.

El juicio ordinario consta de dos comparencias, pero no por ello deja de cumplir con los postulados del principio de concentración, conforme ha sido estudiado en nuestro acápite I.2.2.2.²⁶⁸ En efecto, como acabamos de exponer en el epígrafe anterior, el juicio ordinario se inicia con la presentación de la demanda escrita, a lo que le sigue la aceptación a trámite

²⁶⁶ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., pág. 34.

²⁶⁷ En este sentido, cfr. SAP Jaén (Esp), Secc.1, 171/2007, de 29 de junio, rec. 224/2007, FJ 1.

²⁶⁸ En la Exposición de Motivos se expresa: “la opción legislativa prudente es el juicio ordinario, con su audiencia previa dirigida a depurar el proceso y a fijar el objeto del debate.” LEC, Exposición de Motivos, XII.

por parte del Tribunal, la correspondiente notificación al demandado, luego de lo cual procede la presentación de la contestación a la demanda y reconvencción, si existiera. De ser ese el caso, corresponde la debida notificación al actor de la reconvencción presentada y finalmente, la presentación de la contestación a la reconvencción. Estas etapas procesales, más propias de un procedimiento escrito se conservan en el procedimiento oral del juicio ordinario en vista de que la debida documentación de estos actos procesales otorga seguridad a las partes respecto de la materia litigiosa que, por su naturaleza y trascendencia, haya merecido ser conocida a través de la vía ordinaria. Superadas estas fases de inicio, la concentración empieza a informar al procedimiento, pues en la audiencia preliminar se agrupan los siguientes actos o etapas procesales: intento de acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso; fallido este intento, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales; se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia; se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes. Como vemos, la concentración y producción oral de estos actos procesales evita la dispersión que podría ocasionar si el debate se realizara por escrito.

Superada la audiencia previa, en un plazo no mayor a veinte días, se celebra la audiencia de juicio, donde se concentra la práctica de la prueba y la formulación las conclusiones sobre esta, finalizando con informes sobre los aspectos jurídicos –art. 399 y ss–. Se aprecia que la LEC cumple con la concentración de la mayor cantidad de actos procesales en dos comparencias y, lo que es más importante, concentra la práctica de las pruebas que posean las partes y la expresión de las conclusiones que sobre ellas tengan a bien realizar las partes. De esta manera, aun en un procedimiento que se vea compuesto por más de una audiencia o vista, se consiguen observar plenamente los postulados del principio de concentración.

Por su parte, en el juicio verbal, se opta por una concentración rigurosa de todos los actos procesales orales, hasta el punto de que todos ellos están llamados a ser realizados en la única vista que sigue a la demanda y a la contestación escritas. Sobre esto el legislador sostiene “es conveniente acudir a la máxima concentración de actos para asuntos litigiosos desprovistos de complejidad o que reclamen una tutela con singular rapidez.”²⁶⁹ Según hemos señalado con anterioridad, la vista del juicio verbal estará integrada por los siguientes actos procesales: posibilidad de acuerdo, conocimiento y resolución de temas previos, aclaraciones y fijación de hechos controvertidos, proposición y admisión de pruebas, práctica de pruebas y posibles turnos finales de conclusiones –art. 443 LEC–. Apreciamos cómo en uno de los juicios declarativos, el legislador implementa los postulados más rigurosos del principio de concentración y lo hace en virtud de que las materias que son

²⁶⁹ LEC, Exposición de Motivos, XII.

tramitadas a través de los juicios verbales requieren una solución rápida o poseen una menor complejidad o cuantía.

Respecto del juicio verbal no debemos olvidar la posibilidad de su tramitación escrita, acorde la reforma incorporada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. En este punto, el legislador se decantó por la observancia de los principios de celeridad y economía para lograr una mejor administración de justicia, medida del todo válida y en este caso, a nuestro criterio, efectiva, pues en determinadas circunstancias –pretensiones claramente formuladas, cuando las pruebas son exclusivamente documentales o la controversia es exclusivamente jurídica– la intermediación no será necesaria para un mejor juzgamiento. En el caso de la tramitación escrita del juicio verbal, la concentración pierde el protagonismo que posee en la tramitación oral, en la medida en que este principio proscribe la dispersión de contenidos, mientras que lo que se pondera en este caso es la proscripción de la dispersión de tiempos, particular que hace relación con los postulados de la celeridad y en cierta medida con los de la economía.

Aspectos comunes a los dos juicios son los mandatos expresos sobre la práctica concentrada de la prueba y el conocimiento y resolución concentrada de las cuestiones previas e incidentales. Respecto de la práctica de las pruebas, hemos apreciado que el diseño de los juicios declarativos lleva a su concentración, no obstante lo cual, el legislador ha buscado asegurar aún más este particular. Así, se prevé como norma autónoma y general el art. 290, que dispone que “todas las pruebas se practicarán en unidad de acto.” Existe no obstante una excepción a esta regla que obedece a cuestiones prácticas: así, excepcionalmente, el juzgador podrá acordar, mediante providencia, que determinadas pruebas se celebren fuera del acto de juicio o vista. En estos casos, el Letrado de la AJ señalará, con al menos cinco días de antelación, el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista. Si, excepcionalmente, la prueba no se practicare en la sede del Tribunal, se determinará y notificará el lugar de que se trate. Estas pruebas se practicarán en todo caso antes del juicio o vista, con lo cual se asegura la concentración de la valoración de la prueba.

El principio de concentración es también observado en lo que se refiere a las cuestiones previas o incidentales, las cuales deben ser conocidas y resueltas en el mismo proceso y no dar lugar a la instauración de uno diferente e independiente. Tanto en el juicio ordinario, como en el verbal, el legislador ha dispuesto que los asuntos previos y los incidentes que pueden ocasionarse durante la marcha del proceso sean atendidos en la misma causa, constituyéndose en fases específicas del trámite. En el caso del juicio ordinario, el legislador acuerda una comparecencia específica para el tratamiento de tales temas –audiencia previa, art. 414 a 425– y en el caso del juicio verbal, se destina una etapa específica de la vista para tales fines –art. 443–. En lo que hace relación con la regulación de la declinatoria –que es el incidente mediante el que el demandado puede denunciar la falta de jurisdicción o competencia del tribunal–, se observa la concentración en la medida en que no se genera un

nuevo proceso independiente del principal que puede generar una tramitación paralela con los riesgos de resoluciones contradictorias o incompatibles. El legislador opta porque los pedidos de declinatoria sean resueltos suspendiendo la tramitación del proceso principal, el cual se retoma si la solicitud de declinatoria es desechada –art. 63 a 65–.

Otro tema importante a analizar, respecto de la concentración, es la temporalidad que el legislador haya establecido para la ejecución de los distintos actos o fases procesales dependiendo de específicas circunstancias que puedan verificarse. En el juicio verbal no importaría la temporalidad si consideramos que todas las etapas y actos procesales orales se desarrollan en una sola vista, mas conocemos que en ocasiones el debate puede dilatarse tanto que no pueda concluirse en una sola reunión. De allí que una misma vista pueda dividirse en varias reuniones sin que ello afecte a su integridad, según hemos analizado en el apartado I.2.2.2. Sin embargo, habrá que cuidarse de que el tiempo que medie entre las reuniones que conforman una vista no sea dilatado en el tiempo, para, de esta forma, no infringir el principio de concentración. El texto original de la LEC previó esta circunstancia y dispuso, en el inciso segundo del art. 193.3, la obligación de convocar y celebrar una nueva vista cuando esta hubiere sido interrumpida y no se haya podido reanudar en el plazo de veinte días –de manera similar a lo que, todavía hoy, se prevé para el proceso penal; cfr. art. 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española–. Sin embargo, el legislador español ha eliminado esta exigencia, pues la vigente redacción del precepto (introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) se limita a establecer que, cuando no pueda reanudarse la vista en los veinte días siguientes a su interrupción, será el Letrado de la AJ –y no el propio juez– quien deba fijar la fecha de reanudación. En este punto, por tanto, la LEC ha terminado primando la conservación de actuaciones frente a los postulados del principio de concentración.

Otra cuestión que atañe al principio de concentración tiene que ver con la configuración legal de los recursos contra las resoluciones que no ponen fin al proceso. Al respecto, procurando una mayor concentración de las actuaciones, la LEC ha dispuesto que, como regla, la interposición de recursos contra esas resoluciones no tenga efectos suspensivos –art. 451.3– y que las resoluciones que deciden esos recursos nunca puedan ser apeladas de manera independiente, sin perjuicio de que la cuestión decidida pueda replantearse al apelar la resolución definitiva –arts. 285.2, 446 y 454–.

Finalmente, otro asunto en relación a la temporalidad es el plazo que el legislador conceda para que el juzgador resuelva la causa. Recordemos que, más que un tema de celeridad, el que la fase de resolución se concentre respecto de la culminación de las fases de contacto directo con todos los partícipes, tiene que ver con la aspiración de que los conocimientos e impresiones adquiridos por el juzgador a través de las comparecencias no se diluyan con el paso del tiempo. El objeto es aprovechar los efectos de la inmediatez, aunque la vía es la concentración. La LEC establece un plazo de veinte días para la

resolución del proceso ordinario contado a partir de la terminación del juicio –art. 434– y un plazo de diez días contados a partir de la terminación de la vista en los procesos verbales –art. 447–. Como norma general, respecto de Tribunales colegiados, el art. 196 dispone que sus miembros discutirán y votarán las resoluciones inmediatamente después de la vista, si esta se celebrare y, en otro caso, señalará el presidente el día en que se hayan de discutir y votar, dentro del plazo señalado por la ley. Conocemos que estos plazos suelen ser inobservados, mas como nuestro análisis se reduce a la previsión normativa respecto de la observancia del principio de concentración, concluimos que el particular que es solventemente atendido por la LEC. Cabe, no obstante, añadir que el legislador español nunca ha llegado a atreverse, en aras de imponer la concentración a toda costa, a disponer que el incumplimiento de los plazos para dictar sentencia determinará la nulidad de la vista de juicio y la necesidad de celebrar de nuevo ese trámite oral, lo cual es coherente con la previsión de que lo actuado en una vista interrumpida conserva su validez aunque su reanudación se dilate en el tiempo –cfr. art. 193.3 LEC, al que acabamos de referirnos más arriba–: parece lógico que, si la LEC ha terminado no poniendo objeciones a que medien largos lapsos de tiempo entre las sesiones de una misma vista de juicio, tampoco ponga reparos a un tardío dictado de la sentencia, aun cuando, siempre se deba propender a una resolución lo más expedita posible de los procesos.

En cualquier caso, nuestro balance general respecto del desarrollo normativo de la ley procesal española sobre el principio de concentración y la manera en que estas normas informan el procedimiento oral es satisfactorio. La LEC ha conseguido establecer juicios con un procedimiento concentrado, lo cual redundando principalmente en el correcto aprovechamiento de la inmediación y de manera secundaria, en la celeridad del proceso.

- **Celeridad**

La previsión de plazos razonables y la proscripción de dilaciones indebidas son los postulados máximos del principio de celeridad. El primer postulado corresponde ser atendido por el legislador al momento del diseño normativo del procedimiento. La opción por una forma procedimental dinámica siempre coadyuvará a la previsión de plazos razonables, de allí que la opción que ha realizado la LEC por la oralidad, atiende debidamente al principio de celeridad en este punto.

Respecto al establecimiento específico de los plazos, el legislador ha de considerar la realidad social y sus necesidades, así como el desarrollo tecnológico a fin de determinar los tiempos que han de corresponder a cada etapa procesal. En el caso de la LEC, un juicio ordinario podría resolverse en un promedio de 120 días, con un plazo de 20 días como tiempo medio entre las distintas fases –notificaciones, plazos para contestar a la demanda y reconvenición, plazo para dictar sentencia–. Por su parte, el juicio verbal podría resolverse en un promedio de 60 días, con un plazo de 10 días como tiempo medio entre las distintas

fases –notificación de la demanda y la emisión de la sentencia–.²⁷⁰ En este punto recordemos que los tiempos legales, en la generalidad de los casos, son rigurosamente observados por las partes actora y demandada, pues lo contrario deviene en la pérdida de sus poderes procesales por el paso del tiempo, mientras que el órgano jurisdiccional suele tardar en sus actuaciones y, en la generalidad de los casos, no observa los tiempos legales. Esta última circunstancia, en cada caso concreto, deberá analizarse a la luz de los criterios que estudiamos en el acápite I.2.2.3, a fin de establecer si la dilación puede o no considerarse como indebida.

Adicionalmente, la LEC posee ciertas normas específicas que proscriben las dilaciones. Como es lógico, los casos contenidos en estas normas legales no representan un catálogo taxativo de las circunstancias en las que pueden presentarse dilaciones indebidas, pues conocemos que tal concepto no es susceptible de ser objetivado. Por tal circunstancia, los casos de dilaciones prosritos por la LEC tampoco pueden considerarse como ejemplificativos, pues cualquier circunstancia que haga sospechar la verificación de una dilación indebida, por muy dispar que resulte con los casos previstos por la ley, siempre ameritará una valoración autónoma. Puntualizado esto, pasamos a exponer los casos que respecto a la proscripción de las dilaciones dispone la LEC. El art. 132 prevé que las actuaciones del proceso se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas, pero cuando no se fije plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación. La infracción de esta disposición por parte de los Tribunales y del personal al servicio de la Administración de Justicia, sin que medie justa causa –recordemos que la dilación debe ser indebida, para ser sancionable– será corregida disciplinariamente con arreglo a lo previsto en la LOPJ –arts. 414 y ss y arts. 534 y ss. –, sin perjuicio del derecho de la parte perjudicada para exigir las demás responsabilidades que procedan. El art. 165, respecto de las comunicaciones que deban ser practicadas por medio de auxilio judicial, esto es, aquellas que realiza un Tribunal (exhortado) a petición de otro Tribunal (exhortante), la entrega de copia de la resolución o de cédula –en la forma prevista en el art. 161–, dispone que su realización se verifique en un plazo no superior a veinte días, contados a partir de su recepción. Cuando no se realice en el tiempo indicado, a cuyo efecto se requerirá al Letrado de la AJ para su observancia, se habrán de expresar, en su caso, las causas de la dilación –justificación–.

²⁷⁰ Si bien nuestra investigación principalmente se circunscribe a un análisis de la legislación, conviene en este punto referirnos al informe “Justicia dato a dato año 2015” del Consejo General del Poder Judicial. En este documento –pág. 89– se informa de que la duración media de la primera instancia en materia civil durante el año 2011 fue de 8 meses; durante el año 2012, 7.2 meses; durante el año 2013, 7.1 meses; durante el año 2014, 6.2 meses; y, durante el año 2015, 5,6 meses. Este dato contrasta con las informaciones verbales de letrados que hemos recibido, que refieren una duración mucho más prolongada, llegando el estimado fácilmente a triplicar los 5,6 meses. (file:///D:/USUARIO/Downloads/Justicia%20Dato%20a%20dato%202015.pdf, página web consultada el 20 de mayo de 2016).

El art. 168, por su parte, prevé que “El Secretario judicial [hoy Letrado de la AJ] o el funcionario de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia que, en el desempeño de las funciones que por este capítulo se le asignan [las funciones relativas a las notificaciones y al resto de actos procesales de comunicación], diere lugar, por malicia o negligencia, a retrasos o dilaciones indebidas, será corregido disciplinariamente por la autoridad de quien dependa e incurrirá además en responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionara.” Al juzgador, la LEC impone la obligación de agilizar el desarrollo de las comparecencias, a cuyo efecto está facultado a llamar la atención al abogado o a la parte que en sus intervenciones se separen notoriamente de las cuestiones que se debatan, instándoles a evitar divagaciones innecesarias; y, si no atendiesen a la segunda advertencia que en tal sentido se les formule, podrá retirarles el uso de la palabra –art. 186–. Finalmente, el legislador ha considerado que los procuradores de los Tribunales, por su condición de representantes de las partes y de profesionales con conocimientos técnicos sobre el proceso, están en condiciones de recibir notificaciones y de llevar a cabo el traslado a la parte contraria de muchos escritos y documentos, lo cual redundaría también en la tramitación de los procesos sin dilaciones indebidas –art. 26–.²⁷¹

Continuando con lo relativo a la proscripción de las dilaciones indebidas en la ley, consideramos necesario comentar la opinión de GIMENO SENDRA, a cuyo criterio el incidente de nulidad de actuaciones previsto por el art. 228 de la LEC –cuyo contenido se reitera en el art. 241 LOPJ– puede ocasionar graves efectos a la seguridad jurídica, pero sobre todo, al derecho a un proceso sin dilaciones.²⁷² El citado art. 228 dispone, como regla general, que no se admitirán incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo y de manera excepcional, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán solicitar por escrito que se declare la nulidad de actuaciones, fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la CEsp, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Los “derechos” a los que se refiere el art. 53.2 de la CEsp son todos los derechos fundamentales previstos en los arts. 14 a 29 de la CEsp –dentro de los cuales se incluyen todos los derechos de contenido procesal proclamados en el art. 24 de la norma fundamental–, así como el derecho a la objeción de conciencia al que alude el art. 30 CEsp. El trámite que la LEC prevé para este tipo de incidentes es concentrado y sumario. Que este incidente puede comportar dilaciones parece indiscutible; mas sin embargo, no creemos que deban considerarse como “indebidas” aquellas demoras que tiendan a garantizar un derecho fundamental eventualmente vulnerado. Si existe abuso en el

²⁷¹ LEC, Exposición de Motivos, IX.

²⁷² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 56.

ejercicio del derecho contenido en el art. 228,²⁷³ ese es un tema distinto de que el instituto, *per se*, sea infractor del principio que estamos analizando.

Un tema de interés en lo que respecta a la celeridad, que de alguna manera hemos anticipado ya, es el aprovechamiento de las nuevas tecnologías en la administración de justicia como medio para una tramitación más expedita de las causas. La ley procesal española fue elaborada sobre el fin del pasado milenio, con el bagaje tecnológico que desde mediados del siglo veinte se nos presenta como una vorágine en constante evolución. El legislador consciente de ello, previó que las actuaciones orales en vistas o comparecencias celebradas ante el juzgador, deban ser registradas en un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen –art. 147–. Esto ha sido reforzado a través de la reforma a la LEC introducida mediante Ley 42/2015, de 5 de octubre, la cual pretende una mejor observancia del principio de celeridad en el proceso civil. Así, esta reforma se decanta por la utilización exhaustiva de medios tecnológicos en la comunicación de actos procesales, tratando de obviar, en la medida de lo posible, la documentación.²⁷⁴ Se evita de esta forma la documentación de las comparecencias a través de la redacción de actas en medio escrito, así como se trata de proscribir el uso del papel, por medios de soporte más dinámicos. Todo esto tiende a conseguir una mayor fluidez y, por tanto, celeridad en el debate.

Recapitulando, a nuestro parecer, los tiempos previstos por la ley son adecuados para la correcta preparación y despacho de las distintas fases del procedimiento, tanto para el juzgador, cuanto para las partes. Respecto de la proscripción de las dilaciones indebidas la ley no solo contiene mandatos, sino también normas que devienen en medios para garantizar la observancia de tales mandatos, así como para prevenir el que se incurra en infracciones del principio de celeridad. En todo caso, más allá de lo que la ley pueda disponer respecto a esta materia, conocemos que principalmente son circunstancias exógenas las que pueden intervenir en la demora de la tramitación y resolución de los procesos –ver acápites I.2.2.3 y I.3.2–; circunstancias que corresponden ser reguladas con detalle no por una ley de enjuiciamiento, sino por leyes orgánicas de la función jurisdiccional. Por todas estas consideraciones nuestro balance entre el principio de celeridad, la oralidad y la LEC es ciertamente positivo.

²⁷³ Para evitar los abusos, el párrafo 3 del art. 228.1 prevé que el incidente se pueda inadmitir a trámite cuando se pretenda suscitar en él cuestiones distintas de las que le son propias.

²⁷⁴ Al respecto, en el punto I, del preámbulo de la citada Ley 42/2015 se dispone: “no se ha logrado una aplicación generalizada de los medios electrónicos como forma normal de tramitación de los procedimientos judiciales y de relacionarse la Administración de Justicia con los profesionales y con los ciudadanos. Por ello, constituye una necesidad imperiosa acometer una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel. Así, no solo se conseguirá una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, sino también ahorro de costes al Estado y a los ciudadanos y se reforzarán las garantías procesales. Es decir, estaremos ante un nuevo concepto de Administración de Justicia y será un paso más para mejorar el servicio público que constituye la misma.”

- **Preclusión**

Según hemos sostenido en el acápite I.2.2.4, es un equívoco considerar que la preclusión corresponde en exclusiva al procedimiento escrito o es uno de sus “principios consecuencia”. Los procesos orales previstos por la LEC se encuentran debidamente informados por las reglas de la preclusión, a fin de garantizar el correcto desarrollo de las distintas fases procedimentales concentradas y la certeza de las partes, respecto a las posibilidades de ejercer o no tal o cual poder procesal.

Ya a partir de la Exposición de Motivos, la LEC se refiere a la preclusión, cuando establece como uno de sus criterios inspiradores la necesidad de seguridad jurídica y en virtud de ella, entre otras disposiciones, establece una imprescindible regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en el Derecho español y en otros ordenamientos jurídicos.²⁷⁵ A lo largo del articulado legal existen varias normas que contienen referencias a la preclusión, por ejemplo, respecto de la imposibilidad de presentar una declinatoria una vez que haya precluido dicha fase procesal –art. 56–, pero el que más nos interesa analizar es el art. 136, el cual de manera expresa dispone: “Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial [hoy Letrado de la AJ] dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al Tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda.”

De esta manera, el legislador establece un régimen general y riguroso de preclusión para los juicios previstos por la LEC, pues no por ser orales se puede permitir que los juicios se vuelvan proclives a la inseguridad, al desorden o al informalismo procedimental. Si bien se tiene al procedimiento oral como más elástico, nosotros consideramos que requiere una estructura organizada, con un debate concentrado pero debidamente ordenado a fin de que las distintas etapas transcurran en una sucesión lógica. Bajo este entendimiento, la preclusión coadyuva a la seriedad del litigio oral, evitando que, bajo el pretexto de la elasticidad de la forma procedimental, se introduzcan argumentaciones o pruebas en momentos inoportunos –sorpresa–, lo cual podría afectar además del orden procedimental al ejercicio del derecho a la defensa.

Existen varias normas que van a desarrollar, en escenarios concretos, el mandato general del art. 136, entre otras, los arts. 270, 271 y 272, que contienen el régimen aplicable al momento de la presentación de los documentos que serán materia de valoración en el proceso. En general, cuando se presente un documento con posterioridad a los momentos

²⁷⁵ LEC, Exposición de Motivos, VIII.

procesales establecidos en la ley, el juzgador, por medio de providencia, lo inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado. Contra la resolución que acuerde la inadmisión no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de hacerse valer en la segunda instancia. El art. 400, por su parte, que regula la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos y ordena que cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. El art. 401 que dispone que no permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda. El art. 412.1 también se refiere a la preclusión, pues prevé que establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

A pesar de la adusta imagen de la preclusión que acabamos de exponer, debemos recordar que el legislador español ha previsto mecanismos de atenuación que permiten corregir las injusticias más graves que puedan derivarse de la aplicación del riguroso régimen de preclusión por el que ha optado, como bien señala VALLINES GARCÍA.²⁷⁶ Este autor recuerda múltiples casos de óbices a la preclusión en la LEC; ya que no es nuestro objetivo el análisis exhaustivo de esta específica materia, citaremos los casos más representativos. Así, el art. 270.1. y 460.1, que disponen que después de la demanda o contestación, en su caso, de la audiencia previa al juicio en los procesos ordinarios, pueden hacerse valer los documentos relativos al fondo del asunto, siempre que la parte que los presente justifique no haber tenido conocimiento previo de su existencia, pues ordinariamente esto se encuentra proscrito como hemos analizado –art. 272–. Cosa similar ocurre con los arts. 426.4, 433.1 y 286, que prevé que si precluidos los actos de alegación previstos en la ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato. Finalizamos con el caso paradigma de entre los varios que existen como atenuación a la rígida regla del art. 136. Nos referimos a lo dispuesto por el art. 134.2, en virtud del cual pueden interrumpirse los plazos y demorarse los términos en caso de fuerza mayor que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora.

De esta forma, la LEC observa el principio de preclusión, organizando el procedimiento oral con reglas claras que dotan de seguridad al desarrollo de las distintas fases concentradas y consiguientemente dota de seguridad al debate procesal y a las partes, respecto de los poderes que poseen en juicio. El proceso por audiencias requiere especialmente la observancia de estos mandatos para que las comparencias no pierdan el

²⁷⁶ Cfr. VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., pág. 122.

necesario devenir lógico de los distintos actos procesales y consideramos que la normativa española, cumple con tal objetivo.

- **Economía**

Según hemos analizado en el apartado I.2.2.5, el principio de economía posee dos postulados rectores: la economía de esfuerzos y la economía de gastos. El primer postulado defiende un procedimiento donde se eviten excesivos requisitos, pesadas trabas y complicados trámites. Al implementar el procedimiento oral, la LEC tiende a satisfacer tales objetivos. Bien sabemos que la oralidad no es la solución a todos los problemas, pero comparativamente, no cabe duda de que el modelo de juicio por audiencias es mucho más dinámico y simple que el escrito. Si bien el procedimiento requiere una preparación previa del caso mucho más detenida y profunda –tanto para los abogados como para el juez–, durante la tramitación misma del proceso los esfuerzos son menores a los que se debían afrontar con la escritura.

Es así que la LEC pretende una “real simplificación procedimental [que] se lleva a cabo con la eliminación de reiteraciones, la subsanación de insuficiencias de regulación y con una nueva ordenación de los procesos declarativos [juicios por vistas, como sabemos], de los recursos [mejor regulación, claridad en las normas, eliminación de efectos suspensivos como norma general y racionalización del recursos de apelación], de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares [con normativa más clara y regulaciones para evitar perjuicios en estas etapas], que busca ser sencilla y completa en función de la realidad de los litigios y de los derechos, facultades, deberes y cargas que corresponden a los Tribunales, a los justiciables y a quienes, de un modo u otro, han de colaborar con la Justicia civil.”²⁷⁷

En la Exposición de Motivos el legislador señala haber buscado utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, resulte más asequible para cualquier ciudadano, con eliminación de expresiones obsoletas o difíciles de comprender y más ligadas a antiguos usos forenses que a aquellas exigencias. Entendemos la intención de simplificar el lenguaje utilizado en las normas a fin de acercarlas más a la sociedad a la que rige, pero resulta imposible proscribir el lenguaje jurídico de la ley, pues esto la desnaturalizaría. Consideramos que la LEC eliminó lenguaje antiguo y obsoleto, mas adecuadamente no se abstrajo del lenguaje jurídico.²⁷⁸

²⁷⁷ LEC, Exposición de Motivos IV.

²⁷⁸ Cabe señalar que existen opiniones que disienten de la nuestra respecto al adecuado uso del lenguaje en la LEC (Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “El Futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM “AFDUAM”*, número 5, Madrid, UAM, 2001, pág. 84-85).

Para finalizar nuestro análisis sobre la observancia de la economía de esfuerzos, es de resaltar la reforma implementada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, la cual pretende una mejor observancia del principio en análisis. Así, como ya hemos apuntado, se permite que el juicio verbal pueda ser tramitado en entero por escrito –prescindiendo de la vista–, de así considerarlo adecuado las partes y el juzgador –al estar las pretensiones claramente formuladas en los escritos iniciales y ser documentales todas las pruebas o ser exclusivamente jurídica la cuestión litigiosa–. En su parte pertinente, la actual previsión del art. 438 de la LEC dispone: “El demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes la solicitase y el Tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites.” De esta manera, se pretende obviar la celebración de diligencias que por su esterilidad, que únicamente dilatarían la emisión del fallo sin aportar mayores elementos de convicción al juzgador.

Respecto a la economía de gastos, hemos analizado en nuestro epígrafe I.3.1.5 que la oralidad no constituye por sí misma, una forma de comunicación procedimental más económica que la escrita. Los gastos para la implementación y debido mantenimiento de recursos humanos y materiales, así como los mayores esfuerzos de los patrocinadores judiciales, que se traducen en sus honorarios, pueden hacer costosa la oralidad tanto para el erario público como para los litigantes. En todo caso, comprobamos que tanto por celeridad, cuanto por economía de gastos, la reforma a la LEC de octubre de 2015, opta por una utilización intensiva de los medios tecnológicos para la comunicación de los actos procesales. El legislador español, en el preámbulo de la ley reformativa señala: “Por ello, constituye una necesidad imperiosa acometer una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel. Así, no solo se conseguirá una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, sino también ahorro de costes al Estado y a los ciudadanos y se reforzarán las garantías procesales.”

Esfuerzos legislativos como el citado, sumados al ahorro que representaría el mejoramiento de la calidad y oportunidad de las sentencias –aspiración dada la mejor observancia de los principios de inmediación y concentración que ofrece el debate verbal–, constituirían condiciones para que la oralidad pueda redundar en la práctica, en una forma de comunicación más económica. Sin embargo, dichas son condiciones necesarias pero de carácter exógeno a la forma oral, de allí que insistimos que por sí mismo, el procedimiento oral no garantiza el ahorro de esfuerzos ni de recursos. Consideramos que la legislación española comprende este postulado, por lo que se ha buscado reforzar la previsión de mandatos tendientes a la observación del principio de economía. Queda en los operadores

de justicia una aplicación de la normativa que propenda al abaratamiento fáctico de los procesos.

- **Publicidad**

El enjuiciamiento público constituye un derecho fundamental de las personas. Se encuentra recogido por la CEsp, así como por distintos convenios internacionales sobre derechos humanos de los cuales España es suscriptora –ver epígrafe I.2.2.6–. Adicionalmente y desde la perspectiva procedimental, la publicidad adquiere la calidad de máxima informadora respecto a cómo los trámites han de estructurarse y ejecutarse, de manera que garanticen a las partes y a la sociedad el pleno conocimiento de lo que ocurre dentro del proceso. Solo así las partes pueden estar en capacidad de ejercer su defensa –publicidad interna– y, la sociedad, de realizar un control generalizado de la administración de justicia –publicidad externa–.

En cuanto a la publicidad interna, ésta queda garantizada con la obligación de las partes de facilitar a la contraria copia de todos los escritos que presenten –LEC, arts. 273 y ss.–, así como con el deber del tribunal de notificar a todas las partes las resoluciones y actuaciones que produzca –LEC, art. 150–.

Por lo que a la publicidad externa se refiere, el art. 138 de la LEC establece el régimen común de publicidad de las actuaciones orales: las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública. Este artículo establece también el secreto de las actuaciones judiciales, según el entendimiento contemporáneo de tal circunstancia. Así, las comparecencias se llevarán a cabo “a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el Tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”. Adecuado es el tratamiento que en los casos que acabamos de señalar acuerda la ley, pues dispone que previa la decisión judicial de celebrar una audiencia secreta, se escuchará la opinión de las partes que estuvieren presentes. La resolución que al respecto se tome, no obstante, es inimpugnable en el momento, lo cual también consideramos adecuado, pues posibilita que la decisión pueda reverse o, de confirmarse, permite que la parte que considera errada tal confirmación, replique tal parecer al momento de impugnar la resolución definitiva.

Otra norma que se relaciona con la observancia de la publicidad externa es la contenida en el art. 140 de la LEC. Ella dispone que los Letrados de la AJ y personal competente al servicio de los Tribunales facilitarán a cualesquier persona que acredite un interés legítimo

cuanta información solicite sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer. Así también se podrá solicitar, a consta del peticionario, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos. Si bien esta norma no posee un alcance general, pues restringe el acceso a la información del proceso a aquellos que posean un interés en él, claramente es una norma que observa la publicidad en la medida en la que permite que una persona que no posea la calidad de parte procesal, tenga acceso a información o a piezas procesales. Esta facultad posee, al igual que las comparecencias públicas, una excepción de secreto, en el evento de que el juzgador hubiera, mediante auto, atribuido el carácter reservado a la totalidad o a parte de los autos cuando tal medida resulte justificada en atención a las circunstancias expresadas por el antes citado artículo 138.2. En idéntico sentido a las disposiciones del art. 140, pero respecto a los libros, archivos y registros judiciales, el art. 141 dispone que las personas que acrediten un interés legítimo podrán acceder a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado y obtener, a su costa, testimonio o certificación de los extremos que indiquen.

Según apreciamos, los mandatos categóricos que respecto de la publicidad contiene la LEC evitan adicionales desarrollos en el articulado. Así mismo, esta concreta y solvente previsión del principio nos releva de otro análisis, restando únicamente reconocer el correcto tratamiento legislativo sobre este tema.

I.4.2. La implementación de la oralidad en el contencioso civil ecuatoriano

La disposición del legislador constitucional por hacer de la oralidad un contenido de la carta magna data de mediados del siglo XX. En efecto, el art. 93 de la Constitución de 1945 disponía que “Las leyes procesales propenderán a la simplificación y eficacia de los trámites, adoptando en lo posible el sistema verbal”.²⁷⁹ En la Constitución de 1967 vuelve a aparecer la oralidad: esta vez el art. 200 disponía que “Las leyes procesales procurarán la simplificación y eficacia de los trámites; adoptarán en lo posible el sistema oral.”²⁸⁰ El art. 93 de la Constitución de 1979, contuvo una disposición similar a la que acabamos de citar.²⁸¹ El legislador constituyente de 1998, dejando de lado los contenidos sutiles que habían mantenido sus predecesores, optó por el siguiente imperativo en el art. 194: “La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e intermediación.”²⁸²

²⁷⁹ Constitución de la República del Ecuador de 1945, RO No. 228, de 6 de marzo de 1945.

²⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador de 1967, RO No. 133, de 25 de mayo de 1967.

²⁸¹ Constitución de la República del Ecuador de 1979, RO No. 800, de 27 de marzo de 1979.

²⁸² Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. RO No. 1, de 11 de agosto de 1998.

La actual Constitución –vigente desde octubre de 2008, en adelante CEcu– prevé en su art. 86.2.b, como una de las garantías jurisdiccionales de las personas, que el procedimiento “será oral en todas sus fases e instancias”. En concordancia, el art. 168.6 de la Carta Magna, en calidad de “principio” de la administración de justicia, dispone que “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”²⁸³ Según apreciamos, el legislador constitucional ecuatoriano dispuso la implementación del “sistema oral” de una manera dogmática e irreflexiva, cometiendo tres gravísimos errores a nuestro entender: 1. Ordenar que la oralidad se aplique en todas las materias.²⁸⁴ 2. Ordenar que la oralidad se aplique en todas las etapas y diligencias del proceso. 3. Ordenar que la oralidad se aplique en todas las instancias y fases del proceso.

Respecto al primer error, esto es, el mandato de aplicar la oralidad en todas las materias, el legislador constitucional del 2008 inobservó el principio de configuración legal del proceso, eliminando la capacidad del legislador ordinario de diseñar los procesos según las necesidades sociales y características propias de los litigios, en lo que a la forma de comunicación de los actos procesales se refiere. Aun cuando conviniera técnicamente que una materia sea jurisdiccionalmente atendida a través de un trámite escrito o mayoritariamente escrito, no se lo podría prever legalmente sin que ello comporte una inobservancia de la Carta Magna. Es evidente que el legislador constitucional se ha inmiscuido equívocamente en la labor del legislador ordinario, coartando la posibilidad de que la sociedad reciba una respuesta a sus necesidades puntuales de administración de justicia desde la perspectiva procedimental. Además, el hecho de haberse decantado de manera general por la oralidad, ordenando su imperativa aplicación en todas las materias, diligencias, fases y grados de los procesos, sin dar oportunidad a que se discrimine en cada caso concreto su conveniencia, nos revela un tratamiento dogmático de esta forma procedimental y demuestra que el legislador constitucional creyó que a través de ella, se solucionarían los problemas de la administración de justicia, lo cual a nuestro criterio comporta un error, según lo hemos señalado en nuestro epígrafe I.3.2.

Respecto al segundo error, el ordenar que “todas” las “etapas” y “diligencias” del proceso sean orales, constituye una aplicación del modelo oral en su dimensión más pura o extrema. Debiendo realizarse de manera verbal todos los actos procesales, la escritura habría quedado constitucionalmente proscrita dentro del proceso. Nuevamente la intromisión del legislador constitucional en competencias propias del legislador ordinario acarrea gravísimas consecuencias. Debemos recordar que no corresponde a una Constitución

²⁸³ RO No. 449, de 20 de octubre de 2008 .

²⁸⁴ La regulación del art. 168.6 de la Constitución ecuatoriana tiene especial relevancia para las materias no penales, laborales y de menores, pues estas últimas ya poseían procedimientos orales específicos en sus contenciosos antes del 2008.

desarrollar contenidos tan reglamentarios como la elección de un modelo de comunicación procedimental y mucho peor, el establecerlo con carácter general. El legislador constituyente no está en capacidad de interpretar necesidades sociales tan específicas, ni esa es su tarea; el haberla asumido solo lleva al fracaso de establecer en una norma suprema –cuyos contenidos se espera sean lo más atemporales posible– un tema por demás coyuntural. Nuevamente el retiro de las facultades del legislador ordinario respecto al diseño del proceso, no hace sino limitar perniciosamente la debida regulación legal de los temas procesales sobre la base de la interpretación de las necesidades sociales y técnicas. Adicionalmente, el decantarse por un modelo oral en su dimensión extrema y aplicarlo de una manera absoluta a todo el contencioso ecuatoriano es un error inconmensurable. Hemos analizado a lo largo de nuestros epígrafes I.2.3.2 y I.3.2 que la forma oral pura está lejos de ser recomendable por las desventajas comparativas frente a una forma oral combinada con fases escritas, por lo que haberla convertido en un mandato general es un error muy grave que de aplicársele llevaría al colapso de la administración de justicia.

Respecto al tercer error, la CEcu ordena que en todas sus instancias y fases el proceso debe ser oral. De allí, que la tramitación del recurso de apelación –segunda instancia– y de casación –fase extraordinaria– debería ser oral y como acabamos de analizar en el párrafo anterior, en todas las etapas y diligencias del trámite. En la generalidad de los casos, no es posible producir pruebas dentro de los recursos antes citados, reduciéndose el debate de los mismos a la exposición escrita de los argumentos de impugnación y contestación, argumentos que son estudiados y resueltos por el juzgador. Bajo estos supuestos, ordenar la celebración forzosa de una vista resulta a todas luces estéril y no hace sino retrasar la emisión de la sentencia, y, en ciertos casos, incluso pone en riesgo la calidad de tales resoluciones. Conectando esto con el error constitucional antes analizado, lo técnico de la impugnación de apelación y sobre todo de casación tornaría prácticamente inviable que se puedan resolver adecuadamente estos recursos sobre la sola base de la exposición verbal de los argumentos de impugnación, sin que se los pueda analizar de forma detenida y contrastada con lo resuelto en la sentencia, más aún si la sentencia tampoco se encontraría reducida a escrito.

La manera en que han sido previstos los mandatos constitucionales respecto de la oralidad procedimental posee graves errores, según acabamos de exponer, que van desde la competencia temática que posee el legislador constitucional, pasando por la comprensión de la naturaleza de sus mandatos, hasta el entendimiento en sí mismo de la oralidad. El legislador ordinario, limitado y ligado como se encuentra por los mandatos constitucionales, se ha visto compelido a aplicarlos –aunque en ciertos casos los ha desatendido– al momento de diseñar la ley adjetiva, cuyo proceso de creación pasamos a reseñar.

La reforma procesal en pos de implementar la oralidad inició un año antes de la emisión de la Constitución del 2008, recordemos que este afán se encontraba

constitucionalmente previsto desde 1945. Es así que en enero de 2007, Projusticia²⁸⁵ enarboló la iniciativa reformista y encargó al Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal²⁸⁶ – en adelante IEDP– la redacción de un proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil, el cual fue puesto a conocimiento del público en diciembre de 2007.²⁸⁷ A los pocos meses, en octubre de 2008, se puso en vigencia la actual CEcu, en cuyos arts. 86.2.b y 168.6 se volvió a prever el imperativo de la oralidad en los procesos, según hemos apreciado. Considerando que el proyecto elaborado por el IEDP tuvo como base la Constitución de 1998, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos consideró necesario contar nuevamente con la colaboración de miembros del IEDP, para readecuar el proyecto al nuevo marco constitucional. El documento tomó finalmente la denominación de “Proyecto de Código Procesal Civil” y fue entregado al Ministerio en el 2009.²⁸⁸ El Proyecto del IEDP pretendió implementar el procedimiento oral respondiendo a la realidad ecuatoriana, sobre la base de la experiencia internacional tanto legislativa como doctrinal en temas procesales.

En marzo de 2009 se puso en vigencia el COFJ,²⁸⁹ que derogó la Ley Orgánica de la Función Judicial. Este código, atendiendo el imperativo constitucional, prevé en su art. 18 que las normas procesales consagrarán, entre otros “principios”, el de oralidad. No obstante, ni la norma constitucional ni el contenido del propio art. 18 se encuentran desarrollados en este cuerpo normativo, que principalmente se encarga de regular la carrera judicial. Si bien algunas normas que desarrollan teóricamente principios procesales y procedimentales o que regulan las obligaciones de los juzgadores en el despacho de las causas o la conducta de los abogados en el patrocinio, podrían relacionarse con la implementación de la oralidad, tales normas también pueden relacionarse perfectamente con el correcto desempeño de las funciones públicas y de la profesión en procesos escritos.²⁹⁰ De esta forma, en nuestro criterio, se perdió una importante oportunidad para preparar la reforma procesal en ciernes, pues recordemos que desde lo orgánico se requiere una serie de cambios previos para asegurar su correcta incorporación y operación de la oralidad. Por ejemplo, se pudo haber legislado respecto de las actuaciones judiciales, encaminándolas de manera concreta al procedimiento oral; así también pudieron haberse establecido criterios sobre la carga de

²⁸⁵ Unidad pública de coordinación para la reforma de la administración de justicia, originalmente adscrita a la presidencia de la entonces Corte Suprema de Justicia; hoy desaparecida luego de su absorción por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Decreto Ejecutivo 883, RO No. 267, de 7 de febrero de 2008.

²⁸⁶ El IEDP, es una organización académica sin ánimo de lucro, cuya finalidad primordial es “impulsar el estudio, la investigación y difusión del Derecho Procesal ecuatoriano y comparado, a fin de mejorar el conocimiento, el desarrollo conceptual y la práctica profesional de esta rama del Derecho en el ámbito nacional e internacional como medio de contribuir a la realización de la justicia.” (IEDP, Estatuto, art. 1).

²⁸⁷ AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*, Quito, Ediciones Legales, 2012, pág. 86.

²⁸⁸ *Ibidem*, pág. 87.

²⁸⁹ RO No. 544 de 9 de marzo de 2009.

²⁹⁰ Todo el capítulo II del título I, así como los arts. 103, 107, 127, 128, 130, 149, 330 o 335.

trabajo conveniente para los órganos judiciales, lo cual si bien depende de factores externos, conviene se posea una directriz legal al respecto. En definitiva, se pudieron incluir varias normas que no solo organizaran los temas relacionados con la carrera judicial o con desarrollos teóricos, sino también normas prácticas que iniciasen la implementación de la oralidad.

Retomando la ruta histórica de la implementación del procedimiento oral para la materia civil en el Ecuador, durante el año 2011, sin motivo alguno que se haya hecho público, el Ejecutivo decidió abandonar el proyecto del IEDP. A través del Consejo de la Judicatura²⁹¹ se decidió contratar al Centro de Estudios de Justicia de las Américas –en adelante CEJA–,²⁹² con sede en Chile,²⁹³ para la elaboración de un nuevo proyecto de reforma procesal. El 11 de abril de 2012 fue presentado el “proyecto de Código Procesal Unificado” realizado por CEJA –cuyo equipo de trabajo estuvo formado en un 80% por personas de nacionalidad chilena– al Consejo de la Judicatura del Ecuador. El objetivo primordial planteado por CEJA con el proyecto del código en discusión fue el de disminuir la duración de los procesos judiciales en el país y unificar la legislación procesal de las distintas materias no penales, según el mandato constitucional. Tras ciertas observaciones y modificaciones, entre las que se incluyó un cambio de la denominación del documento, el Consejo de la Judicatura presentó al foro ecuatoriano el “Proyecto de Código General del Proceso”.²⁹⁴

Para la difusión y conocimiento de este proyecto, el Consejo de la Judicatura organizó varios eventos dirigidos tanto a jueces y demás funcionarios judiciales, así como a abogados y al público en general. Las críticas a este defectuoso intento normativo no se hicieron esperar desde todos los sectores;²⁹⁵ tan profundos fueron los yerros de este proyecto que

²⁹¹ Órgano de administración y gobierno de la función judicial en el Ecuador.

²⁹² Organización creada en el año 1999, por resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

²⁹³ País cuya realidad, si bien cercana a la ecuatoriana en ciertos aspectos, es muy distante en otros.

²⁹⁴ BERMEO, José Elías, “Implementación del Procedimiento Oral para Materias no Penales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano y el Tratamiento del mismo en el Proyecto de Código General del Proceso”, en *Law Review del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, No. 1, pág. 5, en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion001/01_jose_bermeo.pdf, página web consultada el 20 de agosto de 2013.

²⁹⁵ El IEDP, en unión con el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, realizó una serie de conferencias y conversatorios con el fin de analizar a un nivel académico al denominado “Proyecto de Código General del Proceso”. Para estos fines se contó con la presencia y participación de funcionarios del Consejo de la Judicatura, del gobierno –entre ellos el Secretario jurídico de la Presidencia de la República–, jueces, docentes universitarios de grado y posgrado y abogados en libre ejercicio. La conclusión general, salvo por la opinión de los representantes del Consejo de la Judicatura, pero sí incluyendo la del Secretario Jurídico de la Presidencia, fue de rechazo al proyecto, dados los muchos y graves defectos de los que adolecía. Entre los más destacables yerros de este documento están: el caer en el descomunal error de considerar que la oralidad tiene como principal objetivo la consecución de la celeridad en los procesos y que su sola implementación

finalmente fue archivado. Sin embargo, el afán por lograr la reforma procesal en Ecuador continuó, la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura se encargaron de generar un nuevo proyecto de ley adjetiva común –sobre la base de la experiencia fallida del proyecto CEJA–, el cual fue presentado a la Asamblea Nacional, el 21 de enero de 2014. Luego del debate legislativo correspondiente,²⁹⁶ el Código Orgánico General de Procesos –en adelante, COGEP– fue aprobado en sesión de 12 de mayo de 2015 y publicado en el Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Este cuerpo normativo, aplicando el mandato constitucional del art. 168.6, prevé los procedimientos comunes que serán aplicados para el juzgamiento de todas las materias no penales. Sin discriminación alguna respecto de la naturaleza, dinámica y requerimientos propios de las distintas materias, establece procesos que han de ser aplicados de forma prácticamente idéntica sea que se juzgue temas tan disímiles entre sí como civiles, laborales, contencioso administrativos, de familia, contencioso tributarios, de inquilinato, entre otros. De manera expresa, en los escuetísimos considerandos del COGEP se sostiene: “Es imperioso armonizar el sistema procesal actual a las normas constitucionales y legales vigentes, a través de un cambio sustancial que propone, bajo el principio de la oralidad, la unificación de todas las materias, excepto la constitucional y penal”, particular que es confirmado en el art. 1 del código el cual dispone que “Este código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso.”

En lo que se refiere al modelo procesal, el COGEP opta por el principio de justicia rogada. Observando el mandato constitucional del art. 168.6, el COGEP aplica un modelo de juzgamiento dispositivo para las materias no penales. Esta opción absoluta y general la consideramos por demás errónea, pues desnaturaliza a varias materias que no pueden ser únicamente informadas por el principio dispositivo en virtud de los bienes jurídicos que protegen. En efecto, la cosa pública o intereses de sensibilidad social no pueden reducirse a

garantiza dicho objetivo, cuando conocemos que el procedimiento oral no es una fórmula mágica que soluciona las múltiples circunstancias que generan la lentitud procesal, sin olvidar que la plena observancia de los principios de inmediación y concentración constituyen los objetivos más valorados para la oralidad, antes que la mera aceleración procedimental. Otro grave defecto es que al haber sido elaborado en un 80% por chilenos, el “Proyecto” no respondía ni al régimen jurídico ecuatoriano ni a la realidad social ecuatoriana –gravísimo error atribuible solo a la entidad contratante, esto es, al Consejo de la Judicatura–. Por ejemplo, el tratamiento que procesalmente daba a ciertos institutos sustantivos no correspondía a la manera en que dichos institutos sustantivos se encontraban previstos y comprendidos en la normativa ecuatoriana, además, el lenguaje utilizado no se correspondía ni al lenguaje jurídico comúnmente utilizado en Ecuador ni al lenguaje común que se utiliza en el país; de hecho el “Proyecto” desbordaba términos y expresiones propios de Chile –“chilenazgos”, como popularmente se los denominó–. Además, luego de las primeras críticas, los funcionarios del Consejo de la Judicatura se dieron a la tarea de tratar de arreglar sobre la marcha y como podían las graves falencias que presentaba el proyecto, por lo que el documento terminó siendo un mamotreto jurídico.

²⁹⁶ Que pese a haber contado con importantes aportaciones de juristas y abogados en libre ejercicio, no supo aplicar las múltiples recomendaciones realizadas respecto de las graves falencias del proyecto.

un tratamiento judicial dispositivo; así, la materia tributaria o la de menores no pueden limitarse a la disposición que las partes hagan en sus acciones o contestaciones, pues, a nuestro modo de ver, deberá existir la potestad del juzgador de tutelar en un caso la adecuada conformación de la obligación tributaria en un caso y el interés superior del menor en el otro. Por tanto, consideramos que caracterizar exclusivamente con el principio dispositivo a materias como la contencioso administrativa, contencioso tributaria, laboral y de familia no se ajusta al debido juzgamiento que ellas ameritan, donde una conjunción de lo dispositivo con lo oficioso han matizado comúnmente el modelo de juzgamiento de este tipo de materias. En todo caso, en lo que se refiere a la materia civil, que es la de nuestro interés a efectos de la presente tesis, resulta adecuada la previsión del principio dispositivo como inspirador del juzgamiento.²⁹⁷ En lo que hace relación con el principio de contradicción, contenido a efectos procesales expresamente por el art. 168.6 de la CEcu, es garantizado por el COGEP a lo largo de sus disposiciones en relación con las actuaciones procesales, tales como la demanda, la contestación a la misma, las pruebas, las impugnaciones, etc.

En cuanto al modelo procedimental, el COGEP pretende aplicar los mandatos constitucionales del art. 86.2 en sus literales b y e, los cuales disponen que “el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz” y que “no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”, así como del art. 169, que ordena que “las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal.” Como medio para lograr estos caros ideales, el legislador tanto constitucional como legal optó por la oralidad. En los exiguos considerandos del COGEP, más allá de meras referencias a la normativa suprema que ha sido citada, no existe una definición de la manera en que se han concebido y afrontado estos temas y, sobre todo, respecto de la manera en que serán concretados. Donde encontramos una especie de reflexión –no felizmente lograda– sobre algunos temas procedimentales es en el Informe para primer debate del proyecto de COGEP, elaborado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional ecuatoriana, donde se señala: “El proyecto respeta la intermediación procesal, la transparencia, la eficacia, la economía procesal, la celeridad, la igualdad ante la ley, la imparcialidad, la simplificación, la uniformidad; y, principalmente, precautela los derechos y garantías constitucionales y procesales. Los operadores de justicia requieren de herramientas eficientes, producto de un profundo análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, para redundar en un pragmatismo jurídico que promueve la cultura protectora de los derechos humanos.”²⁹⁸ Con estos antecedentes

²⁹⁷ El art. 5 del COGEP dispone que “corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”. En más, el COGEP observa los postulados del principio en lo que hace relación con la iniciativa procesal de acción y contradicción, así como con las cargas que corresponden a los sujetos para efectivizar sus pretensiones y excepciones. Todo esto nos parece muy consecuente con la naturaleza de la materia civil, dentro del juzgamiento de derechos privados.

²⁹⁸ Ver: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/informe-para-primer-debate-del-proyecto-de-codigo-organico-0>, página web consultada el 29 de marzo de 2016.

generales, procedemos a analizar la manera específica en que se implementó la oralidad en el contencioso civil²⁹⁹ ecuatoriano a través del COGEP.

I.4.2.a. La oralidad en el COGEP

El COGEP contiene una serie de mandatos que definen de forma expresa la opción por la oralidad dentro del procedimiento. Así—y como ya lo hemos citado en el epígrafe anterior—, en los considerandos del código se establece que “es imperioso armonizar el sistema procesal actual a las normas constitucionales y legales vigentes, a través de un cambio sustancial que propone, bajo el principio de la oralidad, la unificación de todas las materias, excepto la constitucional y penal”. Luego, en el art. 4, se ordena que “La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible.” En más, a lo largo de todo el COGEP existe una serie de referencias a la oralidad, sobre todo en lo que hace relación con la manera en que se han de desarrollar los procedimientos.

En este punto resulta pertinente referirnos a cómo el legislador ordinario implementó los mandatos constitucionales relativos a la oralidad. Primeramente diremos que el COGEP, efectivamente instrumentaliza procesos comunes para los contenciosos de todas las materias no penales, electorales o constitucionales —art. 1—, con lo cual, queda observado el imperativo del art. 168.6 —respecto a cuya incorrección e inconveniencia ya nos hemos referido en el epígrafe anterior—.

Luego, el mandato relativo a que todas las diligencias y etapas del proceso deban ser realizadas de manera oral, esto es, la implementación de un modelo oral puro o extremo, no es observado por el legislador ordinario. Si bien las normas constitucionales están allí para ser cumplidas, no deja de resultar adecuado el que el legislador ordinario haya dejado de implementar tan absurdo modelo. De hecho, en el citado art. 4 del COGEP, se repite el mandato constitucional del art. 168.6: “La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral”; no obstante, el legislador ordinario añadió un importante contenido que tempera lo absoluto del contenido magno: “salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito”. A nuestro criterio, este añadido no puede considerarse un mero desarrollo del mandato constitucional, pues modifica el modelo oral de uno puro —al que de manera inequívoca se refiere la CEcu, dada la manera

²⁹⁹ Si bien el COGEP trata los procedimientos comunes para el contencioso de materias no penales, ni constitucionales ni electorales, nuestro estudio, como ya hemos manifestado con anterioridad, se centrará en analizar tal Código exclusivamente bajo la perspectiva de la materia civil, que es la que compete a la presente investigación.

en que se encuentra redactado el art. 168.6– a uno mayoritariamente oral. Nos resulta evidente que el legislador ordinario reparó en los graves inconvenientes que se ocasionarían si todos los actos procesales fueran producidos de manera verbal,³⁰⁰ por lo que el COGEP se alineó con un modelo en el que el debate es principalmente oral, pero en el que necesariamente existen actos procesales escritos.

Respecto al mandato constitucional de que todas las fases e instancias del proceso sean orales, el COGEP lo observa, con la salvedad señalada en el párrafo anterior. Así, en el recurso de apelación –segunda instancia– y en el recurso de casación –fase extraordinaria– se prevé obligatoriamente la celebración de una vista. En la generalidad de los casos, estas comparecencias no servirán sino para que el recurrente repita los argumentos constantes en su impugnación escrita, sea de memoria o sea leyendo el documento. De allí que, a nuestro criterio, lejos de proveer beneficios para la labor del juez *ad quem*, la celebración de estas vistas resulta lesiva a la celeridad y la economía. Ya analizamos en los epígrafes I.3.1.3 y I.3.1.5 que las comparecencias requieren esfuerzos temporales del Tribunal y de los litigantes, así como comportan mayores oficios de los letrados, lo cual se traduce en el monto de sus honorarios, por lo que, de no obtenerse beneficios de una forzada inmediatez, la vista resulta perjudicial para los intereses públicos y particulares.

En conclusión, la oralidad en el COGEP ha sido aplicada de similar forma a la que fue concedida por el legislador constitucional. Si bien debemos confiar en que el afán de quienes han impulsado la reforma procesal ha sido el mejoramiento cualitativo y cuantitativo de la administración de justicia, la manera en que ha sido regulada e implementada,³⁰¹ consideramos, no alcanzará las metas perseguidas, al menos, en un considerable tiempo.

³⁰⁰ Más considerando el régimen común que se establece para todas las materias no penales, constitucionales y electorales.

³⁰¹ Respecto a la implementación del COGEP, el legislador acordó un año como período de vacancia de la ley –disposición final segunda, COGEP–. De suyo este período nos pareció insuficiente, sin embargo, la realidad desbordó nuestros, de suyo, pesimistas pronósticos. A 23 de mayo de 2016, día en que empezó a regir el COGEP, la administración de justicia no estuvo preparada para la puesta en marcha de la oralidad. En cuanto a los jueces y funcionarios judiciales, el Consejo de la Judicatura realizó capacitaciones forzadas y antipedagógicas –por ejemplo, se organizaron cursos de un mes de duración, de sesiones de 8 horas diarias, de lunes a viernes; los asistentes a estos cursos, que en su mayoría fueron jueces, debían luego replicar lo “aprendido” a sus compañeros de labores–. Respecto a la infraestructura, recién el 23 de mayo de 2016 se inauguró en la ciudad capital, Quito, el denominado “Edificio de la Oralidad”, el cual contaba con apenas 12 salas de audiencia y 20 juzgadores “especializados” en el sistema oral, para abastecer la demandada de una ciudad con una población aproximada de 2.2 millones de habitantes. Otro ejemplo, en tal día se habilitaron en la ciudad de Quito para el contencioso tributario 4 salas de audiencia, sin los medios tecnológicos necesarios y sin la infraestructura física adecuada, pues de hecho, las salas de audiencia habilitadas no fueron sino la partición en cuatro de la única sala de audiencias que existía en el edificio del Tribunal de lo contencioso tributario. Respecto al contencioso administrativo, de igual manera en Quito, las cuatro salas de audiencia ya existentes se encontraban desprovistas de equipos de filmación, reproducción, comunicación virtual y servicio de internet.

I.4.2.b. Estructura procedimental en el COGEP

El COGEP prevé dos procesos declarativos: el ordinario y el sumario, similares en su estructura a los vigentes “juicio ordinario” y “juicio verbal” de la LEC. Ambos procesos se encuentran estructurados procedimentalmente a través de comparecencias donde el debate se realiza oralmente, siguiendo cada uno de ellos la estructura común de dos audiencias, en el primer caso, y de audiencia única, en el segundo. Observando el criterio que ya aplicamos en el análisis del caso español, a este tipo de procesos nos referiremos pues se refleja de manera completa el afán por implementar la oralidad, como medio para una adecuada administración de justicia en cuanto a la mejor resolución de las controversias.

Como anticipamos, el trámite del juicio ordinario se compone de dos comparecencias, la primera denominada “audiencia preliminar” y la segunda “audiencia de juicio”. El proceso inicia de manera escrita, dado que la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y la contestación a la reconvencción deben expresarse por medio escrito, al igual que las resoluciones que se relacionan con dichas fases procesales. Arribados a este punto, el juzgador ha de convocar a la “audiencia preliminar”, donde “tendrá la oportunidad de sanear el proceso, admitir la prueba anunciada y presentada por las partes, determinar los puntos del debate, resolver sobre la participación de terceros, sobre litisconsorcio, convalidación o subsanar aspectos formales, entre otros (...) En la audiencia de juicio se alegrará al inicio y al final, se introducirá y confrontará la prueba y se emitirá la resolución.”³⁰²

Por otra parte, el trámite de juicio sumario se compone de una sola comparecencia, donde se deben realizar casi la totalidad de los distintos actos procesales que conforman el juicio. Inicia el trámite de forma escrita con la presentación de la demanda, contestación, reconvencción y respuesta a esta, luego de lo cual el juzgador convoca una audiencia. Esta audiencia se divide en dos fases, la primera básicamente de exposición oral de las pretensiones y excepciones de las partes, determinación del asunto litigioso, saneamiento del proceso y anuncio de pruebas. La segunda parte, de práctica de la prueba, presentación de conclusiones y resolución del caso.³⁰³

Es claro que el COGEP se ha decantado por el modelo clásico del procedimiento oral, el cual se desarrolla a través del juzgamiento por audiencias. Según hemos manifestado en el acápite anterior, el COGEP desatiende el postulado constitucional que consagra un modelo oral absoluto, aplicando un conveniente modelo mixto, principalmente oral, pero con

³⁰² Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *Informe para segundo debate del COGEP*, pág. 40, en: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/22409574-d3a4-42d3-8504-2b9dcbf728eb/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20203894.pdf>, página web consultada el 29 de marzo de 2016.

³⁰³ COGEP, art. 332 y ss.

fundamentales fases escritas. Peculiaridad del caso ecuatoriano es la obligación que la norma impone a los juzgadores de resolver el caso en la misma audiencia de juicio –ordinario– o en la audiencia única –sumario–, de conformidad con lo ordenado por el art. 93 del COGEP.

Si bien podría considerarse que esta regulación tiende a una mayor observancia de los postulados de los principios de concentración y celeridad, no puede negarse el riesgo de la emisión de sentencias precipitadas. Si bien la inmediación eleva considerablemente la calidad del conocimiento del juez sobre el litigio, ventaja que se concretar de mejor manera con un trámite concentrado, ello releva el hecho de que el juzgador pueda necesitar tiempo para un análisis detenido de lo que ocurrió durante el debate o para analizar cierta prueba a detalle –prueba que puede ser documental– o, simplemente, para descansar después de una exigente jornada y así poder organizar mejor sus ideas. A nuestro criterio, la exigencia de inmediata resolución puede influir negativamente en la calidad de los fallos. Ello explicaría que el COGEP haya permitido que el juez ecuatoriano pueda suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral, cuando la complejidad del caso lo amerite y de forma excepcional –art. 93–. No obstante, esta disposición general es severamente limitada en la regulación del procedimiento ordinario, cuyo art. 297.7 dispone que “terminada la intervención de las partes, el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción debiendo reanudarla dentro del mismo día para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código.” En este sentido, en los procedimientos ordinarios el juzgador podrá suspender la audiencia apenas unas horas, previo a reinstalarla para dictar la resolución definitiva oral –motivo por el cual nos parece más adecuado el modelo español, que otorga un plazo prudente para que el juzgador emita su resolución, plazo que desde ningún punto de vista puede considerárselo como dilatado–.

I.4.2.c. La oralidad y los principios del procedimiento en el COGEP

Como conocemos, no basta la mera implementación de un procedimiento oral para lograr un mejoramiento de la administración de justicia. Es necesario todo un cambio en la concepción que jueces, letrados, actores, demandados y terceros poseen respecto al proceso. Este cambio se apoya principalmente en la comprensión y aplicación de los postulados que informan la manera en que el juzgamiento puede lograr un cambio cualitativo positivo,³⁰⁴ máximas que ciertamente alcanzan su mayor desarrollo dentro de la forma de comunicación oral de los actos procesales. Pasamos entonces a analizar la manera en que los principios del procedimiento son observados por el COGEP.

³⁰⁴ Nos referimos nuevamente a los principios del procedimiento que han alcanzado una mayor valoración en la doctrina y en las sociedades española y ecuatoriana, sin que ello signifique que sus principios antitéticos puedan, en casos concretos, aportar mayores beneficios a la tarea de administrar justicia, como lo hemos comprobado en este trabajo.

- **Inmediación**

En gran medida, las reformas procesales que se decantan por la oralidad tienen como principio fundamental al de inmediatez. El caso de la ecuatoriana no es la excepción. De hecho, el COGEP contiene un artículo específico, el número 6, que prevé y desarrolla al principio de inmediatez de manera expresa. Así, tal norma dispone: “Principio de inmediatez.- La o el juzgador celebrará 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. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas.” Esta norma, junto con otras, define la opción del legislador ecuatoriano por consagrar la inmediatez procesal en el nuevo modelo procedimental; los distintos postulados de la inmediatez son observados, acorde lo pasamos a señalar.

Respecto al primer postulado, el cual se refiere a la interacción directa entre los distintos partícipes del proceso, lo comprobamos declarado en el citado art. 6 del COGEP, pero además deviene de la estructura misma de los procesos declarativos por audiencias o vistas, particular al cual nos hemos referido en el acápite precedente. De hecho, el art. 86 dispone que “las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias”; siendo esta la regla general, la ley habilita la comparecencia por medio de videoconferencia, a través de procurador judicial habilitado formalmente para transigir o a través de procurador común. La presencia de las partes no posee una función formal, pues el art. 79 del COGEP permite al juzgador el autorizar que las partes intervengan personalmente, presentando en forma libre sus propuestas y sustentos. En tales casos, el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.

Respecto al segundo postulado del principio, el cual se refiere a la imprescindible presencia del juez en aquellas fases en que se haya establecido el contacto directo con las partes, también se encuentra consagrado por el COGEP. Los arts. 12 y 80 ordenan que el juez dirigirá las audiencias, mientras que el art. 160 ordena que el juzgador dirigirá el debate probatorio. Estos mandatos generales son desarrollados por varias normas adicionales, así, el art. 81 manda que el juzgador que inicie una audiencia debe dirigirla y permanecer en ella. Su ausencia injustificada, por mandato de esta norma, dará lugar a la nulidad no subsanable de la diligencia. En lo que hace relación al desarrollo mismo de las pruebas, el postulado se concreta en la regulación de varios medios probatorios. En efecto, el COGEP regula la presencia y participación del juzgador en la ejecución de la prueba testimonial –art. 177 y 178–, pericial –art. 222– e inspección judicial –art. 228 y 230–

Respecto al tercer postulado rector del principio de inmediatez, en virtud del cual el juez que resuelva la causa debe ser el que mantuvo los contactos directos con los partícipes del proceso, el COGEP no lo prevé de manera expresa. No obstante, en atención al modelo

híper concentrado observado por la normativa ecuatoriana, que establece la obligatoriedad de resolver el caso en la misma comparecencia –art 93–, entendemos se aseguraría la observancia de este postulado. El problema se presentaría si, aplicando su poder excepcional, el juzgador suspendiera la audiencia para analizar el caso y emitir, hasta después de 10 días, su resolución oral y, dentro de dicho plazo, una circunstancia superviniente le impidiera reinstalar la audiencia y resolver el caso –renuncia intempestiva de la judicatura, enfermedad, muerte, etc.–. El COGEP no prevé una solución a esta circunstancia que ciertamente resulta de una naturaleza extraordinaria, pero podría efectivamente producirse. Los mandatos que al respecto posee la LEC –arts. 199 y 200– y que se refieren a la obligatoriedad de celebrar una nueva vista, que deberá ser presenciada por el juez que sustituya al impedido, consideramos comporta una adecuada vía para superar esta circunstancia de llevar a verificarse. Ya en nuestro epígrafe I.4.1.3.a hemos sostenido la conveniencia de ponderar la inmediación por encima de la economía y celeridad en casos de excepción como los que hemos expuesto, por lo que nos remitimos a dicha parte de nuestro trabajo en este punto.

Consideramos que el COGEP, a través de varios de sus mandatos, observa los postulados básicos del principio de inmediación. Se extraña, sin embargo, un especial cuidado en la previsión de normas que garanticen de una manera efectiva la observancia del principio. Como hemos señalado en los párrafos precedentes, varios casos que pudieran verificarse no se encuentran normados, a diferencia de lo que ocurre en la LEC, cuerpo normativo que en mayor detalle garantiza la observancia de la inmediación. En todo caso, de concretarse los mandatos generales que contiene el COGEP, el principio se vería observado y sus beneficios podrían informar debidamente al proceso. En el caso ecuatoriano, entonces, toma mayor sentido el rol protagónico del cuidado de la inmediación que le corresponde al juzgador, en concierto con los partícipes del proceso.

- **Concentración**

El COGEP ha implementado un modelo tradicional de juzgamiento por audiencias, donde se pretende reunir la práctica de la mayor cantidad de actos procesales en la o las comparecencias que prevea el trámite. De allí que la estructura de los procedimientos previstos en la legislación ecuatoriana observen, en la generalidad de los casos, los postulados del principio de concentración. De hecho, ciertas normas que se relacionan a la emisión de las sentencias, como veremos en párrafos subsecuentes, llegan a aplicar un modelo híper concentrado, cuya conveniencia será materia de nuestro análisis.

Al igual que ocurre con el caso español, el COGEP prevé un procedimiento sumario que concentra en una sola comparecencia la tramitación de todo el caso, desde las cuestiones previas hasta las de fondo, con el debido desarrollo del período probatorio y la resolución de la contienda –art. 332 y ss–. Así mismo, el procedimiento ordinario presenta un diseño

concentrado, porque, si bien su trámite se divide en dos audiencias, las estructuras de las mismas son ciertamente concentradas. En la primera comparecencia se atiende todo lo relativo a las cuestiones previas, proposición de argumentos y pruebas, así como la calificación de estas últimas. En la segunda, se practican las pruebas, se presentan las conclusiones del caso y se emite la resolución –art. 289 y ss–. El tratamiento unificado de las cuestiones previas en los dos procesos declarativos que prevé, constituye una de las maneras en que el COGEP observa los postulados del principio de concentración.

Aparte de la estructura misma de los procedimientos, una de las principales regulaciones que consagran la concentración es aquella que, de modo similar a lo que establece la LEC, proscribire la dispersión procesal que genera la impugnación de resoluciones no definitivas con efecto suspensivo, particular que es implementado por el COGEP. El recientemente derogado CPC ecuatoriano preveía la posibilidad de impugnar en apelación con efecto suspensivo a las resoluciones no definitivas –art. 323–, lo cual generaba graves dilaciones de los procesos. De hecho, algunos abogados utilizaban esta posibilidad como proterva estrategia litigiosa, para agotar a sus contrapartes con procesos que podían durar años solamente en primera instancia. Esta circunstancia fue superada por el COGEP con la puesta en vigencia de un nuevo efecto para el recurso de “apelación”, el cual es el denominado “diferido” –art. 261–. En atención a este, las resoluciones no definitivas que generen gravamen a la parte podrán ser “impugnadas” pero la tramitación de la causa no se ve suspendida. De hecho la “apelación” con efecto diferido no es una verdadera impugnación sino una mera constancia procesal que la parte realiza respecto del gravamen que le genera una actuación del juzgador, a fin de no convalidarla y poder, de esta manera, utilizarlo como fundamento del auténtico recurso de apelación que se interponga en contra de la resolución definitiva. Si bien la finalidad perseguida con la adopción del efecto “diferido” de la “apelación” de las resoluciones de trámite resulta adecuada, el haber optado por tal denominación para la constancia procesal de agravio genera inconvenientes. En efecto, el instituto se restringiría únicamente a la primera instancia y no se lo podría utilizar en la segunda, donde no cabe la apelación de la apelación pero ciertamente pueden existir circunstancias que generen la necesidad de que la parte deje sentado una declaratoria de agravio con miras a una eventual impugnación en casación por motivos formales.

En lo que hace relación con el momento procedimental de la emisión de la sentencia, el COGEP observa un modelo híper concentrado, pues ordena que la resolución definitiva deba emitirse al final de la única comparecencia, en el caso de los procedimientos sumarios, o al final de la audiencia de juicio en los procedimientos ordinarios. Es claro que esta regulación observa puntillosamente los mandatos teóricos del principio de concentración, mas debemos recordar que no siempre la rigurosa observancia de los postulados teóricos más extremos de un principio o de una forma procedimental reportan beneficios al proceso. Hemos analizado ya que las dimensiones más puristas de oralidad y escritura comportan complicaciones antes que soluciones –acápites I.2.3.1 y I.2.3.2–, ocurriendo lo propio con

los principios. En nuestro criterio, y esto lo hemos sostenido ya en nuestro epígrafe I.4.2.2, el riesgo de que el juez emita una sentencia “precipitada” si se le exige resolver el caso ni bien concluido el debate es elevado. La apreciación de este riesgo nos parece del todo justificada, pues luego de una comparecencia, la fatiga puede dar lugar a graves improvisaciones. Por ello resulta adecuado aplicar los postulados de este principio de una manera razonable como lo regula la ley procesal española. Aún en aquellos procedimientos en entero concentrados donde todos los actos procesales se desarrollan en una sola comparecencia, el juez debería tener como regla general la oportunidad de meditar por un breve tiempo sobre el caso, recapitular ideas, impresiones y así confirmar, matizar o incluso cambiar, de ser el caso, el juicio íntimo al que hubiese arribado dentro de las comparecencias. Debería existir también la posibilidad, por excepción, que el juez que considere haber recaudado a satisfacción todos los elementos de convicción necesarios y haber formado su juicio de manera cabal, pueda resolver el caso en el mismo acto. Sin embargo, en el caso ecuatoriano la regulación es totalmente contraria, es decir, la regla es la resolución inmediata y la excepción es la suspensión de la comparecencia –COGEP, art. 93–.

Ahora bien, esta rigurosa observancia de los mandatos del principio de concentración respecto del momento procedimental de la emisión de la sentencia no solo genera el riesgo de precipitación, sino que, además, genera algunos inconvenientes respecto del recurso de apelación. En efecto, la sentencia que se emite al final de la audiencia será oral y si bien debe contener un “pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto” –COGEP, art. 94.1–, la motivación exhaustiva de la misma se deberá contener en la sentencia escrita que deberá ser emitida dentro del plazo de 10 días de pronunciada la sentencia oral –COGEP, art. 95.7–. La apelación de las sentencias de primera instancia debe ser interpuesta verbalmente en la misma audiencia una vez emitida la sentencia oral –COGEP, art. 256–; sin embargo, puede darse el caso de que una parte se encuentre conforme con el sentido del fallo oral, pero no con las consideraciones del mismo constantes en el fallo escrito. Ante la falta de regulación expresa sobre casos como el descrito, la parte perdería la posibilidad de apelar por efecto de la preclusión de su poder procesal. Por razones como esta, también consideramos conveniente que las resoluciones definitivas deberían siempre emitirse por escrito dentro de un corto período posterior a la celebración de la audiencia respectiva, dando plena oportunidad al juzgador de realizar su tarea sin presiones y dando a las partes la plena seguridad respecto a todos los extremos de la decisión.

Regulaciones sobre concentración también las encontramos en el art. 76, que dispone que el juzgador no puede suspender los términos judiciales más allá de ocho días hábiles, siempre que la suspensión se la solicite por motivos de fuerza mayor, caso fortuito, enfermedad grave o impedimento físico o por calamidad doméstica, siempre que al solicitar la suspensión se acompañen pruebas. El art. 79, por su parte dispone que cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización; dichos recursos habrán de resolverse en la misma audiencia. El

art. 82, que se refiere a la posibilidad de suspender las audiencias ya iniciadas, cuando “concurran razones de absoluta necesidad”, dispone que tal suspensión no podrá ser mayor a dos días hábiles; y cuando el motivo sea atribuible a fuerza mayor o caso fortuito comprobado, la suspensión no podrá ser mayor a diez días hábiles. Respecto a la prueba para mejor resolver, el juez puede ordenarla de oficio y por este motivo la audiencia puede ser suspendida hasta por quince días hábiles. También son 10 días hábiles los que el juez puede suspender la audiencia “excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite”, previo a dictar sentencia –art. 93–. En relación a la prueba documental, la alegación de falsedad de documento generará un incidente que por mandato legal, no se sustanciará por cuerda separada sino en el mismo proceso y será resuelto en la propia vista –art. 198–.

Es claro que el COGEP opta por un procedimiento concentrado como imprescindible complemento de los afanes de intermediación que propugna. Si bien en ocasiones el modelo se presenta híper concentrado o adopta institutos de una manera equívoca,³⁰⁵ no es menos cierto que en la generalidad de los casos la regulación de la ley adjetiva ecuatoriana toma una correcta consonancia con los postulados del principio de concentración.

- **Celeridad**

Dos son los principales postulados del principio de celeridad que hemos estudiado: la previsión de plazos razonables y la proscripción de dilaciones. La estructura procedimental que ha implementado el COGEP prevé una duración razonable para los procesos. Así, el trámite ordinario debería tener una duración máxima de 120 días hábiles, con dilatados períodos de 30 días hábiles para la preparación de la defensa y para la actuación de pruebas que ameriten realizarlas fuera de la oficina judicial –art. 289 y ss–. De observarse los tiempos legales, que en la realidad resulta una quimera, la primera instancia en este tipo de procedimientos no debería llevar más de 6 meses. En cuanto al trámite sumario, este debería tener una duración máxima de 65 días hábiles de conformidad con la previsión del COGEP –art. 332 y ss–. Los tiempos antes mencionados podrían ampliarse hasta en 10 días si existieran circunstancias por las cuales se suspenda la celebración de una comparecencia, sea por pedido justificado de las partes o sea por orden del juez. Consideramos que la previsión de los tiempos procedimentales no resulta excesiva y que de observársela, la celeridad judicial que ha sido un reclamo de la sociedad ecuatoriana se vería satisfecha.

Respecto a las dilaciones indebidas, el COGEP prevé algunas normas que pretenden proscribirlas. Así, el art. 3 dispone que el juzgador “ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias”. El art. 65 ordena que las resoluciones judiciales deben notificarse dentro de las 24 horas siguientes

³⁰⁵ Nos referimos a la obligación de sentenciar de forma oral al final de la audiencia y a la denominación de “apelación con efecto diferido” de la protesta por agravio, respectivamente.

a su pronunciamiento; su incumplimiento acarreará sanciones conforme con lo determinado en la ley. El art. 82, por su parte, dispone que la inobservancia de los tiempos legalmente previstos para la ejecución de los distintos actos procesales por el juzgador o las partes, será sancionada conforme con la ley. En lo que hace relación con el tiempo establecido por la norma para que el juez dicte sentencia, el art. 93 manda que su incumplimiento sea “sancionado conforme con lo dispuesto por la ley”. En el caso del recurso de hecho, si el juez eleva indebidamente el proceso al superior en virtud de un recurso improcedente, al art. 279 ordena que se le impondrá la “sanción correspondiente”. Las sanciones a las que reiteradamente se refiere el COGEP no se encuentran establecidas en dicho cuerpo normativo, siendo necesario recurrir al COFJ para encontrarlas. Este cuerpo normativo tipifica como infracciones leves, entre otras, a “incurrir en negativa o retardo injustificado leve en la prestación del servicio que está obligado” –art. 107.5–; los funcionarios judiciales que incurran en esta infracción serán sancionados con amonestación escrita o sanción pecuniaria. Dentro de las infracciones graves se incluye la no notificación oportuna de resoluciones –art. 108.9–; la sanción establecida por esta infracción es la suspensión sin sueldo del ejercicio del cargo por el tiempo que se determine en la resolución. Finalmente, como infracciones gravísimas, se tipifica además de otras, el no comparecer a audiencias, excepto por caso fortuito o fuerza mayor –art. 109.17–; se sanciona este tipo de infracciones con la destitución.

Por otro lado, un importante aporte a la celeridad de los procesos ha sido el que la normativa adquiera consonancia con los avances tecnológicos. Así, el COGEP prevé que “las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible” –art. 4–. Cuando el juzgador requiera información de las partes o de terceros, estarán “obligadas a proveerla de manera inmediata y clara haciendo uso de los medios tecnológicos más eficientes” –art. 71–. El art. 115 del COGEP establece la regulación del expediente electrónico, definiéndolo como “el medio informático en el cual se registran las actuaciones judiciales. En el expediente electrónico se deben almacenar las peticiones y documentos que las partes pretendan utilizar en el proceso.” Ordena el COGEP que las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los expedientes electrónicos deben estar “protegidos por medio de sistemas de seguridad de acceso y almacenados en un medio que garantice la preservación e integridad de los datos.” En concordancia con el art. 115, el 116 dispone que las actuaciones procesales podrán realizarse a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología. Abunda el art. 118 al prever que las actuaciones realizadas por o ante el juzgador “se registrarán por cualquier medio telemático instalado en las dependencias judiciales, a fin de garantizar la conservación, reproducción de su contenido y su seguridad”, debiendo ser incorporadas a la base de datos del sistema de actuaciones judiciales dentro del correspondiente expediente electrónico. El COGEP concluye su previsión de los registros electrónicos de los actos

procesales estableciendo varias reglas respecto a cómo se lo efectuará, ponderando siempre la integralidad del registro y el acceso público a sus contenidos –art. 119–.³⁰⁶ Si bien no con la especificidad de la más reciente reforma española a la que nos hemos referido en el epígrafe I.4.1.3.c, el COGEP manda se observe el uso de la nueva tecnología para el ahorro de recursos y ciertamente para el ahorro de tiempos, dinamizando el juzgamiento a través del registro tecnológico de los actos procesales sobre todo en las comparecencias, con lo cual se abandonan las transcripciones mecanográficas de las intervenciones, que entorpecían el adecuado devenir de las actuaciones en este tipo de diligencias.

Desde la perspectiva normativa, los plazos legales establecidos por la ley ecuatoriana son razonables y, de ser el procedimiento conducido de una manera adecuada, podrían incluso ser considerados óptimos; recordemos que en la exposición de este epígrafe nos hemos referidos a los máximos plazos que la ley otorga para la realización de los actos procesales, pudiendo dichos plazos ser menores. En este punto, si bien la regulación del COGEP debería ser exhaustiva para asegurar la observancia de los tiempos legales en la mayor medida posible, así como para que se proscriban efectivamente las dilaciones indebidas, reconocemos que resultaría suficiente de ser aplicada por los distintos operadores de justicia para brindar celeridad al procedimiento.

- **Preclusión**

Consideramos a la preclusión uno de los principios procedimentales más importantes, pues su observancia redundaría en un trámite fiable para las partes; en el cual es posible conocer cuáles son los poderes procesales que asisten a las partes, así como la forma en que deben ser ejercidos. La certeza en cuanto al momento de la producción de los actos procesales deviene en una garantía del principio jurídico natural de igualdad y redundaría en el cuidado que las partes deben poseer al actuar en un proceso. Si bien la forma oral resulta más elástica que la escrita, a nuestro criterio amerita mayor cuidado en cuanto a los tiempos y oportunidades procedimentales, pues lo contrario podría traer la anarquía al debate. La observancia de la preclusión evita el que, bajo pretexto de la elasticidad de la oralidad, se introduzcan argumentaciones o pruebas extemporáneas –estrategias de sorpresa–, lo cual no solo afectaría al orden procedimental sino sobre todo al ejercicio del derecho a la defensa.

³⁰⁶ COGEP “Art. 119.- Registro electrónico de actos procesales. El registro electrónico se realizará conforme con las siguientes reglas: 1. Se sentará razón electrónica de todas las diligencias, actuaciones y audiencias. 2. Se empleará los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado con el fin de que estén al alcance de las partes procesales, de preferencia grabaciones digitales y comunicaciones electrónicas. 3. Al finalizar una audiencia se sentará una razón en la que conste el número de expediente, fecha, lugar, nombre de los sujetos procesales asistentes, la duración de la misma y la decisión adoptada, todo lo cual, se ingresará junto con el registro de las audiencias al expediente físico y digital.”

El COGEP no contiene de manera expresa una regla general respecto a la preclusión. De hecho, este código dispone el orden de los actos procesales sin reparar mayormente, salvo algunos casos, en las consecuencias de que dicho orden no se observe. No consideramos que se haya pretendido establecer un modelo procedimental laxo en cuanto a la producción de los actos procesales, pues como queda anotado, el orden que se establece para las actuaciones es claro. Ocurre, a nuestro criterio, que el legislador ecuatoriano nuevamente dio por entendido las consecuencias de la realización inoportuna de actuaciones, conducta que le lleva a omisiones que consideramos inadecuadas, por decir lo menos. Los mandatos que establecen un régimen preclusivo en el COGEP se refieren a los efectos de la falta de comparecencia a las audiencias, donde quien presentó la demanda no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono. Si quien deja de asistir es el demandado, se entiende en todos los casos que “pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos” –art. 87–. En cuanto a la prueba documental, cuando las partes la posean al momento de presentar la demanda, contestación, reconvencción o contestación a la reconvencción, deberá ser adjuntada a tales actuaciones. La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se presente o no adjunte o anuncie no podrá introducirse en la audiencia –art. 159–. La valoración de la prueba posee también un parámetro preclusivo; así, “para que las pruebas sean apreciadas por el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código” –art. 164–.

Respecto a la regulación del procedimiento ordinario, el art. 292 ordena que con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento de los términos previstos para dicha actuación, se convocará a la audiencia preliminar. Por su parte, el art. 294 y el art. 297 establecen las reglas y el orden de producción de los actos procesales en la audiencia preliminar y en la audiencia de juicio, respectivamente; regulaciones que si bien no contienen mandatos expresos sobre preclusión, si revelan los postulados del principio al determinar la secuencia de los distintos actos que juzgador, partes y terceros deben observar durante el desarrollo de las comparecencias.³⁰⁷ Respecto de la resolución de excepciones, el

³⁰⁷ COGEP “Art. 294.- Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: 1. Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia. 2. La o el juzgador resolverá sobre la validez del proceso, la determinación del objeto de la controversia, los reclamos de terceros, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, con el fin de convalidarlo o sanearlo. La nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provocar indefensión. Toda omisión hace responsables a las o los juzgadores que en ella han incurrido, quienes serán condenados en costas. 3. La o el juzgador ofrecerá la palabra a la parte actora que expondrá los fundamentos de su demanda. Luego intervendrá la parte demandada, fundamentando su contestación y reconviniendo de considerarlo pertinente. Si la parte actora es reconvenida, la o el juzgador concederá la palabra para que fundamente su contestación. Si se alegan hechos nuevos, se procederá conforme a este Código. 4. La o el juzgador, de manera obligatoria, promoverá la conciliación conforme a la ley. De darse la conciliación total, será aprobada en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. 5. En caso de producirse una conciliación parcial, la o el juzgador la aprobará mediante auto que causará ejecutoria y continuará el proceso sobre la materia en que subsista la controversia. 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un

COGEP dispone que si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos dentro del término de seis días, otorgando a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvencción por no presentada. Así mismo, si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litisconsorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo

centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido. 7. Concluida la primera intervención de las partes, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará la audiencia, para lo cual las partes deberán: a) Anunciar la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio. Formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba de la contraparte. b) La o el juzgador podrá ordenar la práctica de prueba de oficio, en los casos previstos en este Código. c) Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba. d) La o el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba conducente, pertinente y útil, excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código, y que fueron anunciadas por los sujetos procesales. e) Para el caso de las pruebas que deban practicarse antes de la audiencia de juicio, la o el juzgador, conjuntamente con las partes, harán los señalamientos correspondientes con el objeto de planificar la marcha del proceso. f) Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados. La o el juzgador fijará la fecha de la audiencia de juicio. 8. Concluidas las intervenciones de los sujetos procesales la o el juzgador comunicará motivadamente, de manera verbal, a los presentes sus resoluciones, inclusive señalará la fecha de la audiencia de juicio, que se considerarán notificadas en el mismo acto. Se conservará la grabación de las actuaciones y exposiciones realizadas en la audiencia. Las manifestaciones de dirección de la 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 prejuzgamiento. Por esta causa, la o el juzgador no podrá ser acusado de prevaricato, recusado, ni sujeto a queja. La o el secretario elaborará, bajo su responsabilidad y su firma, el extracto de la audiencia, que recogerá la identidad de los comparecientes, los procedimientos especiales alternativos del procedimiento ordinario que se ha aplicado, las alegaciones, los incidentes y las resoluciones de la o el juzgador.” “Art. 297.- Audiencia de juicio. La audiencia de juicio se realizará en el término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar, conforme con las siguientes reglas: 1. La o el juzgador declarará instalada la audiencia y ordenará que por secretaría se de lectura de la resolución constante en el extracto del acta de la audiencia preliminar. 2. Terminada la lectura la o el juzgador concederá la palabra a la parte actora para que formule su alegato inicial el que concluirá determinando, de acuerdo con su estrategia de defensa, el orden en que se practicarán las pruebas solicitadas. De igual manera, se concederá la palabra a la parte demandada y a terceros, en el caso de haberlos. 3. La o el juzgador ordenará la práctica de las pruebas admitidas, en el orden solicitado. 4. Las o los peritos y las o los testigos ingresarán al lugar donde se realiza la audiencia, cuando la o el juzgador así lo disponga y permanecerán mientras presten su declaración. Concluida su declaración se retirarán de la sala de audiencias pero permanecerán en la unidad judicial, en caso de que se ordene nuevamente su presencia para aclarar sus testimonios. 5. Las o los testigos y las o los peritos firmarán su comparecencia en el libro de asistencias que llevará la o el secretario, sin que sea necesaria la suscripción del acta. 6. Actuada la prueba, la parte actora, la parte demandada y las o los terceros de existir, en ese orden, alegarán por el tiempo que determine equitativamente la o el juzgador, con derecho a una sola réplica. La o el juzgador, de oficio o a petición de parte, podrá ampliar el tiempo del alegato según la complejidad del caso y solicitará a las partes las aclaraciones o precisiones pertinentes, durante el curso de su exposición o a su finalización. 7. Terminada la intervención de las partes, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción debiendo reanudarla dentro del mismo día para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código.”

apercibimiento de tener por no presentada la demanda –art. 295–. Según apreciamos, en este caso la consecuencia de no observar la carga de subsanar oportunamente los vicios en la demanda o en la comparecencia es expresa y se traduce en considerar como no presentada la demanda. Finalmente, respecto a la necesaria comparecencia de los peritos a la audiencia de juicio, el art. 222 establece que en caso de inasistencia injustificada “su informe no tendrá eficacia probatoria y perderá su acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura”.

Considerando la manera en que el COGEP prevé los postulados del principio de preclusión, concluimos que el legislador ecuatoriano ha descuidado la regulación de esta materia. Insistimos en que no se ha optado por un régimen laxo de preclusión, pues resulta claro que inspira al código ecuatoriano la adecuada ordenación de los actos procesales, mas no se encuentran previstas regulaciones generales sobre las consecuencias que acarrearía el no ejercicio oportuno de poderes y cargas procesales. Las regulaciones específicas respecto a la preclusión resultan limitadas y ciertamente insuficientes. La escasez de contenidos normativos respecto a esta materia demuestra, a nuestro criterio, una labor legislativa descuidada que coloca a los distintos operadores de la administración de justicia a aplicar los postulados del principio y doctrina ante la verificación de circunstancias que debiendo encontrarse claramente normadas, no lo están. Tratándose de materia procesal, resulta desaconsejable la labor poco exhaustiva del legislador ecuatoriano, levedad que puede redundar en inseguridad jurídica para jueces y litigantes, particular que amerita una urgente atención a nivel de reforma normativa.

- **Economía**

El principio de economía se nos presenta con dos postulados básicos: la economía de esfuerzos y la economía de gastos, según lo analizamos en el epígrafe I.2.2.5. La observancia del principio de economía por parte del COGEP, en estas sus dos dimensiones, amerita una serie de análisis y comentarios que procedemos a desarrollar.

En lo que hace relación con el postulado de economía de esfuerzos, el modelo oral que establece la ley adjetiva ecuatoriana sigue la estructuración de los procedimientos mediante dos comparecencias en el caso del trámite ordinario y de una sola en el caso del trámite sumario. Se pretende que el proceso se resuelva de manera expedita y con la mayor sencillez posible, sin abrumadores requisitos ni complicados trámites. Esta aspiración parecería concretarse en la regulación de la primera instancia, donde los trámites tienden a ser simples, los requisitos de acción y excepción establecidos resultan pertinentes y el orden establecido para la producción de los actos procesales es, en general, claro.³⁰⁸ Sin embargo, en la segunda instancia y en la fase extraordinaria del proceso se ha establecido un trámite que genera

³⁰⁸ Con las deficiencias en cuanto a regulaciones expresas sobre preclusión, que hemos analizado en la letra anterior.

inútiles esfuerzos para los litigantes y administradores de justicia, en evidente inobservancia del principio de economía y de la racionalidad del juzgamiento oral. Nos referimos al mandato legal de celebrar forzosamente una audiencia –vista– en todos los casos en que se tramiten recursos de apelación y casación.

En esta clase de recursos el debate está llamado a ser escrito, principalmente por la imposibilidad general de introducir nuevas pruebas.³⁰⁹ Por ello, el forzar la celebración de un acto que no será otra cosa que la repetición de los argumentos de impugnación ya constantes en los escritos de fundamentación de los recursos, resulta del todo gravoso. Así, los jueces deberán fijar día y hora para la comparecencia, los abogados deberán acoplarse a la fecha del llamado judicial y deberán preparar, aun cuando sea de forma mínima, su exposición en la diligencia, exposición que no será otra cosa que la mera repetición de lo previamente dicho por escrito. Al respecto, debemos recordar que en atención a los mandatos de los principios dispositivo y de preclusión, los litigantes no podrán introducir en la audiencia nada nuevo ni diferente al debate del recurso.³¹⁰ Por estas circunstancias, la inutilidad práctica de este tipo de comparecencias resulta perjudicial en cuanto a tiempos y también en cuanto a recursos, tanto para el erario nacional como para el litigante.

En este punto cabe referirnos al segundo de los postulados del principio de economía, este es, la economía de gastos. Según analizamos en el acápite I.3.1.5, la oralidad no constituye por sí misma una forma procedimental barata, empero con su implementación se aspira el mejoramiento de la calidad de los fallos y su emisión más breve, lo cual justifica que se opte por ella aun cuando sus costos resulten más elevados. Considerando este particular y propendiendo siempre a que los ciudadanos no vean impedido el acceso a la justicia por los costos que ella demanda, al legislador le corresponde la delicada tarea de diseñar un procedimiento lo menos gravoso posible desde la perspectiva económica. En el caso del COGEP, no identificamos un criterio legislativo general que propenda al abaratamiento de los costos que directa o indirectamente ocasiona el procedimiento. Existen, no obstante, normas dispersas que consideramos se sintonizan con los postulados de la economía de gastos, así: El art. 4 dispone que “las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible”; al permitir la presencia virtual de los comparecientes se evitan gastos de movilización y las pérdidas económicas que puede ocasionar el que una persona se traslade de un sitio geográfico a otro para asistir a una audiencia.

³⁰⁹ De manera excepcional se podrá solicitar la práctica de nuevas pruebas en el caso del recurso de apelación, siendo la regla general el que no se puede actuar prueba en segunda instancia –COGEP, art. 285–.

³¹⁰ Esta circunstancia que resulta indiscutible, lamentablemente no está establecida de manera expresa por el COGEP, siendo otro de tantos ejemplos donde la ligereza al momento de legislar produce vacíos en la ley adjetiva que deben ser llenados sobre la base de la aplicación de principios y otras máximas teóricas.

El art. 116 dispone que las actuaciones procesales pueden realizarse a través de “medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología”, lo que abre la posibilidad a que los impulsos procesales u otro tipo de comunicaciones con el juzgador puedan realizarse por medios electrónicos y no por escrito. Eso se encuentra expresamente confirmado por el art. 117 que prevé que “a las peticiones y demás actos de impulso procesal que se realicen por medio electrónico se acompañarán digitalizados o escaneados documentos de diversa procedencia, estructura y formatos, textos, sonido e imágenes.” En caso que los anexos sean de un volumen o calidad que inviabilice su digitalización, este mismo artículo dispone que deberán ser presentados físicamente en la unidad judicial a más tardar el día siguiente del envío de la petición electrónica. Además de este par de normas que viabilizan una comunicación expedita y económica de ciertos actos procesales, el COGEP no posee previsiones adicionales que vuelvan aplicables a los citados mandatos. Es de esperar que una reglamentación, que aún no ha sido emitida, establezca a detalle la manera en que se procederá con esta comunicación electrónica de actos procesales. Ahora bien, cabe aclarar que el COGEP no ha pretendido implementar un sistema de comunicación exclusivamente electrónico, pues prevé la existencia de varios actos procesales que necesariamente deben reducirse a escrito –demanda, contestación, sentencia–, los cuales, conjuntamente con otros que se produzcan por escrito –como por ejemplo solicitudes o constancias de las audiencias–, irán a conformar el expediente físico al que se refiere el art. 114.

Otra norma que puede identificarse con el postulado de economía de gasto es el art. 171, el cual habilita el uso de una prueba válidamente actuada en un proceso en otro, mediante la concesión de una copia certificada. Si bien es necesario la obtención del ejemplar certificado, en ocasiones esto puede resultar más conveniente que volver a obtener las pruebas aportadas previamente a otro expediente. El art. 202 por su parte, da valor probatorio a documentos públicos o privados digitalizados que se agreguen al expediente electrónico, considerándolos como originales. Deben los aportantes conservar los originales para exhibirlos en la audiencia de juicio o cuando el juzgador lo solicite. Una regulación importante que va a tono con los postulados de economía de gasto es la contenida en el art. 295,³¹¹ el cual regula la resolución de las excepciones previas en la vista. El legislador

³¹¹ COGEP “Art. 295.- Resolución de excepciones. Se resolverán conforme con las siguientes reglas: 1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo. 2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos dentro del término de seis días, otorgando a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvencción por no presentada. 3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litisconsorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes. 4. Si el asunto es de puro derecho se escuchará las alegaciones de las partes. La o el juzgador emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito. Terminados los alegatos, la

ecuatoriano se ha decantado por un régimen de subsanación de vicios formales, con lo cual se consigue que las acciones defectuosas no sean desechadas en aquellos casos en que pudieren ser corregidas; esto se traduce en ahorro para los litigantes y para el erario público, esto último pues el juzgador no deberá cerrar el caso, para luego, seguramente, abrir uno nuevo, calificar la acción, ordenar se proceda nuevamente con las citaciones, etc.

Así como existen disposiciones que propenden un procedimiento más conveniente desde la perspectiva económica, también existen normas que torpedean al principio. Retomando el tema previamente analizado en este mismo apartado y que se refiere directamente con el tema de esta tesis, el hecho de que se prevea la celebración obligatoria de una vista en todos los casos en que se tramiten recursos de apelación y casación, cargan tanto a la administración de justicia como a los litigantes de un trámite estéril y por tanto, tornan en inoficioso a los gastos que con ocasión de tales diligencia se deban incurrir. Cabe preguntarse: ¿qué se consigue con la celebración de una vista en recursos como el de apelación y casación? Como señalamos con anterioridad, ya que nada nuevo se puede aportar al debate en la audiencia, lo máximo que se consigue es que el letrado realice una exposición verbal acaso más lucida que su previa exposición escrita y ello le pueda resultar beneficioso. Sin embargo, ponderar las dotes oratorias por encima de la dinámica de los recursos de apelación y casación dentro de un trámite oral, y por sobre los principios de economía y de inmediación –bien entendido– nos resulta del todo absurdo. El principio de inmediación no se basa en la mera presencia física de las partes, sino una verdadera interacción entre todos los partícipes del proceso, de la cual el juzgador pueda obtener mayores y, sobre todo, mejores elementos de convicción respecto del asunto para la formación de su juicio. En el caso de impugnaciones verticales dentro de un proceso oral, el juzgador superior adopta un papel auditor respecto de los vicios que han sido denunciados por las partes, en relación a actuaciones que no fueron realizadas ante él. El contacto que pueda tener con los recurrentes en poco o en nada le abona para realizar el análisis de los fundamentos de la impugnación, en relación a lo resuelto por el inferior. Acaso de donde podrá extraer ciertos elementos de juicio adicionales es de la grabación de las comparecencias realizadas ante el juez inferior.

Para mejor proveer,³¹² por excepción el juzgador podría acudir a las partes para, por ejemplo, despejar dudas respecto a significaciones de los argumentos de impugnación y, en aquellos casos, nos resulta comprensible la convocatoria oficiosa a una audiencia; mas, el que se prevea con carácter obligatorio la celebración de la comparecencia en apelación y casación, sin otra consideración que la implementación del sistema oral en todas las instancias y fases del proceso –como prevé la Constitución ecuatoriana–, nos parece un

o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción, debiendo reanudarla para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código.”

³¹² Con los límites que aquella facultad posee dentro de trámites dispositivos.

criterio equívoco que atenta contra el principio de economía, tanto de esfuerzos como de gastos.

Como conclusión de este análisis, señalaremos que el COGEP observa los postulados del principio de economía, tanto el de esfuerzos como el de gastos, en cuanto a la regulación de la primera instancia. Si bien ameritaría un mayor desarrollo y una a mejor articulación, existen mandatos que pretenden estructurar procedimientos simples, así como abaratar ciertos costos propios de las contiendas judiciales. El grave problema en cuanto a la concreción de este principio está en la regulación de la segunda instancia y de la fase extraordinaria de casación, que según hemos expuesto, ordena la celebración obligatoria de una vista que, muy poco o nulos beneficios puede aportar a la resolución de la impugnación, mas sí encarece evidentemente al proceso tanto en esfuerzos como en costos. Urge una reforma legal a fin de que las vistas en apelación y casación únicamente constituyan una fase extraordinaria a ser convocada por excepción, cuando justificadas causas legitimen su realización.

- **Publicidad**

Según hemos expuesto en nuestros epígrafes I.2.2.6, I.3.1.6 y I.4.1.3.f, la publicidad posee varias dimensiones, por lo que puede ser estudiada desde varias perspectivas. Primero que todo constituye un derecho humano y así entendida, reúne características similares a las de un principio jurídico natural del proceso. Así también, la publicidad posee postulados respecto a la estructura, organización y dirección de los trámites, a fin de garantizar derechos como el de la defensa y el control social de la administración de justicia; así comprendida la publicidad deviene en un principio del procedimiento.

Son varias las disposiciones que contiene el COGEP respecto a la publicidad, iniciando por el art. 8 que prevé que “la información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas.” Este mandato demuestra la disposición del legislador de consagrar la publicidad procedimental externa, permitiendo el acceso público a audiencias y expedientes. Siguiendo con los postulados generales de la publicidad, este mismo artículo contiene los criterios que legitiman el secreto, así “únicamente se admitirá aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona.” La opción por la publicidad externa es confirmada por el art. 80 del COGEP, norma que contiene los mandatos relativos a cómo el juzgador a de dirigir las comparencias. De manera expresa esta norma ordena que “el juzgador dirigirá la audiencia de tal manera que las partes y el público comprendan lo que ocurre”.

Con el curioso título “publicidad de las audiencias”, el art. 83 de la ley adjetiva ecuatoriana prevé realmente el régimen de acceso a las grabaciones de las audiencias. Se

prohíben las grabaciones particulares, así como la difusión de las audiencias por ningún medio de comunicación. Es decir, se limita la publicidad externa a la presencia física de público en general en las comparecencias, mas se proscribe la difusión masiva de sus contenidos. Luego, este artículo dispone que “las partes pueden acceder a las grabaciones oficiales”; nada refiere la norma sobre el acceso que terceros podrían tener a las grabaciones, con lo cual, se restringiría definitivamente el acceso público consagrado en el art. 8 citado en el párrafo precedente. Otra limitación a la publicidad que prevé el art. 83, pero en esta ocasión a todas luces legítima, es la prohibición de conferir copia de la grabación de la audiencia cuando “el juzgador considere que podría vulnerarse los derechos de niñas, niños, adolescentes, familia, secretos industriales o información de carácter tributario”. Finalmente, la norma advierte a los consignatarios de grabaciones de audiencias sobre la responsabilidad por el manejo abusivo de la información. La norma no prevé responsabilidades específicas, por lo que esta advertencia debería concretarse, en cada caso concreto, encasillando el abuso que se verifique con alguna conducta sancionable administrativa, civil o penalmente.

En cuanto a la publicidad interna, la cual se presenta como una garantía procedimental del derecho a la defensa, se encuentra observada de manera tácita en varios mandatos del COGEP. Así, el art. 53 prevé el régimen general de la citación al demandado, definiéndolo como “el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias [entiéndase resoluciones] recaídas en ellas.” Según apreciamos, la motivación connatural de esta norma es la publicidad interna, el dar a conocer a una persona la acción enderezada en su contra a fin de darle la oportunidad de ejercer su defensa. Con idéntica finalidad publicitaria, pero una vez trabada la litis, se prevé el régimen de notificaciones. El art. 65 dispone que la notificación es “es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales [entiéndase resoluciones judiciales].” Las notificaciones se realizarán por escrito, respecto de aquellos actos que se deben realizar necesariamente por escrito, como por ejemplo la contestación a la demanda, la reconvencción y la contestación a la reconvencción; y, de manera oral respecto de los actos procesales que se realizan en la dentro de la audiencia. Es este caso, la norma establece que “las providencias [entiéndase resoluciones] que se dicten en el curso de las audiencias y otras diligencias, se considerarán notificadas en la fecha y hora en que estas se celebren”. Esta disposición también resulta determinante para establecer la preclusión de los poderes procesales, tema especialmente delicado en procesos por audiencias y de imprescindible observancia para garantizar un trámite ordenado y leal, según lo sostuvimos en el epígrafe I.4.2.3.d.

Continuando con nuestro análisis respecto a la concreción de los postulados de publicidad interna por parte del COGEP, señalaremos que el art. 79 que prevé los mandatos generales sobre la celebración de las vistas y dispone que “el juzgador concederá la palabra a las partes, para que argumenten, presenten sus alegaciones y se practiquen las pruebas,

cuidando siempre que luego de la exposición de cada una, se permita ejercer el derecho a contradecir de manera clara, pertinente y concreta lo señalado por la contraria.” Por su parte, el art. 165 establece que las partes “tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar” con el fin de estar en capacidad de oponerse de manera fundamentada. En lo que se refiere a prueba testimonial, el art. 181 habilita la recepción de testimonios anticipados si existe grave enfermedad o imposibilidad física en los comparecientes para acudir a la audiencia en la fecha prevista, esto, “siempre que se garantice el ejercicio del derecho de contradicción de la contraparte”.

Concluyendo, la regulación del COGEP respecto a la publicidad nos resulta adecuada. Siempre perfectible como cualquier obra humana, los contenidos que se prevén, fueren expresos o tácitos, demuestran la adecuada opción del legislador ecuatoriano por un proceso público, tanto externa como internamente, está última dimensión a nuestro criterio mucho más importante considerando su carácter de garantía del ejercicio de uno de los derechos fundamentales de mayor valoración que es el de la defensa.

I.4.3. Análisis comparado de los modelos procesales de la LEC y del COGEP

Una vez que hemos analizado la manera en que los legisladores español y ecuatoriano han implementado sus reformas procesales en materia civil, conviene que realicemos un estudio comparado de tal implementación. Primero, es necesario reconocer que ambas reformas son tributarias del modelo de juzgamiento desarrollado por KLEIN durante el siglo XIX; de allí que podamos afirmar que bastante se hicieron esperar los órganos legislativos de los Estados en estudio para aplicar un sistema procesal que, si bien no perfecto o valedero para todos los casos, sí otorga en general mayores ventajas para el mejoramiento cualitativo y cuantitativo de la labor de juzgamiento. Esta demora se hace aún más evidente cuando comprobamos que los legisladores constitucionales de España y Ecuador habían optado por la observancia de la oralidad,³¹³ ya en los años 1978 y 1945, respectivamente.

El texto constitucional español se nos demuestra mesurado respecto a la oralidad, por lo que denota que el legislador entendía la naturaleza del fenómeno procesal, así como las características del procedimiento en cuanto a sus fases y, por tanto, a las necesidades propias de cada una de ellas. De allí se entiende que la Constitución española disponga que “el procedimiento será predominantemente oral” –art. 120.2–,³¹⁴ donde es expresa la opción por

³¹³ Consideramos pertinente insistir, pues ya lo hemos analizado –epígrafes I.2.3.a y I.3–, que resulta común que bajo el único concepto de “oralidad” se pretenda expresar mucho más que la mera forma de comunicación de los actos procesales. En la mayoría de ocasiones cuando se utiliza tal término realmente se tiende a identificar también al resto de características del modelo procesal kleinesiano, a saber, la intermediación, la concentración o la celeridad, entre otras.

³¹⁴ Según lo expusimos en nuestro epígrafe I.4.1, esta disposición constitucional ha sido criticada por “reglamentarista”, sin embargo, la sensibilidad y alta relevancia social de la materia procesal, nos inclina a

la comunicación verbal de los actos procesales, pero no de absolutamente todos ellos. De hecho, el uso constitucional de la variable “predominante” auspicia la tarea de interpretación del legislador ordinario, a quien corresponde la debida moderación de los distintos elementos que conforman al proceso, al momento de diseñarlo.

Por su parte, la vigente Constitución ecuatoriana, en postura a nuestro criterio equívoca, dispone que “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral” –art. 168.6–. El reglamentarismo del legislador constituyente del 2008, le llevó a disponer que absolutamente todo el proceso sea desarrollado de manera oral. Desdeñó el legislador magno ecuatoriano el principio de configuración legal del proceso, ordenando una completa oralidad procesal, pese a que las necesidades de la materia, del caso concreto o de la fase procesal específica hagan no solo conveniente, sino necesaria la escritura como medio para asegurar la tutela de los derechos a la defensa y a la igualdad, así como los principios de celeridad y economía. Es claro que los mandatos constitucionales ecuatorianos respecto a la oralidad son inadecuados. Primero, por el modelo procesal optado, esto es, la oralidad absoluta, y, segundo, por la excesiva regulación de la manera en que debía implementarse dicho modelo.

De esta manera, en lo que respecta a oralidad, evidentemente el constituyente español de 1978 tuvo un desempeño muy superior al del constituyente ecuatoriano de 2008. Aun cuando pueda ser tomado como una ligereza de nuestra parte, consideramos imprescindible una reforma a la Constitución ecuatoriana,³¹⁵ donde si bien se decante por el modelo de juzgamiento oral, tal opción se la consagre de una forma moderada, ponderando siempre la libertad del legislador ordinario de configurar al proceso a nivel legal, según las particularidades de cada materia, caso, fase o grado del mismo.

Pasando del análisis constitucional al análisis legal, debemos referirnos a la manera en que la LEC y el COGEP han implementado la forma de comunicación oral de los actos procesales, así como la estructura del trámite a través de vistas de los procesos de conocimiento. En cuanto a la forma oral, la LEC la aplica principalmente durante el desarrollo del debate de excepciones previas y el probatorio. No se la exagera, pues de manera expresa se establece que varias fases del procedimiento deben realizarse de manera escrita, tales como la demanda, la contestación a la demanda o la sentencia. Adicionalmente, con las reformas introducidas durante el año 2015, se ha permitido que el proceso denominado “verbal” sea enteramente tramitado de manera escrita, si la naturaleza del caso

pensar que una norma que contenga una regulación de este tipo no resulta ajena a los contenidos de una Constitución.

³¹⁵ Recordemos que apenas en un par siglos, la República del Ecuador ha tenido 20 Constituciones, las cuales han sido, a su vez, varias veces reformadas. De allí que en el Ecuador, una reforma constitucional o un cambio íntegro de la misma no resulta algo extraordinario, máxime con una carta magna con tantas falencias –en todo aspecto– como lo es la del 2008.

lo permite y las partes así lo solicitan. El COGEP, por su parte, a pesar del pretendido modelo completamente oral dispuesto por la Constitución ecuatoriana, aplica tan solo uno predominantemente oral. No se aplica la forma oral en todas las “fases” y “diligencias” del proceso, particular que se valora positivamente, pues la aplicación exegética de las disposiciones constitucionales habría comportado un proceso enteramente oral, que ciertamente comporta más inconvenientes que beneficios al juzgamiento –ver epígrafe I.4.2.a–.³¹⁶ De esta manera, la demanda, la contestación a la demanda y otros actos procesales deben ser reducidos a escrito. Sin perjuicio de lo anterior, el COGEP ha ordenado que los jueces deben emitir sus sentencias de manera oral al término del debate, en la misma vista de juicio –trámite ordinario– o vista única –trámite sumario–.

Esta constituye una diferencia importante entre la regulación española y la ecuatoriana. La LEC permite al juzgador una valoración detenida, reposada y razonada de los hechos, las pruebas y el Derecho que fue puesto a su consideración, pues le concede un prudente plazo de veinte o diez días, según el tipo procedimental de que se trate, contados a partir de la finalización de la vista, para la emisión de la sentencia. Esta regulación abona a un juzgamiento meditado de la causa, lo cual coadyuva al mejoramiento de la calidad del fallo. Por el contrario, y según anticipamos, el COGEP determina que el juez tiene la obligación de resolver el caso de manera oral e inmediata a la culminación del debate en la misma vista. Esta obligación podría llevar a una resolución precipitada del caso, pues, si bien se pretende que las impresiones y conocimientos adquiridos por el juez no se diluyan, se debe entender que el juzgador puede necesitar un tiempo para organizar las ideas, repensar o razonar profundamente sobre lo ocurrido, así como también puede estar afectado por el cansancio después del desarrollo de la vista. Todas estas circunstancias humanas pueden afectar negativamente a la calidad del juzgamiento.³¹⁷ En este punto, la exacerbación de la oralidad ecuatoriana resulta, a nuestro parecer, perjudicial, frente a una adecuada regulación española que es respetuosa, dicho sea de paso, con el contenido esencial de los postulados del principio de concentración y celeridad.

En cuanto a la estructura misma de los procesos de conocimiento en primera instancia, las regulaciones española y ecuatoriana presentan similitudes, con base en el modelo procesal que ambas han observado de forma general. Las dos legislaciones prevén dos procesos de conocimiento: uno compuesto por dos vistas, llamado “ordinario” tanto en España como en Ecuador; y otro compuesto por una única vista, el cual recibe el nombre de “verbal” en España y de “sumario” en Ecuador. Salvo por específicas regulaciones de cada

³¹⁶ De lo aquí anotado puede concluirse que el COGEP resulta inconstitucional, al contrariar mandatos expresos de la carta magna ecuatoriana.

³¹⁷ No debemos olvidar que si bien existe la posibilidad de que el juez ecuatoriano suspenda la comparecencia hasta por 10 días antes de emitir la sentencia, si el caso comporta complejidad, esta posibilidad es la excepción a la regla. Tal circunstancia confirma que la postura general del legislador ecuatoriano es que se emitan sentencias orales de manera inmediata, con los graves riesgos a los que nos hemos referido.

una de las legislaciones, respecto a plazos, ciertos poderes o fases procesales, no existen temas de relevancia a los cuales referirnos dentro de nuestro análisis comparado.

Finalmente, debemos dirigir nuestra atención a la manera en que la LEC y el COGEP han observado los postulados de los principios del procedimiento, particular que, a nuestro criterio, resulta más importante que la mera aplicación del debate oral, como vía para el mejoramiento del juzgamiento desde la perspectiva procedimental. En general debemos señalar que la LEC posee una regulación más exhaustiva, con normas que de manera expresa³¹⁸ o tácita consagran los distintos postulados de los principios de inmediación, concentración, celeridad, economía, publicidad y preclusión. Esto lo hemos estudiado a detalle en el epígrafe I.4.1.c y ha quedado demostrada la solvente previsión normativa tendiente a que el procedimiento constituya un medio para que las partes puedan exponer sus argumentos y pruebas, de manera que logren transmitirlos al juzgador y este, a su vez, logre recabar de forma directa, todos los elementos para formar su criterio de juzgamiento, dentro de un trámite ordenado, secuencial y, en la medida de lo posible, económico. El COGEP, por el contrario, posee una regulación que podríamos calificar como “suficiente” respecto a los postulados de los principios del procedimiento. Sobre todo la regulación es tácita antes que expresa –en lo que refiere a inmediación, concentración o celeridad– y en ciertos casos, resulta inexistente, viéndonos compelidos a realizar una labor interpretativa para entender que el trámite debe observar uno u otro principio. Esto último ocurre, por ejemplo, con el principio de preclusión. Ninguna norma del COGEP lo consagra de manera expresa, ni hace referencia a él ni a sus postulados, debiendo recurrir a la interpretación para entenderlo aplicable, en la medida en que el trámite de los procesos se organiza sobre la base de fases sucesivas.

Un punto adicional a destacar en este tema, es el cuidado del legislador español al establecer normas de aseguramiento de la observancia de los postulados de los principios procedimentales que son consagrados en la LEC. Múltiples son las normas que establecen las consecuencias jurídicas que conlleva la inobservancia de los mandatos sobre inmediación, concentración o celeridad, así como de publicidad y preclusión. Ello comporta una regulación completa del instituto, al haberse previsto su proposición jurídica completa. Por el contrario, en el caso ecuatoriano prácticamente no existen estas normas de aseguramiento. Salvo por uno o dos ejemplos relacionados con la inobservancia judicial del principio de inmediación que genera nulidad procesal –epígrafe I.4.2.c–, en el COGEP no se han tomado las medidas necesarias para otorgar seguridades a la aplicación de las normas que consagran, expresa o tácitamente, a los principios del procedimiento. La ligereza del legislador ecuatoriano redundará en una imperfecta implementación de la reforma procesal; ejemplos de este tipo de ligerezas los encontraremos de manera más que recurrente en la

³¹⁸ En la mayoría de los casos.

regulación de la impugnación de las resoluciones judiciales –capítulos III y IV–, por lo que tenemos que considerarla como una tónica dominante en tal ley.

Teniendo en cuenta todo lo anotado en el presente epígrafe, debemos concluir que el caso español se nos presenta como una legislación elaborada sobre la base del conocimiento y comprensión profunda de las distintas particularidades del sistema procesal caracterizado por el debate oral e informado por los principios de inmediación, concentración, celeridad, preclusión, economía y publicidad. Ello ha redundado en la prolija previsión de institutos, postulados, reglas y seguros para la construcción de un procedimiento que coadyuve las aspiraciones de mejora en la administración de justicia. El caso ecuatoriano, por su parte, demuestra un entendimiento no del todo solvente del fenómeno jurídico que pretende regular. Los equívocos parten del hecho de confundir a una mera forma de comunicación de los actos procesales con un principio, denominarlo de tal manera y pretender aplicarlo en tal dimensión. Esta confusión ha llevado al legislador ecuatoriano a descuidar el tratamiento de los auténticos principios procedimentales, con lo que el COGEP se nos demuestra deficitario en cuanto a la previsión de todos los postulados de la inmediación, la concentración, la celeridad, la preclusión, la economía y la publicidad.

La nueva legislación ecuatoriana amerita una reforma urgente para viabilizar la consecución de las aspiraciones que con ella originalmente se persiguieron, mismas que por los vacíos legales, se ven en grave riesgo de frustrarse. La exhaustiva regulación que la LEC posee en materia de consagración de los principios del procedimiento y de la correcta aplicación de la forma oral de comunicación de los actos procesales, consideramos, puede ser un recurso más que pertinente para la reforma que, en estos puntos, urge al COGEP.

CAPÍTULO II

LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL EN EL PROCESO CIVIL

Sumario: **II.1.** Origen y fundamento de la impugnación. **II.2.** El concepto de impugnación. **II.3.** El derecho a impugnar. **II.4.** Normativa constitucional española sobre la impugnación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. **II.5.** Normativa constitucional ecuatoriana sobre la impugnación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. **II.6.** Principios y reglas relacionadas con la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional. **II.6.1.** El principio de configuración legal del proceso. **II.6.2.** La invariabilidad de las resoluciones judiciales. **II.6.3.** El principio dispositivo y la impugnación. **II.6.4.** El principio de oficialidad y la impugnación. **II.6.5.** La doble instancia. **II.6.6.** *Non reformatio in peius*. **II.6.7.** La obligatoriedad del despacho y resolución de las impugnaciones. **II.6.8.** Principios y reglas relacionadas con la impugnación en la LEC. **II.6.9.** Principios y reglas relacionadas con la impugnación en el COGEP. **II.6.10.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los principios y reglas relacionadas con la impugnación. **II.7.** Objeto de la impugnación. **II.7.1.** Resoluciones judiciales impugnables. **II.7.1.1.** Resoluciones judiciales impugnables en la LEC. **II.7.1.2.** Resoluciones judiciales impugnables en el COGEP. **II.7.1.3.** Análisis comparado de la legislación española y ecuatoriana sobre las resoluciones judiciales impugnables. **II.7.2.** Tipos de errores o vicios objeto de impugnación. **II.7.2.1.** Tipos de errores o vicios objeto de impugnación en la LEC. **II.7.2.2.** Tipos de errores o vicios objeto de impugnación en el COGEP. **II.7.2.3.** Análisis comparado de la legislación española y ecuatoriana sobre los errores o vicios objeto de impugnación. **II.8.** La nulidad procesal. **II.8.1.** La nulidad procesal en la LEC. **II.8.2.** La nulidad procesal en el COGEP. **II.8.3.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre la nulidad procesal. **II.9.** Presupuestos generales de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional. **II.9.1.** Previsión legal del medio de impugnación. **II.9.2.** Competencia. **II.9.3.** Legitimación. **II.9.4.** Gravamen. **II.9.5.** Presupuestos generales de la impugnación en la LEC. **II.9.6.** Presupuestos generales de la impugnación en el COGEP. **II.9.7.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los presupuestos generales de la impugnación. **II.10.** Requisitos materiales y formales de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional. **II.10.1.** Requisitos materiales. **II.10.2.** Requisitos formales. **II.10.3.** Requisitos materiales y formales de la impugnación en la LEC. **II.10.4.** Requisitos materiales y formales de la impugnación en el COGEP. **II.10.5.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los requisitos materiales y formales de la impugnación. **II.11.** Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional. **II.11.1.** Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional en la LEC. **II.11.2.** Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional en el COGEP. **II.11.3.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los efectos de la admisión a trámite de la impugnación. **II.12.** Medios de impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional. **II.12.1.** El recurso. **II.12.2.** Incidente. **II.12.2.1.** El incidente en la LEC. **II.12.2.2.** El incidente en el COGEP. **II.12.2.3.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el incidente. **II.12.3.** Acciones autónomas de impugnación. **II.12.3.1.** Las acciones autónomas de impugnación en la LEC. **II.12.3.2.** Las acciones autónomas de impugnación en el COGEP. **II.12.3.3.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre las acciones autónomas de impugnación.

II.1. Origen y fundamento de la impugnación

Errar es una condición connatural al ser humano; aún los seres más sabios de nuestra especie no han estado libres de cometer equivocaciones y desaciertos. Esta afirmación, que en los presentes días es reconocida como un absoluto, siglos atrás habría sido causal de persecuciones y castigos contra quien la hubiera declarado o defendido. En épocas primitivas del desarrollo humano, la ignorancia inundó de temor al corazón de los hombres, por lo que buscaron refugio en la divinidad y en quienes consideraron eran representantes de la divinidad en la tierra. Los seres que lideraron a los hombres antiguos, preclaros en algunos casos o simplemente tenidos por tales en otros, gozaron de tal autoridad entre sus pares que su palabra constituía un mandato incontrovertible; su valía y corrección se fundamentaba en una supuesta manifestación divina. Para ejemplificar estas civilizaciones teocráticas nos referiremos a la antigua germana. Como recuerda LOZA PINTADO, para el pueblo germano primitivo la sentencia o resolución de la autoridad era una expresión de la divinidad y tenía el carácter infalible de ésta, de allí que no cabía dudas sobre su acierto.³¹⁹

En la Roma republicana, en cambio, el proceso alcanzó una dimensión laica, lo cual comportó el reconocimiento de que las resoluciones podían adolecer de errores. En esta época, pese a que las decisiones del *iudex* –funcionario público investido de potestad para administrar justicia– nacían con autoridad de cosa juzgada, ésta era puramente formal ya que podía discutirse sobre la imperfección de su contenido y, si llegaban a ser consideradas injustas, no podían obligar a las partes ya que eran tenidas por inexistentes.³²⁰ Con la caída del imperio romano de occidente y la expansión del cristianismo, surgieron a lo largo del continente europeo una multitud de Estados con sociedades de pensamiento teocéntrico. Así, en la época medieval, la autoridad del monarca se volvió a legitimar en la divinidad –las dinastías reinantes se consideraban elegidas por Dios para ostentar el poder temporal–, de allí que no sólo la palabra del monarca era la ley única sino también sus resoluciones eran consideradas como decisiones infalibles contenedoras de la verdad.³²¹ Si bien durante las épocas medieval, renacentista y moderna se desarrollaron importantes sistemas de impugnación de las actuaciones de funcionarios revestidos de jurisdicción por delegación real,³²² la decisión del monarca mantuvo su carácter de absoluta e incontrovertible, no en atención a valores sociales como la seguridad jurídica, sino por la legitimación de que la persona regia se asumía investida por el solo hecho de serlo.

³¹⁹ Cfr. LOZA PINTADO, Eduardo, *La casación en el proceso civil*, Quito, Editorial Ecuador, 1990, pág. 41.

³²⁰ *Ibidem*, pág. 66.

³²¹ Cfr. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, tomo 1, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1995, pág. 231.

³²² Por ejemplo, el recurso de alzada. Una completa reseña histórica de la evolución de este recurso la presenta ARAGONESES, Pedro y GISBERT, Marta, *La apelación en los procesos civiles*, Madrid, Civitas Ediciones, 2008, pág. 31 y ss.

Avanzados hasta el siglo XVIII, ocurrió un quiebre fundamental en la historia de occidente: la Revolución Francesa. El pensamiento ilustrado consagró la plena comprensión de la igualdad de todos los hombres, de su naturaleza falible y de la necesidad social de que los actos de las autoridades no fueran arbitrarios y se encontraran siempre ajustados a las normas legales previas, todo lo cual consagra el derecho de los miembros de un Estado a cuestionarse y a cuestionar la corrección de las actuaciones de sus mandatarios, incluyendo a los de más alto rango. Para explicar de forma más completa lo aquí anotado, consideramos necesario referirnos a la postulados de ROUSSEAU respecto al origen de la sociedad, del fundamento del Estado y del rol de los ciudadanos.

ROUSSEAU sostiene la existencia de un estado natural de las personas, caracterizado por su plena libertad y su predisposición a dominar en base a la fuerza –magnitud proclive a agotarse y a generar insatisfacción y conflictos en el grupo–. Estas circunstancias propician un estado de conflicto entre las personas, impidiendo una convivencia armoniosa, por lo que resultó necesario “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado”,³²³ siendo para ello imprescindible “la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás.”³²⁴ De esta forma surge un contrato social a través del cual las personas consienten limitar sus derechos, libertades y fuerzas con el fin de establecer un ambiente adecuado para la vida en comunidad. “Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo”.³²⁵ Se revela así la idea de una “voluntad general” como manifestación de la soberanía que regirá los destinos del grupo social. Esta soberanía legitima su existencia en la del contrato social, pues “estando formado el cuerpo soberano por los particulares asociados, no tiene ni puede tener interés contrario al de ellos”.³²⁶ Bajo este entendimiento, el cuerpo soberano –dividido en tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial– está conformado por particulares que provienen de la voluntad general y la representan –modelo democrático–, superándose de esta forma a la soberanía teocrática o impuesta por la fuerza.

³²³ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social o principios del derecho político*, Córdoba, Argentina, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 2011, pág. 45.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*, pág. 50.

³²⁶ *Ibidem*, pág. 55.

De esta manera, comprendemos que el soberano, pese a los poderes que le puedan asistir,³²⁷ únicamente constituye un mandatario del grupo social, no teniendo otra razón de ser que el encontrarse a su servicio. De hecho, el mandato que la sociedad entrega al soberano es el de regir al grupo en rigurosa observancia de las normas sociales –leyes– que para tales efectos hayan sido emitidas. El particular, por su lado, deviene “miembro del soberano para con los particulares” y “miembro del Estado para con el soberano”,³²⁸ es decir, adopta la doble condición de obediente de las leyes y del actuar del soberano legitimado en aquellas, así como de mandante del soberano al ser miembro del grupo social al que este se debe. Comprendidos de esta manera los roles del soberano y del particular dentro de la sociedad, el soberano puede exigir al particular el cumplimiento de las leyes,³²⁹ poseyendo varias facultades para hacer efectiva tal exigencia, y, de igual manera, el particular puede exigir del soberano que su actuar, material y formalmente, se encuentre rigurosamente ajustado a los mandatos normativos. Esta exigencia puede concretarse de algunas maneras, siendo la impugnación de los actos del soberano una de ellas. En efecto, la capacidad que posee el particular de impugnar una actuación del soberano por considerarla que se aparta de las leyes, no es sino una manifestación de las prerrogativas propias de la calidad de mandante que asiste al particular –el mandante puede siempre solicitar a su mandatario que rinda cuentas respecto de la debida ejecución del mandato–.³³⁰

En específico, respecto del soberano administrador de justicia encarnado en el juez,³³¹ el particular puede solicitar que el ejercicio de su mandato –impartir justicia en apego a Derecho– sea examinado a fin de confirmar su corrección o incorrección, solicitud que ciertamente puede ser canalizada a través de una impugnación dentro del proceso. Consecuentemente, y a la luz del entendimiento contemporáneo de la organización social denominada Estado, la capacidad que tenemos los particulares, y más específicamente los litigantes, de impugnar una actuación judicial, no tiene su fundamento u origen en una magnánima merced del legislador, sino en la naturaleza misma de los particulares como mandantes sociales de la autoridad, cuyos representantes –mandatarios– están en la obligación de rendir cuentas respecto del debido ejercicio del mandato que poseen.³³²

³²⁷ Poderes que de suyo le fueron conferidos por el mismo grupo social, el cual está en capacidad de revocarlos.

³²⁸ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social o principios del derecho político*, cit., pág. 55.

³²⁹ Una de las principales obligaciones del soberano es velar por el correcto desenvolvimiento de los miembros del grupo social para garantizar la paz social. Tal correcto desenvolvimiento se traduce en que los miembros respeten los mandatos y prohibiciones impuestas por el mismo grupo social al través de sus normas.

³³⁰ Cfr. Código Civil español, art. 1720. Código Civil ecuatoriano, art. 2059.

³³¹ Funcionario público juez, revestido de la potestad pública de juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

³³² Esta afirmación se enmarca en una dimensión teórica, pues en la práctica procesal habrá que entenderla a la luz del principio del recurso legalmente previsto, para no caer en el equívoco de que la impugnación constituye un derecho absoluto.

A nuestro entender, el pensamiento ilustrado de ROUSSEAU mantiene plena vigencia para comprender el fundamento de la capacidad que poseemos los ciudadanos para impugnar los actos de cualquier autoridad pública, entre ellas, la judicial. Los juzgadores poseen deberes formales en la conducción y resolución del proceso, así como la obligación de aplicar el Derecho objetivo al caso puesto a su conocimiento. Tal es el mandato que la sociedad les ha encargado a través de las leyes, por lo que cualquier desviación en su ejecución debe ser susceptible de denuncia y corrección. Por lo explicado, la falibilidad humana únicamente representa el fundamentó fáctico para explicar la capacidad de impugnar los actos públicos, mientras que el fundamento político radica en la relación entre mandante–pueblo y mandatario–autoridad existente en la concepción del Estado contemporáneo. De allí que esta materia debe adoptar una sensibilidad especial al momento del diseño procesal, pues como dijimos, el dotar de medios de impugnación de actos judiciales no debe ser comprendido como una mera necesidad ante la falibilidad humana y mucho menos como una dádiva del legislador, sino como la necesaria observancia de una de las potestades propias del ciudadano mandante. Afirmado esto, cabe preguntarse si la impugnación constituye un derecho fundamental de las personas. En principio, parecería que sí, no obstante, la respuesta no resulta a tal punto sencilla y amerita el detenido análisis que desarrollaremos en el epígrafe II.3.

II.2. El concepto de impugnación

En el acápite anterior hemos sustentado que el fundamento político de la impugnación es la relación mandante-mandatario existente entre los litigantes y el juzgador dentro de la comprensión contemporánea del Estado, así como señalamos que el fundamento fáctico de la impugnación es la falibilidad humana. Resulta imposible a las personas el abstraerse por completo de la equivocación; como señala CARNELUTTI, “los errores, desafortunadamente, son posibles y hasta son frecuentes, incluso inevitables dentro de ciertos límites.”³³³ Estos errores, a criterio de ROJAS GÓMEZ, pueden contrariar al Derecho ya sea por haberse malentendido las circunstancias de hecho sobre las cuales han sido aplicadas las normas o simplemente por haber aplicado las normas con un significado o alcance distinto al que les corresponde;³³⁴ los errores jurisdiccionales, además, pueden también obedecer a irregularidades deliberadas motivadas por prevención, animadversión, temor o recompensa. De esta forma opina LOZA PINTADO, quien además señala que, en muchas ocasiones, el juzgador “no se despoja de sus pasiones, afanes o sentimientos al momento de realizar su actividad, faltando a su deber de neutralidad.”³³⁵

³³³ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, México, Oxford University Press, 2004, pág. 147.

³³⁴ Cfr. ROJAS GÓMEZ, Enrique, *La Teoría del Proceso*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 193.

³³⁵ LOZA PINTADO, Eduardo, *La casación en el proceso civil*, cit., pág. 15.

Considerando tanto el fundamento político, cuanto el fundamento fáctico de la impugnación, es común a los ordenamientos jurídicos occidentales el reconocer la capacidad de las partes procesales para buscar que se corrijan los errores en las actuaciones judiciales que causen gravamen o perjuicio.³³⁶ Esta capacidad se ve instrumentada mediante una serie de herramientas jurídicas que tienen por objetivo cuestionar resoluciones judiciales equívocas, buscando su corrección. Así, impugnar es expresar inconformidad respecto del contenido de un acto o decisión judicial, con el propósito de provocar su modificación o revocación, por considerarla contraria al orden jurídico y lesiva para el interés público o propio.³³⁷ CABRERA ACOSTA señala que la impugnación “es una facultad o derecho que la ley otorga a la parte procesal para conseguir la enmienda de los errores en que los jueces hayan incurrido en sus actuaciones.”³³⁸ DEVIS ECHANDÍA, desde un plano más teórico estima que la impugnación es un “remedio jurídico contra una injusticia”.³³⁹ En similar línea de pensamiento, LOZA PINTADO sostiene que, en su más estricto sentido, la impugnación es la institución destinada a impedir que una sentencia –u otra resolución– considerada injusta o violatoria a la ley o a la jurisprudencia, produzca efectos jurídicos; efectos que por la misma razón no restablecerán la paz ni dirimirán satisfactoriamente la controversia y que, por el contrario, crearán nuevos conflictos o motivos de litis.³⁴⁰

Pese a que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacen con vocación de estabilidad, proporcionando un adecuado marco al principio de seguridad jurídica, la ley, a criterio de ASENCIO MELLADO, debe ofrecer medios para que las partes puedan solicitar, con los límites necesarios, la revocación de las mismas cuando concurren las circunstancias o causas –en su caso– que habiten la impugnación. Este autor sostiene que “un sistema que se asienta en el principio de irrecurribilidad de las resoluciones judiciales genera, aunque parezca lo contrario, mayor inseguridad que otro que autoriza los recursos con amplitud suficiente y prudente;”³⁴¹ criterio con el que ciertamente estamos concordamos, debiendo pretenderse siempre un equilibrio entre la impugnación, la estabilidad de los actos, la economía procesal y la celeridad.

³³⁶ Cfr. IBÁÑEZ, Manuel, *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, pág. 79. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pág. 506.

³³⁷ Cfr. ROJAS GÓMEZ, Enrique, *La Teoría del Proceso*, cit., pág. 193.

³³⁸ CABRERA ACOSTA, Humberto, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pág. 289.

³³⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, cit., pág. 505.

³⁴⁰ Cfr. LOZA PINTADO, Eduardo, *La casación en el proceso civil*, cit., pág. 17.

³⁴¹ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 213.

El concepto “impugnación” debe ser entendido como un género que posee una serie de especies,³⁴² según lo comprobaremos en el acápite II.12. Como género, la impugnación puede pretender la denuncia de errores judiciales materiales o formales, buscando en cualquier caso su enmienda, la cual puede ser la reforma del acto –vicios materiales– o su revocación –vicios formales–. En este sentido, Lino Enrique PALACIO, sostiene que a través de la impugnación “la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su anulación o su reforma total o parcial, sea al mismo juez o Tribunal que la dictó o a un juez o Tribunal jerárquicamente superior.”³⁴³

Respecto a la naturaleza procedimental de la impugnación a los actos del órgano jurisdiccional, por regla general, se la entiende como una etapa, grado o fase del mismo proceso en la cual se la acciona. Salvo por las acciones autónomas –a las cuales nos referiremos en el apartado II.12.3–, la impugnación de los actos de jueces no genera nuevos procesos; esto es así aun en aquellas impugnaciones en las cuales se desplaza la competencia del juzgador que va a conocer y resolver la impugnación de un acto emitido por otro juzgador –recursos de apelación o casación, por ejemplo–. Seguimos, por tanto, a CHIOVENDA quien sostiene que “la posibilidad de las impugnaciones nos presenta el fenómeno de una pluralidad de procedimientos dentro de una misma relación procesal. Siendo una demanda, una sigue siendo, en conjunto, la relación y en ella, las impugnaciones abren sólo fases o períodos diversos”.³⁴⁴ No compartimos, consecuentemente, el criterio de GUASP quien sostiene que la impugnación no constituye una continuación del proceso principal, pues a su criterio, toda impugnación genera un nuevo proceso con carácter autónomo, “con requisitos, procedimientos y efectos jurídicos peculiares”.³⁴⁵

II.3. El derecho a impugnar

Conforme hemos desarrollado en el acápite II.1, desde la comprensión sociopolítica rousseauiana, la capacidad de impugnar los actos de la autoridad deviene consecuencia de la organización misma de la sociedad, donde los miembros de un Estado se constituyen en mandantes de quienes administran la cosa pública. De allí que, dentro del proceso, la impugnación se identifique con el ejercicio de una de las prerrogativas propias del mandante –particular– respecto del ejercicio del mandato –administrar justicia conforme a Derecho–

³⁴² Cfr. ASCENCIO, Ángel, *Teoría general del proceso*, México DF, Editorial Trillas, 2003, pág. 196. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México DF, Editorial Harla, 1990, pág. 390.

³⁴³ PALACIO, Luis Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, pág. 69

³⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México DF, Oxford University Press, 2004, pág. 512.

³⁴⁵ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, tomo 2, Gizur Menor, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 412.

por parte del mandatario –juez–. Bajo este entendimiento, la impugnación deviene en un auténtico derecho de naturaleza jurisdiccional de alcance general y abstracto. Conforme este entendimiento, el particular debería estar siempre en capacidad de impugnar los actos del juzgador, de la misma manera en que el mandante puede exigir a su mandatario que rinda cuentas del mandato cuantas veces le parezca. Sin embargo, de aplicarse estos preclaros postulados teóricos tal y como han sido expuestos, el proceso se vería sometido a una serie interminable de impugnaciones, lo cual ocasionaría muchos más inconvenientes que beneficios, inconvenientes que se traducen en interminables dilaciones, elevación de costos y una grave afectación a la seguridad jurídica.

Surge entonces la necesidad de ponderar derechos en conflicto: por una parte el derecho a la impugnación y por otra los derechos a una administración de justicia oportuna, conveniente y proveedora de certezas. El resultado de esta ponderación es evidente, no se puede privilegiar a la impugnación por sobre la celeridad, la economía y la seguridad jurídica. Es en este sentido que ORTELLS RAMOS opina que, pese a la fuerza de los fundamentos de la impugnación, el principio y derecho a la seguridad jurídica impone la necesidad de que exista un límite a la posibilidad de impugnar, a fin de que, en cierto momento se alcance y permanezca la cosa juzgada.³⁴⁶ La impugnación, entonces, debe ser regulada con criterios de razonabilidad, necesidad y adecuación.

Pero, incluso, a pesar de los sólidos fundamentos políticos y fácticos que existen para posibilitar legalmente la impugnación de las resoluciones judiciales, cabe lícitamente cuestionarse si esta posibilidad debe existir respecto de todas y cada una de las decisiones adoptadas por los jueces y magistrados o si, por el contrario, podría resultar aceptable que el legislador prohibiera la impugnación en ciertos casos. Nos planteamos, en definitiva, si los justiciables tienen un auténtico derecho fundamental a la impugnación de todas las resoluciones judiciales, que debe ser siempre respetado por los legisladores ordinarios, o si, en cambio, no existe ese derecho fundamental, de manera que es perfectamente legítimo que el legislador ordinario declare que la primera decisión judicial sobre un determinado asunto sea inimpugnable y, por ende, la única decisión posible.

En este punto, las Constituciones y los Convenios Internacionales en materia de derechos humanos se decantan por entender que, como regla, los ciudadanos no poseen un derecho fundamental a la existencia de vías de impugnación de las resoluciones judiciales, por lo que la eventual existencia de esas vías es una simple decisión de política legislativa ordinaria; en definitiva, se decantan por considerar que, en general, no existe un derecho humano a la impugnación de las decisiones de los jueces, sino, en su caso, un derecho de legalidad ordinaria a dicha impugnación. En esta concepción parece subyacer la idea de que,

³⁴⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, novena edición, Gizur Menor, Aranzadi, 2009, pág. 485.

teniendo los jueces un estatus de imparcialidad e independencia, estaría justificado que el legislador ordinario considerase oportuno correr el riesgo de consagrar la fuerza de cosa juzgada de una primera decisión equivocada frente al riesgo de una eventual impugnación infundada que dilate la resolución del conflicto, en perjuicio de la contraparte y del volumen de trabajo de la Administración de Justicia; o, dicho de otro modo, dado que una resolución judicial se dicta por quien está sometido exclusivamente a la ley, sería legítimo sacrificar el interés del justiciable que quiere impugnarla, a cambio de proteger el interés del justiciable que está de acuerdo ella (adviértase que los dos, el que desea impugnar y el que no, son mandantes del juez) y el interés del Estado en mantener el trabajo judicial dentro de los límites de lo razonable.

Por todo ello, tenemos que concluir que, pese a sus potentes fundamentos políticos y fácticos, la impugnación no puede ser considerada como un derecho de contenido general y abstracto de obligatoria observancia en los procesos a favor de las partes; esto es, no puede ser considerada como un derecho fundamental de las personas.

En este sentido, MONTERO AROCA sostiene que “en el proceso civil el derecho al recurso no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que ésta no impone al legislador ordinario una regulación de ese proceso estableciendo recursos. La conveniencia de que el perjudicado por una resolución judicial pueda pedir un segundo examen de lo decidido no se ha elevado a elemento integrante de la tutela judicial efectiva por lo que queda a la discrecionalidad del legislador el prever o no recursos en el proceso.”³⁴⁷ Similar criterio posee GONZAINI al aducir que el derecho al recurso “no se considera una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porque mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar y obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso.”³⁴⁸

Ahora bien, aunque concluimos que la impugnación no constituye un derecho de aquellos que vinculan al legislador su observancia al momento de diseñar un proceso – derecho fundamental–,³⁴⁹ nos parece que negar sistemáticamente la posibilidad de que las actuaciones judiciales puedan ser impugnadas por las partes comportaría un grave error. Conscientes de los fundamentos políticos y fácticos, el legislador habrá de interpretar cada una de las casuísticas a las cuales atenderán los procesos y aplicar, razonablemente, los medios de impugnación que puedan superar yerros de los juzgadores sin comprometer otros

³⁴⁷ MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José, *Tratado del Juicio Verbal*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2004, pág. 1302.

³⁴⁸ GONZAINI, Osvaldo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Argentina, Editorial EDIAR, 2005, pág. 413.

³⁴⁹ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit. pág. 341.

bienes jurídicos protegidos como la celeridad, la economía y la seguridad jurídica a los que nos hemos referido.

Ahora bien, nuestra teorización a partir del pensamiento rousseauiano, en atención a la cual entendemos a la impugnación como un derecho, pero que al ser contrastado con otros y con las realidades a las cuales debe atender el proceso no deviene en un derecho fundamental de observancia obligatoria por parte del legislador, es válida solamente para las materias no penales. De hecho, en materias penales, quien resulta condenado es titular de un derecho a la impugnación –comúnmente conocido como derecho al recurso– que sí constituye un derecho fundamental consagrado en varios instrumentos internacionales como por ejemplo el PIDCP,³⁵⁰ el CEPDH³⁵¹ o la CADH.³⁵² Se ha pretendido tutelar a uno de los mayores bienes de la persona, que es su libertad, de la eventual intervención equívoca de la justicia estatal. Como señala STEINER: “Ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado, se ha interpretado que el derecho a recurrir del fallo es un derecho que asiste al condenado, esto es, que no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, no pudiendo establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo condenatorio.”³⁵³

En conclusión, el derecho a la impugnación únicamente posee carácter de fundamental y, por tanto, será vinculante al legislador al momento de diseñar el proceso en materia penal. En materias no penales, cuyo paradigma es la civil a la que se refiere nuestra tesis, el legislador no está compelido a prever fases de impugnación en el proceso. No obstante lo cual, los fundamentos políticos y fácticos de la impugnación tienen tal valía y relevancia social, que resulta prácticamente impensable un proceso que no disponga entre los poderes procesales de las partes, la capacidad de reclamar de alguna manera las actuaciones equivocadas de los jueces. Es tarea de los legisladores, como comprobaremos en el acápite II.6.1, el evaluar debidamente las casuísticas que serán atendidas por los

³⁵⁰ PIDCP “Art. 14. (...) 5. 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.”

³⁵¹ CEPDH, Protocolo 7 “Art. 2. 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.”

³⁵² CADH “Art. 8 (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o Tribunal superior.”

³⁵³ STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Edit.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pág. 243.

procesos que diseñen, a fin de responder a las necesidades de impugnación que ciertamente se presentarán.

II.4. Normativa constitucional española sobre la impugnación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales

Como era de esperarse, a lo largo de la CEsp no encontramos norma alguna que consagre el derecho a la impugnación de actos de los órganos jurisdiccionales, salvo en lo que se refiere a la materia penal. Esto lo ha confirmado el TC (Esp), el cual correctamente ha sosteniendo que, con base en los Convenios Internacionales –y, en especial, en el art. 14.5 del PIDCP– el derecho a recurrir solo posee rango constitucional –como parte del “derecho a un proceso con todas las garantías” del art. 24.2 CEsp– para quien ha resultado condenado en sentencia penal, mientras que en el resto de los casos quedará a libre disposición del legislador. Así, el TC (Esp) en la STC (Esp) 61/2011, de 5 de mayo, FJ 5, dispuso: “como es sobradamente conocido, dicha garantía sólo adquiere rango constitucional en relación con los procedimientos penales, al margen de los cuales la garantía de la doble instancia judicial es de configuración legal. Dicho de otro modo, no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, que la ley no prevé...”

Sin embargo, nuestro análisis sobre la impugnación en relación con la CEsp no puede limitarse al diagnóstico que acabamos de realizar. Conviene pues que nos refiramos a lo dispuesto por el art. 24.1 de la CEsp, norma que prevé que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Este postulado constitucional ha sido materia de numerosos análisis por parte del TC (Esp), interesándonos aquel que determina que el instituto de la tutela judicial efectiva posee un “contenido complejo”. La complejidad del contenido radica en que incluye los siguientes derechos:

- Acceso a los Tribunales/acceso a la jurisdicción;
- Obtención de una sentencia de fondo y fundada en derecho congruente;
- Efectividad de las resoluciones judiciales/ejecución; e,
- Recurso legalmente previsto –impugnación–.³⁵⁴
- Invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos.
- Tutela cautelar.³⁵⁵

³⁵⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, Bosh Editorial, 2012, pág. 57. RIFÁ SOLER, José María, GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki, *Derecho Procesal Civil*, volumen 2, cit., pág. 283.

³⁵⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Artículo 24, Garantías Procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo 3, Madrid, EDERSA, 1996, pág. 33-47.

Si bien la CEsp no contiene de forma expresa el derecho a la impugnación de los actos de los órganos judiciales –salvo para materia penal, como hemos señalado–, el TC (Esp) sí ha considerado necesario reconocer el derecho a la impugnación, bien entendido como derecho al recurso legalmente previsto, como conformante del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo en este sentido que se ha pronunciado el TC (Esp), en repetidas oportunidades. Así, en la STC (Esp) 139/1991, de 20 de junio, FJ 2 el juzgador constitucional español sostuvo que “con carácter general, este Tribunal ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos.”³⁵⁶

Aún con mayor claridad y contundencia, mediante Sentencia No. 55/1992, de 8 de abril, el TC (Esp) resolvió que:

La tutela judicial es un derecho de prestación que para su efectividad necesita de la mediación de la Ley; y que asegura el acceso a los recursos legalmente previstos, siempre que se cumplan los presupuestos, requisitos y límites que la propia Ley establezca, cuya observancia corresponde controlar a los órganos judiciales competentes en ejercicio de la exclusiva potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE, en el cual no puede ni debe interferir este TC, a no ser que, admitiendo la legalidad procesal diversas interpretaciones, se haya elegido alguna que no sea la más favorable a la eficacia del derecho a la tutela judicial ya que, en este caso, se habrá ocasionados una vulneración de este derecho fundamental, cuya especial y superior fuerza vinculante exige a la jurisdicción ordinaria y, en último término a este TC, conceder prevalencia a la interposición y aplicación de las normas jurídicas que resultasen ser las más adecuadas a la viabilidad del mismo.³⁵⁷

Resulta evidente que el derecho a la impugnación legalmente prevista, en el caso español comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, no constituye un medio ilimitado ni incondicional para cualquier caso y bajo cualquier circunstancia iniciar un procedimiento impugnatorio. Se persigue de esta manera la debida aplicación y observancia de los medios de impugnación que se encuentren previstos en ley, con las restricciones que sobre su aplicación a procesos especiales, haya dispuesto el legislador ordinario. Teniendo en cuenta que el legislador es quien diseña los procesos que los litigantes han de observar para que un juez esté en capacidad de constituir, reconocer o ejecutar un derecho, es también el legislador quien en atención a la naturaleza de los procesos que diseñó, habrá de establecer

³⁵⁶ STC (Esp), 139/1991, de 20 de junio, FJ 2.

³⁵⁷ STC (Esp), 55/1992, de 8 de abril, FJ 2.

los medios de impugnación de los distintos actos de los órganos jurisdiccionales. Una vez que se encuentre el recurso previsto legalmente, “se incorpora al derecho fundamental” y por tanto, sus normas de regulación deben interpretarse en el sentido más favorable al acceso al recurso, sin dificultar su uso con planteamientos restrictivos o irrazonables. Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en consecuencia, cuando las resoluciones judiciales que inadmitan una impugnación legalmente prevista incurran en irracionalidad, error patente o arbitrariedad. En este mismo sentido las SSTC (Esp): 35/2015, de 2 de marzo;³⁵⁸ 132/2011, de 18 de julio;³⁵⁹ 265/2005, de 24 de octubre;³⁶⁰ 113/2004, de 12 de julio;³⁶¹ 23/1999, de 8 de marzo;³⁶² 149/1995, de 16 de octubre;³⁶³ o, 37/1995, de 7 de febrero.³⁶⁴

También resulta importante considerar que el derecho a la impugnación legalmente prevista no comporta un derecho a la inmutabilidad del sistema de ordenación de los medios de impugnación legalmente establecidos, de tal forma que, siempre que se respete el derecho de las partes a un proceso con todas las garantías, es constitucionalmente lícita la modificación legislativa de los medios de impugnación existentes en un momento dado y la extensión de las reformas a situaciones jurídicas precedentes mediante fórmulas de derechos transitorios. Esta ha sido la opinión mantenida por el TC (Esp) en sentencias como la 162/1994, de 23 de mayo³⁶⁵ o en la 93/1993 de 22 de marzo.³⁶⁶

Para finalizar este apartado cabe señalar que autores como PÉREZ-CRUZ MARTÍN, mantienen una opinión diferente respecto a la ubicación del derecho a impugnar dentro del art. 24 de la CEsp. En efecto, este autor sostiene que en lugar de situarlo en el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la impugnación debería entenderse comprendido dentro del “derecho a un proceso con todas las garantías.”³⁶⁷ Al respecto, ha que precisar que, según la interpretación que realiza el TC (Esp), en materia penal, sí se incorpora el derecho a la impugnación al derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, pues, como hemos venido desarrollando, una de las garantías del proceso penal efectivamente es la existencia de medios de impugnación de la sentencia condenatoria. Ahora bien, esto no ocurre respecto a la materia civil donde no existe un derecho fundamental a la existencia de

³⁵⁸ STC (Esp), 35/2015, de 2 de marzo, FJ 3.

³⁵⁹ STC (Esp), 132/2011, de 18 de julio, FFJJ 3,4.

³⁶⁰ STC (Esp), 265/2005, de 24 de octubre, FFJJ 2,3.

³⁶¹ STC (Esp), 113/2004, de 12 de julio, FFJJ 8,9,10.

³⁶² STC (Esp), 23/1999, de 8 de marzo, FFJJ 2,3.

³⁶³ STC (Esp), 149/1995, de 16 de octubre, FJ 3.

³⁶⁴ STC (Esp), 37/1995, de 7 de febrero, FFJJ 3,4.

³⁶⁵ STC (Esp), 162/1994, de 23 de mayo, FJ 1.

³⁶⁶ STC (Esp), 93/1993, de 22 de marzo, FFJJ 1,2.

³⁶⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín y SEAONES SPIGELBERG, José, *Derecho Procesal Civil II*, cit., pág. 133.

recursos y donde el derecho a la utilización de los recursos que el legislador ordinario haya tenido a bien establecer se ubica en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CEsp.

II.5. Normativa constitucional ecuatoriana sobre la impugnación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales

El literal m, del numeral 7, del artículo 76 de la CEcu, ordena que el derecho a la defensa de las personas en los procesos, incluye como garantía su capacidad de “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”. El sentido abstracto de la redacción de esta norma constitucional, nos presenta un derecho a la impugnación con características de derecho fundamental. Se trataría de una ampliación de la garantía ya existente para los procesos penales en virtud de los Convenios Internacionales a toda materia en sede jurisdiccional e, incluso, también a aquellos procedimientos llevados a cabo en sede administrativa.

Emitida la norma citada en octubre del año 2008, de inmediato se generaron dudas justificadas respecto de su aplicación, dudas que se relacionaron con una supuesta constitucionalización de un derecho universal, ilimitado y de aplicación directa, que aparentemente permitía impugnar todo tipo de sentencia bajo cualquier circunstancia y en cualquier tipo de proceso. Al respecto, conocemos que la impugnación procesal no debe ser comprendida de una manera así de amplia, sino por el contrario, se la debe entender limitada en virtud de la configuración legal que este derecho fundamental requiere, para su adecuada función dentro del proceso. Esta circunstancia ha sido entendida por los juzgadores constitucionales ecuatorianos, quienes, en la misma línea que el TC (Esp), han declarado que, pese a la manera en que se encuentra previsto el literal m, del numeral 7, del art. 76 de la Carta Constitucional, el derecho a impugnar no es un derecho absoluto sino uno de fuente legal. Así, la CC (Ecu) ha debido resolver cuestionamientos sobre la prevalencia de la garantía constitucional a la impugnación, por sobre normas procesales que restringen en circunstancias específicas el acceso a medios de impugnación. En uno de los casos correspondió a la CC (Ecu) resolver una duda razonable motivada en que la norma jurídica contenida en el artículo 889 del hace poco derogado CPC³⁶⁸ era contraria a la Constitución de la República. En este caso,³⁶⁹ la CC (Ecu) resolvió que “el derecho a la interposición de recursos es relativo respecto a determinados casos”, acotando además que “la existencia del principio pro legislatore obliga a la institución de control constitucional a adoptar la expulsión del ordenamiento jurídico como una medida excepcional y extrema, aplicable

³⁶⁸ CPC “Art. 889.- Cualquier providencia o resolución dictada en los casos de esta Sección [juicio de recusación], no será susceptible de recurso alguno.”

³⁶⁹ CC (Ecu) para el período de transición, Sentencia No. 003-10-SCN-CC, CASO N° 0005-09-CN, del 25 de febrero de 2010.

exclusivamente cuando existan circunstancias evidentes de violación de una norma constitucional; en caso de duda se estará a la aplicación del principio de buena fe de la producción normativa por parte del legislador.”

Con posterioridad, la CC (Ecu) recibió otra consulta, la cual buscaba una absolución respecto de la constitucionalidad del de la frase “la resolución causa ejecutoria”, contenida en el artículo 498 del derogado CPC. Los juzgadores constitucionales nuevamente fallaron defendiendo la necesidad de que el medio de impugnación se encontrara legalmente previsto, para que operasen las garantías constitucionales a la impugnación. Así, en su sentencia No. 017-10-CN, la CC (Ecu) de transición sostuvo que “si bien es cierto que en todo proceso existe el derecho a recurrir las resoluciones judiciales, es importante entender que dicho derecho no es absoluto, ya que, como lo revisamos en líneas anteriores, resulta necesario tomar en cuenta el principio de libertad de configuración del legislador (...) En este sentido, el derecho a recurrir las resoluciones judiciales en un proceso ejecutivo no se encuentra prohibido; sin embargo, se encuentra limitado en atención a la naturaleza de dicho juicio y al principio de celeridad en la administración de justicia.”³⁷⁰

Está claro que la previsión del derecho a la impugnación que ha realizado el legislador constitucional en el año 2008 resulta equívoca, pues la amplitud de la redacción lo identifica con un derecho fundamental para las materias no penales, particular que es errado. En todo caso, la delimitación que de este derecho ha realizado la CC (Ecu) solventa el yerro legislativo. En este sentido resulta relevante el que los juzgadores constitucionales hayan determinado con precisión la manera en que se debe entender y aplicar el derecho a la impugnación, sometiéndolo a los principios de configuración legal del proceso y al derecho al recurso legalmente previsto, consecuencia del anterior.

II.6. Principios y reglas relacionadas con la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional

Así como el proceso y el procedimiento poseen principios y reglas que informan su formación y la manera en que deben operar, así también las fases de impugnación del proceso poseen principios y reglas que van a caracterizar su origen y dinamismo. Dedicaremos este apartado para estudiar la configuración legal del proceso en cuanto a la impugnación, la regla de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales, la doble instancia –desde su perspectiva de principio y de fase procesal–, los principios dispositivo y oficioso en lo que hace relación con la impugnación, la prohibición de la *reformatio in peius* y la obligatoriedad de los

³⁷⁰ CC (Ecu) para el periodo de transición, Sentencia N° 017-10-SCN-CC, Caso 0016-10-CN, del 5 de agosto de 2010. Esto ha sido, igualmente, ratificado por la CC (Ecu) en sentencias como la N.° 107-15-SEP-CC, Caso N.° 1725-12-EP, del 31 de marzo de 2015.

juzgadores de conocer, tramitar y resolver las impugnaciones que sean realizadas en contra de sus actuaciones.

II.6.1. El principio de configuración legal del proceso

Conforme acabamos de exponer en el epígrafe II.3., desde una perspectiva netamente teórica, los fundamentos políticos y fácticos de la impugnación resultan válidos y suficientes para sostener su calidad de derecho fundamental; sin embargo, ha de considerarse que los derechos de naturaleza jurisdiccional en materia civil, por más universales y absolutos que parezcan, no pueden aplicarse por sí mismos o de manera directa, ni aun encontrándose consagrados por la Constitución de un Estado.^{371, 372}

En efecto, ni el derecho jurisdiccional paradigmático que ha sido constitucionalizado, –a saber, el derecho de acción en sentido abstracto, esto es, el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto–, puede ser aplicado de forma directa en materia civil. Al tratarse de un mandato abstracto, necesariamente requiere de un desarrollo concreto conforme a las necesidades de la sociedad; su configuración dependerá de las diversas casuísticas en las que vaya a operar. Lo contrario, esto es, el ejercicio directo de los derechos constitucionalizados de acción, de contradicción, de prueba o de impugnación, comportaría el colapso del sistema judicial en su conjunto.³⁷³ La utilización ilimitada y no reglada de este tipo de derechos, bajo el pretexto de la aplicación directa del mandato constitucional, no sólo ocasionaría la prolongación infinita de las causas, sino que, además, desnaturalizaría a ciertos procesos y a la estructura de ciertos procedimientos.

³⁷¹ Las Constituciones española y ecuatoriana consagran derechos jurisdiccionales, principalmente en sus arts. 24 y 75 y 76, respectivamente. Tanto la CEsp y la CEcu, contienen normas que establecen la aplicación directa de los derechos consagrados en ellas, entre ellos, los derechos jurisdiccionales –CEsp art. 53.2 y CEcu art. 11.3–. Sin embargo, en el caso de ciertos derechos jurisdiccionales como el de acción o el de impugnación, de no contar con un desarrollo legal, su aplicación directa llevaría a un colapso del sistema de administración de justicia, conforme lo desarrollamos en este epígrafe.

³⁷² Respecto de la constitucionalización de derechos procesales, vale citar a Joan PICO I JUNOY, quien señala que “la finalidad última del fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales no es otra que lograr la tan pretendida Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico”. (*Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, pág. 21). Así mismo, Benito REVERÓN PALENZUELA recuerda: “Este fenómeno que podemos llamar de constitucionalización de las garantías procesales arranca (...) en Europa, tras la segunda guerra mundial. En efecto, se produce al término de tal período bélico un fenómeno de constitucionalización respecto de los derechos fundamentales de la persona y, especialmente dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial.” (“El derecho procesal a la luz de la Constitución española de 1978”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 16, San Cristóbal de La Laguna, Universidad de La Laguna, 1999, pág. 403).

³⁷³ En este sentido, y refiriéndose específicamente a la impugnación, Manuel ORTELLS RAMOS opina que, pese a la fuerza de sus fundamentos, el principio y derecho a la seguridad jurídica impone la necesidad de que exista un límite a la posibilidad de impugnar, a fin de que, en cierto momento se alcance y permanezca la cosa juzgada (Cfr. *Derecho Procesal Civil*, Gizur Menor, Aranzadi, 2009, pág. 485).

A fin de evitar los graves inconvenientes que comportaría el ejercicio directo e ilimitado de los derechos de naturaleza jurisdiccional constitucionalizados, su regulación debe forzosamente informarse por el principio de configuración legal del proceso. Este principio de especial relevancia en materia civil, sostiene que la Constitución únicamente aporta un marco declarativo y referencial de derechos y principios, los cuales deben ser desarrollados a nivel legal atendiendo las necesidades y requerimientos sociales. Al legislador ordinario corresponde la interpretación de estas necesidades y requerimientos, de allí que, –respetando siempre el contenido esencial de los derechos constitucionales de jurisdicción, competencia, acción, contradicción, prueba, entre otros–, deberá legislar procesos concretos que atiendan a circunstancias tan distintas como las de declaración de una derecho o de la ejecución de uno previamente declarado, controversias donde se encuentren involucrados derechos renunciables o aquellos que requieren una especial tutela pública, etc.³⁷⁴ En otras palabras, “mientras el legislador, no ignore, obstruya o contrarie las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales”.³⁷⁵ De esta forma, dependiendo de la naturaleza de la materia o de sus particularidades, el legislador ordinario diseñará distintos tipos de procesos, las formas de acceder a ellos, los requisitos materiales y formales que los litigantes deberán cumplir, los tipos de actos procesales, los tipos de trámites, las etapas del trámite y, por supuesto, las fases de impugnación, entre tantísimos componentes del proceso.

Es innegable que, en virtud del principio de configuración legal del proceso, corresponde al legislador el establecer las fases de impugnación que, en cada caso concreto, corresponda al proceso.³⁷⁶ Es el legislativo ordinario es el único facultado para determinar

³⁷⁴ La CC (Col) se ha referido a la libertad de configuración legal del proceso en los siguientes términos: “El Legislador goza, por mandato constitucional, de amplia libertad para definir el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial. A partir de ella, le corresponde evaluar y definir las etapas, características, términos y demás elementos que integran cada procedimiento judicial.” Esto ha sido corroborado por la misma CC (Col) en las siguientes sentencias: C-718/06 del 23 de agosto de 2006 C-738/06 del 30 de agosto del 2006; C-275/06 del 5 de abril de 2006, C-398/06 de 24 de mayo de 2006, C-1146/04 del 17 de noviembre de 2004, C-123/03 del 18 de febrero de 2003, C-234/03 del 18 de marzo de 2003, C-309/02 del 3 de abril de 2002, C-314/02 del 30 de abril de 2002, C-646/02 del 13 de agosto de 2002, C-893/01 del 22 de agosto de 2001; C-1104/01 del 24 de octubre de 2001, C-927/00 del 12 de julio de 2000. De manera aún más clara, al CC (Col) en las sentencias C-203/11 del 24 de marzo de 2001, C-227/09 del 30 de marzo de 2009, Sentencia C-562/97 del 6 de noviembre de 1997, ha sostenido que este principio “le permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 CP), y del acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). Además, son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho.”

³⁷⁵ CC (Col), Sentencia C-203/11 del 24 de marzo de 2001, C-227/09 del 30 de marzo de 2009, Sentencia C-562/97 del 6 de noviembre de 1997, Sentencia T-001/93 del 12 de enero de 1993.

³⁷⁶ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 348.

tanto la naturaleza de los medios de impugnación, así como tipo, número y requisitos que posibiliten su admisibilidad y los efectos de su interposición, etc.³⁷⁷ De allí que el ejercicio de los medios de impugnación de los actos de los órganos jurisdiccionales, en todos los casos, dependerá del cumplimiento de todos los postulados normativos que se hayan establecido para tales efectos.³⁷⁸ Ahora bien, al encontrarse prevista la impugnación para un proceso judicial específico, las garantías de libertad de acceso, debida tramitación y correcta resolución proceden y han de operar atendiendo rigurosamente los postulados del derecho de tutela judicial efectiva.³⁷⁹

II.6.2. La invariabilidad de las resoluciones judiciales

Considerando el importante y delicado rol social que cumplen los jueces –potestad pública de juzgar y hacer cumplir lo juzgado–, tanto los litigantes, como la comunidad en su conjunto, reclaman certeza respecto a lo actuado por un juzgador. De esta necesidad de seguridad jurídica sobre las actuaciones judiciales surgieron principios o reglas como la de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales. Esta regla es de muy vieja data, de hecho ya encontramos referencias expresas a sus postulados en el siglo XVIII antes de Cristo, en el Código de Hammurabi. En efecto, el monarca babilónico decretó la invariabilidad de las sentencias de los jueces, a fin de garantizar la seguridad de la comunidad respecto del contenido de las mismas. Así, la quinta ley del citado Código ordenaba: “Si un juez ha sentenciado en un proceso y dado un documento sellado con su sentencia, y luego cambió su decisión, este juez será convicto de haber cambiado la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces el reclamo que motivó el proceso y públicamente se le expulsará de su lugar en el Tribunal y no participará más con los jueces en un proceso.”³⁸⁰

Los postulados de Hammurabi en poco han cambiado con el paso de casi cuatro milenios. Es así que hasta la actualidad entendemos por invariabilidad o inmutabilidad de las resoluciones el efecto que, respecto del Tribunal y de todos los sujetos jurídicos, produce la firma de esos actos. Como bien señala DE LA OLIVA SANTOS, “son dos aspectos,

³⁷⁷ En el sentido que ha sido expuesto se ha pronunciado la CC (Col), mediante su sentencia No. 749 de 6 de octubre de 1999, en la cual se resolvió que: “El legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los Recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado Recurso –Reposición, Apelación, u otro– tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal Recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos –positivos y negativos– que deben darse para su ejercicio.”

³⁷⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Colex, 2006, pág. 285.

³⁷⁹ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 81.

³⁸⁰ BONILLA SAN MARTÍN, Adolfo, *El Código de Hammurabi y otros estudios de historia y filosofía jurídicas*, Madrid, Rueda, 1909, pág. 6.

difícilmente separables, de una sola y misma consecuencia jurídica: hay que estar, jurídicamente al texto de la resolución tal como es, una vez suscrita por el Juez, por los Magistrados o por el Secretario Judicial [hoy Letrado de la AJ], y ese texto no puede, sin más, ser alterado por supresión, modificación o complemento, al arbitrio del Tribunal o del Secretario [hoy Letrado de la AJ].”³⁸¹ Así como las partes litigantes se benefician de la seguridad jurídica que la preclusión otorga respecto del ejercicio de los poderes procesales de sus contrapartes, así la regla de inmutabilidad de las resoluciones judiciales otorga seguridad jurídica a los litigantes respecto de las actuaciones decisorias del juzgador. De hecho, la observancia de esta regla constituye parte conformante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así lo ha declarado, por ejemplo, el TC (Esp) en los siguientes términos “Delimitados en los términos expuestos la cuestión suscitada, es necesario recordar la reiterada doctrina de este Tribunal de que el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (...) en lo que respecta a las garantías del justiciable, debe considerarse parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales consagrado en el art. 24.1 de la CE, puesto que este derecho asegura a los que han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello.”³⁸²

Cabe aclarar que, de acuerdo con el principio de legalidad, el juzgador sí puede realizar ciertas modificaciones a sus resoluciones ya firmadas, siempre que dichas modificaciones se lleven a cabo a través de un procedimiento previsto en la ley. Así, puede el juzgador corregir errores aritméticos u ortográficos, así como aclarar el sentido de su resolución sin que ello comporte modificación alguna al sentido de lo resuelto.³⁸³ Así mismo, puede completar asuntos accesorios a lo efectivamente decidido, como, por ejemplo, la tasa de un interés que hubiera sido dispuesto en la sentencia o el día a partir del cual tal interés debe ser calculado, en caso de que se hubiera omitido la especificación de estos accesorios en la resolución³⁸⁴ – véanse, por ejemplo, los arts. 214 y 215 LEC–.

³⁸¹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, segunda edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013, pág. 293.

³⁸² STC (Esp), 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; STC (Esp), 216/2001, de 29 de octubre, FFJJ 1, 2, o la STC (Esp), 89/2004, de 19 de mayo, FFJJ 3,4, entre otras.

³⁸³ Como lo señaló el TC (Esp), en su STC (Esp) 380/1993, de 20 de diciembre, FJ 3: “La aclaración de sentencias se ha de admitir para corregir simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la sentencia, pero no lo que se deriva de los resultandos, fundamentos jurídicos y sentido del fallo.”

³⁸⁴ Cfr. GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Madrid, Editorial Aguilar, 1943, pág. 990.

Y, por supuesto, las modificaciones de las resoluciones ya firmadas también pueden lícitamente hacerse en virtud de una impugnación legalmente prevista; como señala De la OLIVA SANTOS: “la única vía de variar la resolución firmada es la de las impugnaciones o recursos.”³⁸⁵ Téngase en cuenta que la regla de invariabilidad de las resoluciones judiciales únicamente persigue evitar que el mismo juzgador que emitió una resolución la modifique arbitrariamente con posterioridad –con la quiebra de la seguridad jurídica que dicha modificación arbitraria implicaría–, mas no busca que una resolución que contenga errores jurídicos o fácticos no sea corregida y se mantenga así *ad infinitum*. En este punto, la regla coordina sus postulados con los de la impugnación y, en virtud de tal coordinación, las resoluciones sí podrán ser enmendadas pero por un juzgador distinto, a través de la aplicación de un medio legalmente previsto para tales efectos. De esta manera se mantiene la seguridad jurídica respecto de la inmutabilidad de la convicción del juzgador de origen y, al mismo tiempo, se permite que se realice un segundo análisis de la cuestión litigiosa, en contraste con la convicción judicial previamente formada respecto del caso.

Para finalizar debemos señalar que a la regla de invariabilidad de las resoluciones judiciales no debe ser confundida ni con la firmeza ni con la cosa juzgada. Mientras que la regla, como hemos analizado, pretende que el mismo juez que firmó una resolución no pueda modificarla, por una parte la regla de la firmeza informa la imposibilidad de que una resolución sea revocada y sustituida por otra, sea porque no cabía la posibilidad de recurrirla o sea porque se la recurrió de manera extemporánea o en forma indebida; y por otra parte, la regla de la cosa juzgada se refiere a que el contenido de la resolución definitiva que ha alcanzado firmeza, sea porque no fue impugnada o porque no era susceptible de impugnación, deba ser respetada en ulteriores actuaciones procesales.

II.6.3. El principio dispositivo y la impugnación

Hemos analizado en el capítulo anterior –epígrafe I.1.2.2–, que uno de los principios técnico-jurídicos del proceso es el dispositivo, en virtud del cual la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante la petición expresa del particular, el cual está en capacidad de decidir libremente si lucha por su derecho o lo ignora, toda vez que posee plena disponibilidad sobre sus intereses privados.³⁸⁶ La impugnación en procesos informados por el principio dispositivo mantiene la misma regla respecto de la capacidad de las partes a

³⁸⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 293.

³⁸⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 337. En similar sentido opina Enrique VÉSCovi: “...los recursos constituyen un derecho individual, pero renunciable, para reclamar contra los vicios e irregularidades del proceso en busca de su perfeccionamiento y de la obtención de sus fines –satisfacción de pretensiones–” (*Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pág. 26).

disponer libremente de sus intereses. Desde la iniciativa de impugnar, pasando por la materia que pondrá a conocimiento del juzgador competente para conocer y resolver la impugnación, hasta la posibilidad de renunciar a ella, todos estos poderes procesales pueden ser libremente dispuestos por la parte –véanse, por ejemplo, los arts. 19.3, 216, 218.1, 450 y 465.5 LEC–.

Así, lo han confirmado los juzgadores supremos de España y de Ecuador. Así, por ejemplo, el TS (Esp) ha sostenido que “como expresión del principio dispositivo, es retirada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial [es decir, el tribunal que decide el recurso] sólo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia”, es decir, que “el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas”.³⁸⁷ Por su parte, la CNJ (Ecu) ha manifestado que “quien recurre está obligado a señalar con exactitud y precisión, cuáles son las infracciones cometidas, con individualización de los vicios o yerros en los que ha incurrido el Tribunal de instancia, pues en aplicación del principio dispositivo, el recurrente es quien fija los límites de desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional del Tribunal.”³⁸⁸

Lo expuesto comporta incluso que el particular está en capacidad de aceptar una actuación judicial contraria a Derecho y lesiva a sus intereses, renunciando tácita o expresamente a su derecho legalmente previsto a impugnarla o a mantener una impugnación previamente planteada. En este sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN sostiene que, cuando la parte se conforma con una resolución que le es gravosa y no la impugna, estaríamos ante una “expresión de voluntad de tener a la sentencia por buena a pesar de sus defectos”.³⁸⁹ Por su parte, RIFÁ SOLER sostiene que, desde un punto de vista básicamente subjetivo, “la impugnación se concreta en el poder que la Ley atribuye a un sujeto para atacar una resolución judicial determinada, poder que dentro del proceso civil, se encuentra informado por el principio de rogación.”³⁹⁰ Concluimos, por tanto, que en los procesos informados por el principio dispositivo, los medios de impugnación se sujetan a los mandatos de este principio.

³⁸⁷ STS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, 707/2016, de 25 de noviembre, rec. 3499/2015, FJ 3.

³⁸⁸ CNJ (Ecu), Resolución N° 1041-2010, del 13 de marzo de 2012.

³⁸⁹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín y SEAONES SPIGELBERG, José, *Derecho Procesal Civil II*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicións, 2006, pág. 129. En este sentido, continúa diciendo la STS (Esp) Sala de lo Civil, Secc. 1, 707/2016, de 25 de noviembre, rec. 3499/2015, FJ 3, que, “en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* (...), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia”.

³⁹⁰ RIFÁ SOLER, José María, GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki, *Derecho Procesal Civil*, volumen 2, Pamplona, Instituto Navarro de Administración Pública, 2011, pág. 284.

II.6.4. El principio de oficialidad y la impugnación

A diferencia de lo que ocurre con los casos de Derecho privado, en aquellos donde existe un Derecho público en discusión, la impugnación no sólo constituye un derecho, sino además una obligación para quien se encuentra defendiendo el interés público. En efecto, dentro de un proceso, los órganos públicos que posean la calidad de parte carecen, como regla, de la capacidad de disponer de la cosa pública, de allí que han de buscar siempre la corrección de la actuación jurisdiccional que vulnere mandatos normativos en desmedro de los intereses públicos. Considerando lo anotado, las legislaciones suelen establecer la obligación para los funcionarios públicos de impugnar resoluciones adversas a los intereses de la sociedad y potestades para que los abogados del Estado y los miembros del Ministerio Fiscal posean legitimidad para impugnar en proceso de interés público.

Adicionalmente, para la “parte procesal Estado”, el impugnar la actuación de un órgano jurisdiccional que inobserve el ordenamiento jurídico también resulta una obligación irrenunciable, pues, entre sus deberes primordiales, está el cuidar el imperio de las normas que lo rigen. Esto no debe ser considerado como una intromisión de otras funciones públicas en la judicial, pues la impugnación se realizará atendiendo siempre a las condiciones generales que establezca la ley procesal para tales efectos. Al respecto, VÉSCOVI señala “según la finalidad pública del proceso, [la impugnación de la “parte procesal Estado”] constituirá una mejor manera de lograr la recta aplicación del Derecho o la actuación de la ley”.³⁹¹ Entonces, no sólo por la indisponibilidad de la cosa pública, sino también en atención a su deber general de cuidar de la observancia de la normativa, es que la impugnación, más que en un derecho, deviene en obligación para el Estado cuando tenga la calidad de parte procesal en aquellos procesos informados por el principio de oficialidad.

Finalmente, conviene señalar que la denominada “consulta” que poseen varias legislaciones, entre ellas la ecuatoriana,³⁹² y que en apariencia se identificaría con una apelación oficiosa, no lo es tal. De hecho la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual, por mandato de la ley, ciertas resoluciones judiciales deben obligatoriamente ser revisadas por el superior jerárquico del juez que la dictó, superior que en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento

³⁹¹ VÉSCOVI, Enrique, *Los recursos judiciales...*, cit., pág. 26.

³⁹² En la legislación ecuatoriana se prevé que toda sentencia que fuere desfavorable a los intereses del Estado deberá ser elevada en “consulta” al juzgador jerárquico superior. COGEP “Art. 256.- ...Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación.”

justo en casos de interés público definidos por la ley. Es claro que, si bien la consulta se produce por mandato de la ley y los poderes revisores del juzgador *ad quem* los despliega de manera oficiosa, su naturaleza es auditora en lugar que impugnadora.

En relación con la “consulta” a la que nos acabamos de referir, cabe reflexionar que tal instituto podría poner en riesgo la imparcialidad del tribunal revisor –el “consultado”–. Tomamos como referencia la experiencia del proceso penal español, donde ha triunfado la opinión de que el juez pierde su imparcialidad si dicta una sentencia que parte de planteamientos fácticos o jurídicos del caso que no han sido mantenidos por ninguna de las partes en sus conclusiones finales –incluso aunque hubieran sido objeto de debate previo–. En este sentido, dispone el art. 789.3 LECrim: “La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, *salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez* o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3.” Se observa que, aunque, como consecuencia de un “planteamiento previamente expuesto por el juez”, haya habido un debate previo sobre la “pena más grave”, el “delito distinto” o la “mutación sustancial del hecho enjuiciado”, nunca el juez podrá recoger en su sentencia la pena más grave, el delito distinto o la mutación sustancial del hecho si no lo han “asumido las acusaciones”. Y el motivo de esta prohibición es la necesidad de preservar la imparcialidad judicial: se argumenta que el juez que recoge en su sentencia alguno de esos extremos en contra del criterio de las partes está adoptando la posición de parte –siendo parcial–. Reconocemos que esta reflexión se sintoniza plenamente con el principio dispositivo que informa al proceso civil. En su tarea revisora, el juzgador superior si bien puede actuar oficiosamente, lo deberá hacer dentro de los límites que las partes hayan dispuesto para el proceso. Actuar por fuera de ellos y, por ejemplo, acordar una solución sobre la base de posiciones ajenas a las litigiosas atentaría contra la imparcialidad del juez –la consulta no convierte al juez revisor en un fiscal–. De allí que en el ejercicio de esta competencia, los juzgadores revisores deberán tener en claro cuáles son los límites de su actuación consultiva.

II.6.5. La doble instancia

MANRESA sostenía que “la defensa es de derecho natural, y se privaría de ella a los litigantes si no se les permitiera recurrir a un Tribunal superior para que enmiende los desaciertos que pueda cometer el inferior.”³⁹³ De este cita clásica viene a nuestro conocimiento que este instituto, bien comprendido, posee dos dimensiones: una como criterio procesal –concepción clásica de “principio”–; y, otra como fase o grado del proceso

³⁹³ MANRESA, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada*, tomo II, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1883, pág. 156.

–segunda instancia–; ambas dimensiones ameritan ser analizadas dentro de nuestro estudio de la impugnación.

Comenzamos refiriéndonos a la doble instancia en su calidad de criterio procesal. Denominamos así a esta dimensión de la doble instancia y no como “principio”, a pesar de que la doctrina clásica lo ha identificado generalmente de esta última manera. Nos allanamos de esta forma a la visión contemporánea del instituto “principio”, la cual propugna la limitación del uso del mismo para identificar a cualquier regla o criterio procesal, revalorizando el hecho de que el principio “constituye el punto de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional”.³⁹⁴ Considerando que no existe el derecho al recurso, salvo que se encuentre legalmente previsto –ver epígrafe II.6.1–, mal podemos argumentar que, en la actualidad, la doble instancia posea la calidad de principio. En efecto, el legislador está en plena libertad de configurar un proceso con una única instancia, sin que ello constituya violación a derecho alguno, por tanto, mal se puede entender como principio un criterio que, hoy por hoy, constituye mero criterio de configuración del proceso de naturaleza opcional para el legislador.

Aclarado este particular, iniciamos nuestro análisis citando el criterio de DEVIS ECHANDÍA quien sostiene que “para que el derecho a impugnar las decisiones de los jueces sea efectivo y el demandado pueda contradecir adecuadamente las pretensiones del actor y éste las excepciones de aquél que hubieren sido ponderadas en un acto o resolución del juez, se observa un principio basado en una organización jerárquica de la administración de justicia con el fin de que, como regla general, todo proceso sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía, si los interesados lo requieren oportunamente mediante recurso y en algunos casos, por consulta forzosa.”³⁹⁵ Es así que para atenuar o disminuir las posibilidades de error, el criterio de doble instancia postula que la causa no termine definitivamente con la sentencia del juez de primera instancia, sino que exista la posibilidad de que la parte que considere que la resolución definitiva adolezca de un error, la impugne a fin de que un juez superior examine nuevamente el asunto litigioso, el fallo dictado sobre él y se pronuncie respecto de uno y de otro.³⁹⁶ De allí que el criterio descansa también en la confianza de la sociedad en los mayores conocimientos y experiencia de los juzgadores que conocerán y

³⁹⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 203.

³⁹⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, cit., pág. 74.

³⁹⁶ Esta revisión se la realizará dentro de los márgenes que hubiesen sido fijados por el impugnante, en aquellas impugnaciones dispositivas; y con plena iniciativa revisora, en aquellas impugnaciones que otorguen poderes oficiosos al juzgador *ad quem*. Ahora bien, a fin de que el tribunal revisor no atente contra su imparcialidad, su tarea deberá enmarcarse dentro de los límites fijados por las partes, no pudiendo resolver sobre temas que no fueron puestos a discusión. Lo contrario, esto es, que bajo pretexto de sus poderes oficiosos el tribunal introduzca argumentaciones nuevas, lo colocaría en calidad de parte y, por tanto, deslegitimaría su actuación.

resolverán la segunda instancia.³⁹⁷ Este pensamiento es compartido por MORALES MOLINA, quien considera que la doble instancia representa una garantía indispensable para los justiciables desde tres puntos de vista a saber: “1. En cuanto a un juzgamiento o juicio reiterado hace por sí posible la corrección de los errores del inferior; 2. En cuanto las dos instancias están confiadas a jueces diferentes, lo que proporciona imparcialidad; y 3. 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.”³⁹⁸

Este criterio desplegó sus postulados con total amplitud en los procesos escritos, donde el segundo análisis del caso se podría realizar prácticamente en igualdad de condiciones que el primero, en vista de que toda actuación procesal se encontraba reducida a documentos, incluidas las comparecencias que se hubieren llevado a cabo, a través de detalladas actas levantadas con ocasión de tales actos. Por tal motivo, la segunda revisión del caso, como una garantía de la mayor corrección de la justicia, contó con buena aceptación durante importante tiempo, en gran medida gracias al protagonismo de la escritura como medio de comunicación de los actos procesales. Sin embargo, el criterio de doble instancia no ha estado exento de críticas, muchas de ellas surgidas de la dispersión y dilaciones a las que puede ser proclive el proceso escrito.

En efecto, han existido opiniones en contra de la conveniencia de la segunda instancia por considerarla productora de demoras y gastos, considerando para ello como falaces a los argumentos que apoyan a la segunda instancia. La bondad de la doble revisión de la cuestión controvertida que haría posible que el fallo dictado por los superiores se ajuste más a la realidad, ha sido replicada argumentándose que tanto los jueces de primera, como los de segunda instancia pueden cometer errores y que si se estima que con la segunda instancia se acerca más a la realidad: ¿por qué no acordar tres, cuatro o más instancias?; respecto a la mayor experiencia de los juzgadores superiores que conocen la segunda instancia, se ha replicado compeliendo a la formación de una única instancia formada por aquellos juzgadores de mayor experiencia; al argumento de la mayor confianza social en las sentencias confirmadas en segunda instancia, los detractores habitualmente han respondido arguyendo la inseguridad que siempre va a generar –en alguna de las partes, al menos– la

³⁹⁷ En esta línea la CC (Ecu), en la Sentencia N° 043-14-SEP-CC, Caso N.º 1405-10-EP del 10 de marzo de 2014 manifestó que “Esta CC se ha pronunciado para resaltar la importancia del derecho a recurrir las resoluciones judiciales, con el objetivo de limitar prioritariamente el poder que asume el juez dentro de una determinada causa, puesto que aquel es susceptible de cometer errores, ante lo que se prevé como necesaria la posibilidad de que un juez o Tribunal superior determine si la actuación del juez de primera instancia se efectuó o no, en apego estricto a la Constitución y las leyes. Nótese en este punto que el doble examen o valoración de un caso implica principalmente una garantía contra la arbitrariedad judicial o el error en el juzgamiento a través de la impugnación del fallo que derivará en un nuevo análisis del proceso por parte de una autoridad jurisdiccional superior, con la finalidad de censurar o reparar la arbitrariedad o la equivocación.”

³⁹⁸ MORALES MOLINA, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Bogotá, Editorial ABC, 1978, pág. 542.

existencia de fallos contradictorios que eventualmente se produce en procesos con dos instancias.³⁹⁹

Pese a estos reparos, las legislaciones occidentales continúan aplicando el criterio de doble instancia como medio de asegurar una mejor administración de justicia. Como señala PEREIRA ANABALÓN: “Ha sido cuestionada la existencia de la doble instancia por quienes observan que la mayor expedición y celeridad del proceso requiere de una sola instancia y que no hay razón de lógica jurídica para atribuir mayor valor a la decisión del juez de la alzada que el que tiene el fallo del juez inferior; pero no reparan en que el proceso no solamente requiere decisiones prontas sino también –y especialmente– resoluciones justas, justicia que se satisface mejor con la revisión del fallo de primer grado por el fallo de segundo grado, siendo además muy relevante la percepción de la comunidad, del pueblo en general, en orden a que el sistema judicial se organiza para satisfacer a cabalidad ese trascendente valor”;⁴⁰⁰ a lo cual, siguiendo a SAAVEDRA GALLO, se puede añadir que “aunque muchos de los fundamentos que justificaron su nacimiento están desfasados en la actualidad, el sistema de control en el doble grado continúa siendo beneficioso para impedir los errores y un excesivo voluntarismo judicial, que puede ocasionarse en la ausencia de controles y la sobrecarga de trabajo padecida por los órganos jurisdiccionales en estos momentos”.⁴⁰¹

Ahora bien, hemos señalado que el criterio de doble instancia ha tenido una mayor valoración y desarrollo dentro del proceso escrito, dada la similar relación que el juzgador de primera y de segunda instancia poseen con el caso reducido a un mismo expediente escrito. Cuando nos enfrentamos a un proceso oral, no obstante, podría parecer que los postulados de la doble instancia pierden su razón de ser, considerando que la relación del juzgador de primera instancia se basa en el contacto vívido y directo con las partes, sus argumentos y pruebas, mientras que el contacto del juzgador de segunda instancia se basa en un expediente diminuto y en grabaciones. Nos resulta evidente que ni de forma remota en el proceso oral se pueden asimilar los contactos de los jueces de primera con los de segunda instancia respecto de las partes, sus argumentos y pruebas. De allí que pensadores de la oralidad, como por ejemplo FAIRÉN, sostengan que el proceso oral está llamado a poseer una única instancia.⁴⁰² Sin embargo, nosotros creemos que resultan plenamente observable

³⁹⁹ Cfr. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, cit., pág. 90; GOZAÍNI, Osvaldo, *Elementos del Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 412.

⁴⁰⁰ PEREIRA ANABALÓN, Hugo, “Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal”, en *Gaceta Jurídica* N° 233, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 16.

⁴⁰¹ SAAVEDRA GALLO, Pablo, “El Recurso de Apelación”, en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaime, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 2, Barcelona, Economist & Jurist, 2000, pág. 647.

⁴⁰² FAIRÉN GUILLEN, Víctor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo 2, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, pág. 804.

los postulados del criterio de doble instancia, adecuándolos a la realidad del juzgamiento por audiencias. Si bien los poderes revisores del juzgador de segunda instancia se ven limitados, sobre todo a lo que valoración de la prueba se refiere, ello no significa que el superior no esté en capacidad de realizar un examen al juzgamiento a la aplicación del derecho, al entendimiento de los hechos o a la observancia de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Si bien con la oralidad la segunda instancia, en su comprensión y alcances, debe mutar y adaptarse al proceso protagonizado por la primera, ello no significa que no sea susceptible de ser plenamente aplicada. En este sentido, en el acápite III.5 nos referiremos expresamente a cómo debería operar el recurso de apelación –medio para la concreción de la segunda instancia– en el proceso oral.

Continuando con nuestro análisis, y según señalamos al comenzar este acápite, además de su calidad de criterio procesal, la doble instancia comporta también una fase o grado ordinario del proceso: la fase de “segunda instancia”. Bajo esta concepción, la segunda instancia puede poseer un sentido amplio o uno estricto.⁴⁰³ El sentido amplio tiene relación con un segundo grado de jurisdicción al cual los litigantes pueden acceder para obtener tutela de sus derechos procesales, sin que necesariamente se discuta el fondo del asunto. El segundo grado de jurisdicción se demuestra de manera más clara en aquellas impugnaciones que tienden a denunciar la infracción a una norma procesal durante la tramitación del proceso que lo haya viciado de nulidad. En estos casos, no se discutirá ante el juez superior sobre la materia del litigio, sino sobre el quebrantamiento de la validez del proceso que, en la generalidad de los casos, tendrá como remedio la declaratoria de la nulidad y el reenvío del caso al inferior para que vuelva a tramitar la causa de forma válida. Según apreciamos como segundo grado de jurisdicción, la segunda instancia comporta una oportunidad de corrección de yerros procesales y no de resolución del fondo del asunto litigioso.

En cambio, en un sentido estricto, la fase procesal de la “segunda instancia” siempre tendrá como objetivo la discusión y resolución de las pretensiones del actor, así como de las excepciones del demandado; es decir, en sentido estricto la segunda instancia constituye una fase procesal en la que puede dictarse una sentencia que tenga en cuenta, o pueda tener en cuenta, todos los aspectos fácticos y jurídicos del caso. En este caso no se impugna la validez del proceso, sino específicamente la corrección material o formal de la sentencia en específico. El remedio jurídico que se acuerda en la segunda instancia en sentido estricto

⁴⁰³ Al respecto, ORTELLS RAMOS propone una interesante reflexión respecto de las dos dimensiones del instituto: “la segunda instancia es una nueva fase del proceso que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación, contra la sentencia final de la primera instancia. El recurso de apelación es admisible también contra resoluciones distintas a la anterior, es decir contra resoluciones que ponen fin al proceso, decidiendo solo una cuestión procesal e incluso en contra de algunas resoluciones meramente interlocutorias. En este caso, teniendo en cuenta la cuestión que se somete al Tribunal superior, es imposible pensar en la apertura de una segunda instancia [en sentido estricto], persiguiéndose solo la reforma o anulación de la resolución apelada [en sentido amplio]” (*Derecho Procesal Civil*, Gizur Menor, Aranzadi, 2010, pág. 510).

será la emisión de una resolución de reemplazo que resuelva sobre la materia en litigio. Bajo este sentido estricto de la segunda instancia, se ha teorizado el concepto mismo de *instancia*. Así COUTURE realiza la siguiente distinción: “en la acepción técnica más restringida del concepto, instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia de fondo: o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia de fondo que sobre él se dicte. Se habla, entonces, de sentencia de primera o de segunda instancia; de jueces de primera o segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia.”⁴⁰⁴

En efecto, la primera instancia en sentido estricto comprende desde el inicio del proceso con la demanda, hasta la emisión de la sentencia de fondo. En caso de que el proceso no termine de forma anormal –en cuyo caso hablaríamos de una primera instancia en sentido amplio y no estricto–,⁴⁰⁵ se incluye ordinariamente en la primera instancia las etapas expositiva, probatoria, de alegatos y resolutive. La etapa expositiva, postuladora o polémica, durante la cual las partes exponen sus demandas, contestaciones y reconveniones, pretensiones y excepciones, sobre las cuales se traba el litigio. La etapa probatoria, donde las partes realizan los actos tendientes a demostrar los hechos controvertidos y las posiciones litigiosas. La etapa de alegatos o conclusiones, en la cual las partes expresan sus argumentaciones para evidenciar que han quedado probados los hechos en los que fundaron sus pretensiones y excepciones, así como la pertinencia de sus fundamentos jurídicos; esta etapa no siempre se encuentra prevista en el diseño procesal, dependerá de la valoración que de la misma realice el legislador. Finalmente, la etapa resolutive, en la cual el juzgador, sobre las posiciones contradictorias de las partes y con base en los hechos probados, emite su decisión sobre el conflicto de fondo y pone término normal al proceso.⁴⁰⁶

La segunda instancia se desarrolla ante un juzgador jerárquicamente superior, en virtud de un recurso de alzada o apelación y comprende desde la admisión a trámite del recurso hasta su resolución mediante la correspondiente sentencia. Al respecto, FIX-ZAMUDIO sostiene que si bien en unos casos las legislaciones establecen procesos de una única instancia, “en otras ocasiones permiten se inicie la segunda instancia o segundo grado del conocimiento del litigio, durante el cual se pueden reproducir repetir o corregir todas o algunas de las etapas de la primera instancia, según la extensión con que las leyes regulen la

⁴⁰⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2002, pág. 169.

⁴⁰⁵ La sentencia se constituye en la forma típica de terminación del proceso, sin embargo, existen otras formas de finalización de éste. Por su carácter atípico y extraordinario, se las denomina “formas de terminación anormal del proceso” y entre ellas están el allanamiento, desistimiento, el abandono y la transacción.

⁴⁰⁶ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor y OLAVE FAVELLA, José, *Derecho procesal*, México DF, UNAM, 1991, págs. 60 y 61.

segunda instancia”.⁴⁰⁷ Con estas consideraciones, vale citar a De la OLIVA SANTOS, quien define a la segunda instancia como “la serie o sucesión de actos procesales que, con la finalidad de dictar sentencia sobre un caso, se desarrollan ante un Tribunal de categoría superior a aquel ante el que se suscitó por primera vez ese mismo caso.”⁴⁰⁸

Por otra parte, como bien señala PALOMO VÉLEZ, “el legislador procesal no está obligado a configurar la segunda instancia de una única manera, sino que existen posibilidades para ello, debiendo optar por la que cumpla con lograr un adecuado equilibrio entre el modelo procesal que se está recogiendo y la necesidad del control superior al que antes nos referimos. Se trata de una decisión de política legislativa que atenderá a criterios de tradición jurídica, técnica y oportunidad.”⁴⁰⁹ En este sentido, existen dos maneras clásicas en que la segunda instancia en sentido estricto puede ser concebida procesalmente y una adicional, que en realidad reúnen un conjunto de varias formas eclécticas que trata de conciliar las dos tradicionales. La primera de ellas propugna una nueva instancia donde se realice una revisión total de la materia litigiosa, dando oportunidad a las partes para que realicen nuevas alegaciones y aporten nuevos elementos de juicio, tanto argumentativos como probatorios –*novum iudicium*–. Bajo este criterio se permite la incorporación de material fáctico y probatorio y la posibilidad de desplegar nuevos medios de ataque y de defensa, por lo que el Tribunal de segunda instancia contará para un nuevo enjuiciamiento de la cuestión con el material de que dispuso el juzgador de primer grado y todo lo que las partes adicionen en la segunda. Como señala PICATOSTE BOBILLO, “lo que examina el Tribunal no es la mera corrección de la resolución del juez *a quo*, sino que se enjuicia de nuevo la propia relación jurídico-material de la primera instancia”,⁴¹⁰ o, en palabras de CHIOVENDA, “el objeto del examen del juez de segundo grado no es la sentencia de primer grado, sino directamente la relación jurídica controvertida.”⁴¹¹ De esta manera, la segunda instancia prácticamente deviene en un nuevo proceso, lo cual no es ni deseable ni aceptable pues llevaría a una doble inversión de tiempo y dinero, además del riesgo de la utilización de la apelación como un medio para estrategias litigiosas basadas en el ocultamiento de

⁴⁰⁷ *Ibidem*, pág. 61.

⁴⁰⁸ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pág. 261.

⁴⁰⁹ PALOMO VÉLEZ, Diego, “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, en: *Estudios Constitucionales*, año 8, No. 2, 2010, pág. 491, en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art14.pdf>, página web consultada el 22 de agosto de 2016.

⁴¹⁰ PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Recurso de Apelación”, en PICATOSTE BOBILLO, Julio, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2009, pág. 132.

⁴¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal*, tomo 1, Madrid, Reus, 2000, pág. 132.

información o documentación y su utilización a manera de sorpresa. En palabras de PALOMO VÉLEZ “poco espacio, como se ve, para la preclusión.”⁴¹²

La otra manera en que se puede concebir a la segunda instancia limita la labor del juzgador a “la exclusiva revisión del juicio jurídico determinante de la sentencia de primera instancia, pero sin posibilidad de revisar el juicio fáctico”⁴¹³. Se proscribe, bajo este criterio, el que las partes aporten nuevos argumentos o nuevas pruebas para sustentar sus pretensiones, siendo la materia de análisis del Tribunal de alzada únicamente lo que fue oportunamente aportado en la primera instancia. Además, “el Tribunal superior no lleva a cabo un nuevo enjuiciamiento de la cuestión debatida en el pleito, sino que se limita a comprobar y declarar si la sentencia objeto de impugnación es o no conforme a Derecho, y ahí termina su labor enjuiciadora.”⁴¹⁴ Esta comprensión de la segunda instancia podría llevar a pensar que se la estaría desnaturalizando, pues aparentemente reduciría la labor del Tribunal superior a una limitada revisión del fallo, más parecido a lo que ocurre con un recurso extraordinario como el de casación.

Sin embargo, debe entenderse que aquella revisión de la sentencia, necesariamente se ha de realizar en contraste con todo lo actuado en la primera instancia, es decir, con el caso en su conjunto –*revisio prioris instantiae*–. Las referencias de los autores citados a la imposibilidad de “revisar el juicio fáctico”, debe entenderse como la imposibilidad de aportar nuevos hechos y no como la imposibilidad de revisar los hechos previamente aportados. Es decir, bajo este criterio sí que se puede revisar el juicio fáctico sobre la base de una nueva valoración de los hechos argumentados y probados en primera instancia, más no revisar el juicio fáctico a través de la incorporación de nuevos hechos. No existen motivos, entonces, para considerar que este criterio desnaturalice a la segunda instancia, salvo que, se realice una interpretación equívoca de sus postulados. En todo caso, esta comprensión de la segunda instancia sí podría llegar a considerarse como limitante del afán de justicia que debe poseer toda labor jurisdiccional, en la medida en que proscribiera toda posibilidad de presentar nuevos elementos que en circunstancias específicas, se justificaría fueran valorados por el Tribunal de apelación.

La tercera manera de entender a la segunda instancia, a la que en párrafos anteriores puede considerarse como ecléctica, pretende equilibrar las posiciones que hemos desarrollado, buscando extraer lo positivo de cada una de ellas, así como limitar sus excesos. Como sostiene ARAGONESES, “entendemos que, en su forma más pura, tanto uno como otro

⁴¹² PALOMO VÉLEZ, Diego, “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, cit., pág. 492.

⁴¹³ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 262.

⁴¹⁴ PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Recurso de Apelación”, cit., pág. 135.

sistema, no deben utilizarse porque los inconvenientes de uno y otro pueden perfectamente suavizarse adoptando posturas intermedias, dentro de las cuales caben diversos matices ya que, por ejemplo, no es lo mismo una apelación que permita las aportaciones de algunos materiales nuevos en base a determinadas circunstancias que la aportación de otros materiales de forma más amplia y unida a otros requisitos”.⁴¹⁵ No existe una única forma para esta posición intermedia, pues ella dependerá, en cada caso concreto, de la manera en la que el legislador diseñe la instancia de alzada. En todo caso, un criterio común a esta posición intermedia lo establece DE LA OLIVA SANTOS de la siguiente manera: “el Tribunal de instancia debe estar en posibilidad de revisar el juicio de primera instancia, tanto en sus aspectos fácticos como en los jurídicos, pero, de ordinario, sólo sobre la base de los materiales de la primera instancia y sin que se admita un sustancial cambio del planteamiento del caso.”⁴¹⁶ Sobre lo anotado, ciertamente coincidimos en que la aportación de nuevo material probatorio en segunda instancia debe ser una conducta procesal de excepción y así debe ser normada, pues con la nueva instancia no se pretende dar oportunidades a litigantes descuidados ni permitir protervas estrategias litigiosas basadas en la sorpresa. Respecto del planteamiento del caso, en nuestro criterio el asunto litigioso de primera instancia trabado entre las pretensiones y excepciones, no debe variar en absoluto. Lo contrario exigiría forzosamente que la segunda instancia se convierta en un proceso distinto del conocido en primera instancia, lo cual desnaturalizaría al instituto. Si durante la tramitación del proceso, y una vez precluída la fase procedimental correspondiente, una de las partes muta su posición litigiosa inicial, no se puede forzar a que el proceso se adapte al cambio intempestivo e inoportuno de la parte.

Finalmente, resulta importante destacar la concepción de la segunda instancia como una pretensión de tutela judicial respecto de los errores en el juzgamiento de primera instancia. Así comprendida, la segunda instancia se aleja de un simple mecanismo de revisión de yerros, y pasa a constituirse en un verdadero sistema de tutela de derechos a ruego del recurrente. Como señala De la OLIVA SANTOS, “aunque la segunda instancia de nuestro Ordenamiento alberga y supone, sin duda, posibles actos de revisión de lo resuelto en primera instancia, su finalidad no es ni exclusiva ni primordialmente revisora: no se busca sobre todo comprobar si se han cometido errores jurídicos en lo procesal o en lo sustantivo o en llamado juicios de hecho, sino ofrecer una nueva respuesta a unas concretas pretensiones de tutela jurisdiccional. La detección de esos errores está en función de la finalidad de respuesta a pretensiones de tutela.”⁴¹⁷

⁴¹⁵ ARAGONESES, Pedro y GISBERT, Marta, *La apelación en los procesos civiles*, cit., pág. 101.

⁴¹⁶ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 262.

⁴¹⁷ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 262-263.

II.6.6. *Non reformatio in peius*

La regla de *non reformatio in peius* prohíbe que el impugnante puede ver empeorada su situación en virtud de su propio recurso. Esta regla tuvo su origen en la materia penal y tradicionalmente se la considera como un instituto propio del ámbito procesal penal.⁴¹⁸ Con ella, se buscaba tutelar y promover la impugnación, proscribiendo la posibilidad de que el acusado no viera perjudicada su situación jurídica por el hecho de haber presentado un recurso. Es decir, se buscó que la posibilidad de perjuicios mayores no desincentivara la impugnación del acusado. Es nuestro criterio que, en materia penal, la *non reformatio in peius* posee un trasfondo humano antes que jurídico, pues si se observara estrictamente el principio de oficialidad, el juzgador penal debería aplicar la enmienda jurídica que la resolución impugnada amerite, sin importar que la falla solventada no hubiere sido denunciada o si la revisión que reveló tal yerro se originó en un pedido de impugnación de la parte que resulta mayormente perjudicada.

Desde la materia penal, la regla se trasladó a la materia civil. En esta materia las circunstancias que informan la regla cambian por completo en virtud de que el proceso civil, a diferencia del penal, se informa por el principio dispositivo. Considerando ello, al presentar una impugnación con márgenes debidamente establecidos, sea a través de la argumentación o del uso de causales, la parte dispone de su derecho en un sentido específico, de allí que lo que se encuentre por fuera de aquella disposición, no es materia que se encuentre en competencia del juzgador. Como sostiene DE LA RÚA, el límite de la jurisdicción del juzgador que conoce un recurso en un proceso civil, está en los agravios que ha argumentado el recurrente.⁴¹⁹ Como efecto de esto, debemos considerar que la *reformatio in peius* se proscriba considerando también la prohibición de la incongruencia en las resoluciones del órgano jurisdiccional. En efecto, “si la resolución no puede ser modificada más que en la medida de lo pretendido por el impugnante y si el impugnante no puede pretender admisiblemente una reforma que empeore su situación, la resolución que de oficio introduce una reforma peyorativa, obviamente incurriría en incongruencia” como señala ORTELLS RAMOS.⁴²⁰

Si bien consideramos que la regla es de aplicación general para cualquier tipo de impugnación, la doctrina se ha ocupado de ella especialmente en el tratamiento del recurso de apelación. Dentro de este marco, que no nos impide extraer de él criterios aplicables a cualquier tipo de recurso, GISBERT POMATA sostiene: “Consecuencia de ello es el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* o regla impuesta al Tribunal de apelación como

⁴¹⁸ Cfr. RÚA, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, pág. 214.

⁴¹⁹ *Ibidem*, pág. 228.

⁴²⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 494.

impedimento para agravar la condena o restringir las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia, en perjuicio del apelante, es decir, aquél no puede dictar la sentencia que habría dictado de haber actuado como órgano jurisdiccional de primera instancia, sino dictar la que debe dentro de los límites perjudiciales a juicio del apelante, que han sido sometidos a su consideración, y lo más que puede hacer es desestimar las pretensiones del recurrente, sin que el apelado pueda solicitar otra cosa que no sea el mantenimiento de la resolución apelada, a no ser que se adhiera a la apelación del contrario.”⁴²¹

A mayor abundamiento, informa también la aplicación de la regla de *non reformatio in peius* en materia civil el principio de congruencia –que es una consecuencia del principio dispositivo–.⁴²² Y es que dicho principio de congruencia exige que la sentencia “ha de adecuarse a las pretensiones de las partes, sin que pueda el Tribunal otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandante ni fundar la sentencia en causas de pedir distintas a las que se han erigido en el objeto del proceso.”⁴²³ En este sentido, el TS (Esp) ha dispuesto: “el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* y la causa *petendi* y el fallo de la sentencia.”⁴²⁴ En similar orden de ideas se ha pronunciado el TC (Esp):

...la posible vulneración de la *non reformatio in peius*, aunque no existiera previsión legal alguna también rige por la imposibilidad de alterar en su perjuicio la posición jurídica del apelante por efecto exclusivo de su recurso, como consecuencia del principio *tantum devolutum quantum appellatum*; y esa prohibición resulta constitucionalmente exigible en la medida en que su desconocimiento comporte indefensión o pueda contravenir la necesaria congruencia que en el recurso ha de existir entre la pretensión impugnatoria y el correspondiente fallo de la Sentencia: Esto es, cuando la modificación no sea la consecuencia de una petición deducida ante el órgano judicial, por medio de la adhesión a la apelación de alguna de las partes apeladas, que, al tiempo que incrementa el alcance devolutivo del recurso, permite al inicial recurrente aducir oportunamente las alegaciones que estime necesarias para su defensa, o cuando no resulte de la eventual aplicación de normas de orden público que debe efectuar

⁴²¹ GISBERT POMATA, Marta, “Consideraciones sobre la Segunda Instancia en el Proceso Civil Español”, en: *Revista Derecho y Sociedad*, No. 38, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, pág. 258.

⁴²² Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO María Pía, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 387.

⁴²³ PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, “La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad”, en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/130850/63268.pdf?sequence=1>, página web consultada el 20 de febrero de 2016.

⁴²⁴ STC (Esp), 711/2011, de 4 octubre, FJ 2.

el Juez, en todo caso, con independencia de que se haya pedido o no por las partes.⁴²⁵

Cabe señalar que, si bien el principio de congruencia ha estado comúnmente relacionado con la sentencia, no se puede negar que informa a la debida configuración de todas las resoluciones que se expidan durante el proceso. En sus actuaciones, el juzgador no podría resolver particulares por fuera de lo solicitado por las partes; en las fases de impugnación en específico, el juez no podrá revisar ni resolver particulares que no hubiesen sido denunciados expresamente por las partes⁴²⁶ y dentro del sentido que ellos hayan impuesto en sus alegaciones. Cualquier actuación por fuera colisionaría con la congruencia que debe caracterizar la actuación del juez, particular que se encuentra recogido por el principio materia de este epígrafe bajo un mandato prohibitivo al juzgador.

Es así que la iniciativa oficiosa del juzgador para enmendar yerros de los que adolezca un acto judicial puesto a su conocimiento en virtud de una impugnación se encuentra vedada, salvo en aquellos casos en que el vicio sea de aquellos que ocasionan la nulidad de pleno Derecho del acto –siempre que la ley habilite esta posibilidad, lo cual es común y ocurre tanto en la LEC –art. 227–, como en el COGEP –art. 110–. Sólo en este caso, aun cuando la circunstancia no hubiere sido denunciada por la parte, el juez está capacitado legalmente para declarar la nulidad del acto, y aun cuando tal declaratoria sea perjudicial para la parte impugnante.

En definitiva y como bien señala PICÓ I JUNOY “los pronunciamientos de la sentencia de instancia que no hayan sido impugnados por ninguno de los litigantes, quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior.”⁴²⁷ Opera de esta manera, dentro de los procesos informados por el principio dispositivo, la regla de *non reformatio in peius*. El limitante fáctico de esta regla es la pluralidad de impugnantes, pues, en estos casos, siempre cabrá que un impugnante vea empeorada su situación en virtud de lo alegado y solicitado por otro impugnante.

⁴²⁵ STC (Esp), 116/1988, de 20 de junio, FJ 2.

⁴²⁶ Así, consideramos adecuado lo manifestado por el STC (Esp), 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, donde sostuvo que: “...la relevancia constitucional de la reforma peyorativa determinante de una situación de indefensión, que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación. Por ello la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el art. 24.1 CE.”

⁴²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, cit., pág. 85-86.

II.6.7. La obligatoriedad del despacho y resolución de las impugnaciones

Siempre que la ley prevea un medio de impugnación de las actuaciones judiciales, la concesión del mismo no queda librada a la voluntad discrecional del juez, pues este podría negarlos por varias circunstancias, entre ellas, temor a la censura de parte del superior e incluso orgullo, por considerar que sus pronunciamientos son infalibles.⁴²⁸ Al igual que el resto de los mandatos legales sobre la debida conducción y marcha del proceso, el juzgador ha de acatar rigurosamente las reglas previstas respecto a la impugnación de sus actuaciones que las partes pueden realizar. De allí, que una vez confirmado el cumplimiento de los presupuestos para la impugnación –siendo el principal de entre ellos la previsión legal del medio accionado, así como los requisitos materiales y formales que estudiaremos en el epígrafe II.9– el juzgador ha de concederlo a trámite sin otro reparo.

Cuando se trate de medios de impugnación que serán conocidos y resueltos por el mismo juzgador que emitió el acto observado, es necesario que aquel tome conciencia de que la corrección del error cometido redundará en un acrecentamiento de su confianza social, en virtud de la madurez emocional e intelectual que se debe poseer para aceptar un equívoco propio y solventarlo. Cuando se trate de medios de impugnación a ser conocidos y resueltos por un juzgador superior, el juzgador de origen ha de confiar en que su convicción, en la medida en que se encuentre debidamente formada, será confirmada por sus superiores, lo cual, de igual manera, acrecentará su valoración social.

Cabe también en este caso la posibilidad de que la resolución impugnada sea modificada y que dicha modificación sea correcta y necesaria, o que sea incorrecta. A la primera circunstancia, el juzgador de origen ha de entenderla como una vía para su perfeccionamiento como administrador de justicia, al percatarse de su yerro y de la enmienda acordada por el superior –nuevamente resulta imprescindible su madurez emocional e intelectual–; y, en la segunda, el juzgador de origen debe ser consciente de que, al igual que ocurre con las pretensiones y argumentos de las partes, la resolución de primera instancia también está sujeta a la apreciación de un juzgador superior, apreciación que es susceptible de equívocos.

En cualquier caso, cuando el legislador haya dispuesto un medio de impugnación a una actuación judicial, tal impugnación deviene en un derecho para la parte procesal. Por tanto, cuando tal derecho sea ejercitado corresponde al juzgador la obligación de atenderlo, darle el trámite legalmente previsto y resolverlo conforme a Derecho. Vale recordar en este punto, que no es suficiente que se encuentre previsto el medio de impugnación en la norma positiva sino que, conforme lo ha dispuesto la Corte IDH, el derecho al recurso debe ser

⁴²⁸ Cfr. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo 2, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1942, pág. 603.

efectivo y para aquello es preciso que los recursos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos, para que así se puedan corregir los vicios que se denuncian en la resolución.⁴²⁹ De no observar esta obligación, o de obstaculizar de cualquier manera la impugnación legalmente prevista, el juzgador estaría vulnerando no solo la norma adjetiva de rango legal, sino también aquellas de rango constitucional que prevean el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, según expusimos en II.3.

II.6.8. Principios y reglas relacionadas con la impugnación en la LEC

Los principios y reglas que acabamos de analizar constituyen máximas informativas a las cuales el legislador ha de recurrir al momento de diseñar el proceso en sus distintas fases de impugnación. Algunos de ellos deben ser obligatoriamente observados, –como por ejemplo el principio de configuración legal del proceso–, y otros pueden ser libremente elegidos o sus postulados temperados según la opción por la cual se decante el legislador. A continuación, procedemos a analizar cómo el legislador español ha concretado estos principios y reglas en las fases de impugnación del contencioso civil.

• Configuración legal del proceso

GIMENO SENDRA recuerda que el TC (Esp) “ha tenido la ocasión de conceptuar el derecho a los recursos que se encuentra implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, como un derecho de configuración legal, en el sentido de que el Poder Legislativo es dueño de determinar tanto el número e índole de los recursos (con la sola excepción del proceso penal) como los requisitos que, en un recurso concreto, determinan su admisibilidad.”⁴³⁰ La configuración legal del proceso posee una plena comprensión y aceptación en España y de ello toma cuenta la manera en que la LEC regula la impugnación dentro del proceso.

De manera general, en su art.1 la LEC consagra el principio de legalidad procesal, disponiendo que “en los procesos civiles, los Tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.” Respecto al tema concreto de la impugnación, en la Exposición de Motivos de la LEC se hace referencia a este principio al señalar que “La Ley regula con detalle lo relativo a (...) los recursos y actos de impugnación de resoluciones”. Es clara la reserva de ley que en materia de impugnación se

⁴²⁹ Esto ha sido recogido por la Corte CIDH en varios de sus fallos, como, por ejemplo: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001, pág. 111; Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, pág. 52; Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003, pág. 121; Caso Maritza Urrutia, sentencia de 27 de noviembre de 2003, pág. 117, entre otros.

⁴³⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pág. 555.

declara en la Exposición de Motivos, la cual se encuentra ratificada por el art. 448. En este artículo, la LEC se refiere al “derecho a recurrir”, disponiendo que “contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la AJ que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley”.

Como apreciamos, la LEC no consagra un derecho absoluto al recurso, –particular que habría comportado un grave error, conforme lo hemos explicado en el epígrafe II.3–, sino uno de configuración legal donde se pueden accionar únicamente los recursos que se encuentren legalmente previstos.⁴³¹ Comprobamos de esta manera que la LEC consagra los mandatos del principio de configuración legal del proceso, al limitar los medios de impugnación, en específico a los recursos, a lo que la ley prevea sobre ellos. Como señala BANACLOCHE PALAO: “cualquier recurso que se quiera plantear en un proceso civil debe respetar los principios y seguir los cauces señalados en la Ley, salvo que exista una disposición expresa que establezca alguna especialidad, en cuyo caso habrá de estar a lo que ésta disponga.”⁴³²

• Inmutabilidad de las resoluciones judiciales

En la Exposición de Motivos, el legislador español destaca las innovaciones que incorporó la LEC respecto a las resoluciones judiciales, en lo relativo a su invariabilidad, aclaración y corrección. El legislador considera que “se incrementa la seguridad jurídica al perfilar adecuadamente los casos en que estas dos últimas proceden y se introduce un instrumento para subsanar rápidamente, de oficio o a instancia de parte, las manifiestas omisiones de pronunciamiento, completando las sentencias en que, por error, se hayan cometido tales omisiones”, sin perjuicio de lo cual es enfático al señalar que a través de estos instrumentos “se prohíbe modificarlas [las resoluciones], permitiendo sólo añadir los [puntos] que se omitieron”.

En lo que a disposiciones normativas específicas se refiere, el art. 214.1 de la LEC prevé el mandato general sobre la inmutabilidad de las resoluciones al disponer que: “Los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas.”⁴³³ Cumple este mandato normativo con garantizar la seguridad jurídica que ha de existir

⁴³¹ Fernando SALINERO ROMÁN se refiere al “principio de legalidad” cuando analiza el art. 448 de la LEC (“Art. 448. Del derecho a recurrir”, en TORIBIOS FUENTES, Fernando (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pág. 759). Nosotros preferimos referirnos al principio de configuración legal del proceso y su tributario principio al recurso legalmente previsto. En todo caso, consideramos que estas distintas denominaciones identifican el mismo postulado rector de esta materia.

⁴³² BANACLOCHE PALAO, Julio, “De los recursos”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 774.

⁴³³ La LOPJ prevé un idéntico mandato en su art. 267.1.

respecto de las decisiones judiciales ya firmadas, en lo que hace relación con que los mismos jueces que las dictaron no puedan con posterioridad “arrepentirse” y modificar su contenido.

Debemos recordar que la importancia de observar esta regla ha sido entendida por el TC (Esp) en el siguiente sentido: “Este Tribunal ha reiterado que la protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, implica que los órganos judiciales no puedan revisar sus decisiones al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que su decisión no se ajusta a la legalidad”.⁴³⁴ Entre los “supuestos y casos taxativamente previstos en la ley” que permiten la modificación de las resoluciones ya firmadas se incluyen, claro está, las distintas vías de impugnación de las resoluciones que la legislación procesal establece. Y, además, también es lícita la modificación de resoluciones ya firmadas a través de alguno de los procedimientos legales que se prevén en los arts. 214 y 215 de la LEC para la “aclaración de conceptos oscuros”, la “rectificación de errores materiales”, la “subsanción de defectos que sea necesario remediar para llevar plenamente a efecto” lo ordenado en la resolución y, por último, para el “complemento” de la resolución con nuevos pronunciamientos que corrijan “omisiones de pronunciamiento manifiestas”.

En lo que hace a este último procedimiento –el de “complemento” para corregir omisiones de pronunciamiento manifiestas–, resulta de interés comentar el contenido de los apartados 2 y 3 del art. 215 LEC, por cuanto supusieron una novedad en la legislación procesal española. El art. 215.2 LEC dispone que “si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Letrado de la AJ de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.” De esta manera, a nuestro criterio, el legislador español ha establecido una clara excepción a la regla de la invariabilidad de las resoluciones judiciales expresamente recogida en el art. 214 de la LEC, determinando la posibilidad de que un juzgador, a petición de parte, complete una sentencia o auto definitivo que haya omitido referirse a uno de los puntos en que se trabó la litis. Esto tiene como consecuencia que el juzgador incluso podría modificar por completo el sentido de su resolución en el evento de que el punto no atendido sea determinante para el caso. La posibilidad de reforma total o parcial de la sentencia o auto definitivo por parte del mismo juez que dictó la resolución puede ser objeto de la crítica que formula VÁSQUEZ IRUZUBIETA: “Esta norma [el art. 215.2] es tan amplia que resulta peligrosa por la extensa facultad que se otorga a los Jueces para corregir sus propios errores luego de haber firmado y notificado sus decisiones, lo que

⁴³⁴ STC (Esp), 357/2006, de 18 de diciembre, FJ 2.

siempre se manifiesta como una actividad irregular porque lo propio es dejar las cosas como están y que se corrijan en la instancia superior y si el supuesto se dio en la alzada, mediante los oportunos recursos. La doctrina siempre consideró que lo mejor para corregir tales defectos u omisiones a la que se denomina como incongruencia negativa, es hacerlo mediante la vía impugnativa adecuada, y a mi juicio esa opinión sigue siendo válida.”⁴³⁵

También consciente de la modificación introducida a la regla de la invariabilidad de las resoluciones judiciales, GALLEGO GARCÍA⁴³⁶ pretende atenuar o matizar tal modificación a través de una interpretación extensiva de las normas, que, a nuestro criterio, no resulta acertada. El citado autor considera válida la aplicación al caso previsto por el citado numeral 2 de art. 215 de la LEC, de una regla establecida para el caso establecido en el numeral 3 de tal artículo, norma que establece: “Si el Tribunal advirtiese en sentencias o autos que dictara las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicta, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.” La aplicación pretendida por GALLEGO GARCÍA no procede dado que los casos previstos en estos dos numerales son distintos y, por ello, el legislador ha establecido reglas distintas para cada uno de ellos.

En efecto, la subsanación prevista por el numeral 2 se realiza a petición de parte en el evento de que existan omisiones en la sentencia o auto definitivo, caso en el cual, previa notificación a la parte contraria para que ejerza su derecho a la contradicción, el juzgador resuelve el pedido. En el caso del numeral 3, la subsanación se da de oficio, cuando el juzgador hubiera caído en cuenta de la omisión. Para estos casos la ley no ordena que se confiera audiencia a las partes respecto de la subsanación, la cual será dispuesta directamente por el juzgador con un solo limitante, el que no se modifique ni rectifique lo que se hubiere acordado, siendo esta la regla la que GALLEGO GARCÍA extensivamente pretende que se aplique al caso previsto por el numeral 2. Como vemos, tanto el origen de la subsanación es distinto en los casos de los numerales 2 y 3 del art. 215, cuanto el trámite que el legislador ha establecido para cada caso de manera expresa.

⁴³⁵ VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Difusión Jurídica Economist & Jurist, 2012, pág. 397.

⁴³⁶ GALLEGO GARCÍA, Rodrigo, “Art. 215”, en TORIBIOS FUENTES, Fernando, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pág. 368-369.

Por otra parte, autores como CORDÓN MORENO,⁴³⁷ RUEDA LÓPEZ,⁴³⁸ o SEOANE PRADO⁴³⁹ no han reparado en los trascendentes contenidos del número 2 del art. 215, limitándose a señalar que el precepto constituye una novedad para el ordenamiento español y que se encuentra motivada por el afán de corregir los excesos que en la práctica se cometían a través de los pedidos de aclaración de sentencias y autos definitivos, así como, por resultar más económico o expedito el que el mismo juez, entrado en conciencia de la omisión en la que incurrió, corrija tal omisión con la posibilidad de que inclusive el fondo de lo resuelto se vea modificado.

- **El principio dispositivo y la impugnación**

De evidente inspiración liberal, la LEC se decanta por una rigurosa observancia del principio de justicia rogada, esto es, del principio dispositivo. Así se lo declara de manera expresa en la Exposición de Motivos: “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.”

De esta manera, el “trabajo” de los jueces estará supeditado a lo que las partes dispongan a su conocimiento –cfr. arts. 216, 218.1 y 465.5–. Salvo los casos de excepción, como lo es la declaratoria de nulidades absolutas –art. 227–, la aclaración de algún concepto oscuro, la rectificación de cualquier error material, la subsanación de defectos para la debida ejecución de las resoluciones o el complemento de omisiones de pronunciamiento –arts. 214 y 215–, los juzgadores se encuentran incapacitados por la LEC para realizar cualquier actividad oficiosa que se relacione con revisiones de lo por ellos actuado. Privativa es la iniciativa de las partes para impugnar en el proceso; en la LEC se lo consagra en el art. 448 que únicamente habilita las partes que consideren que las resoluciones judiciales le afectan, el derecho interponer en su contra los recursos previstos en la ley. En concordancia, solamente a las partes recurrentes les está habilitado el desistir de los recursos interpuestos antes de que sean resueltos –art. 450–, así como el renunciar, desistir del proceso, allanarse,

⁴³⁷ CORDÓN MORENO, Fernando, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008, pág. 121.

⁴³⁸ RUEDA LÓPEZ, Jesús, “Art. 215”, en SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel (Coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, tomo 1, Madrid, Editorial Dijusa, 2003, pág. 679.

⁴³⁹ SEOANE PRADO, Xavier, “Art. 215”, en XIOL RÍOS, Juan Antonio (Coord.), *Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2008, pág. 981.

someterse a mediación o a arbitraje o transigir sobre el objeto del pleito durante la tramitación de los recursos –art. 19.3–.

En definitiva, la ley adjetiva española observa rigurosamente el principio dispositivo en las fases de impugnación del contencioso civil, siendo aplicable por excepción legalmente prevista la capacidad del juzgador de realizar revisiones respecto de lo que fue por él resuelto. Anotado esto, no consideramos referirnos al principio de oficialidad pues aquel informa a materias distintas de la civil en la concepción contemporánea y liberal del proceso que atiende a derechos privados.

- **La doble instancia**

Conviene que iniciemos este apartado recordando que el medio de impugnación que genera la segunda instancia es el recurso de apelación. Sobre este recurso y la comprensión que el legislador español posee de la segunda instancia, citaremos la Exposición de Motivos de la LEC, que declara: “La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso. Se regula, coherentemente, el contenido de la sentencia de apelación, con especial atención a la singular congruencia de esa sentencia.”

Como apreciamos, la LEC niega el *novum iudicium* y desarrolla una segunda instancia donde es posible discutir sobre los puntos impugnados, que no pueden ir más allá de aquellos en los cuales se trabó la contienda de primera instancia. Esto es ratificado por el TC (Esp), Tribunal que ha dispuesto: “nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o *revisio prioris instantiae*, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un *novum iudicium*, es decir, de la incursión de nuevos hechos pues aquello resulta atentatorio contra el derecho a la igualdad procesal que poseen las partes”.⁴⁴⁰ La aportación de nueva prueba es extraordinaria, siendo la materia de resolución básica lo actuado ante el juzgador *a quo*. En efecto, el art. 456.1 de la LEC expresamente dispone: “En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel Tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el Tribunal de apelación.”

⁴⁴⁰ STC (Esp), 105/2014, de 23 de junio, FJ 3.

La LEC observa el principio de doble instancia en los principales procedimientos, estos son el ordinario y el verbal, estableciendo el recurso de apelación para la impugnación de las sentencias de primera instancia. Así, el art. 455.1 dispone la procedencia del recurso de apelación respecto de “las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros.” Adicionalmente, son apelables, por excepción constante en mandato legal expreso, ciertas resoluciones que no ponen fin a la primera instancia, por ejemplo, los autos que acuerdan la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal –art. 41.2– o civil –art. 43–, los autos que denieguen audiencias preliminares –art. 258.2– o las rechacen por considerar justificada la oposición –art. 260–. En el caso de apelación de este tipo de autos interlocutorios, el ámbito del recurso no va más allá de lo que constituye el contenido y la corrección procesal de la propia resolución, “de modo que lo que se somete a la consideración del órgano jurisdiccional de grado superior es la decisión sobre su adecuación a derecho, atendiendo los antecedentes del propio proceso y la previsión contenida en la norma que lo regula.”⁴⁴¹

- *Non reformatio in peius*

La impugnación otorga a los juzgadores poderes revisores en virtud de la petición de tutela de derechos que realizan las partes en sus objeciones a las actuaciones judiciales. Tales poderes jurisdiccionales no son ilimitados o amplios; al contrario, son limitados y específicos a lo que las partes sometieron a consideración del juzgador. En este punto, el principio dispositivo informa con rigurosidad los alcances revisores que el juez posee respecto de lo impugnado, que según hemos expuesto, se circunscriben a lo que las partes le hayan dispuesto. Surge entonces, por efecto de la observancia de los principios dispositivo y de congruencia, la prohibición de la reforma de la resolución en perjuicio de quien la impugnó.

Este principio se encuentra recogido por la LEC en tres importantes momentos. Primero, en el art. 218 se dispone la necesidad de que las resoluciones sean congruentes, lo que, aplicado a las resoluciones que deciden los recursos, determina la prohibición del *reformatio in peius*. Así, la citada norma dispone: “Las sentencias [léase, “resoluciones”] deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.”

⁴⁴¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José, *Tratado del Juicio Verbal*, cit., pág. 1359.

En otro caso, el art. 227 establece que en ninguna otra circunstancia por fuera de las establecidas en tal norma, el juzgador, con ocasión de un recurso, podrá declarar la nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo en los excepcionales supuestos de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, o se hubiera producido violencia o intimidación que afectara a dicho Tribunal. Es claro el mandato protector de la LEC respecto al recurrente que, habiendo impugnado una actuación, no solicitó una nulidad, pudiendo ser la causa de tal omisión un ánimo subsanador que mal podría ser atentado por una actuación oficiosa del juez. A fin de no causar eventuales perjuicios, queda entonces prohibida la declaratoria de nulidades cuyo pedido corresponda privativamente a la parte.

Finalmente, un tercer y definitivo momento en que la LEC consagra los postulados de la *non reformatio in peius*, se encuentra en la regulación del recurso de apelación, que según anotamos en el epígrafe II.6.5, es el paradigma en lo que hace relación con este principio. Así, el art. 465.5 de la LEC dispone: “El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.” La proscripción de perjudicar al recurrente es expresa, así como la posibilidad de que una pluralidad de impugnaciones contrarias habilite al juzgador a resolver con mayor amplitud el recurso, aún en contra de las posiciones de alguno de los recurrentes.

Según ha quedado evidenciado, la observancia que el legislador español ha acordado para el principio de *no reformatio in peius* en materia civil es solvente. Informada por los principios dispositivo y de congruencia, la prohibición de perjudicar a quien impugna con ocasión de su reparo constituye una garantía que se sintoniza plenamente con la naturaleza del proceso privado.

- **La obligatoriedad del despacho y resolución de las impugnaciones**

Para referirnos a la obligación que poseen los juzgadores de despachar y resolver las impugnaciones, debemos reconocer que, al igual que las fases de proposición, de contestación a la demanda o la probatoria, la impugnación forma parte del proceso constituyendo una más de sus etapas legalmente previstas. Por tanto, la obligación que posee el juzgador de atender las impugnaciones que se lleguen a plantear forma parte de los deberes generales de dirección y despacho del proceso. Al respecto, vale referirnos a la LOPJ, la cual en su art. 237 dispone que “se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias.”

A este mandato general se lo complementa con el trámite que la LEC ordena para cada recurso, el cual indica el momento procesal en que estos deben ser resueltos. Esto, si bien no constituye un mandato expreso sobre la obligatoriedad de resolución, sí la determina tácitamente junto con los parámetros que debe observar el juzgador. Así, el recurso de reposición debe ser resuelto en el plazo de cinco días de fenecido el período que la contraparte poseía para responder el recurso planteado –art. 453.2–; la resolución que atienda al recurso de apelación deberá ser dictada dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista o, si no se la hubiere celebrado, deberá ser dictada en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos en el Tribunal competente para la apelación –art. 465.2–; el recurso de casación será resuelto dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista o al señalado para la votación y fallo –art. 487.1–; y todo ello se encuadra en el deber legal de resolver exhaustivamente todos los asuntos y puntos litigiosos que se plantean ante los tribunales –art. 218.1 LEC y art. 1.7 del Código Civil español–.

Consideramos que la observancia de las disposiciones procedimentales que acabamos de exponer se encuentra normativamente garantizada a través del régimen de sanciones que corresponden a los jueces cuando inobservan su obligación de despacho. La LOPJ establece como falta muy grave “la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales” –art. 417.9–; como faltas graves “el retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el juez o magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave” –art. 418.11–; y, como faltas leves “el incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución en cualquier clase de asunto que conozca el juez o magistrado” –art. 419.3–. Por su parte, para los casos más extremos, el art. 448 del Código Penal español dispone que “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”; y el art. 449 del mismo Código establece que “En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.” De esta manera resulta evidente que el Ordenamiento español contiene expresas disposiciones sobre la obligatoriedad de despacho y resolución de las impugnaciones, previendo un régimen de sanciones en el evento de que exista una desatención a estas obligaciones por parte del juzgador.

II.6.9. Principios y reglas relacionadas con la impugnación en el COGEP

Procede que analicemos cómo el legislador ecuatoriano ha comprendido los principios y reglas que de manera general se relacionan con la impugnación. Si bien algunas de ellas

poseen mandatos de rigurosa observancia o directrices a elección del legislador, resulta fundamental conocer la particular impronta que respecto a estos temas se otorgó a la ley adjetiva ecuatoriana que regula el contencioso civil.

- **Configuración legal del proceso**

Según este principio, al legislador ordinario le corresponde diseñar el proceso acorde a las necesidades de la sociedad, así como a las materias, derechos y bienes jurídicos que se pretendan tutelar jurisdiccionalmente. La casuística a la cual el legislador va a responder con los procesos que establezca, debe verse de la mejor manera satisfecha a través de los trámites, etapas y fases de los cuales componga al proceso.

Considerando que la CEcu posee una previsión por completo general y abstracta del derecho al recurso,⁴⁴² la CC (Ecu) se vio en la necesidad de establecer la plena observancia del principio de configuración legal del proceso –y de su principio consecuencia, el del recurso legalmente previsto– a fin de evitar una hecatombe procesal, al haber existido el riesgo de aplicarse de manera directa y, por tanto, indiscriminada, el derecho al recurso tan incorrectamente previsto en la carta magna ecuatoriana. Así, hemos analizado en el epígrafe II.6 cómo los juzgadores constitucionales ecuatorianos al poco tiempo de emitirse la CEcu del año 2008, se vieron en la necesidad de establecer que el derecho al recurso no tenía naturaleza fundamental y que su fuente era necesariamente legal.⁴⁴³ Este asunto fue nuevamente materia de discusiones hace poco tiempo, en estas oportunidades la CC (Ecu) ratificó sus adecuados criterios en los siguientes términos:

Si bien es cierto que en todo proceso existe el derecho de recurrir las resoluciones judiciales, es importante entender que dicho derecho no es absoluto, ya que como lo revisamos en líneas anteriores, resulta necesario tomar en cuenta el principio de libertad de configuración del legislador, el cual nos dice que el legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso, reposición, apelación, u otro tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante

⁴⁴² CEcu “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.”

⁴⁴³ Cfr. CC (Ecu), Sentencia N° 003-10-SCN-CC , Caso N° 0005-09-CN, del 25 de febrero de 2010.

quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos – positivos y negativos– que deben darse para su ejercicio.⁴⁴⁴

En similar sentido, en un fallo más reciente, la CC (Ecu) señaló:

... no se puede pasar por alto que los mecanismos de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico son asuntos de configuración legal, en función de que nacen a la vida jurídica a partir de la determinación que el legislador fija a través de las normas correspondientes. Bajo esta perspectiva, se considera que la garantía a recurrir el fallo o resolución judicial no constituye un derecho absoluto, sino como otros derechos de configuración legal.⁴⁴⁵

El COGEP concreta en su art. 250 los postulados del principio de configuración legal del proceso en lo que se refiere a la impugnación a través de recursos. Esta norma ordena que “se concederán únicamente los recursos previstos en la ley”. Una manera en que esta legalidad se ha visto fortalecida es a través de la implementación de un sistema cerrado para los recursos verticales, ordenando el citado artículo que “serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad.” No cabe duda, pese a la desacertada previsión constitucional, que la facultad de impugnar los actos del juzgador que asiste a las partes en los procesos civiles constituye un poder jurídico que nace de la legalidad ordinaria y desde aquella perspectiva el legislador ordinario ecuatoriano ha previsto los mandatos a los que nos hemos referido, que de manera solvente desarrollan los postulados del principio materia de nuestro análisis.

- **Inmutabilidad de las resoluciones judiciales**

El COGEP consagra esta regla de manera expresa en el art. 100. Esta norma dispone que “pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidida y no la podrá modificar en parte alguna, aunque se presenten nuevas pruebas. Podrá, sin embargo, aclararla o ampliarla a petición de parte, dentro del término concedido para el efecto. Los errores de escritura, como de nombres, de citas legales, de cálculo o puramente numéricos podrán ser corregidos, de oficio o a petición de parte, aun durante la ejecución de la sentencia, sin que en caso alguno se modifique el sentido de la resolución.” Este mandato es claro respecto a la incapacidad del juzgador para modificar su sentencia, disponiendo de forma expresa su pérdida de competencia. Lo anotado tiene como consecuencia que cualquier modificación que se realice al fondo del fallo, sería la acción de un funcionario público incompetente, razón por la que carecería de validez.

⁴⁴⁴ CC (Ecu), Sentencia N° 107-15-SEP-CC, Caso N.º 1725-12-EP, del 31 de marzo de 2015.

⁴⁴⁵ CC (Ecu), Sentencia N° 213-16-SEP-CC, Caso N° 0290-13-EP del 6 de julio de 2016.

Un aspecto importante es la precaución del legislador ecuatoriano en permitir que, a instancia de parte, el juzgador pueda aclarar o ampliar la sentencia; al respecto es necesario realizar unos comentarios. Por aclaración entendemos la acción de explicar algo para hacerlo fácil de comprender; es un remedio jurídico ante la oscuridad de los contenidos de la sentencia. No existe reparo alguno respecto a la capacidad del juzgador de desarrollar de mejor manera sus ideas a fin de que no existan dudas respecto al sentido de la resolución; de suyo, la sola aclaración no puede modificar el sentido de decidido. Por otra parte, la ampliación sí puede traer consigo problemas respecto a la inmutabilidad de la sentencia, motivo por el cual es necesario comprender su adecuado alcance.

En efecto, ampliar significa extender algo a un mayor tamaño que el original. Para que la ampliación no colisione con la regla de inmutabilidad de las resoluciones establecida en el art. 100 del COGEP, aquella debe referirse únicamente a asuntos accesorios a los efectivamente resueltos en el fallo. Por ejemplo, en casos en que el juez habría condenado al pago de intereses, pero no hubiere señalado la tasa porcentual o la fecha desde cual debía calcularse, o en casos en que el juez habría condenado al cumplimiento de una obligación de dar, pero no se hubiera establecido las condiciones específicas del cumplimiento como fechas o lugares. Es así que se pueden complementar omisiones sin que ello pueda afectar de manera alguna a lo decidido y constante en la sentencia.

Sin embargo, el legislador ecuatoriano ha optado por conceder un alcance distinto a la ampliación –al igual que lo hizo el legislador español en el art. 215.2 de la LEC–, disponiendo que a través de ella se pueda resolver puntos controvertidos principales faltos de resolución judicial. Esta posibilidad está prevista por el art. 253, que de manera expresa manda: “La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”

Al igual que ocurrió en España, el legislador ecuatoriano consideró que la celeridad y la economía justificarían que una sentencia *citra petita*, vicio de congruencia que desde siempre ha habilitado la impugnación vertical del fallo, pueda ser corregida por el mismo juez que la emitió, lo cual puede ser objeto de crítica porque la corrección que el juez realiza de su propia sentencia respecto a puntos controvertidos no resueltos, podría llegar a permitir la modificación sustancial o total del fallo si la trascendencia del punto controvertido originalmente relegado y luego atendido, así lo amerita. Podría argumentarse que el alcance de la habilitación legal no posee tal sentido, no obstante, el texto de la norma es inequívoco. Consideramos por tanto que el COGEP –en similar sentido al ya argumentado respecto de la LEC–, con afanes de celeridad y economía que pueden resultar comprensibles, ha posibilitado que un juez altere el fallo de una resolución ya pronunciada a base de complementar alguna omisión de pronunciamiento, lo cual supone una nueva excepción legal a la regla de la inmutabilidad de la sentencia y a las exigencias de seguridad jurídica en que dicha regla se fundamenta.

- **El principio dispositivo y la impugnación**

Conforme analizamos en el epígrafe II.4, la CEcu dispone que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo acuerdo con el principio dispositivo –art. 168.6–. El COGEP recoge este mandato constitucional y estructura procesos con base a los postulados de la justicia rogada. De manera expresa el COGEP declara al principio dispositivo como informador de la actividad procesal, en lo que se refiere al impulso del caso –art. 5–.

De conformidad con el COGEP, los juzgadores no poseen iniciativa para revisar sus propias resoluciones, salvo aquellos casos de excepción relacionados con la declaratoria de nulidades absolutas –art. 110.1–, la corrección de errores de escritura, de cálculo o puramente numéricos –art. 100–. Ahora bien, de manera expresa el COGEP consagra a la impugnación como una actividad privativa de las partes procesales únicamente en la regulación de los recursos de reforma y revocatoria –art. 254– y de las nulidades que constituyen el fundamento de recursos verticales –art. 100.2–. En lo que refiere a la legitimación activa del recurso de apelación, de casación y de hecho, el COGEP es muy pobre en cuanto a la previsión de contenidos. Parecería que el legislador ecuatoriano da por sentado el conocimiento y comprensión contenidos, conceptos y hasta institutos y, por ello, no los ha incluido en el Código. Sobre la apelación, simplemente se señala que “se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia” –art. 256– y se “fundamentará por escrito dentro del término de diez días” –art. 257– mas no se señala quién puede interponerlo, ¿acaso una de las partes?, ¿acaso un tercero que posea legítimo interés en lo resuelto? y, aunque pueda parecer absurdo, ¿acaso el mismo juez oficiosamente al caer en cuenta de la existencia de un error en su juicio?

Idénticos cuestionamientos sobre la legitimación activa surgen respecto al recurso de casación, por la manera en que se encuentra redactada su regulación en el COGEP.⁴⁴⁶ Cabe señalar que para la casación, las ligerezas del legislador ecuatoriano toman mayor relevancia pues si bien la anterior ley adjetiva civil permitía que terceros interesados, además de las partes, pudieran presentar un recurso de apelación,⁴⁴⁷ solo quien había ostentado la calidad de “parte” en el proceso podía presentar un recurso de casación.⁴⁴⁸ Al respecto, la CSJ (Ecu)

⁴⁴⁶ COGEP “Art. 266.- Procedencia.- (...) 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 aclaración.”

⁴⁴⁷ CPC “Art. 323.- Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o Tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.”

⁴⁴⁸ LC “Art. 4.- Legitimación.- El recurso sólo podrá interponerse por la parte que haya recibido gravamen en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla. No será admisible la adhesión al recurso de casación.”

resolvió, al amparo de la normativa entonces vigente, que un tercero que no intervino en el juicio antes de las sentencia de segunda instancia, no podía interponer recurso de casación, ni siquiera alegando que la sentencia le perjudicaba, pues solo las partes que habían intervenido en el proceso estaban legitimadas para hacerlo.⁴⁴⁹

En este punto es importante reconocer que, en nuestra opinión, al no encontrarse expresamente autorizados en la ley vigente para interponer una impugnación, los terceros se encontrarían incapacitados para hacerlo. No obstante, es nuestro criterio que en este tipo de puntos la legislación debería ser expresa y clara, a fin de evitar equívocos en jueces y litigantes. En virtud de todo lo aquí anotado, consideramos que existen falencias en cuanto a la regulación de los postulados del principio dispositivo en cuanto a las fases de impugnación.

De la misma manera que concluimos respecto de la LEC – II.6.8.c–, no consideramos referirnos al principio de oficialidad en nuestro análisis del COGEP pues aquel informa a materias distintas de la civil en la concepción contemporánea y liberal del proceso que atiende a derechos privados.

- **La doble instancia**

El COGEP regula la segunda instancia, a través del recurso de apelación, de una manera deficiente a nuestro criterio. Nuevamente las ligerezas del legislador ecuatoriano le llevaron a presentar una previsión de la cual bastante se puede conjeturar y pocas certezas se pueden obtener. Nos queda claro que la apelación es un medio de impugnación recursivo ordinario, pues no se lo debe someter a causales; vertical, pues se lo opone a sentencias de primera instancia –art. 256–; pero no conocemos quién está legitimado para interponerlo como acabamos de desarrollar en el literal inmediato anterior.

Conocemos que se lo debe interponer de manera oral e inmediata a la notificación de la resolución verbal en la audiencia –art. 256– y que debe ser fundamentado “por escrito dentro del término de diez días” –art. 257–, pero nada se establece sobre los extremos que se podrán incluir en la apelación, es decir, si se opta por un no deseable modelo *novum iudicium* o un modelo *revisio prioris instantiae*. Conocemos que por mandato del art. 258, “tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, si se trata de acreditar hechos nuevos”, pero no queda claro si la prueba solo se debe referir a lo litigado en primera instancia o si procede la inclusión de nuevas temáticas y su consecuente prueba, en la segunda instancia. De hecho,

⁴⁴⁹ CSJ (Ecu), Resolución No. 247-98, del 18 de mayo de 1998.

la abierta frase “si se trata de acreditar hechos nuevos” permite una interpretación que nos podría hacer concluir la implementación de un no deseable modelo *novum iudicium*.

En definitiva, la falta de cuidado en detalles tan básicos como establecer a quién corresponde la legitimación activa del recurso de apelación o la determinación de cuál es la materia posible de debate en segunda instancia lleva a los litigantes ecuatorianos a un inaceptable estado de incertidumbre, donde cabe el riesgo de que cada juzgador interprete subjetivamente la norma, permitiendo, por ejemplo, la apelación por parte de terceros interesados en unos casos, y negando tal posibilidad en otros. Nos resulta evidente la necesidad de una reforma legal sobre este tema –de entre otros tantísimos a los cuales nos referiremos a lo largo de esta misma investigación–, pues la inexistencia de certezas en que la mala regulación coloca a la sociedad, torpedea gravemente el derecho fundamental a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

- *Non reformatio in peius*

Según hemos analizado, una de las consecuencias de la aplicación del principio dispositivo en el proceso civil es la limitación de los poderes del juzgador en relación a lo que las partes hayan puesto a su conocimiento. Surge de ello con un especial carácter el principio de congruencia de las resoluciones en materia civil, todo lo cual redundaría en la prohibición de perjudicar la situación del impugnante con la resolución que atienda la impugnación, salvo que exista pluralidad de impugnaciones contrarias.

El desarrollo expreso de los postulados del principio de *non reformatio in peius* en el COGEP resulta inexistente. No existen regulaciones, más allá de las generales sobre el principio dispositivo –que más bien están relacionadas con el impulso procesal–, así como tampoco existen normas en el recurso de apelación que, de manera expresa, se refieran a la proscripción de perjudicar el recurrente o a la materia que puede ser objeto de discusión y resolución en este recurso. Acaso las únicas normas que se relacionan con la *non reformatio in peius*, en la medida que regulan el principio de congruencia de las sentencias, son los arts. 91 y 92. El art. 91 del COGEP dispone que el juez “no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes.” El mandato de congruencia de la actividad judicial, como señalamos, íntimamente relacionado en materia civil con el principio dispositivo, redundaría en que el juez no está en capacidad de resolver algo por fuera de lo que la parte solicitó o, en otras palabras, algo respecto de lo que la parte no le entregó capacidad de conocer ni decidir.

Por otra parte, el art. 92 dispone que “las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso.” En este punto la ley adjetiva ecuatoriana se decanta de manera expresa por la congruencia que debe primar en las resoluciones

definitivas. La relación de esta norma con la antes citada es evidente, acaso más que relación podríamos señalar que básicamente contienen un mismo postulado, desarrollado en un caso y concretado en el otro. En todo caso, resulta importante relevar el hecho de que, ni en estas normas ni en otras del COGEP, se prevé poder oficioso alguno para resolver temas por fuera de lo que haya sido puesto en consideración del juez por las partes.

Según apreciamos, la legislación ecuatoriana resulta pobre en cuanto a la regulación específica de la *non reformatio in peius*, sin bien contiene algunos mandatos que se relacionan con los postulados del principio. Resulta inadecuado que existan vacíos de este tipo respecto a institutos importantes como el de nuestro análisis, que fuerzan la interpretación normativa y abren espacio para las subjetividades al momento de aplicar la ley. Es claro que en este punto también urge una reforma del COGEP.

- **La obligatoriedad del despacho y resolución de las impugnaciones**

El COGEP contiene una norma general sobre la dirección del proceso. Así, el art. 3 del referido código dispone que “el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, 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 lo que hace relación a la obligación de resolver impugnaciones, no existe una norma concreta o expresa que lo ordene; sin embargo, existen mandatos que instruyen al juez el momento en que se deben resolver las mismas, lo cual implica, a nuestro entender, la previsión tácita de esta regla.

En lo que se refiere a los recursos de reforma y revocatoria, el art. 255 ordena que “si la solicitud se ha formulado de manera oral, la o el juzgador confirmará o modificará la resolución impugnada en el mismo acto. Previamente escuchará 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.” Los recursos de apelación y casación, por su parte, deberán ser resueltos en la vista que se convoca de manera obligatoria ante los juzgadores *ad quem*, acorde a los arts. 260 y 273, respectivamente.

Al igual que en nuestro análisis respecto a la legislación española, consideramos que la obligación de atención de las impugnaciones, en lo que hace sentido con observancia del procedimiento previsto en el ley, debería encontrarse tutelada por el régimen sancionador a las faltas de los jueces. Revisando el COFJ, encontramos que se considera como una infracción leve el que el juez incurra en “negativa o retardo injustificado leve en la prestación del servicio que está obligado” –art. 107.5–. Los catálogos de infracciones graves y de infracciones gravísimas no contienen ninguna conducta que se relacione con la falta o el

retardo del despacho, lo cual consideramos un error, pues, así como se considera “infracción leve” al “retardo leve” en la prestación del servicio judicial, los retardos no leves deberían constituir infracciones de mayor consideración.

Así las cosas, podemos señalar que, si bien no existe un mandato expreso sobre la obligatoriedad de despacho y resolución de las impugnaciones, sí existe un régimen procedimental que resulta evidentemente indicativo de tal obligación. El régimen de sanciones, en el evento de que exista una desatención a estas obligaciones por parte del juzgador, nos resulta insuficiente, por lo que, desde esa perspectiva, no consideramos que exista la mejor tutela del derecho de los litigantes.

II.6.10. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los principios y reglas relacionadas con la impugnación

Según ha quedado demostrado, los principios y reglas relacionadas con la impugnación que han sido materia de nuestro análisis, resultan comunes a las dos legislaciones en comparación. La observancia o aplicación de ellas, nos obstante, difiere en mayor o menor medida si nos referimos a la LEC o al COGEP.

Iniciamos refiriéndonos al principio de configuración legal del proceso. Conforme lo expusimos en los apartados II.6.8.a y II.6.9.a, los juzgadores constitucionales españoles y ecuatorianos se han referido a este tema, cada uno respecto de su Carta Constitucional respectiva. En el caso de España han tratado este punto como informador del derecho a la tutela efectiva sin indefensión –CEsp, art. 24.1– y en el de Ecuador, para subsanar la amplia previsión constitucional del derecho al recurso –CEcu, art. 76.7.m–. En ambos casos, los juzgadores constitucionales han considerado que la impugnación no constituye un derecho fundamental –salvo en el caso de la materia penal– sino que comporta uno de fuente legal. Así también han considerado que la impugnación depende del tipo de proceso, de su materia, de la casuística a la cual sirve, así como de otras consideraciones que convierten en tarea privativa de quien diseña el proceso, el establecer los medios de impugnación que existan en cada caso concreto. En este sentido, los dos Ordenamientos sostienen que al legislador ordinario corresponde, como parte del diseño procesal, la previsión o no de recursos, sus clases, número, requisitos, etc. Es así que, respecto a las fases de impugnación de resoluciones judiciales, los postulados del principio de configuración legal del proceso son debidamente observados por el contencioso civil español y ecuatoriano.

La regla de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales es consagrada expresamente por la LEC y por el COGEP –II.6.8.b y II.6.9.b–, de allí que exista coincidencia en este aspecto positivo. Sin embargo, y pese a la previsión a la que nos acabamos de referir, también coinciden las dos legislaciones en contener normas que podrían poner en cierto riesgo las exigencias de seguridad jurídica a las que sirve la regla de

inmutabilidad. En el caso español, el art. 215 de la LEC permite que, a instancia de parte, el juzgador pueda modificar su fallo suscrito y notificado a las partes, cuando este haya omitido resolver manifiestamente alguna de las pretensiones. En similar sentido, el art. 253 del COGEP dispone que las sentencias podrán ser ampliadas para completar alguno de los puntos controvertidos que se hubiera dejado de atender.

Según hemos señalado, la búsqueda de economía y celeridad auspician esta posibilidad de que un mismo juez modifique su fallo para corregir una incongruencia por *citra petita*. Sin embargo, a nuestro modo de ver, el legislador debió haber sido más cuidadoso en este punto, sobre todo cuando la resolución a modificar fuera una sentencia de fondo firmada y notificada, cuyo contenido –resolutivo del objeto litigioso– debería estar dotado de una especial estabilidad por razones de seguridad jurídica. Se debe tener en cuenta que la seguridad jurídica es un valor social y no solo de las partes; de allí que, si bien sea comprensible la idea de ahorrar tiempos y gastos permitiendo que el mismo juzgador que emitió un fallo lo complete, no resulta del todo aceptable que las partes entren en la incertidumbre de si la sentencia notificada puede o no mutar de sentido, con el agravante de que dicha mutación podría llegar a ser completa, si el punto controvertido que se omitió posee tal trascendencia que obligue a cambiar todo el sentido de la decisión original.

El principio dispositivo informa al proceso civil español y ecuatoriano, en atención a los derechos privados a los que van a servir jurisdiccionalmente. No solo es que la comprensión global de las disposiciones de la LEC demuestra esta opción, sino que existen normas expresas que, sin lugar a duda o necesidad de interpretación, determinan la observación de los postulados del principio, según lo expusimos en el epígrafe II.6.8.c. Especialmente relevante para nuestra investigación es el contenido del art. 448 de la LEC que determina expresamente quienes poseen la legitimación activa para presentar recursos, a saber, las partes que hayan recibido un gravamen de una resolución judicial. Esta observancia del principio dispositivo en materia de impugnación no caracteriza la legislación ecuatoriana. Si bien desde la CEcu lo prevé como principio informador del proceso civil y el ánimo general del COGEP es ciertamente dispositivo, la concreción de sus postulados en este código es más bien pobre en comparación con la ley española. En lo que se refiere a impugnación, hemos demostrado en el acápite II.6.9.c que las previsiones del recurso de apelación y casación nada contienen sobre la legitimación activa y, en el caso de la apelación, nada se dispone de la materia que será apta para el debate en segunda instancia, pudiendo incluso pensarse que se habilitaría un no deseable *novum iudicium*. Más allá de las meras declaraciones constitucionales o legales, resulta evidente que el COGEP no concreta de manera solvente los mandatos del principio dispositivo, y mucho menos en las importantes fases de impugnación como lo son la apelación y la casación.

En cuanto a la doble instancia, el LEC, al igual que el COGEP, prevé al recurso de apelación que es el medio de impugnación que habilita a la segunda instancia. Proscribiendo

el *novum iudicium*, la LEC desarrolla una segunda instancia donde es posible discutir sobre los puntos impugnados, que no pueden ir más allá de aquellos en los cuales se trabó la contienda de primera instancia. De hecho, el art. 456.1 de forma literal ordena que, como regla general, el debate procesal de la segunda instancia se desarrolle “con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia”. La inclusión de prueba nueva es excepcional y se deberá referir rigurosamente a los puntos de discusión en primera instancia, esto por mandato del art. 460. Es claro que la regulación de la segunda instancia en la LEC es exhaustiva y va acorde al resto de principios y reglas que informan al proceso.

Por su parte, el COGEP se caracteriza por las ligerezas del legislador ecuatoriano al momento de establecer el régimen de segunda instancia. Así, no se determina quién está legitimado para interponerlo a diferencia de lo que sí hace la LEC; y no se precisan los extremos que se podrán incluir en la apelación, es decir, si se opta por un modelo *novum iudicium* o por un modelo *revisio prioris instantiae*, a diferencia de lo que ocurre en la LEC donde la se determina con precisión cuál puede ser la materia del debate de segunda instancia. En definitiva, la falta de cuidado en la determinación de contenidos tan básicos, llevan a concluir que la segunda instancia en el contencioso civil ecuatoriano está lejos de poseer una adecuada regulación, particular que va en desmedro de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva sin indefensión de los litigantes.

El principio de *non reformatio in peius*, por su parte, posee tres importantes momentos en la LEC. El primero, la obligatoriedad del juzgador de guardar congruencia en sus resoluciones, entre lo que las partes pusieron a su disposición y lo que se decide –art. 218–; el segundo, la prohibición de que el juzgador declare una nulidad que no hubiere sido expresamente solicitada por el litigante –salvo el caso de las nulidades absolutas– contenido en el art. 227; y, el tercero, la proscripción de perjudicar al recurrente de apelación, que es expresa en el art. 465.5. De esta forma nos es posible afirmar que la observancia que el legislador español ha acordado para el principio de *no reformatio in peius* en materia civil es solvente. El caso ecuatoriano nos exige un análisis más profundo para lograr ubicar normas que se identifiquen con los postulados de este principio. Podemos recurrir tan solo a los arts. 91 y 92 del COGEP que regulan el principio de congruencia de las sentencias. No se debe olvidar que los mandatos de congruencia de la actividad judicial, íntimamente relacionado en materia civil con el principio dispositivo, redundan en que el juez no está en capacidad de resolver algo por fuera de lo que la parte solicitó o, en otras palabras, algo respecto de lo que la parte no le entregó capacidad de conocer ni decidir. Más allá de estas normas, ninguna otra hallamos sobre *non reformatio in peius*, ni siquiera en la regulación del recurso de apelación donde comúnmente se lo incluye. Pobre resulta la legislación adjetiva civil ecuatoriana también respecto a este principio.

Finalmente, en cuanto a la obligación que poseen los juzgadores de despachar y resolver las impugnaciones, la LOPJ ordena este particular dentro de las obligaciones generales de dirección y despacho del proceso –art. 237–. La LEC, por su parte, ordena para cada recurso el momento procesal en que estos deben ser resueltos, lo que se encuadra en el deber general de resolver los asuntos –art. 218.1 LEC y art. 1.7 del Código Civil español–. Si bien esto no constituye un mandato expreso sobre la obligatoriedad de resolución, sí la determina tácitamente junto con los parámetros que debe observar el juzgador para tales efectos. En nuestro análisis, todo esto se encuentra complementado con el régimen sancionador a las faltas de los jueces a su obligación de oportuno y debido despacho de las causas, despacho en el que se encuentra la atención y resolución de impugnaciones que le sean planteadas a sus resoluciones –arts. 417.9, 418.11 y 419.3 LOPJ y arts. 448 y 449 del Código Penal español–. Idéntico análisis al español podemos realizar en el caso ecuatoriano. El COGEP contiene la norma general sobre la dirección del proceso que corresponde al juzgador –art. 3–, así como dispone los momentos procedimentales específicos cuando el juzgador deberá resolver las impugnaciones. Ambas circunstancias son complementadas con las sanciones que el COFJ prevé en caso de retardos injustificados en el despacho; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en España, el régimen sancionador ecuatoriano resulta leve e insuficiente, por lo que no consideramos debidamente tutelado el derecho de las partes a una adecuada y oportuna atención a las impugnaciones.

De conformidad con todo lo que hemos analizado en este acápite, tónica que será recurrente en ulteriores análisis comparados nuestros, la legislación procesal civil española se caracteriza por un desarrollo exhaustivo de las instituciones, sus requisitos, caracteres y reglas. Si bien en algunos puntos que han sido materia de un análisis riguroso, la LEC presenta regulaciones discutibles, en casi la totalidad de los temas a los que nos hemos referido los contenidos se ajustan con la naturaleza jurídica y comprensión contemporánea de principios y reglas. El legislador ecuatoriano, por el contrario, ha caracterizado su tarea por ejecutarla con más ligereza –a nuestro criterio al menos–. Los contenidos en muchos de los casos son incompletos, lo cual da lugar a interpretaciones de las partes y de los jueces, trayendo consigo inseguridad jurídica e incluso indefensión. Parecería que el legislador ecuatoriano da por sentado el entendimiento de varios temas, acaso por considerarlos elementales; sin embargo, aquellos supuestamente elementales poseen mucha trascendencia,⁴⁵⁰ como por ejemplo, la legitimación activa en los recursos de apelación y casación. No podemos sino denunciar estos yerros de la legislación adjetiva civil ecuatoriana que, según quedó anotado, van en desmedro de la seguridad jurídica y del derecho a la defensa de los litigantes.

⁴⁵⁰ En este comentario nos inspira el pensamiento de Andrés de la OLIVA SANTOS, quien al tratar sobre la invariabilidad y vinculación de las resoluciones procesales señala: “Quizá resulte extraño que se trate expresamente un asunto de apariencia elemental. Mas, si bien se mira, estamos ante una disposición de mucha trascendencia para una verdadera Administración de Justicia” (*Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 293).

II.7. Objeto de la impugnación

Continuando con el estudio dogmático de la impugnación de los actos de los órganos jurisdiccionales, conviene que analicemos lo que representa el objeto de la impugnación. En líneas generales, la impugnación es un medio mediante el cual los justiciables pueden cuestionar la validez o corrección de las resoluciones judiciales. Vale aquí recordar la analogía realizada por BETHAM en lo referente al objeto de la impugnación, al aducir que el hijo menor tiende a recurrir a la autoridad del padre contra las órdenes del hijo mayor, o los hijos en general a los abuelos contra las injusticias del padre, lo cual es asimilable al proceso judicial en el cual el justiciable intenta recurrir, con el objeto de corregir una eventual injusticia, las resoluciones emanadas por los órganos jurisdiccionales.⁴⁵¹ Esta antigua analogía identifica que el objeto de la impugnación será una resolución de quien posee autoridad, si bien resulta diminuta pues solo evidencia una dinámica de impugnación vertical, cuando también existe una horizontal.

Conviene regresar sobre el hecho de que la actividad jurisdiccional es administrada por seres humanos, lo cual provoca que ineludiblemente se produzcan errores en el manejo de la misma ya que los humanos –todos sin distinción– somos propensos a cometer errores de distinta índole. En este contexto, resulta indispensable que los usuarios del sistema posean herramientas adecuadas para poder cuestionar estos posibles errores. Estas falencias, en las que pueden incurrir los juzgadores, van relacionadas tanto con las formas procedimentales, como con las finalidades mismas de los actos.⁴⁵²

Seguimos, de igual manera, al pensamiento de CRUZ BAHAMONDE quien con mucha solvencia advierte que el estudio del Derecho, la doctrina y la ley no creen en la infalibilidad de los jueces, y por lo tanto han creado métodos o sistemas de control – también llamados de saneamiento– que será realizados con posterioridad a la respuesta que el juzgador dé a las pretensiones de los justiciables para impedir la existencia de irregularidades o arbitrios indebidos.⁴⁵³ Con respecto a lo antes mencionado, BACRE considera que “la impugnación tiene por objeto el control de la regularidad de los actos procesales y, en especial, los realizados por el Tribunal, principalmente a través de sus resoluciones. Dicho control (...)

⁴⁵¹ Cfr. VESCOVI, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1988, pág. 25.

⁴⁵² En este sentido, Juan Francisco GUERRERO DEL POZO es claro en señalar que “los actos procesales tienen finalidades propias y se desarrollan de conformidad con normas predeterminadas y el incumplimiento de estas formas y de los fines es precisamente lo que origina la actividad impugnativa, que tiene como objeto corregir esos errores o defectos” (*La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, Tesis presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, para la obtención de la maestría en Derecho Procesal, Quito, 2014, pág. 11).

⁴⁵³ CRUZ BAHAMONDE, Armando, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Volumen V, Guayaquil, Editorial EDINO, 2001, Pág. 181.

tiene por fin subsanar las irregularidades cometidas en el proceso.⁴⁵⁴ Con ello, el autor en mención denota que la impugnación no solo pretende una revisión de las actuaciones judiciales, sino también una regularización de las mismas a fin de que se obre conforme a derecho y se eviten al máximo las arbitrariedades. Todo lo anotado identifica con claridad meridiana que el objeto de la impugnación serán las actuaciones del órgano jurisdiccional en el proceso. A continuación, y una vez que hemos delimitado el objeto de la impugnación, pasaremos a revisar en específico qué actos pueden ser impugnables y cuáles son los vicios cuya rectificación puede ser perseguida.

II.7.1. Resoluciones judiciales impugnables

Durante el proceso, el juzgador realiza una serie de actuaciones que necesitan ser expresadas mediante los canales que la ley establece para tales efectos. En general, el juzgador está en capacidad emitir actos de tramitación y de resolución. Los de tramitación son necesarios para el impulso y marcha ordinaria del procedimiento, mientras que los de resolución se emiten con el fin de solventar un incidente, resolver un recurso o decidir la causa. En materia civil, como bien señala GIMENO SENDRA “por regla general son susceptibles de ser impugnadas todas las resoluciones emanadas del órgano jurisdiccional salvo que la ley las declare expresamente firmes o sin posibilidad de ser impugnadas de manera alguna. De allí que, si una resolución no contiene una disposición expresa en la ley que prohíba su impugnación y no es definitiva, se trata de una resolución interlocutoria que podrá ser impugnada, ocurriendo lo propio con las resoluciones definitivas.”⁴⁵⁵

No existe una posición unificada respecto a la denominación, forma y contenido de las resoluciones del órgano jurisdiccional; esto difiere de la concepción y nominación que cada legislatura nacional haya otorgado. Por ejemplo, CHIOVENDA, refiriéndose a la legislación italiana, habla de sentencias, ordenanzas y decretos.⁴⁵⁶ Los autores colombianos QUINTERO y PRIETO, se refieren a la providencia como género y a los autos y sentencias, como especies.⁴⁵⁷ ASCENCIO ROMERO, respecto de la legislación mexicana, identifica tres clases de resoluciones judiciales, la sentencia, el auto y el decreto.⁴⁵⁸ Esta misma denominación la poseía la anterior ley adjetiva civil ecuatoriana.⁴⁵⁹ Alejado de las denominaciones particulares de cada legislación, AZUA proporciona una clasificación de las

⁴⁵⁴ BACRE, Aldo, *Recursos Ordinarios y Extraordinarios*, Buenos Aires, La Rocca, 1999, pág. 52.

⁴⁵⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Madrid, Editorial Colex, 2010, pág. 565.

⁴⁵⁶ Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, cit., pág. 420.

⁴⁵⁷ Cfr. QUINTERO, Beatriz, PRIETO Eugenio, *Teoría General del Proceso*, Editorial TEMIS, Bogotá, 2000, p. 195.

⁴⁵⁸ Cfr. ASCENCIO ROMERO, Ángel, *Teoría General del Proceso*, México, Trillas, 2003, pág. 175.

⁴⁵⁹ CPC, art. 273 y ss.

resoluciones judiciales desde una perspectiva teórica-técnica. Para el autor, las resoluciones se clasifican en autos de trámite, autos decisorios y sentencias. Por auto de trámite entiende aquellas resoluciones necesarias para sustanciar, esto es, dar marcha al proceso. Por auto decisorio entiende aquellas resoluciones que deciden controversias generadas durante la tramitación de la causa, y que incluso pueden llegar a finalizarla o impedir su continuación. Por sentencia entiende la resolución que decide sobre el fondo del litigio.⁴⁶⁰

Las legislaciones española y ecuatoriana en vigencia poseen una comprensión y denominación propia de las resoluciones judiciales, pero que, en su esencia, se identifican plenamente con las citadas por AZUA. Así, para la LEC las resoluciones del juez se dividen en providencias, autos y sentencias; por su parte, el COGEP prevé autos de sustanciación, autos interlocutorios y sentencias. Como pasamos a estudiar a detalle en los siguientes epígrafes, los autos de trámite corresponden a las providencias españolas y a los autos de sustanciación ecuatorianos; los autos decisorios se corresponden a los autos españoles y a los autos interlocutorios ecuatorianos. Finalmente, las resoluciones que deciden sobre el fondo del asunto corresponden a las sentencias, que poseen idéntica denominación en la teoría de AZUA, en España y en Ecuador. Particularidad de la LEC es que habilita a los Letrados de la Administración de Justicia –en adelante Letrados de la AJ– a la emisión de ciertas resoluciones, las cuales son las diligencias de ordenación y los decretos.

Se debe tener muy en claro la denominación que cada una de nuestras legislaciones en análisis prevé para cada resolución judicial y aceptar la autonomía calificadora de cada legislador, de lo contrario, nuestro ejercicio de comparación puede resultar muy difícil de comprender. Basta con citar dos ejemplos para demostrar la necesidad de entendimiento a la que nos enfrentamos:

i) En España, la “providencia” es un tipo específico de resolución, mientras que en Ecuador, “providencia” es un sinónimo perfecto de “resolución” y por lo tanto es el género y no una especie.

ii) Así también en Ecuador “auto de interlocutorio” es una resolución utilizada para resolver importantes asuntos dentro de la causa y que inclusive pueda darla por finalizada; es decir, el “auto interlocutorio” ecuatoriano puede constituirse en una resolución definitiva. En cambio, en España, como lo recuerda VALLINES GARCÍA, “a «resolución definitiva» se contraponen «resolución interlocutoria»; y tal es la contraposición existente entre los dos conceptos que, para referirse a las «resoluciones interlocutorias», el articulado de la vigente LEC emplea también la expresión «resoluciones no definitivas» (cfr. art. 451 y Disposición Transitoria 1ª LEC). En consecuencia, «interlocutoria» será toda resolución judicial que, sin

⁴⁶⁰ Cfr. AZUA CAMACHO, Jaime, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 2000, págs. 329-333.

poner fin al proceso, permita la continuación de éste a través del impulso de oficio”.⁴⁶¹ Es decir, para España un “auto interlocutorio” sería lo que para Ecuador es un “auto de trámite”. A continuación realizamos un estudio detallado de cada una de estas resoluciones, con lo cual esperamos aportar los elementos necesarios para el cabal entendimiento de las mismas, lo que resulta indispensable para la correcta comprensión de los contenidos de esta investigación.

II.7.1.1. Resoluciones judiciales impugnables en la LEC

En el caso español, la LEC prevé varios tipos de actuaciones del órgano judicial, a saber: diligencias, decretos, providencias, autos y sentencias –art. 206–. En España, a diferencia de en Ecuador, los Letrados de la AJ están en capacidad de emitir resoluciones que son susceptibles de ser recurridas, estas son las diligencias y los decretos. Los juzgadores, por su parte, expresan sus actuaciones a través de providencias, autos y sentencias. Pasemos a analizar el contenido, finalidad y alcance que el legislador español ha conferido a cada una de estas resoluciones.

• Diligencias

Según acabamos de señalar, la emisión de las diligencias corresponde al Letrado de la AJ y existen los siguientes tipos: de ordenación, de constancia, de comunicación y de ejecución. Las de ordenación se dictan cuando “la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca” –art. 206.2.1^a–. Respecto a este tipo de diligencias, en la Exposición de Motivos se señala: “la Ley atribuye la ordenación formal y material del proceso, en definitiva, las resoluciones de impulso procesal, a los Letrados de la AJ, indicando a lo largo del texto cuándo debe dictarse una diligencia de ordenación a través del uso de formas impersonales, que permiten deducir que la actuación correspondiente deben realizarla aquéllos en su calidad de encargados de la correcta tramitación del proceso.” Los Letrados de la AJ dictarán diligencias de ordenación, por ejemplo, para tener por presentado el escrito de contestación de la demanda y convocar la audiencia previa o la vista –arts. 414.1 y 440.1–; para declarar en rebeldía la demandado –art. 496.1–; cuando una de las partes haya fallecido, de esto tenga constancia el juzgador y se requiera a las demás partes para que faciliten la información de contacto para convocar a los sucesores –art. 16.2–; para acordar y poner fin a la suspensión de proceso en caso de abstención de un miembro del Tribunal –art. 102–; para acordar el trámite adecuado, cuando el actor haya solicitado uno pero del texto de la demanda se desprenda la necesidad de otro –art. 254.1–; para suspender

⁴⁶¹ VALLINES GARCÍA, Enrique, “Sobre el concepto de resolución definitiva”, en ORTELLS RAMOS, Manuel y ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, volumen II, Málaga, Centro de Publicaciones de la Diputación de Málaga, 2006, pág. 751.

el curso de la ejecución cuando se la despache por los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517 –art. 557.2–; entre otros.

El otro tipo de diligencias son las de constancia, comunicación o ejecución, “a los efectos de reflejar en autos hechos o actos con trascendencia procesal” –art. 206.2.3ª–. Respecto de ellas, DE LA OLIVA SANTOS sostiene que “todas las diligencias se definen legalmente como resoluciones necesarias en la tramitación del proceso. Se ha de entender, sin embargo, que algunas de esas diligencias (las de constancia, las de comunicación y las de ejecución) son necesarias más bien *en* la tramitación que *para* la tramitación.”⁴⁶² Esto, pues, supone que, como bien señala el citado autor, las diligencias de constancia, comunicación o ejecución “no son resoluciones sino, conforme la definición general de diligencias, actos o actuaciones de materialización de auténticas resoluciones.”⁴⁶³ Se dictará diligencia de constancia, por ejemplo, cuando transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal, la parte no lo haya ejecutado, operando la preclusión y habilitando al Tribunal para que dicte la resolución que corresponda –art. 136–; para dejar constancia de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal –art. 145.2–; en testimonios, para dejar constancia de aquellas preguntas afectadas con secreto oficial –art. 371.2–; entre otras.

- **Decretos**

Los decretos son emitidos por los Letrados de la AJ y se los dicta para admitir a trámite la demanda; para poner término al procedimiento que fuera competencia exclusiva del Letrado de la AJ; y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto y por ello han de ser siempre debidamente motivados –art. 206.2.2ª, 108.2, 404.1–. También se emiten decretos para declarar reconstruidas las actuaciones cuando el expediente judicial hubiera desaparecido total o parcialmente y no existiera controversia sobre la reconstrucción –art. 235.3–; para declarar la caducidad de la instancia por abandono de la parte –art. 237–; para aprobar la tasación de las costas no impugnadas y para resolver la impugnación –art. 244.3 y 246.4–; para archivar las actuaciones en caso de que no se rinda la caución fijada por el Tribunal en caso de diligencias preliminares concedidas –art. 258.3–; para decidir la provisión de fondos solicitada por el perito, cuando estos valores corran a cuenta de la parte –art. 342.3–; para fijar el importe de indemnización por los gastos y perjuicios ocasionados al testigo por su comparecencia a la vista, cuando proceda –art. 375.24–; entre otras.

⁴⁶² OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 291.

⁴⁶³ *Ídem*.

- **Providencias**

La emisión de providencias es competencia de los jueces. Procede dictarlas cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto –art. 206.1.1^a–. La LOPJ establece que el juzgador, también mediante providencias, ordenará materialmente el proceso cuando sea necesario –art. 245–. Es decir, la providencia se usará para adoptar decisiones judiciales de todo tipo sin ser diligencias de ordenación.⁴⁶⁴ Se emitirán providencias, por ejemplo, para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal que en el proceso civil pendiente se ha puesto de manifiesto un hecho que ofrece apariencia de delito o falta perseguible de oficio –art. 40.1–; para resolver sobre recusaciones en juicios verbales –art. 111.2–; para habilitar a traductores de lengua extranjera que sean necesarios en una vista –art. 142.5–; para inadmitir cualquier incidente que no se refiera al excepcional de nulidad de actuaciones –art. 228.1–; para devolver documentos presentados con posterioridad a los momentos procesales establecidos en la ley –art. 272–; para rechazar la alegación de hechos acaecidos con posterioridad a los actos de alegación, si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación –art. 286.4–; para multar a los peritos y testigos citados que no hubieran comparecido a la vista y conminar su presentación en nuevo día y hora –art. 292.2–; para adoptar medidas de aseguramiento de la obtención de la prueba –art. 297.1–; para desechar la tacha infundada que se realice en contra de un perito –art. 344–; para admitir si una cuestión planteada ha de considerarse de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, en el primer caso, el curso ordinario de las actuaciones –art. 393.2–; entre otras.

- **Autos**

Corresponde dictar autos de forma privativa a los jueces. “Son resoluciones que se dictan para resolver cuestiones de importancia, afectantes a intereses de los litigantes dignos de protección, pero distintas de la cuestión principal o de fondo, distintas, por tanto, del objeto principal, y necesario del proceso.”⁴⁶⁵ De conformidad con la LEC, se los emite cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones. También revisten la forma de auto las resoluciones que versan sobre

⁴⁶⁴ Cfr. VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 382.

⁴⁶⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 287.

presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en la ley una tramitación especial, siempre que en tales casos la Ley exigiera decisión del juzgador, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto –LEC, art. 206.1.2ª y LOPJ, art. 245–. De igual manera, se emitirán autos para decidir sobre el pedido de intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados –art. 13.2–; para rechazar la renuncia inadmisibles de un derecho o acción ejercitada y disponer que el proceso continúe –art. 20.1–; para acoger el allanamiento parcial del demandado –art. 21.2–; para suspender el proceso por necesidad de prejudicialidad penal –art. 41.2–; entre otras.

- **Sentencia**

Es el acto resolutorio por excelencia, que corresponde emitir exclusivamente al funcionario público revestido de jurisdicción y competencia, esto es, al juez. Se la emite para decidir sobre el fondo del asunto litigioso y así poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes –LEC art. 206.1.2ª y LOPJ, art. 245 –. De igual manera, a través de sentencia se acepta la renuncia del actor a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión –art. 20.1–, así como el allanamiento total del demandado una vez que es citado con la demanda –art. 21.1–.

Estas son las resoluciones que puede emitir el órgano judicial, según la previsión de la LEC. De estas resoluciones, corresponde analizar cuáles son objeto de impugnación. Al respecto, el art. 448.1 de la LEC expresamente dispone que “contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la AJ que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley.” Conviene confirmar entonces, a la luz del principio de recurso legalmente previsto que informa a la citada norma, qué recursos proceden respecto de cada una de las resoluciones antes citadas. Así, de conformidad con el art. 451, las diligencias de ordenación, decretos no definitivos, providencias y autos no definitivos pueden ser impugnados a través del recurso de reposición. A través del recurso de revisión se pueden impugnar los decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación, acorde a lo dispuesto por el art. 454 bis.1. Los autos definitivos, aquellos otros que habilite la ley, así como la mayoría de las sentencias de primera instancia son recurribles en apelación por mandato del art. 455.1. Finalmente, el art. 477 y la Disposición Final decimosexta establecen que las sentencias de segunda instancia dictadas por las Audiencias

Provinciales que cumplan ciertas condiciones serán susceptibles de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal.⁴⁶⁶

II.7.1.2. Resoluciones judiciales impugnables en el COGEP

En el caso ecuatoriano, el COGEP prevé varios tipos de actuaciones del juzgador, a las cuales las engrupa bajo el genérico de providencias. Así, las providencias judiciales pueden ser autos de sustanciación, autos interlocutorios y sentencias –art. 88–. A diferencia de lo que ocurre con la ley adjetiva española, el COGEP no reconoce al secretario judicial la capacidad de emitir resoluciones. Pasemos a analizar el contenido, finalidad y alcance que el legislador ecuatoriano ha conferido a cada una de estas providencias.

- **Autos de sustanciación**

El COGEP define al auto de sustanciación como la “providencia de trámite para la prosecución de la causa” –art. 88–. Se trata de las resoluciones que adopta el juez para dar impulso al procedimiento sin que ello implique la resolución de asuntos controvertidos, incidentes o recursos, sino más bien la habilitación de fases procesales. El COGEP no contiene referencias expresas sobre circunstancias particulares que ameriten la emisión de autos de sustanciación, dando por satisfecha su regulación a través de la definición aportada. De allí que ante el surgimiento de alguna duda consideraremos, por descarte, que autos de sustanciación son todos aquellos de trámite que emita el juez y que no puedan ser catalogados como interlocutorios.

- **Autos interlocutorios**

El COGEP define al auto interlocutorio como 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” –art. 88–. Las “cuestiones procesales” a las que se refiere la norma citada deben ser entendidas como toda excepción, controversia accesoria, incidente o recurso que puede generar un gravamen a la parte. La trascendencia de esta resolución indica que deba ser dictada por todos los miembros del Tribunal, cuando el juzgador sea pluripersonal –art. 12–; de igual manera se ordena que, sea expresado de manera oral o escrita, debe ser motivado –art. 94–. De conformidad con los mandatos expresos del COGEP, el juzgador emitirá un auto interlocutorio para calificar la demanda –art. 358–; para resolver sobre las excepciones previas –art. 296.1–; para declarar el abandono de la primera o segunda instancia ante

⁴⁶⁶ La Disposición final decimosexta de la LEC, estableció un llamado “régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios” que es el que ha estado vigente desde la entrada en vigor de la LEC y es el que parece haberse consagrado como sistema definitivo. Esto lo analizaremos en profundidad en el acápite IV.1.2.

la inactividad de las partes –art. 248–; para resolver sobre el desistimiento por parte del actor –art. 237–; para fijar el importe de las costas o de los daños y perjuicios de deberá pagar la parte condenada a la contraparte, si ello habría sido una pretensión, por ejemplo, en caso de desistimiento de la acción –art. 98 y 284–. Además de las normas citadas donde se hace mención expresa a los autos interlocutorios, nos resulta evidente, pese a que legislador haya preferido obviar la referencia expresa, que los autos interlocutorios se emitirán para admisión o inadmisión de demanda, reconvención, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones, recursos y cuestiones incidentales, todos estos actos procesales previstos por la legislación procesal ecuatoriana.

- **Sentencia**

El COGEP define a la sentencia como “la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso” –art. 88–. La redacción de esta norma no nos parece del todo acertada. Si bien entendemos por “sustancial” aquello importante o esencial del proceso, consideramos habría sido mejor la utilización precisa e inequívoca de los términos en lugar del uso de adjetivos. Así, hubiese sido mejor el definir a la sentencia como la decisión judicial sobre los puntos en los cuales se trabó la controversia. Nuestra observación a la redacción legislativa posee especial relevancia cuando nos referimos a los recursos de apelación y casación, que también son resueltos mediante sentencia. Así, unos pueden ser los puntos sustanciales del proceso, entendidos como los puntos controvertidos de la primera instancia, pero ellos no pueden constituir necesariamente lo sustancial de las impugnaciones verticales. De hecho, la apelación o casación de una sentencia puede referirse a una nulidad de la resolución, lo cual nada tiene que ver con los puntos litigiosos originales. De allí que, presentar una definición más directa, técnica y al mismo tiempo dúctil para las diferentes casuísticas, habría sido mejor que la pretendida “innovación” del legislador ecuatoriano.

En todo caso, las sentencias están llamadas a resolver sobre el fondo de lo pretendido en primera –art. 90– y segunda instancia –art. 260–, así como en la fase extraordinaria de casación –art. 273–. Así también para resolver la homologación de las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidas en el extranjero –art. 105–, para aprobar la conciliación a la que las partes hubieren llegado durante la tramitación del proceso –art. 234.1–; para aprobar el allanamiento que el demandado hubiere presentado –art. 244–; para fijar el importe de las costas o de los daños y perjuicios de deberá pagar la parte condenada a la contraparte, si ello habría sido una pretensión, por ejemplo, en caso de allanamiento a la acción –art. 284–.

Estas son las resoluciones que puede emitir el juez civil en Ecuador, según la previsión del COGEP. Corresponde analizar su calidad de objeto de impugnación, para lo cual acudimos a distintos mandatos normativos del cuerpo legal adjetivo ecuatoriano. Primero, los autos de sustanciación son impugnables a través de los recursos de revocatoria y reforma –como lo comprobaremos en el epígrafe III.4, estos recursos son asimilables a la reposición española–, según mandato del art. 254. Aunque nos hace sentido que los autos interlocutorios sean también susceptibles de reforma y revocatoria, sin embargo, el citado art. 254 determina como susceptibles de revocatoria exclusivamente a los autos de sustanciación y deja por fuera a los interlocutorios, lo cuales sí son considerados como susceptibles de reforma. Carece de toda lógica el pensar que un auto interlocutorio no pueda ser revocado pero sí reformado; y, por eso, consideramos que esta previsión normativa absurda es un error de redacción del legislador –y aún no existe jurisprudencia que se haya pronunciado al respecto–. De lo que no cabe duda es que los autos interlocutorios, así como las sentencias de primera instancia son susceptibles de recurso de apelación –art. 256–. Mientras que susceptibles de casación son las sentencias o los autos interlocutorios que hubieren puesto fin a procesos de conocimiento en segunda instancia –art. 266–. Según confirmamos, todas las resoluciones judiciales previstas por el COGEP son objeto de impugnación.

II.7.1.3. Análisis comparado de la legislación española y ecuatoriana sobre las resoluciones judiciales impugnables

Tanto la LEC como el COGEP determinan cuáles son las resoluciones que podrán emitir los órganos jurisdiccionales. En el caso de la LEC cabe referir que no solo el juzgador puede emitir resoluciones, sino también los Letrados de la AJ. Esta particularidad de la legislación española descansa sobre la desconcentración de las actividades de trámite que han sido desplazadas desde los jueces a sus asistentes principales. Esto pretende aliviar la carga procesal de los juzgadores y permitirles concentrarse en los asuntos fundamentales de la administración de la justicia, sin perjuicio de lo cual, ha recibido calificadas críticas la posibilidad de que los Letrados de la AJ se encarguen de emitir resoluciones que comportan actos de conducción del proceso, particular que en exclusiva corresponde al funcionario público revestido de jurisdicción, este es, el juez. Importantes catedráticos universitarios españoles han criticado la llama separación entre lo “jurisdiccional y lo procesal” que comporta el haber entregado ciertas competencias resolutivas a los Letrados de la AJ, lo cual, a criterio de esta importante sector de la doctrina comporta violación de la CEsp, de la LOPJ y de la LEC.⁴⁶⁷ De hecho, las críticas que ya en el 2009 se realizaron a la manera en que se implementó la competencia de los Letrados de la AJ, ha sido confirmadas en la práctica, Así, se ha favorecido el surgimiento de problemas en los juzgados por diferencias de criterio entre

⁴⁶⁷ “Sobre el “Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial”, Declaración de profesores universitarios de Derecho Procesal”, en: <http://webdeptos.uma.es/dprocesal/declaracion.pdf> página web consultada el 18 de febrero de 2017.

juez y LAJ; se producen dilaciones como consecuencia de la multiplicación de las posibilidades impugnativas de las partes –una misma cuestión puede ser resuelta dos veces por el LAJ, primero en diligencia y luego en decreto con ocasión de un recurso de reposición; y esa misma cuestión puede tener que ser finalmente resuelta por el juez mediante auto, por la vía de la “reproducción de la cuestión” o del recurso de revisión–; y, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y el Tribunal Constitucional han confirmado que los LAJs no pertenecen al Poder Judicial, sino que vienen a integrarse en la Administración Central del Estado y, por ende, no es constitucional que el legislador declare irrecurribles sus diligencias y decretos.

Por su parte, el COGEP conserva el modelo tradicional de la antigua ley procesal civil ecuatoriana, donde el juzgador es el encargado de despachar la causa, tanto en los asuntos de trámite como en los de fondo. Vale señalar que el modelo desconcentrado español nos resulta más realista, al menos si lo analizamos a la luz del caso ecuatoriano donde ciertamente los secretarios judiciales realizan la labor de despacho de trámite, que únicamente es formalizada con la firma del juzgador. Ahora bien, nuestra opción por la desconcentración española se refiere, sobre todo, a aquellas resoluciones que no impliquen actos de conducción del proceso, donde nos alineamos con el pensamiento de la doctrina española que hemos citado en el párrafo anterior, en cuanto a la crítica de la exacerbación de la entrega de competencias a los secretarios judiciales.

Sobre la naturaleza de las resoluciones judiciales, existe una buena correspondencia en los caracteres esenciales y la finalidad de las providencias españolas y de los autos de sustanciación ecuatorianos, así como de los autos españoles y de los autos interlocutorios ecuatorianos. Si bien en ciertos puntos existen diferencias, en general el entendimiento de la resolución que los jueces utilizan para comunicar tal o cual decisión, es muy similar en las legislaciones en comparación –salvando las diferencias en las denominaciones–.

II.7.2. Tipos de errores o vicios objeto de impugnación

Existen dos tipos de errores o vicios de los que pueden adolecer las resoluciones judiciales o la tramitación de la causa, a saber: infracciones de normas procesales o infracciones de normas sustantivas.

- **Infracciones de normas procesales**

También denominadas vicios *in procedendo*, vicios formales o vicios adjetivos. Consisten en la desviación o apartamiento de los medios señalados por el Derecho procesal

para la dirección del juicio o para la emisión de las resoluciones⁴⁶⁸. Es decir, estos errores pueden producirse a lo largo de la sustanciación del proceso o en las resoluciones judiciales definitivas. Por error de las partes o por error propio; puede con ese apartamiento disminuir las garantías del contradictorio y privar a las partes de una defensa de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa y su modo natural de realizarse.⁴⁶⁹

Al respecto, JIJÓN LETORT señala que “la conducta equivocada de los sujetos procesales, dentro del proceso, puede producir vicios que afectan al proceso como tal, a sus presupuestos, a los principios y garantías que lo informan o al trámite establecido en la ley. De igual manera como el juez los puede producir al momento de dictar sentencia. Estos vicios se denominan errores *in procedendo*.”⁴⁷⁰

Es así que la desviación de la dirección del proceso, inobservancia de las normas procesales relativas a la sustanciación del proceso o a la emisión de las resoluciones, son productores de la nulidad de lo actuado. Considerando que la nulidad, a diferencia de las infracciones a normas sustantivas, posee un tratamiento específico, la estudiaremos con detenimiento más adelante en el epígrafe II.8.

• Infracciones de normas sustantivas

También denominadas vicios/errores *in iudicando*, vicios/errores materiales o vicios/errores sustantivos⁴⁷¹. El segundo error o desviación afecta al contenido mismo de los actos del órgano jurisdiccional. No se trata ya de la forma, sino del fondo, del Derecho sustancial que está en juego en él.⁴⁷² Este error consiste normalmente en aplicar una norma inaplicable, en aplicar mal la norma aplicable o en no aplicar la norma aplicable. Puede

⁴⁶⁸ En este sentido, la CNJ (Ecu), en la Resolución N° 605-2010, del 12 de junio de 2012, se refirió al tema al advertir que: “De conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia (...) los vicios *in procedendo* son los que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso...”

⁴⁶⁹ Cfr. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993, págs. 344 y 345.

⁴⁷⁰ JIJÓN LETORT, Rodrigo, “La acción de nulidad dictada contra sentencias de juicio ejecutivo”, en *Iuris Dictio*, Revista de Derecho de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2001, Pág. 147.

⁴⁷¹ Al respecto la CNJ (Ecu), en la Resolución N° 605-2010, del 12 de junio de 2012 señaló que: “... los errores *in iudicando*, que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas.”

⁴⁷² Bajo esta línea argumentativa se ha pronunciado el TS (Esp), en la STS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, 1892/2016, del 20 de julio, rec. 1671/2015, FJ 4 al señalar que: “Tampoco puede prosperar esta argumentación, sin embargo, porque el supuesto error de apreciación en que la sentencia impugnada habría incurrido sería en su caso un error en el enjuiciamiento realizado, esto es, un error atinente al propio juicio llevado a efecto por la Sala de instancia y por tanto un error *in iudicando*, y no *in procedendo*...”

consistir así mismo en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos de la resolución.⁴⁷³

En esta misma línea, TROYA CEVALLOS asevera que este error “puede provenir también del defectuoso criterio con que el juez analiza los hechos y extrae deducciones lógicas.”⁴⁷⁴ En efecto, al desarrollar su razonamiento lógico al momento de resolver el caso, el juzgador ha de manejar material fáctico y normativo, razón por la cual se pueden plasmar en sus resoluciones vicios que pueden tener referencia a los hechos o a las normas.⁴⁷⁵ La consecuencia de este tipo de error no afecta a la validez del acto jurisdiccional, el que desde esa perspectiva puede ser perfecto, sin que tal obste para afectar a su corrección y justicia. El remedio que se busca con la impugnación de estos errores es que las actuaciones judiciales que los contengan sean reformadas –si la enmienda puede ser lograda con una modificación parcial del acto– o revocadas –si el acto es en entero errado–, a fin de que su contenido sea correcto y, por tanto, justo. No se busca la revocación o extinción de la resolución impugnada, se busca que su existencia jurídica continúe pues es válida, pero sí que su contenido sea corregido.

II.7.2.1. Tipos de errores o vicios objeto de impugnación en la LEC

Como parte del objeto de la impugnación, hemos sostenido que se encuentran los vicios que en cada caso concreto se puede perseguir a través de ella, siendo estos las infracciones a normas procesales –*in procedendo* o formales– y las infracciones a normas sustantivas –*in iudicando* o materiales–. Si bien no en todas las disposiciones normativas de la LEC se establece con literalidad aquello, es evidente que la impugnación va encaminada a corregirlos, en tanto y cuanto se busca garantizar la tutela de los mandatos contenidos tanto en las normas adjetivas como en las sustantivas. Pasemos a confirmar la manera en que la LEC trata sobre este tema. El recurso de reposición no determina los vicios que a través de él se pueden denunciar, con lo cual entendemos que pueden ser tanto formales –que será lo más habitual– como materiales. En efecto, el art. 452.1 dispone que el recurrente deberá exponer “a su juicio” la infracción en que la resolución hubiera incurrido. La redacción abierta de la norma citada nos confirma que será el criterio de la parte el que determinará cuál, en su consideración, es la que ha cometido el juez en la resolución observada. En cuanto al recurso de apelación, la LEC comienza disponiendo que “en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o

⁴⁷³ Cfr. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 345.

⁴⁷⁴ TROYA CEVALLOS, Alfonso, *Elementos del Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Quito, Pudeleco Editores, 2002, pág. 725.

⁴⁷⁵ Cfr. FAIRÉN GUILLEN, Víctor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo 1, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, pág. 341.

sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente”; y, más adelante, viene a precisar que, además de en infracciones de normas sustantivas, la apelación puede fundamentarse en cualesquiera infracciones procesales, tanto las que “se hubieran cometido al dictar sentencia en la primera instancia”, como las que se haya producido en un momento anterior y determinen la “nulidad” de las actuaciones.⁴⁷⁶ Finalmente, la regulación española de los recursos extraordinarios establece que el recurso de casación debe basarse en errores de Derecho material –“en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, dice el art. 477.1– y, por su parte, el recurso extraordinario por infracción procesal está limitado a los específicos errores procesales que se describen en las causales enumeradas en el art. 469.1, a saber: “1.º) Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional; 2.º) Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; 3.º) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; 4.º) Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución [precepto que contienen los derechos constitucionales en materia procesal, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva]”.

Según apreciamos, en la LEC se encuentra claramente establecido lo que se ha de entender por el objeto de la impugnación, tanto desde la perspectiva de resoluciones judiciales, como de los vicios que pueden ser denunciados a través de los distintos medios de impugnación.

II.7.2.2. Tipos de errores o vicios objeto de impugnación en el COGEP

Respecto a las infracciones que se pueden perseguir como objeto de impugnación, el COGEP posee cierta especificidad en lo que hace sentido con los recursos de reforma y revocatoria. Así, la reforma procede contra autos que adolezcan de infracciones a normas sustantivas, pues no se busca la declaratoria de su nulidad, sino tan solo la corrección de los errores que ellos pudieren poseer. Por el contrario, a través de la revocatoria se busca denunciar infracciones a normas procesales, ya que se persigue la extinción de la resolución viciada y, de ser necesario, la emisión de una nueva en su reemplazo –art. 254–. Respecto de la apelación, ninguna distinción se realiza respecto del tipo de infracción que pueda ser denunciada –arts. 256 y 257–. De allí concluimos que este recurso ordinario conserva su naturaleza y puede ser utilizado para impugnar violaciones procesales verificadas durante la primera instancia o en la sentencia, o violaciones sustantivas en el fallo. El recurso de casación se nos demuestra muy claro respecto a las infracciones objeto de la impugnación. Así, el art. 268 dispone que tanto vicios que afecten la validez del proceso o de la sentencia,

⁴⁷⁶ LEC, arts. 456.1 y 465, apartados 1, 2, 3 y 4.

cuanto vicios que afecten la legalidad sustantiva de la misma, pueden ser causales que habilitan la interposición de tal recurso.

Resulta clara la posición del COGEP respecto a la materia objeto de impugnación, tanto desde la perspectiva de las resoluciones susceptibles de objeción y desde la perspectiva de las infracciones denunciadas. Si bien perfectible, según hemos demostrado, consideramos que la regulación ecuatoriana en este punto se alinea con el criterio de que siempre la actividad impugnativa es posterior a la actividad jurisdiccional, es decir, se trata de una acción correctiva. Esta característica constituye una gran ventaja, ya que las partes tienen la posibilidad de especificar el error en que se ha incurrido; el órgano jurisdiccional revisor, por su parte, tiene la posibilidad de analizar a profundidad dichas alegaciones y, de ser el caso, corregir la resolución cuestionada.⁴⁷⁷

II.7.2.3. Análisis comparado de la legislación española y ecuatoriana sobre los errores o vicios objeto de impugnación

Existen coincidencias notables en cuanto a la regulación de las infracciones que pueden ser denunciadas vía impugnación en las leyes procesales civiles española y ecuatoriana. Si bien en este punto la LEC se nos muestra mejor estructurada que el COGEP, no es posible negar que en ambas leyes se dispone la posibilidad de impugnar vicios procesales cometidos durante la tramitación de la causa o en la resolución impugnada, así como los vicios sustantivos de los que puedan adolecer las resoluciones. Los postulados más generales de los medios de impugnación como el recurso de apelación y los recursos extraordinarios, en relación a las infracciones procesales o sustantivas que a través de ellos pueden ser denunciadas, son, en general, concordantes, debiendo resaltarse, como diferencia más peculiar, el hecho de que, mientras que la casación ecuatoriana –en línea con lo que ha sido la tradición habitual en los países que contemplan este recurso– puede fundamentarse tanto en infracciones de normas procesales como en infracciones de normas sustantivas, la casación española está limitada a estas últimas, si bien convive con otro recurso extraordinario específicamente previsto para la denuncia de ciertos errores procesales.

Pero, en definitiva, en lo que hace relación con los vicios objeto de la impugnación muchas más son las coincidencias que las discrepancias entre la legislación española y la ecuatoriana, quedando claro que el objeto de la impugnación desde la perspectiva temática son las infracciones a normas procesales y a normas sustantivas en las que puedan incurrir los procedimientos o las resoluciones del órgano jurisdiccional.

⁴⁷⁷ Cfr. GUERRERO DEL POZO, Juan Francisco, *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, cit., pág. 11.

II.8. La nulidad procesal

Iniciaremos citando a COUTURE, para quien “el tema de la nulidad no corresponde, estrictamente, a los recursos o medios de impugnación, sino a la teoría general de los actos procesales. Pero la mayoría de nuestros códigos, sigue considerando este fenómeno desde el punto de vista de los recursos y desde el punto de vista de los actos. Consideran el remedio y no la enfermedad.”⁴⁷⁸ Coincidimos con este autor en cuanto a la auténtica comprensión de la nulidad como un asunto referente a la existencia misma del acto procesal. De hecho, la invalidez de un acto procesal puede ser generadora de agravio a una parte, circunstancia que constituye el fundamento de una impugnación, pero no un medio de impugnación en sí mismo. Según estudiaremos más adelante, la nulidad de un acto procesal puede solicitarse a través de un medio de impugnación tal como el recurso, el incidente o una acción autónoma, pero ello no convierte a la nulidad en un medio de impugnación. Así como las infracciones a las normas sustantivas no constituyen medios de impugnación, sino motivos para activarlos; de igual forma, las infracciones a las normas procesales, productoras de nulidades, únicamente representan motivos para una impugnación.

Aclarado este importante asunto, continuamos nuestro análisis señalando que bajo un único concepto de *nulidad* se conocen diversas situaciones jurídicas con un sólo proyecto común, el de buscar la sanción e impedir la eficacia de actos procesales aparentemente existentes, pero que en realidad no reúnen todos los requisitos legalmente establecidos para su validez.⁴⁷⁹ A los actos que adolecen de este tipo de defectos, la ley niega su propia existencia, negando con ello, los efectos jurídicos pretendidos con tales actos, impidiendo, en definitiva, que puedan en alguna medida alcanzarse los objetivos inicialmente proyectados.⁴⁸⁰ En un proceso, los actos del órgano judicial que adolezcan de nulidad se identifican con las infracciones a normas procesales que analizamos en el acápite II.7.2.a.

⁴⁷⁸ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 373.

⁴⁷⁹ A fin de esclarecer un poco más el tema de las nulidades procesales, creemos conveniente citar lo expuesto por la CNJ (Ecu), en la Resolución N° 316-2012, del 13 de junio de 2012, donde diferencia a las nulidades sustanciales de las procesales en los siguientes términos: “las nulidades procesales son de distinta naturaleza, que afectan no al acto contrato sino al proceso o juicio en sí mismo, y cuando existe una causa de nulidad es porque existe un vicio en el procedimiento, un defecto en el trámite, que afecte a una solemnidad esencial. Así pues, las nulidades procesales se producen por ejemplo por falta de citación con la demanda, o habiendo citación se la efectúa de forma errónea, por violación de trámite, por ilegitimidad de personería del actor o demandado, etc. En sí la nulidad procesal también puede recaer en la sentencia misma cuando en el fallo se han violentado o desconocido solemnidades esenciales que pueden haber pasado desapercibidas para el juez, y cuando tal hecho acontece se puede demandar la nulidad de la sentencia. Podemos concluir que las nulidades sustanciales o del Derecho Civil son nulidades de fondo, y que las nulidades procesales son de forma, por cuanto las primeras se relacionan o tienen que ver con el contenido del acto o contrato, o sea con las disipaciones contractuales; en cambio que la segundas están relacionadas con la omisión de formalidades producidas durante la tramitación del juicio, que es lo que los jueces de primer nivel han considerado erróneamente.”

⁴⁸⁰ BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María, *La Nulidad*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003, pág. 31.

La nulidad de actos procesales, así como de cualquier acto público o privado, debe ser declarada por una autoridad pública competente, aun sin que medie petición de parte, en el evento de que tal nulidad fuere absoluta y evidente; y, a pedido expreso de parte, si tal nulidad fuera relativa. El remedio jurídico que se persigue denunciando una nulidad procesal es la declaratoria de invalidez de los actos procesales que adolezcan de tal vicio.⁴⁸¹

Según acabamos de anticipar, la nulidad puede ser de dos clases: *absoluta* o *relativa*. La nulidad absoluta, también denominada radical o de pleno de Derecho, supone una grave desviación del acto procesal, respecto de las formas previstas por la norma, desviación que conlleva un deterioro de las garantías que integran el debido proceso. Esta nulidad puede ser declarada de oficio o a instancia de parte y bajo ningún supuesto resulta posible convalidarla. Por otra parte, la nulidad relativa, también denominada anulabilidad, existe cuando se da una leve desviación del acto procesal de las formas previstas por la norma⁴⁸². El juez la declarará a petición oportuna de parte, siempre que ésta demuestre haber sufrido afectación del acto viciado.⁴⁸³ De todo lo anterior concluimos que la relevancia de la infracción es, en definitiva, el criterio que define la clasificación entre un acto procesal absolutamente nulo y uno relativamente nulo, con las características y consecuencias que cada una de ellas conlleva. Es pertinente señalar que DE LA OLIVA SANTOS también identifica a la *irregularidad* como un tipo de defecto de los actos procesales, sosteniendo que ella se refiere a una “infracción de algún requisito de escasa entidad, infracción que solo origina, como máximo, corrección y responsabilidad disciplinaria con la correspondiente sanción a su responsable, pero permaneciendo el acto subsistente y eficaz (...) ninguna consecuencia en el plano procesal propiamente dicho [genera un acto irregular], sino solo en el plano administrativo o disciplinario”.⁴⁸⁴ En este análisis nos centraremos únicamente en la nulidad relativa y absoluta, dada la relevancia procesal, no solamente administrativa y disciplinaria, que conllevan.

Respecto a las vías para solicitar la declaratoria de nulidad de un acto procesal, estas son básicamente tres:

- a) Trámite específico para la alegación de la causa de nulidad, por ejemplo: el trámite de contestación a la demanda para el planteamiento de excepciones procesales que

⁴⁸¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, cit. pág. 507.

⁴⁸² En este aspecto se pronunció la CNJ (Ecu), en la Resolución N° 214-13, del 11 de noviembre de 2013 donde indicó que: “la nulidad relativa da la posibilidad de saneamiento por ratificación o transcurso del tiempo y la nulidad absoluta, vuelve ineficaz y legalmente inexistente al acto...”

⁴⁸³ BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María, *La Nulidad*, cit., pág. 31.

⁴⁸⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 278.

determinen la nulidad del proceso, incidentes *ad hoc* para hacer valer determinadas causas de nulidad, etc.

- b) Recursos o incidente para denunciar nulidades en general.
- c) Acción judicial independiente –acción autónoma– frente a la resolución firme que ha puesto fin al proceso⁴⁸⁵

Al momento de diseñar el proceso, el legislador ha de optar por una o varias de estas vías para que una parte pueda perseguir la invalidez, a través de la denuncia de su nulidad. Además de estos medios de impugnación que corresponden a la parte, no olvidemos que el juzgador tiene la facultad y el deber de declarar la nulidad de un acto procesal, cuando la norma procesal califica el defecto como de “nulidad de pleno o Derecho” o de “nulidad absoluta”. Ahora bien, cuando el defecto no esté legalmente calificado así o, aun estándolo, la nulidad no sea declarada de oficio, quien estará legitimado para pedirla es la parte, según hemos señalado en párrafos anteriores. La parte requirente deberá demostrar ser agraviada con la nulidad y no podrá ser quien la provocó –*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*–.⁴⁸⁶

II.8.1. La nulidad procesal en la LEC

Las nulidades procesales se encuentran reguladas en un solo capítulo de la LEC, salvo algunas excepciones que se encuentran dispersas en el resto de la ley. Esta sistematización de las nulidades que hace la legislación española resulta muy útil para los usuarios del sistema judicial, pues con ello se garantiza un mejor conocimiento y empleo de las mismas, previniendo con esto a las partes procesales y al juzgador sobre los vicios y efectos que podrán producir tales vicios. En este contexto, el art. 225 de la LEC indica, de manera general, cuales son los vicios que producen la nulidad absoluta de los actos procesales. Así, la mencionada disposición ordena:

Artículo 225. Nulidad de pleno derecho. Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1.º Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en

⁴⁸⁵ La CNJ (Ecu), en la Resolución N° 126-2014, del 07 de enero de 2014, reconoció, analizando la normativa vigente a la época, cuales son las vías para reclamar la nulidad. Así, dicha Corte sostuvo que: “...las nulidades procesales previstas en los artículos 344, 349, 1014 del Código de Procedimiento Civil pueden hacerse valer dentro del mismo proceso, ya sea por incidente o ya por interposición de los recursos de apelación o de casación, según corresponda. Como excepción a esta regla general, el Código de Procedimiento Civil establece el procedimiento de nulidad de sentencia ejecutoriada en los casos enumerados en el artículo 299, con las limitaciones establecidas por los artículos 300 y 301 *Ibidem*.”

⁴⁸⁶ PUPPIO, Vicent, *Teoría General del Proceso*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, pág. 428.

los casos en que la Ley la establezca como obligatoria. 5.º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario Judicial [hoy Letrado de la AJ]. 6.º Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia. 7.º En los demás casos en que esta Ley así lo establezca.

Las circunstancias que provocan nulidad absoluta previstas por el citado art. 225, se refieren tanto a solemnidades sustanciales a todo proceso como, por ejemplo, la jurisdicción y competencia del juzgador, cuanto a garantías del debido proceso, como es el caso de la intervención del abogado en aquellos casos en que fuera obligatorio. Como revela el número 7.º del art. 225, el listado de nulidades absolutas no se agota en este precepto pues existen otros casos adicionales que, a lo largo de la LEC, se tipifican como productores de nulidad de pleno Derecho –así, por ejemplo, la nulidad de las audiencias, juicios y vistas por falta de presencia del juez en ellas; art. 137.4⁴⁸⁷–.

Por otra parte, la regulación de la nulidad relativa o anulabilidad resulta dispersa en la LEC. Como supuesto general de este tipo de vicio podemos referirnos a los “defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión” –art. 227.1–; y, entre los supuestos específicos de nulidad relativa, cabría mencionar los de anulación de actos de comunicación, cuando no se practican con arreglo a la ley y causaren indefensión –art. 116–; la nulidad de lo actuado a partir de la entrega a un litigante de una copia de escritos, resoluciones judiciales u otros documentos, que no se corresponda con el original –art. 280–; o la nulidad del embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste –art. 588–. No debemos olvidar que la declaratoria de las nulidades relativas a las que nos hemos referido, debe forzosamente ser solicitada por la parte que demuestre sufrir un efectivo gravamen de ella, pues este tipo de nulidades son convalidables.

En cuanto al procedimiento para declarar la nulidad, la LEC prevé que el tribunal pueda, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar *de oficio*, previa audiencia de las partes, la nulidad de actos viciados de nulidad de pleno Derecho, aunque, “en ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal” –art. 227.2–; mandato este último al que ya nos hemos referido en el epígrafe II.6.8.

⁴⁸⁷ Cfr. ARANGÜENA FANEGO, “Artículo 137”, cit., pág. 878.

En lo que atañe a la posibilidad de que *las partes* pidan la declaración de nulidad (absoluta o relativa) de un acto procesal, la LEC regula de manera específica algunos trámites procesales a través de los que pueden hacerse valer algunas concretas causas de nulidad; por ejemplo, el incidente de declinatoria, para denunciar una nulidad por falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional –arts. 63-65 y 547– o la excepción procesal de falta de postulación en el trámite de contestación a la demanda, para denunciar que la demanda se ha presentado sin intervención de abogado –art. 405.3, en relación con los arts. 31 y 418–. Para los casos en que no esté previsto un trámite específico para denunciar la concreta causa de nulidad que pretenda invocarse, la parte interesada deberá hacer uso de “los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate” –art. 227.1–. Y, solo si no existe ese recurso, podrá promover un incidente para que, previa audiencia al resto de las partes, se dicte resolución en la que se declare la nulidad –cfr. el inciso “a instancia de parte” del art. 227.2–.

No concluiremos este epígrafe sin antes señalar que la LEC prevé la existencia un “incidente” excepcional de nulidad –art. 228–; instituto que, al constituir un medio autónomo de impugnación contra resoluciones firmes, será materia de nuestro análisis en el epígrafe II.12.3.1.

II.8.2. La nulidad procesal en el COGEP

El COGEP, en relación al derogado CPC, ha avanzado en parte en cuanto al tratamiento de las nulidades; no obstante, arrastra faltas de precisión en cuanto a ciertos aspectos generales sobre los vicios de los que puede adolecer un acto procesal y sobre las consecuencias específicas que puede generar su declaratoria de invalidez. En este sentido, creemos que aún es vigente el criterio de AGUIRRE GUZMÁN, quien se refirió a este defecto en el CPC de la siguiente manera:

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano se refiere a las “nulidades procesales” a partir del artículo 344, sin referirse sistemáticamente a sus clases, o a las distintas consecuencias que se derivan de la declaratoria de nulidad de un acto procesal, y trata las nulidades procesales dentro de la sección Ira., del título 1 del libro II, que se refiere a los recursos. Sin duda que ésta es una limitación conceptual del Código de Procedimiento Civil, ya que al hablar de nulidades procesales, no se ha de hacer referencia únicamente a los remedios procesales que permiten subsanarlas –v.gr., al reclamar al juez, durante la tramitación de la litis, su declaración, o vía recurso, en el antiguo sistema que preveía antes de 1978 el Código de Procedimiento Civil– sino, y de manera general, a los vicios de que

puede adolecer un acto procesal, que de una u otra manera le afecten, sea en cuanto a su existencia, o en cuanto a su eficacia.⁴⁸⁸

El avance fundamental en cuanto al tratamiento de las nulidades en el COGEP es haberlas abstraído de su inclusión formal y material en la regulación de los recursos; según hemos analizado –II.8–, la nulidad es motivo para accionar una impugnación, pero no es un medio de impugnación en sí misma, pues se relaciona directamente con el acto procesal y solo de manera indirecta con su impugnación. En la actualidad el capítulo que trata sobre las nulidades de manera puntual, pese a existir normas relativas a este tema a lo largo de todo el Código, se encuentra incluido dentro del Título de la “Actividad procesal”, en aquella parte que se relaciona con el acto procesal y no con los recursos. Al igual que ocurre con la LEC, el COGEP realiza una enumeración de las principales circunstancias que generarían una nulidad pleno derecho:

Art. 107.- Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del Tribunal con el número de juzgadores que la Ley prescribe. Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la Ley señale expresamente tal efecto.

La nulidad relativa contiene una regulación dispersa en el COGEP; es anulable, por ejemplo, el testimonio que realice el declarante sin la asistencia de su abogado –art. 177– o la nulidad del remate judicial cuando se verifica en día distinto al señalado o cuando no se lo haya publicitado en debida forma –art. 406–. En cuanto al procedimiento de declaratoria, se establece como reglas generales que la nulidad absoluta podrá ser declarada de oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial. La nulidad relativa, por su parte, procede únicamente a petición de parte, “cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación”. Así mismo el COGEP ordena que “no se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento.” Estos dos últimos mandatos del COGEP que acabamos de citar, nos parecen completamente restrictivos y, por tanto, inadecuados dentro de la regulación de la nulidad. En efecto, debemos considerar qué nulidades relativas pueden verificarse a lo largo de todo el procedimiento, no solo al inicio o al final y, por tanto, durante todo el procedimiento la parte debe encontrarse en capacidad de denunciarlas. Las previsiones del COGEP poseen una redacción limitante, estableciendo momentos procedimentales específicos para la denuncia, conocimiento y resolución de las nulidades

⁴⁸⁸ Cfr. AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, “Nulidades en el Proceso Civil”, cit., pág. 145.

relativas –fase preliminar o recursos verticales–. La regulación de la nulidad relativa debería habilitar a la parte a denunciar la infracción de la norma procesal en el momento oportuno – cuando se verifica o cuando la parte entra en conocimiento de la misma– durante cualquier fase o etapa del procedimiento. Recordemos, como sostiene CRUZ BAHAMONTE, que las nulidades son immanentes al proceso, esto es, que se producen dentro de él en cualquier momento procedimental.⁴⁸⁹

Cabe realizar algunos comentarios respecto a varias regulaciones que contiene el COGEP respecto al tema de nulidades. En el art. 107 del mencionado código se establece que “solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto.” La necesaria especificidad que exige esta norma redundante en seguridad jurídica en lo referente al desarrollo normal del procedimiento, y sólo excepcionalmente en caso de presentarse algún vicio descrito por la ley se podrá declarar la nulidad procesal. En este sentido se ha pronunciado la CNJ (Ecu): “Este Tribunal señala que la nulidad como sanción procesal civil grave es excepcional se rige por los principios de especificidad y trascendencia y principios de eficacia del proceso y tutela judicial efectiva de los Arts. 169 y 75 de la Constitución de la República.”⁴⁹⁰

Por otro lado, consideramos que el legislador ecuatoriano ha comprendido que la verificación de una nulidad procesal puede conllevar una gran conmoción para las partes dentro del procedimiento, por ello debe ser declarada sólo cuando los vicios hayan tenido una real trascendencia. En este sentido, el art. 294 dispone que por regla general “la nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provocar indefensión.” En similar sentido, el art. 111, en lo tocante a la nulidad invocada a través del recurso de apelación, dispone que el juzgador que determine “que hay nulidad procesal y que la misma ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso, la declarará a partir del acto viciado y remitirá el proceso a la o al juzgador de primer nivel.” En este mismo sentido, se valora el carácter de excepcional que debe tener la declaratoria de una nulidad procesal, dado el coste procedimental –económico y de tiempos– que ello significa. Así lo ha entendido la CNJ (Ecu), la cual ha advertido que las nulidades procesales deben ser tomadas con extrema cautela, y son de carácter restrictivo,⁴⁹¹ considerando que pueden suponer un efecto lesivo para los justiciables. En resolución del 1 de abril del 2014, se refirió a lo expuesto de la siguiente manera: “Se considera que las

⁴⁸⁹ CRUZ BAHAMONTE, Armando, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, cit., pág. 231.

⁴⁹⁰ CNJ (Ecu), Resolución N° 0556-10, de fecha 13 de junio de 2014.

⁴⁹¹ En similar sentido, la CSJ (Ecu), en la Resolución No. 24-2003, del 11 de agosto de 2003 indicó: “Naturalmente que en esta vía, como quizá en todas las que se otorgan para reclamar nulidad procesales, debemos proceder con extrema cautela y con criterio restrictivo. (...) Es natural que inclusive en estos casos, la acción solo corresponderá a la parte (o tercero) que no haya tenido a su disposición otras vías para reclamar la nulidad, tal como el recurso, por ejemplo, pues debe tratarse de casos de verdadera indefensión, y como quiera que sea, esta vía debe aceptarse con criterio restrictivo”.

nulidades son remedios procesales que las leyes establecen para evitar que un acto jurídico que no se ha realizado conforme a las exigencias legales, pueda insertarse al proceso para que surta los efectos previstos para el mismo, o también sanciones que tienen como finalidad hacer perder la eficacia de un acto procesal que ha sido realizado violando las formalidades o exigencias previstas por la Constitución y la ley procesal. Entonces, las disposiciones que prevén sanciones de nulidad son de interpretación restrictiva, es decir no existen nulidades más que las establecidas en la ley, no cabe la declaratoria de nulidad por actos intrascendentes que propician sacrificar la justicia y que además violentan los principios de celeridad y economía procesal.”⁴⁹²

Por otra parte, el COGEP también regula la posibilidad de convalidación de las nulidades, y lo hace describiendo algunas situaciones en que la actuación del justiciable puede subsanar la inobservancia real a un mandato procesal. Paradigma de este particular es la regulación de la nulidad por falta de citación, circunstancia normada por el art. 108, el cual dispone que “para que se declare la nulidad por falta de citación con la demanda, es necesario que esta omisión haya impedido que la o el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y reclame por tal omisión”; *contrario sensu*, si la falta de citación no impide a una parte ejercer sus derechos procesales, si, por ejemplo, se enteró de la demanda presentada en su contra y compareció oportunamente a juicio pese a no haber sido citado, no existirá nulidad que declarar. En este mismo sentido, existen varias circunstancias que el COGEP entiende productoras de nulidad en entero subsanables, por ejemplo la existencia de defectos puramente formales en la identificación del domicilio del demandado, que no afecten la determinación del lugar para realizar la citación –art. 62–; la falta oportunidad de inscripción de la demanda en los registros correspondientes, cuando versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias –art. 147–; defectos de forma en la demanda –art. 295.2–.

II.8.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre la nulidad procesal

Muchos puntos de coincidencia encontramos en las regulaciones española y ecuatoriana de las nulidades procesales, tanto en lo material, como en lo formal. En lo material señalaremos que ambas legislaciones comprenden la existencia de nulidades absolutas, que no resultan convalidables y que pueden ser declaradas de oficio al constituir graves desviaciones de los mandatos jurídico-procesales o de derechos fundamentales de los justiciables, como lo es el derecho a la defensa. Así también la LEC y el COGEP prevén la existencia de nulidades relativas, las cuales pueden ser convalidadas por las partes o por intervención del juzgador y que, en el evento de no haber sido subsanadas, únicamente

⁴⁹² CNJ (Ecu), Resolución 418-2014, del 1 de abril del 2014.

pueden ser declaradas por el juez si la parte lo solicita expresamente, demostrando, además, que tal invalidez le produce un gravamen.

En cuanto a las coincidencias formales se encuentra la plena concepción de la LEC y el COGEP respecto a la calidad de motivo de impugnación y no medio de impugnación de las nulidades. De allí que se prevean los poderes del juez o de las partes para buscar la declaratoria de la invalidez de un acto procesal. En este punto, sin embargo, la previsión del COGEP no resulta satisfactoria. A nuestro criterio, es restrictiva al especificar momentos procedimentales en los cuales pueden ser denunciadas y resueltas las nulidades –fase preliminar y recursos verticales–, cuando lo más adecuado es establecer un régimen indeterminado sobre los momentos en los cuales una parte puede accionar un medio de impugnación para reclamar una nulidad, ya que durante todo el procedimiento es posible que se verifiquen actos procesales anulables. La LEC por su parte, al no prever limitaciones o especificidades al respecto, se nos presenta con un más adecuado tratamiento formal para las nulidades procesales.

En relación con otras reglas que informan la materia de las nulidades, diremos que tanto la LEC y el COGEP prevén de manera expresa los distintos motivos que pueden producir la invalidez de los actos procesales. Por otro lado, la convalidación como mecanismo para no declarar inútilmente actos procesales que en su momento fueron inválidos y que luego, por intervención del juez o de la parte, fueron subsanados, se encuentra prevista tanto por la LEC –arts. 227.2, 231 y 465.4–, como por COGEP –art. 62, 147 y 259.2–, de manera muy similar.

II.9. Presupuestos generales de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional

Según hemos analizado, como parte del diseño del proceso corresponde al legislador la previsión de los medios de impugnación que procedan, así como todos sus presupuestos generales, requisitos específicos, procedimientos y efectos jurídicos de su interposición. En este acápite nos ocuparemos de estudiar a los presupuestos generales, que son comunes a todos los medios de impugnación y de cuya observancia dependerá su admisión o no a trámite.

II.9.1. Previsión legal del medio de impugnación

El presupuesto más básico que se debe verificar respecto de la procedencia de un medio de impugnación, es su previsión legal. Según hemos analizado a profundidad en los epígrafes II.6.1, II.6.8.a y II.6.9.a, en materia civil resulta imprescindible que el medio de impugnación se encuentre legalmente previsto para que pueda existir el derecho a su ejercicio. Como sabemos, mal se puede pretender que exista un derecho de naturaleza

fundamental a impugnar las resoluciones judiciales –salvo en materia penal–, por lo que la previsión en la norma presupone su procedencia y, *contrario sensu*, la inexistencia de la previsión la imposibilita. Considerando que este tema lo hemos abordado con detenimiento en los epígrafes antes citados, y con el fin de no caer en meras reiteraciones, nos permitimos remitirnos a lo en ellos manifestado.

II.9.2. Competencia

La competencia es aquella medida en que se divide la jurisdicción, es decir aquel criterio que se aplica para conocer en qué materia, territorio, tiempo y grado se puede juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Así como un juez requiere ser competente para conocer y resolver válidamente una acción, así también requiere ser competente para conocer y resolver válidamente una impugnación que se hubiere presentado en contra de una actuación judicial. La competencia en materia de impugnación no tiene que ver con criterios territoriales o de la materia, sino con criterios funcionales. Como señala ARAGONESES “la competencia funcional se establece por la Ley, asignando, de modo directo, a un cierto órgano jurisdiccional determinadas atribuciones relacionadas con la actuación futura, presente o pasada de una cierta pretensión”.⁴⁹³ Entonces, el legislador establecerá a quién corresponde el conocimiento y trámite de la impugnación en la norma, valiéndose para ello de diversos factores, principalmente la clase de resolución que se objete y el medio de impugnación por el cual la parte hubiese optado. ORTELLS RAMOS sostiene que también puede depender de los motivos en que se funde la impugnación y de la clase de procedimiento en que se hubiera dictado la resolución.⁴⁹⁴

Respecto a la competencia en virtud de la resolución impugnada y del medio empleado, se atribuye la competencia al mismo juzgador que dictó la resolución cuando se trate de una impugnación horizontal. En este escenario, la objeción será conocida, tramitada y resuelta por el mismo juzgador que emitió el acto cuestionado. En casos como estos, la regla de competencia es más bien sencilla tanto en su establecimiento cuanto en su comprensión. Cosa diferente ocurre respecto a aquellos medios de impugnación verticales que implican un desplazamiento del conocimiento y resolución de la objeción presentada a un juzgador distinto a aquel que emitió el acto. En estos casos se puede distinguir entre una primera competencia para “instruir” la impugnación, que integra los trámites necesarios para dejar expedito el conocimiento sobre el fondo del mismo, y una competencia para “sustanciar” la impugnación, que comprende su tramitación procedimental en la nueva sede

⁴⁹³ ARAGONESES, Pedro, y GISBERT, Marta, *La apelación en los procesos civiles*, cit., pág. 154.

⁴⁹⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 489.

y su resolución.⁴⁹⁵ Todos estos particulares deben encontrarse legalmente previstos, acorde con el principio de configuración legal del proceso que hemos estudiado –acápite II.6.1–

Regresando sobre el criterio de ORTELLS RAMOS en que plantea que la competencia en materia de impugnación podría depender de los motivos en que se funde la impugnación y de la clase de procedimiento en que se hubiera dictado la resolución, solo puede comprenderse desde la previsión legal del medio de impugnación. Así, si la ley determina que un medio de impugnación posee causales, ello no será suficiente para que el juez que emitió la resolución conserve o pierda su competencia respecto de la impugnación; dependerá del diseño que el legislador hubiera acordado. De hecho, no porque un medio de impugnación esté sujeto a causales significa que obligatoriamente deba ser vertical. En similar sentido, el tipo de procedimiento no determina *per se* la competencia o incompetencia del juzgador para conocer y resolver la impugnación. Ello depende de cómo el legislador haya concebido el procedimiento específico, por ejemplo en un procedimiento sumario, donde es común que las oportunidades de impugnación se encuentren mermadas, la competencia del juzgador no se considera afectada, sino limitada por no haberse previsto una reducida impugnación. Todo esto nos lleva a considerar que la mejor manera de determinar al presupuesto procesal de competencia en fases de impugnación, es sobre la base de la clase de resolución que se objete y del medio de impugnación por el cual la parte hubiese optado.

II.9.3. Legitimación

La cuestión de conocer quién puede interponer una impugnación frente a una resolución judicial constituye un aspecto de legitimación procesal de fuente legal ordinaria.⁴⁹⁶ Por legitimación entendemos “la cualidad o condición de un sujeto, que por hallarse en una situación jurídica determinada, con la que es objeto de una actividad procesal concreta y conforme a derecho, están facultados para actuar⁴⁹⁷ o se les exige soportar tal actuación.”⁴⁹⁸ Como regla general, y que ciertamente no genera duda alguna, las partes

⁴⁹⁵ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 350.

⁴⁹⁶ El TC (Esp) ha aseverado que la legitimación activa para recurrir, en líneas generales, tiene su sustento en “la posesión de un interés legítimo, categoría más amplia que la de derecho subjetivo y la de interés directo y, por tanto, la legitimación se concede a toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental aunque la violación no se haya producido directamente en su contra”. STC (Esp) 54/2008, de 14 de abril, FFJJ 1,2.

⁴⁹⁷ Así lo ha entendido la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 750-10, del 10 de enero de 2013, donde al referirse a la legitimación sobre el recurso de casación ha dicho que “...esto es, la facultad de los litigantes, de naturaleza procesal y como resultado del derecho de acción, para recurrir, excepto el evento de la existencia de norma que taxativamente lo deniegue.”

⁴⁹⁸ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, cit., pág. 212.

procesales⁴⁹⁹ se encuentran legitimadas para presentar una impugnación en contra de cualquier providencia que se emita dentro del proceso en el cual se encuentran ventilándose sus derechos.⁵⁰⁰ No obstante, existen casos en que una impugnación puede ser planteada por un tercero que no haya participado del debate procesal desde un principio. Esto ocurre en vista de que, así como el interés es la medida de la acción, el gravamen lo es de la impugnación, según lo analizaremos a detalle en el siguiente apartado. En todo caso, la posibilidad de que un tercero presente una impugnación debe encontrarse legalmente prevista, pues, de no estarlo, no resultaría procedente.

Por “tercero” entendemos a aquel sujeto que, sin ser parte procesal originaria, se encuentra en una determinada relación o situación respecto del proceso o de los derechos que en él se ventilan; relación o situación que el ordenamiento jurídico considera digna de protección. Lo que da contenido al concepto de “tercero” es precisamente el interés que le une con la materia objeto del proceso o el gravamen recibido de una actuación procesal. Estos intereses han sido previstos por el ordenamiento en abstracto y, por considerarlos legítimos, han sido protegidos. En definitiva, el tercero procesal es siempre “una persona a quien no le es indiferente el proceso ni su resultado”,⁵⁰¹ circunstancia que está prevista y protegida por la ley.

Ahora bien, recuerdan autores como ALSINA o GARBERÍ LLOBREGAT, una regla de contenido meramente formal para que los terceros puedan presentar una impugnación es que sean tenidos previamente como partes procesales.⁵⁰² Como anotamos, se trata de un formalismo previsto por algunas legislaciones con el fin de guardar la solemnidad subjetiva del proceso. Lo que debe cuidarse es que este formalismo no incumba el cumplimiento de

⁴⁹⁹ Entendemos por “parte” a aquel sujeto de la controversia que es convocado al proceso, donde se tomarán resoluciones que podrán afectar de manera directa positiva o negativamente a sus intereses (Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, volumen 2, México, Oxford University Press, 2005, pág. 1057).

⁵⁰⁰ No obstante, debemos indicar que existen casos en los cuales la sola calidad de parte procesal no es presupuesto suficiente para poder presentar una impugnación. En este sentido, refiriéndose al recurso de amparo, que si bien no es un recurso del proceso civil, nos sirve para demostrar el punto en análisis, el TC (Esp) advirtió que: “hemos recordado que no se tiene legitimación activa para interponer un recurso de amparo por el sólo hecho de haber sido parte en el proceso judicial correspondiente (SSTC 257/1988, de 22 de diciembre, FJ 3; 47/1990, de 20 de marzo, FJ 2; 92/1997, de 8 de mayo, FJ 1) (...) están legitimados para el amparo quienes además de haber sido parte en el proceso judicial, invoquen un interés legítimo, es decir, aquellos cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra, sin que pueda confundirse dicho interés con un interés genérico en la preservación de derechos, debiendo ser, por el contrario, un interés cualificado y específico en la preservación de los derechos fundamentales cuya tutela se impetra (STC 57/2014, de 5 de mayo, FJ 3).” STC (Esp) 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 2. De allí que deban existir requisitos adicionales para que la impugnación proceda. A estos requisitos nos referiremos más adelante.

⁵⁰¹ OLIVA SANTOS, Andrés de la y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, pág. 510.

⁵⁰² Cfr. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, cit., pág. 663. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, cit., pág. 352.

excesivos requisitos que puedan dificultar la comparecencia del tercero y lo coloquen en un estado de indefensión de sus derechos. De la misma manera, se debe considerar que esta regla de calificación previa del tercero como parte, no es aplicada en todas las jurisdicciones. En efecto, el legislador puede optar por permitir a un tercero de forma directa, es decir, sin calificación previa, presentar su impugnación en el evento de que se considere agraviado por la actuación judicial dentro de un proceso del cual hasta aquel momento no es parte.⁵⁰³ En palabras de TAPIA FERNÁNDEZ existe “la posibilidad de impugnar una resolución que le perjudique a aquellas personas que sin haber sido partes en la fase procesal precedente (esto es, no sea sujeto que ha propuesto la demanda, ni la demanda ha sido propuesta contra él, ni ha intervenido efectivamente en el proceso) no obstante se ven envueltos en los efectos de la sentencia recaída: en estos casos se le atribuye la cualidad de parte a efectos de ejercer su derecho de impugnación”.⁵⁰⁴ En estos casos, la corrección o incorrección de su comparecencia es resuelta conjuntamente con su impugnación. De esta manera se posibilita un directo acceso a la justicia de terceros eventualmente perjudicados.

Otro tema importante respecto de la legitimación en las fases de impugnación se relaciona con la pluralidad de personas que conformen una parte. Así, la concesión de legitimación a más de una persona de las que ocupan la misma posición procesal de demandante o de demandada puede hacer que la estimación del medio de impugnación produzca un efecto extensivo, pues cabe que el medio de impugnación estimado a una parte favorezca a la parte que no recurrió pero que se encuentra en la misma situación material. Esto se ve muy claro en los supuestos de litisconsorcio necesario, pero también sucede en los casos de solidaridad o indivisibilidad de la prestación. Por el contrario, cuando se trata de la acumulación de pretensiones –o, con otras palabras, de litisconsorcio voluntario–, la estimación del medio de la impugnación de una parte no beneficia a las restantes partes del o de los procesos acumulados.⁵⁰⁵

Un tema interesante respecto a la legitimación pasiva de la impugnación se refiere a la posibilidad de que un codemandado impugne la absolución de otro codemandado, cuando dicha absolución no hubiese sido impugnada por el actor. Al respecto, el TS (Esp) ha sostenido que “ningún codemandado condenado puede instar la condena del codemandado absuelto si el actor no ha apelado la sentencia, pues éste es el único que lo puede hacer porque así lo suplicó en su demanda, y el primero se ha limitado en la contestación a solicitar su

⁵⁰³ Autores como Manuel ORTELLS RAMOS se decantan por esta opción (*Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 490).

⁵⁰⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “Algunas consideraciones críticas sobre el concepto de recurso y sus presupuestos”, en: *Revista General de Derecho*, N.º 610-611, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1995, pág. 8677.

⁵⁰⁵ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO María Pía, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 437.

absolución y nada más (sentencias de 15 de diciembre de 1982 , 20 de diciembre 141 de 1989 , 3 de enero de 1990 , 20 de marzo de 1991 y 16 de abril de 1991)”.⁵⁰⁶ Fundados en el principio dispositivo, comprendemos la posición de los juzgadores españoles y de hecho la compartimos. Es al actor al que corresponde la administración de su pretensión durante el proceso, pudiendo modificarla o incluso renunciar a ella. Por tanto, solo al actor corresponde el impugnar o no la absolución de responsabilidad que haya resuelto el juez, así como decidir en contra de qué absolución específica –codemandados– dirigir su impugnación. Contrario a este criterio se ha mostrado TAPIA FERNÁNDEZ, quien sostiene que “una vez introducido en el proceso el objeto litigioso y la correspondiente legitimación pasiva (por absoluta disposición del actor), el principio [dispositivo] no alcanza estos otros extremos; sobre todo porque todos los que han sido parte en dicho proceso deben tener la oportunidad no sólo de exonerarse de su responsabilidad sino también de inculpar a sujetos que -participando en él con todas las garantías procesales- puedan resultar agentes productores del daño reclamado.”⁵⁰⁷ No coincidimos con la citada autora, pues consideramos que en un proceso dispositivo el demandado que se oponga a la pretensión del actor posee un rol propio: su defensa personal sobre la base de sus propios fundamentos de descargo. De allí que al demandado corresponda demostrar su no responsabilidad, sin que le incumba el demostrar a quién corresponde la responsabilidad que se le pretende endilgar. Si bien el defenderse mediante el desplazamiento de la responsabilidad pretendida al otro codemandado, puede comportar una buena estrategia de defensa, ello no confiere *per se* al demandado una “acción” contra el codemandado, por lo que no existe legitimación para presentar una impugnación ante una absolución del codemandado. Diferente es el caso donde el demandado haya presentado una reconvenición con el codemandado respecto de la responsabilidad pretendida por el actor, circunstancia en la cual sí se genera una acción que legitima la impugnación del demandado en contra de la absolución de la responsabilidad del codemandado.

II.9.4. Gravamen

La capacidad para impugnar se identifica con la existencia de un gravamen, agravio o perjuicio que ha de sufrir la parte por efecto de la resolución judicial.⁵⁰⁸ Se entiende por gravamen al no otorgamiento de la tutela judicial pretendida de sus derechos o intereses,

⁵⁰⁶ STS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, del 17 de febrero de 1992, FJ 2. En similar sentido STS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, 59/1997, del 16 de febrero de 1997, rec. 222/1993, FJ 1.

⁵⁰⁷ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “Algunas consideraciones críticas sobre el concepto de recurso y sus presupuestos”, cit. 8681.

⁵⁰⁸ Al respecto, la CSJ (Ecu) en fallo del 9 de septiembre de 1997 advirtió que: “Es importante dejar perfectamente establecido que quien puede interponer el recurso es únicamente la parte que haya recibido agravio, pues así lo determinan varios fallos dictados por este Alto Tribunal de Justicia y que por ser uniformes constituyen precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria.”

fuera total o parcial, es decir, el gravamen constituye la diferencia entre lo solicitado y lo concedido en la resolución. Con esto, el presupuesto del gravamen como habilitante de la impugnación, es lo que hace nacer el interés en la eliminación o modificación de la resolución objetada. Adicionalmente, como señala BANACLOCHE PALAO, se debe considerar que “el perjuicio no sólo puede ser ocasionado por la parte dispositiva de la resolución; también una resolución completamente favorable, pero fundada en una argumentación errada o contradictoria, puede producir un gravamen –por la incidencia que dicha resolución puede tener en ése o en otro proceso o extrajudicialmente–, por lo que puede ser objeto del recurso.”⁵⁰⁹

Al gravamen no se lo debe entender únicamente en sentido material, es decir, referido a la distinta manera de entender la aplicación sustantiva al caso concreto; también se lo entenderá cuando la discordancia entre lo pedido y lo conseguido se refiera a cuestiones o peticiones de orden procesal.⁵¹⁰ Autores como MONTERO AROCA y RIFÁ SOLER⁵¹¹ sostienen que, entendido el gravamen como un perjuicio, la interpretación del mismo depende del tipo de resolución y de la clase de impugnación, así:

- a) En las resoluciones materiales que se han pronunciado sobre la pretensión o fondo del asunto, el gravamen implica normalmente una diferencia entre lo pedido y lo concedido, pero puede suponer en algún caso, un perjuicio derivado de las razones por las que se concede. En efecto, cuando se trata del actor, es posible identificar el gravamen contrastando la petición de la demanda y el sentido de la sentencia, pero cuando se trata del demandado puede existir gravamen referido no a su petición de absolución, sino a la razón de porqué es absuelto; es decir, para el demandado el gravamen puede consistir en un perjuicio de su posición jurídica material, por lo que la comparación cabe que se refiera a la fundamentación de la contestación a la demanda y de la sentencia. MONTERO AROCA expone un interesante ejemplo para ilustrar esto; así, si el demandado pidió que se le absuelva, alegando primero el pago y, subsidiariamente, la compensación, la desestimación de la excepción de pago y la estimación de la compensación, podría entenderse que le causa perjuicio.

⁵⁰⁹ BANACLOCHE PALAO, Julio, “De los recursos”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 775.

⁵¹⁰ MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “Una reformulación del concepto clásico de gravamen o perjuicio como presupuesto para recurrir”, en *Revista General de Derecho Procesal*, No. 25, Iustel, 2011, pág. 9.

⁵¹¹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO María Pía, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 437. RIFÁ SOLER, José María, GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 289-290.

- b) En las resoluciones procedimentales resulta muy dudoso que el gravamen sea presupuesto directo de la admisibilidad de la impugnación, debiendo bastar el que la resolución, incluso indirectamente, pueda afectar desfavorablemente a la parte, lo que tiene especial incidencia en el caso de las resoluciones nulas de pleno Derecho. Esto comporta que, incluso quien aparentemente es favorecido con una resolución, puede impugnarla si su vicio es de validez, para evitar que en un momento posterior del proceso se declare esa nulidad con la retroacción de las actuaciones, lo cual le ocasionaría demoras y costos, es decir, un gravamen. Al respecto podría considerarse que el gravamen, en este caso, no es tal y que únicamente representa una mera expectativa. Sin embargo, a diferencia de los vicios materiales, la sola posibilidad de que un acto judicial no posea los elementos de validez legítima a la parte, –inclusive a la favorecida, como se anotó–, a buscar su enmienda para de esta manera contar con certeza respecto del continente –acto jurisdiccional–, además del contenido.

Concluyendo, el gravamen es otro de los presupuestos necesarios para impugnar, debiendo aclararse que el gravamen ha de ser sufrido por la parte que pretende impugnar pues no resulta lícito invocar el perjuicio causado a otra de las partes. Al respecto, GIMENO SENDRA nos presenta un interesante ejemplo al señalar que un codemandado no puede recurrir contra la absolución de otro condenado, ya que pese a sufrir esto otro condenado un gravamen, este es de naturaleza personal, lo que se entiende sin perjuicio de las reclamaciones que contra aquellos se puedan formular en un proceso independiente. El único legitimado para impugnar la absolución de uno de los codemandados es el actor, quien está en su derecho de renunciar a hacerlo.⁵¹²

II.9.5. Presupuestos generales de la impugnación en la LEC

En la LEC existe el presupuesto básico para la procedencia de cualquier medio de impugnación, este es, la necesidad de su previsión legal. Este presupuesto se concreta al tenor del art. 448, el cual dispone que toda persona tendrá derecho a interponer los recursos previstos por la ley, en contra de aquellas resoluciones de los Tribunales y Letrados de la AJ que les afecten desfavorablemente. Del contenido de esta norma, además del presupuesto de previsión legal del medio de impugnación, también se desprende el presupuesto del gravamen. Así, la LEC establece de manera expresa que una de las medidas generales para que la parte pueda impugnar y ciertamente para que el juez pueda considerar a trámite un pedido de esta especie, es la existencia del gravamen, esto es, el carácter desfavorable de una resolución judicial. No es necesario que la resolución sea objetivamente equívoca, pues si lo fuera, la impugnación únicamente procedería si objetivamente el impugnante tuviera la razón y aquella es una circunstancia de imposible verificación previa. Se requiere por tanto

⁵¹² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 560.

que la resolución no sea favorable al interés de la parte, como señalamos en el epígrafe II.8.4, esto es, que exista una discordancia objetiva entre lo pretendido por la parte y lo concedido por el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, continuando con nuestro análisis a través del medio paradigmático de impugnación que es el recurso, señalaremos que el gravamen es el perjuicio que, para el recurrente, deriva de la infracción –procesal o sustantiva– en que haya incurrido la resolución impugnada. Así, en el recurso de reposición está considerado como los eventuales perjuicios que se deriven de la “infracción” en que, a juicio de la parte, habría incurrido la resolución observada –art. 452.1–. El gravamen de la apelación es el contenido desfavorable que, respecto de los fundamentos de hecho y de Derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia, se origina como consecuencia de las infracciones jurídicas en que hayan incurrido el auto o sentencia que son objeto de recurso –cfr. art. 456.1–. Finalmente, en el recurso de casación el gravamen está concebido como daño que genera “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” –art. 477.1–; y en el recurso extraordinario por infracción procesal, el gravamen debe tener su origen en alguno de los vicios procesales que enumera el art. 469.1.

Respecto a la manifestación del gravamen en la resolución, el TS (Esp) ha sostenido uniformemente que el gravamen se presenta únicamente en la parte dispositiva de la resolución, mas no en su fundamentación. Así, mediante STS (Esp) Sala de lo Civil, Secc. 1, 775/2016, de 3 de septiembre, rec. 1057/2012, FJ 2, los juzgadores supremos dispusieron que: “La legitimación para recurrir, fundada, según el artículo 448 LEC, en que la sentencia afecte desfavorablemente a la parte, debe valorarse, en tanto que presupuesto procesal, prima facie, con abstracción del fondo del asunto, razón por la cual esta Sala viene declarando que la legitimación activa para interponer un recurso de casación está en función del contenido del fallo (ATS 21 de noviembre de 2006, rec. 2075/2002, FJ 2). El hecho de figurar como condenada en el fallo atribuye a AGEDI legitimación para interponer contra él los recursos que procedan, independientemente de la procedencia o no de la condena.”. Recientemente, este criterio ha sido confirmado mediante STS (Esp) Sala de lo Civil, Secc. 1, 382/2016, de 19 de mayo, rec. 219/2014, FJ 4. Sin perjuicio de esta postura, autores como BANACLOCHE PALAO⁵¹³ o MUÑOZ ARANGUEN,⁵¹⁴ a cuyo criterio nos adherimos, sostienen que el gravamen puede no puede resultar únicamente del contenido del fallo, sino también de los considerandos en los que el juez basó su decisión; de allí que sea enteramente posible

⁵¹³ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, “De los recursos”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 775.

⁵¹⁴ Cfr. MUÑOZ ARANGUEN, Arturo, “Una reformulación del concepto clásico de gravamen o perjuicio como presupuesto para recurrir”, en *Revista General de Derecho Procesal*, No. 25, Iustel, 2011, pág. 5 y ss.

impugnar una resolución que pese a favorecer en el fondo, no lo haga en la parte argumentativa.⁵¹⁵

En cuanto al presupuesto de la competencia, la LEC determina con precisión a quién corresponde la competencia para el conocimiento y juzgamiento de los medios de impugnación; para demostrar esto nos serviremos de la previsión de varios los recursos. Así, el conocimiento y resolución de los recursos de reposición contra las diligencias y decretos corresponde a los mismos Letrados de la AJ que los emitieron, mientras que si este recurso se lo endereza en contra de providencias o autos, la resolución corresponderá a los juzgadores que las produjeron, acorde a lo dispuesto por los arts. 451 a 453. En cuanto a los recursos verticales, citaremos al recurso de apelación, cuya regulación claramente establece el ámbito de las competencias del órgano judicial *a quo* y *ad quem* en la tramitación, conocimiento y resolución de la impugnación. Así, la recepción de la interposición, el análisis de su temporalidad y admisión o inadmisión corresponde al órgano inferior, mientras el conocimiento en el fondo, convocatoria y realización de la vista –de ser procedente– corresponde al órgano superior –arts. 458 a 465–. Similares disposiciones que determinan con precisión la competencia de los juzgadores que conocerán y resolverán la impugnación se encuentran previstas por la LEC para el resto de medios de impugnación.

En lo que hace relación con la legitimación activa de la impugnación, esto es, quién está capacitado para oponerse a una resolución judicial, la LEC determina que las partes procesales son las que poseen, de origen, esta capacidad –art. 448–. De allí que terceros no podrían presentar impugnaciones dentro de procesos en los cuales no fueran parte. Ahora bien, puede darse el caso que una persona que, sin ser actor o demandado, posea un legítimo interés respecto de los asuntos en litigio y, por tanto, requiera ser tenido en cuenta en el proceso. En estos casos la LEC habilita la posibilidad de que, “mientras se encuentre pendiente el proceso” un tercero podría solicitar ser considerado como parte, petición que

⁵¹⁵ En este punto, consideramos pertinente citar los argumentos expuestos por MUÑOZ ARANGUEN, respecto a las condiciones que se deberían cumplir para que proceda la impugnación de una resolución cuyo fallo favorezca al eventual recurrente: “i) cuando de la resolución judicial se deriven pronunciamientos cubiertos por la cosa juzgada material que perjudiquen al litigante favorecido por la parte dispositiva de la misma; ii) cuando la divergencia entre la fundamentación jurídica de la resolución judicial y la empleada por el litigante vencedor en la primera instancia sea sustancial y susceptible de causar un perjuicio efectivo al apelante; iii) cuando, aún no tratándose de pronunciamientos cubiertos por la cosa juzgada material, las declaraciones contenidas en la resolución judicial sean susceptibles de causar un menoscabo en la posición jurídica del vencedor en el pleito que pudieran dar pie a la interposición de acciones judiciales futuras en base a las mismas (dada la concepción, por parte de la jurisprudencia, de las resoluciones judiciales como medio cualificado de prueba); iv) cuando el demandado haya formulado alegaciones defensivas con carácter subsidiario, sin que sea indiferente para él, desde el punto de vista de su posición jurídica, el acogimiento de su pretensión principal o de la subsidiaria; v) y, finalmente, cuando el fallo o parte dispositiva se remiten a un fundamento jurídico que, en realidad, no acoge íntegramente la pretensiones del litigante formalmente vencedor en la primera instancia.” (“Una reformulación del concepto clásico de gravamen o perjuicio como presupuesto para recurrir”, en *Revista General de Derecho Procesal*, No. 25, Iustel, 2011, pág. 24 y 25).

será resuelta por los juzgadores mediante auto –art. 13–. Con esta previsión se confirma que terceros no pueden impugnar resoluciones judiciales, debiendo para tal efecto haber obtenido de forma previa la calidad de parte. De hecho, ni aún en los procesos de defensa de la competencia, órganos tan importantes como la Comisión Europea o la Comisión Nacional de la Competencia están en capacidad de impugnar sino han sido partes procesales; únicamente podrán presentar información u observaciones escritas o realizar una exposición oral –art. 15 bis–.

II.9.6. Presupuestos generales de la impugnación en el COGEP

El presupuesto de previsión legal es expresamente recogido por el COGEP en su art. 250, norma que dispone que “se concederán únicamente los recursos previstos en la ley.”⁵¹⁶ Es claro, así, que el juez no deberá admitir impugnaciones no establecidas en la norma. Base de la seguridad jurídica es el principio de legalidad también en materia procesal, en el cual reposa este presupuesto. En cuanto a la competencia, el COGEP contiene reglas en la previsión del trámite de los recursos que, si bien no de manera expresa, sí dejan de forma clara y en cada caso concreto, a qué juzgador corresponde el conocimiento y resolución de las impugnaciones. Por ejemplo, en el caso de los recursos de revocatoria y reforma, el competente para decidir sobre ellos es el juez que emitió la resolución impugnada –art. 255–; el recurso de apelación será interpuesto ante el juzgador de primera instancia, quien lo deberá aceptar a trámite, otorgar a la parte contraria el derecho a la contradicción y remitir los autos al juez superior, quien será responsable de llevar a cabo una vista y resolver la impugnación –arts. 256 a 260–; finalmente, el recurso de casación es interpuesto ante el juez de segunda instancia, quien comprobará la debida temporalidad de la presentación y lo remitirá a la CNJ (Ecu), donde la admisibilidad formal será analizada por un conjuer;⁵¹⁷ admitido a trámite el expediente es entregado a la sala especializada respectiva, donde los juzgadores deberán convocar una vista y resolver el recurso –art. 269 a 273–. De estos ejemplos comprobamos que la competencia de los juzgadores en las fases de impugnación del proceso civil ecuatoriano está claramente establecida en el COGEP.

⁵¹⁶ Insistimos en que, si bien el recurso no es el único medio de impugnación, consideramos su tratamiento como paradigma de aquellos y por ello nos valemos de él en nuestros análisis.

⁵¹⁷ Los conjueres son funcionarios judiciales que deben cumplir los mismos requisitos materiales y formales que los jueces de la CNJ (Ecu). Sus funciones son “1. Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces [de la CNJ (ECU)] en caso de impedimento o ausencia; 2. Integrar, por sorteo, el Tribunal de tres miembros para calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala especializada a la cual se le asigne y para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho; 3. Organizar los fallos de la sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la sala para que los eleve hasta el Pleno de la Corte.” –COFJ, Art. 200 y 201–

En cuanto a la legitimación activa para la impugnación, la regulación del COGEP es deficiente y esto ya lo habíamos anticipado en el epígrafe II.6.9.c. No existe una disposición general que determine la habilitación de las partes o de terceros o que, por el contrario, proscriba la participación de terceros. Por obvias razones, entendemos que las partes se encuentran legitimadas, así como entendemos que los terceros se encuentran impedidos al no encontrarse expresamente autorizados por la ley. A este razonamiento debemos asirnos para establecer la legitimación procesal de quien pretenda impugnar una resolución respecto de los recursos de apelación, casación y de hecho. Tan solo los recursos de reforma y revocatoria –art. 254– y las nulidades que constituyen el fundamento de recursos verticales –art. 100.2– se encuentran normadas en el sentido expreso de que su accionamiento corresponde privativamente a las partes procesales. En todo caso, al igual que ocurre con la legislación española, en la ecuatoriana los terceros pueden comparecer al proceso y solicitar ser tomados como parte, dado el interés que demuestren poseer en la causa –art. 46–. Para finalizar el análisis de la legitimidad en la impugnación, el COGEP prevé la posibilidad de que la Procuraduría General del Estado ecuatoriano, aun sin ser parte del proceso, esté en capacidad de impugnar resoluciones judiciales –art. 250–.

El gravamen no posee una referencia expresa en el COGEP como presupuesto de la impugnación. En los recursos, de los cuales nos hemos valido para analizar estos temas, el gravamen es considerado de distintas maneras. La finalidad de la revocatoria es que “el mismo órgano jurisdiccional que pronunció un auto de sustanciación lo deje sin efecto”, de lo cual podemos concluir que el gravamen en este recurso será una disconformidad de orden procesal, generadora de invalidez del acto. Por el contrario, con el recurso de reforma se “enmendará la providencia en la parte que corresponda”, lo cual denota un gravamen de naturaleza sustantiva que, conservando el acto, busca la corrección de su contenido. El gravamen en la apelación no tiene referencia alguna en el COGEP, acaso abusando de su naturaleza ordinaria, el legislador no ha dispuesto particular alguno sobre este tema. Por principio, no nos queda más que considerar que cualquier contenido desfavorable de sentencias o autos definitivos de primera instancia habilitan la impugnación de alzada. El recurso de casación, por su parte, entiende a los gravámenes posibles de denuncia a través de cinco causales, que se refieren a infracciones tanto a normas procesales cuanto a sustantivas –art. 268–.

II.9.7. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los presupuestos generales de la impugnación

De lo aquí estudiado se evidencia como la LEC y el COGEP poseen tratamientos similares respecto a los presupuestos generales de la impugnación. La necesidad de previsión legal del medio de impugnación, como mandato, está expresamente consagrada en ambas legislaciones. La competencia del juzgador que conocerá y resolverá la impugnación, se encuentra establecida de manera clara en las normas españolas y ecuatorianas que disponen

los trámites de los medios de impugnación. Hasta este punto las coincidencias son relevantes y tanto la LEC como el COGEP se alinean con el adecuado tratamiento de estos presupuestos.

Las cosas empiezan a cambiar con la legitimación activa. La LEC posee reglas expresas y generales sobre a quién le está autorizada la impugnación de las resoluciones judiciales, mientras el COGEP realiza esta regulación únicamente en tres casos –revocatoria, reforma y nulidades como fundamento de impugnaciones verticales–, dejando el resto de medios de impugnación sin normas que refieran de manera expresa quienes están legitimado para impugnar. Resta, como se señaló en el acápite inmediato anterior, solamente recurrir a las máximas fundamentales del derecho público y del derecho procesal, para concluir que, por tener un interés directo y participación plena en el proceso, a las partes les está autorizada la impugnación, mientras que los terceros, por no encontrarse legalmente autorizados, no podrían interponer oposición de tipo alguno dentro del proceso. Claramente la LEC posee fortalezas en este punto, frente a un COGEP que obliga a litigantes y juzgadores a aplicar los principios y teorías jurídicas ante la falta de previsión.

Por otra parte, el gravamen se nos muestra como un presupuesto con un tratamiento más exhaustivo en la LEC que en el COGEP. La puntillosa legislación española posee normas expresas al respecto, tanto dentro de la regulación general como en las específicas de los recursos. No existe duda, observándose además los postulados dispositivos, que el gravamen se traduce en la diferencia entre lo pedido y lo recibido derivada de la infracción jurídica en que incurre la resolución impugnada. La legislación ecuatoriana se nos presenta mucho menos prolija, pues no existe una regulación general sobre el gravamen. En los recursos de revocatoria, reforma y casación, el gravamen se desprende de las finalidades o causales de la impugnación, mientras que en la apelación, no existe previsión sobre el gravamen al cual serviría este medio, por lo que nos es necesario partir de la naturaleza jurídica ordinaria para entender que el gravamen será de un tipo amplio –procesal y sustantivo–. En conclusión, los presupuestos de la impugnación se encuentran concretados en la LEC y en el COGEP, teniendo este último la necesidad de mejorar sus previsiones al respecto.

II.10. Requisitos materiales y formales de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional

Los requisitos a observar en la interposición de una impugnación pueden dividirse en materiales, cuando se refieren a la fundamentación; y, formales, cuando se refieren al tiempo, al lugar y otros de carácter accesorio que cada legislación puede establecer, como por ejemplo el pago de tasas, cauciones, consignaciones, etc.

II.10.1. Requisitos materiales

Considerando que las fases de impugnación del proceso civil, al igual que éste, se encuentran informadas por el principio dispositivo, corresponde a la parte fundamentar su impugnación. Esta fundamentación cumple con dos funciones, identificar las causas por las cuales se considera errada la resolución objetada y delimitar la materia que a través de la impugnación pasa a la revisión judicial. Recordemos que el juzgador no puede excederse de los extremos determinados por la parte en su impugnación, pues carece de facultades oficiosas al respecto –ver acápite II.6.6–.

El tipo de fundamentación a cumplirse varía según la clase de impugnación que se interponga y aquel es un tema que, al igual que tantos otros en materia de impugnación, debe establecerse obligatoriamente en la ley. En efecto, la norma legal dispondrá, en cada caso concreto, la libertad de causalidad o, por el contrario, la necesidad de ceñirse a causas taxativamente previstas en la norma.⁵¹⁸ Es así que en los medios de impugnación ordinaria –como lo veremos en el acápite III.2.1– existe libertad de fundamentación, identificándose de manera completa con la respuesta normativa a poder oponerse sin restricciones temáticas a una resolución judicial. Por el contrario, los medios de impugnación de naturaleza extraordinaria están sujetos a causales, por lo que la parte deberá lograr subsumir su objeción a uno de los supuestos establecidos en la norma, la cual, además, suele determinar rigurosidades respecto a la manera en que se deberán fundamentar las impugnaciones.⁵¹⁹

Entonces, la parte ha de cumplir con la fundamentación que se exija legalmente para la impugnación específica que pretenda. Errar en la manera en que se ha de fundamentar la impugnación comportará que ésta adolezca de la ausencia de un requisito, lo que traería como consecuencia que, sin análisis de fondo alguno –que bien pudiere ser acertado–, el juzgador deseche el pedido impugnatorio de la parte. Recordemos que el juez no posee capacidad oficiosa para corregir las actuaciones de las partes, salvo la restringida facultad del *iura novit curia*. De allí que si la parte, por ejemplo, argumenta sin más que la resolución es errada, el juzgador no está en capacidad de realizar revisión alguna a su proceder, por lo que deberá desechar de plano tal pedido que, según argumentamos, iría en contra de las previsiones dispositivas que suelen informar a las regulaciones de estos institutos.⁵²⁰

⁵¹⁸ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, cit., pág. 353.

⁵¹⁹ Cfr. GOZAINI, Osvaldo, *Elementos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 420-421.

⁵²⁰ En este aspecto, es pertinente citar lo dispuesto por la CNJ (Ecu), en la Resolución N° 99-2012, del 02 de mayo del 2012, donde aclara el alcance del principio *iura novit curia* en relación a los medios de impugnación al señalar que: "...el principio *iura novit curia*, que faculta al juez a dictar sus fallos aplicando normas de derecho distintas a aquellas invocadas por los litigantes para fundar su derecho, sin apartarse de las cuestiones debatidas dentro del proceso. El juez conoce el derecho, y nada importa que las partes omitan mencionarlo o incurran en errores con respecto a la ley aplicable, porque a él le corresponde establecer su verdadera calificación jurídica en virtud del antes citado principio; pero no ocurre igual con los hechos, pues sólo puede

II.10.2. Requisitos formales

Los requisitos formales comunes son el tiempo y el lugar. Dependiendo del tipo de recurso o de la libre opción legislativa, se pueden establecer otros requisitos específicos como la manera de fundamentar la impugnación, la cuantía, el pago de tasas, cauciones, consignaciones, etc.

- **El tiempo**

Para que la impugnación pueda admitirse a trámite debe interponerse dentro del plazo establecido para tales efectos en la ley. Si no se procede conforme a ello, la resolución deviene en firme sin necesidad de declaración expresa sobre ello. Los plazos y las condiciones en que ellos deben ser computados es materia reservada a la ley y por tanto, de imposible disposición por parte del juez y peor por parte de los sujetos procesales –actor,

conocerlos a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellas produzcan para acreditarlas, o en su defecto en los fundamentos que inspiren el recurso propuesto por las partes...”. En España, al *iura novit curia* se refiere el art. 218.1 LEC, que, al regular la congruencia de las resoluciones judiciales, establece que, en virtud de los principios dispositivo y de contradicción, el tribunal se encuentra vinculado al planteamiento jurídico general del caso que hayan querido realizar las partes, si bien ello no impide que puedan aplicarse preceptos no alegados que constituyan desarrollo de ese planteamiento jurídico general. Concretamente, dice el precepto: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.” Sobre el particular, comenta De la OLIVA SANTOS: “Algunos ejemplos de aplicación de la regla *iura novit curia* sin cambio o apartamiento del elemento jurídico de la causa de pedir: 1.º) cita errónea de una o varias normas positivas, cuando de lo alegado y pedido por la parte se desprenda sin duda cuál es la norma o el conjunto de normas que pretende hacer valer; 2.º) omisión de la invocación de una o varias normas positivas, si está claro que el litigante apoya su pretensión en ella o ellas; 3.º) incorrecta denominación de un principio general del Derecho, cuando, por lo alegado y pedido, cabe deducir cuál es ese principio general; 4.º) errónea calificación o designación de un negocio jurídico, si es posible deducir de sus alegaciones y peticiones qué negocio jurídico es éste en que se apoya el litigante; 5.º) error al calificar jurídicamente un hecho o circunstancia alegados como fundamento de lo que se pide, cuando lo que se alega y lo que se pide permite conocer el fundamento jurídico en que quiere el litigante apoyar su pretensión; 6.º) contradicciones internas, confusiones o errores en la argumentación jurídica del litigante –por ejemplo, porque alega, mezcladas, normas y hasta instituciones o institutos jurídicos entre sí contradictorios–, siempre que sea posible, por los hechos que alega, por la pretensión o por las pretensiones que formula y por las argumentaciones jurídicas que expone, determinar cuál es la base o fundamento principal de su pretensión y, en su caso, la base o bases en que subsidiariamente se apoya” (OLIVA SANTOS, Andrés de la, “Artículo 218”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 386). Y, por su parte, el ATS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, del 29 de junio, rec. 3144/2014, FJ 3, advierte que: “la aplicación del principio ‘*iura novit curia*’, si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones, no les faculta, en cambio, para resolver la cuestión sometida a su decisión trasmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas, cuyo cambio o transmutación puede significar menoscabo del art. 24 CE, al desviarse de los términos en que viene planteado el debate forense, vulnerando el principio de contradicción.”

demandado o terceros—. ⁵²¹ Al respecto, GIMENO SENDRA recuerda que “la determinación de plazos perentorios para el ejercicio de la impugnación constituye una garantía para la seguridad jurídica que proporciona la preclusión y la firmeza, según el caso del acto procesal del que se trate. Es así que estos plazos son de inexorable e insalvable observancia.” ⁵²²

En todo caso, los plazos para la interposición corren individualmente para cada una de las partes, en la generalidad de los casos a partir de la notificación de la resolución, cualquiera que sea la fecha de la providencia, de modo que, aunque una de ellas la hubiera consentido, la otra podrá interponer la impugnación pertinente si el tiempo es hábil. ⁵²³

• El lugar

Si bien este requisito se relaciona íntimamente con la competencia del juzgador, se refiere específicamente a la judicatura donde se presentará la impugnación. La ley establecerá en cada caso concreto en qué sede judicial se ha de presentar la impugnación, siendo la regla general que este acto se lo realice ante la judicatura donde se emitió la resolución objetada, aun cuando en aquella no se vaya a conocer ni resolver la impugnación. Ahora bien, en este punto también se debe considerar que, en ocasiones, la ley permite la presentación de ciertos escritos, entre ellos impugnaciones, ante juzgados “de guardia” o “de turno”. Corresponde al legislador establecer expresamente esta posibilidad y las circunstancias que han de confluir para que esto pueda aplicarse.

Un tema adicional que se debe considerar dentro del estudio del “lugar” es la posibilidad de la comunicación vía electrónica de peticiones. El uso de las nuevas tecnologías, como premisa de eficiencia y ahorro de recursos, se impone. Por ello, es necesario tener certeza sobre el medio a usarse para la realización de peticiones impugnatorias por vía virtual.

Se debe recordar que, la presentación de una impugnación en un lugar –físico o virtual– errado puede conllevar la extinción de tal poder si después del yerro el impugnante no llega

⁵²¹ Cabe señalar que el factor tiempo, en cuanto a materia impugnativa se refiere, es determinante dado que la falta de interposición del recurso o proposición de la acción en el momento procesal oportuno deviene en la pérdida de esos poderes procesales. En esta línea, la CC (Ecu) en la Sentencia N° 006-15-SEP-CC, Caso N° 0663-11-EP, del 14 de enero de 2015 al referirse al momento de presentar un medio impugnativo manifestó que: “De la revisión del proceso, consta que el actor principal, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones a lo largo de la presente sentencia, no interpuso de manera oportuna y legal el recurso procesal según lo establecido en las normas secundarias, esto es en el tiempo; por tanto, al precluir el término, dentro de la fase procesal correspondiente, no podía ser conocido por los jueces superiores, toda vez que su posible trámite vulneraba la composición del debido proceso, pues, no respetaban los principios procesales necesarios para garantizar el ejercicio y goce de los derechos de las partes y llegar a una sentencia justa y motivada.”

⁵²² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 567.

⁵²³ Cfr. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, cit., pág. 606-607.

a tiempo de presentarla en el lugar adecuado. El proceso no sufre desmedro alguno, pues un poder no ejercitado o mal ejercitado únicamente impide a la parte la eventual obtención de una ventaja, mas no altera ni afecta a la relación jurídico procesal existente ni a los efectos generales que de ella dimanen.⁵²⁴

- **Formalismo en la fundamentación**

Este requisito formal no es común a todos los medios de impugnación; de hecho, podemos considerarlo como uno de excepción propio de los medios de impugnación extraordinarios. Estrictamente de fuente legal ordinaria, corresponde al legislador en su diseño del medio el determinar si la fundamentación que debe poseer ha de ajustarse o no a ciertas formulismos, sacramentalismos o a un estilo específico en la conformación y exposición de los argumentos.

El paradigma de este tipo de requisito es el recurso de casación, considerado un recurso “formal y riguroso”.⁵²⁵ Como recuerda RUIZ LÓPEZ, el recurso de casación se sujeta a rigurosos requisitos formales exigidos por la ley para su viabilidad, que obligan a concretar en qué motivo se ampara aquél, a citar la/s norma/s de Derecho que el recurrente considere infringida/s y a realizar el razonamiento adecuado, es decir, el juicio crítico de la sentencia recurrida en función de las concretas infracciones del ordenamiento jurídico que respecto de la misma hayan sido detectadas.⁵²⁶ Por la naturaleza de ciertas impugnaciones extraordinarias y, como hemos señalado, por mandato legal, ciertos recursos han de ser elaborados de una específica manera, particular del cual dependerá la admisión de la impugnación.

- **La cuantía**

⁵²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La Carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil*, Madrid, La Ley, 2006, pág. 53 y 54; y VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., págs. 132-134.

⁵²⁵ Respecto a este punto, La CNJ (Ecu) en la Resolución N° 897-14, del 25 de febrero de 2014 ha advertido que: “El recurso de casación es extraordinario por dos motivos: uno, porque procede exclusivamente contra las sentencias definitivas dictadas en los procesos de conocimiento, expedidas por los órganos jurisdiccionales determinados en el Art. 2 de la Ley de Casación; y, dos, porque las causales de su interposición son tasadas, ya que el supuesto debe coincidir con alguno de los previstos en la norma y que tienen carácter de *numerus clausus*. Ese carácter extraordinario justifica que las normas reguladoras de este recurso deban ser objeto de interpretación y aplicación rigurosa y estricta, limitada siempre a los específicos motivos de impugnación enumerados en el Art. 3 de la antes citada Ley, lo cual veda toda laxitud en la puesta en marcha de su mecanismo procesal, pues con dicho recurso se combate la firmeza de los fallos impugnados. Ello implica que, con carácter previo, debe analizarse la concurrencia de tales circunstancias a los efectos de determinar la correcta interposición del recurso.”

⁵²⁶ Cfr. RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel, “Consideraciones generales sobre el recurso de casación”, en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Volumen 15, No. 1, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, pág. 249-250.

Existen legislaciones donde se establecen limitaciones formales de naturaleza económica para la admisión de impugnaciones. La cuantía del caso puede ser un elemento a considerar para determinar si una resolución puede o no ser impugnada, si el legislador así lo decide. En este tipo de requisitos se vislumbra un ánimo de impedir que juicios de menor relevancia o sensibilidad social en razón del bajo monto en discusión, comprometan el tiempo de labores de juzgadores de una jerarquía superior, mismos que la sociedad preferiría que se avoquen a procesos de una importancia superior.

No se trata de un menosprecio a cuantías modestas, sino de un criterio de privilegiar a aquellos casos que pueden tener una trascendencia mayor, siendo el elemento calificador de tal trascendencia los montos en litigio. En todo caso, cuando se establecen este tipo de requisitos formales, los legisladores suelen tratar de superar las controversias que ciertamente levantan estas medidas aparentemente segregacionistas, aplicando otros mecanismos de acceso a la impugnación para casos de baja cuantía. Comprobaremos en nuestro análisis de la legislación española, cómo el legislador aplicó una limitación económica a la casación y habilitó una modalidad adicional para el acceso al recurso de casos de baja cuantía.

- **Otros requisitos formales: Tasas, cauciones y consignaciones**

Según señalamos, además de los requisitos formales comunes que son el tiempo y el lugar, las legislaciones pueden establecer adicionales requisitos para la admisión a trámite de la impugnación. Paradigma de este tipo de requisitos, que dependen en entero del libre criterio e interés puntual del legislador, es el cumplimiento del pago de una tasa judicial o la constitución de una caución con ocasión de la presentación de un recurso.

Cuando la exacción hace relación con una tasa judicial, según hemos analizado en el acápite I.2.2.5, se trata de una forma de copago judicial, “en que la persona que utiliza la administración de justicia tiene que contribuir individualmente al sostenimiento del servicio público por su condición de usuario del mismo.”⁵²⁷ En los casos que la ley así lo prevea, el impugnante ha de satisfacer su obligación de pago de la tasa judicial correspondiente, a fin de que su pedido prospere procedimentalmente. Lo contrario comportaría un óbice que podría llevar a la desestimación formal del pedido, por más justo o correcto que éste fuera en el fondo.

La exacción también puede referirse al cumplimiento de una caución, cuyo objetivo puede ser doble. Primero, “el tratar de garantizar la seriedad en el ejercicio de los medios de

⁵²⁷ BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 156.

impugnación, evitando la interposición de impugnaciones temerarias.”⁵²⁸ Segundo, el asegurar la indemnización de los perjuicios que la tardanza en la ejecución de la resolución impugnada pueda causar a la parte con ella favorecida. Este tipo de cauciones suelen ser frecuentes en el caso de que la legislación contemple efectos suspensivos para la impugnación. Finalmente, cuando la exacción se trata de la consignación total de los valores cuyo pago ha sido ordenado por la resolución impugnada,⁵²⁹ la previsión puede pretender la reducción del ejercicio disfuncional de las impugnaciones; sin embargo, cabría analizar si ello comporta también un desincentivo general a la impugnación legalmente prevista, particular que da materia para otra investigación.

En todo caso, al igual que ocurre con la tasa judicial, la inobservancia del cumplimiento de la caución o la consignación cuando la ley prevea este tipo de requisitos, conlleva el efecto jurídico que la misma ley establezca, el cual en la mayoría de los casos será la inadmisión de la impugnación y el consiguiente archivo de la misma.

II.10.3. Requisitos materiales y formales de la impugnación en la LEC

Siendo consecuente con el principio dispositivo que inspira a la LEC, se prevé la necesidad de que las impugnaciones se encuentren fundamentadas para que sean admisibles. Siguiendo con nuestro uso de los medios paradigmáticos de impugnación para realizar el análisis normativo, señalaremos que el art. 452 dispone que la reposición se interpondrá en el plazo de cinco días, expresándose la infracción en la que habría incurrido la resolución, esto es, fundamentando la impugnación. Por su parte, el recurrente en apelación deberá “exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna” –art. 452.2–. La casación, como recurso extraordinario, posee una formalidad material especial que debe ser observada para asegurar la admisibilidad de la impugnación; la observancia de tal formalidad material se encuentra ordenada en los arts. 477.1 y 481. Finalmente, tal formalidad se exige también en el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo dispuesto en los arts. 469.1 y 471. Es así que la previsión legal del requisito material común a la impugnación se encuentra debidamente previsto y desarrollado por la LEC.

⁵²⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 562.

⁵²⁹ Similares a la consignación que establece el art. 317 del COGEP, la cual tiene por objeto el que las excepciones que el ejecutado presente a la coactiva, posean efecto suspensivo. “Art. 317.- Suspensión de la ejecución coactiva. Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, aun en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción. Si el deudor no acompaña a su escrito de excepciones la prueba de consignación, no se suspenderá el procedimiento coactivo y el procedimiento de excepciones seguirá de esa forma...”

Sobre los requisitos formales, iniciaremos con el temporal. En la regulación de los distintos medios de impugnación el legislador español determina los tiempos en los cuales las partes podrán ejercitarlos. De la observancia de estos tiempos dependerá en buena medida la admisibilidad de la impugnación. A manera de ejemplo de lo aquí señalado citaremos el caso del recurso de apelación, cuya oportuna presentación –veinte días contados a partir de la notificación de la resolución objetada– debe ser constatada por el Letrado de la AJ para declararlo o no por interpuesto; esto acorde al mandato expreso del art. 458.3. Idéntica tramitación y obligación de constatar la oportunidad de la impugnación se encuentra prevista para el recurso de casación –art. 479– y para el recurso extraordinario por infracción procesal –art. 470–. La debida temporalidad en el ejercicio del poder procesal de impugnar está claramente establecida en la LEC, con el efecto preclusivo adverso que conlleva el no observarla.

En cuanto al lugar de interposición, la LEC determina con exactitud ante quién se ha de presentar cada impugnación. El recurso de reposición se lo debe presentar ante el Letrado de la AJ o el Tribunal que dictó la resolución recurrida –art. 451–. Para los recursos de apelación, casación y extraordinario por infracción procesal, la LEC utiliza un idéntico formulismo: “se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne” –arts. 458.2, 479.1 y 470.1–. Como observamos, los mandatos sobre quién será la autoridad ante la cual se deben presentar las impugnaciones, se encuentran solventemente desarrollados por la LEC. Por otra parte, el requisito de formalismo en la fundamentación no está referido en la LEC para el caso de la reposición, revisión –contra resoluciones de los Letrados de la AJ–, apelación o queja, mas sí se encuentra regulado para los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, según anticipamos en el epígrafe anterior. Varias son las normas que regulan el carácter formal de los recursos extraordinarios españoles. Así, la disposición final 16.1 y el art. 477.2 determinan las características que las resoluciones deberán cumplir para ser susceptibles de recurso de casación o extraordinario por infracción procesal; los arts. 477.1 y 469.1 prevén las causales de estos recursos; los arts. 481 y 471 establecen el contenido que deberán cumplir los escritos de interposición de estos recursos; adicionalmente, la Sala Primera del TS (Esp) emitió un *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, cuya más reciente versión data del 27 de enero de 2017, el cual comporta una guía sobre las formalidades que se observarán para la admisión de estas impugnaciones. Comprobamos, así, que la LEC prevé el requisito de formalismo en la casación y en el recurso extraordinario por infracción procesal, pero no en los otros medios de impugnación, lo cual nos parece correcto.

Respecto al requisito de cuantía, la LEC establece limitantes de esta naturaleza a algunos medios de impugnación. En efecto, el recurso de apelación se encuentra inhabilitado para las sentencias dictadas en los juicios verbales cuando la cuantía no supere los 3.000 euros –art. 455.1–. De igual manera, el recurso de casación y el recurso extraordinario por

infracción procesal se encuentran, en principio, inhabilitados si la cuantía del caso no excediere los 600.000 euros –disposición final 16.1 y art. 477.2.2.^a–. Ahora bien, en el caso de estos recursos extraordinarios, la LEC prevé un mecanismo para superar la limitante económica. Así, se dispone que, si el caso posee “interés casacional”, lo que deberá ser demostrado por el recurrente en la fundamentación de su recurso, no importará la cuantía del mismo para que su sentencia sea susceptible de recurso extraordinario –disposición final 16.1 y art. 477.2.3.^a–.

Finalmente, el requisito formal del pago de tasas judiciales por la presentación de impugnaciones no se encuentra previsto por la LEC. De última data, este requisito se encontraba regulado por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.⁵³⁰ En contra del pago de tasas judiciales previsto por esta ley, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de Diputados español presentó un recurso de inconstitucionalidad, el cual fue resuelto por el TC (Esp) mediante sentencia 140/2016, de 21 Jul. 2016. A juicio del TC (Esp), el requisito de pago de tasas judiciales por la presentación de impugnaciones no vulnera del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la CEsp ni tampoco el principio de gratuidad de la Justicia previsto en el art. 119 de la CEsp. Lo que fue observado y rechazado por los juzgadores constitucionales fue lo desproporcionado de la cuantía de las tasas.⁵³¹ Por tanto, se ha confirmado que establecer el requisito de pago de tasas judiciales por la presentación de una impugnación es, en esencia, válido y procedente, quedando a criterio y libertad del legislador el preverlo y a su responsabilidad el moderarlo adecuadamente.

II.10.4. Requisitos materiales y formales de la impugnación en el COGEP

El requisito material de fundamentación del medio de impugnación se encuentra previsto de manera expresa en la regulación que el COGEP realiza de los recursos. Así, el art. 255 ordena que el recurso de revocatoria y el de reforma “deberá expresar con claridad y precisión las razones que la sustenten, de no hacerlo, se la rechazará de plano.” La apelación, acorde lo dispuesto por el art. 257, “se fundamentará por escrito dentro del término de diez días de notificado” el auto o sentencia impugnada. La casación, al constituir un recurso extraordinario, formal y riguroso posee normativa descriptiva sobre cómo ha de fundamentarse la impugnación –arts. 267 y 268–. Confirmamos que el COGEP, a la luz de

⁵³⁰ La anterior normativa reguladora de las tasas judiciales había sido refundida en el Decreto de 18 de junio de 1959, luego modificada por el de 5 de noviembre de 1959, posteriormente suprimida por la Ley de 24 de diciembre de 1986 y reintroducida por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Cfr. PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Disposiciones generales sobre los recursos”, en PICATOSTE BOBILLO, Julio, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2009, pág. 57.

⁵³¹ En este sentido, la STC (Esp), 140/2016, de 21 de julio, FJ 12. señala: “En definitiva, no se aprecia razón y justificación alguna que acredite que se haya tenido en cuenta que las cuantías establecidas por el art. 7 de la Ley 10/2012, para la interposición de recursos, se adecuen a una capacidad económica que no exceda de la que pueda poseer una persona jurídica; razón por la que esas tasas resultan contrarias al art. 24.1 CE.”

los mandatos del principio dispositivo, prevé y desarrolla adecuadamente al requisito material de la impugnación.

Respecto a los requisitos formales, el temporal se encuentra solventemente previsto por el COGEP, no dejando lugar a dudas, salvo en un caso concreto al que nos referiremos, sobre el momento procedimental en el cual se deben interponer los medios de impugnación. Los recursos de reforma y revocatoria de resoluciones orales, por ejemplo, deberán ser interpuestos de forma inmediata a la notificación de aquellas en la vista; si se trata de resoluciones escritas, el plazo es de tres días para interponer la impugnación –art. 255–. En el caso de la apelación, el recurso se debe interponer necesariamente al momento de que la parte sea notificada con la resolución oral interlocutoria o definitiva, que se dictará en la misma vista –art. 256–. Ahora bien, existen casos en que se podrá apelar una resolución escrita y, en ellos, el COGEP no ha determinado el plazo específico que la parte tendrá para interponer el recurso. Así, en el caso del pedido de una diligencia preparatoria, el juzgador notificará a la parte requerida con lo solicitado, la cual podrá solicitar la aclaración o modificación de la diligencia. De la resolución a esta solicitud, el COGEP prevé que se podrá apelar con efecto no suspensivo, pero no especifica el plazo que la parte posee para la presentación del recurso –art. 121–. De igual manera, se prevé la apelación en contra del auto de inadmisión de la demanda por motivos de incompetencia o de indebida acumulación de pretensiones, pero nada se establece sobre el tiempo que se posee para interponer el recurso en contra de dicha resolución escrita –art. 147–. El descuido del legislador ecuatoriano resulta evidente y lesivo al debido ejercicio del derecho al recurso legalmente previsto, lo cual en el caso ecuatoriano redundaría en una vulneración al derecho a la defensa –CEcu, art. 76.7.m–. Finalmente, la casación deberá interponer “dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración” –art. 266–.

El requisito del lugar, que lo entendemos como la determinación del órgano jurisdiccional ante quien se interpondrá la impugnación, nos queda claro en la regulación general de los recursos del COGEP. Así, como regla, todos los recursos se interpondrán ante el mismo juzgador que emitió la resolución impugnada, conservándose la competencia de conocimiento y resolución en el caso de la reforma y la revocatoria, y cambiando al juzgador superior para el caso de la apelación, casación y hecho –arts. 255, 258, 269 y 280–. En cuanto al requisito de formalismo en la impugnación, el COGEP lo prevé únicamente para el caso del recurso de casación, lo cual es correcto. Varias son las normas que regulan el carácter formal del recurso de casación,⁵³² así, el art. 267 establece los requisitos que la

⁵³² Los juzgadores supremos ecuatorianos han mantenido un criterio reiterado y uniforme respecto al carácter formal de la casación. Para solo dar un ejemplo, citaremos el criterio de la CNJ (Ecu) vertido en la Resolución N° 401-2011, del 31 de enero de 2013, en la cual dispone que: “La naturaleza excepcional, extraordinaria y eminentemente dispositiva del recurso de casación, comporta en la normatividad procesal civil una especial atención por parte del legislador a los requisitos formales de la demanda que lo sustenta, de tal forma que su

fundamentación del recurso debe poseer, el art. 268 las causales o motivos por los cuales se puede interponer esta clase de recurso, y el art. 270 la necesidad del examen de admisibilidad del recurso desde la perspectiva de requisitos formales. La regulación del requisito de formalismo en la impugnación, posee un adecuado tratamiento en el COGEP.

Respecto al requisito de cuantía, el COGEP no establece limitación alguna respecto a los montos en discusión para la habilitación de un recurso, ni si quiera del correspondiente a casación. El legislador ecuatoriano ha decidido no establecer este requisito, así como tampoco el requisito de pago de tasas judiciales por la interposición de una impugnación. Lo que sí ha previsto para el recurso de casación es que la parte recurrente rinda una caución para que la impugnación posea efectos suspensivos respecto de la ejecución de la resolución objetada. Cabe señalar que este caso no constituye un requisito de la impugnación, sino del efecto que se acuerde para la impugnación. No existiendo reparo con la naturaleza de este requisito, sí lo existe con la manera en que el legislador ecuatoriano la ha previsto. Así, no existen parámetros objetivos para que el juez de segunda instancia determine la cuantía de la caución;⁵³³ la guía que entrega el COGEP al juzgador para dicha cuantificación son “los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte”.⁵³⁴ Esta guía nos parece insuficiente, pues podría ser aplicada por ciertos juzgadores con altas dosis de subjetividad, lo cual puede devenir en arbitrariedades; circunstancia que deberá ser corregida.

admisión a trámite despunta vedada en el evento de obviar el recurrente las exigencias estatuidas. Es así como entre los requisitos del libelo impugnatorio, resultan en extremo relevantes para el asunto que ocupa la atención de la Corporación (...), con arreglo al cual para la admisión de la demanda han de exponerse los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa, pues la propia naturaleza del medio de impugnación impone a la Corte el moverse sólo dentro de los estrictos límites demarcados por la censura...”

⁵³³ COGEP “Art. 271.- Caución y suspensión de la ejecución. El recurrente podrá solicitar, al interponer el recurso, que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte. 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.”

⁵³⁴ Se trata de un parámetro equivalente al que prevé la LEC española para fijar la caución de las diligencias preliminares y de las medidas cautelares. En este sentido, dice el art. 256.3: “Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias [preliminares] serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá *caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar.*” Y el art. 728.3: “el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente *para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.* El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.”

II.10.5. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los requisitos materiales y formales de la impugnación

El requisito material de la impugnación, esto es la necesidad de que la impugnación se encuentre fundamentada, posee una primacía dentro de los procesos informados por el principio dispositivo. Tanto la LEC como el COGEP consagran en debida forma este requisito, estableciendo la necesidad de que la parte determine sus pretensiones específicas, así como los fundamentos que las sustentan. De igual manera, los requisitos formales de tiempo y lugar poseen un tratamiento adecuado en las legislaciones adjetivas española y ecuatoriana, salvo los casos a los que nos hemos referido en el epígrafe inmediato anterior, en que el COGEP habilita la apelación de ciertas resoluciones escritas, pero sin determinar el tiempo que la parte poseería para presentar la impugnación, particular que ciertamente atenta en contra de la debida composición legal del recurso en desmedro de los litigantes.

Sobre el requisito de formalismo, pertinente solo para los recursos extraordinarios, tanto España como Ecuador poseen un tratamiento solvente del mismo, lo cual asegura, en este punto, la naturaleza jurídica extraordinaria de estos medios de impugnación. En cuanto al requisito de cuantía, el legislador español ha optado por establecerlo, fijando cuantías mínimas que habilitarían el acceso a los recursos de apelación, casación y extraordinario por infracción procesal. En la regulación de estos dos últimos recursos, se establece, no obstante, un criterio de fuga del requisito, estableciéndose que si el caso es de una cuantía menor pero posee “interés casacional”, se podrían habilitar estos recursos para él. Según analizamos en el epígrafe II.9.2.d, el establecimiento del requisito de cuantía pretende en cierta medida racionalizar el acceso a la impugnación y la carga de los juzgadores de jerarquía superior. El legislador ecuatoriano no ha recogido este requisito en el COGEP, por lo que casos de cualquier cuantía, incluso ínfima, pueden acceder hasta a recurso de casación; en este punto Ecuador se muestra más accesible que España. Respecto al requisito de tasas judiciales, la legislación española lo preveía, a criterio del TC (Esp), de indebida manera, por lo que la normativa al respecto ha sido declarada inconstitucional. Esto no impide a que se lo vuelva a prever con una debida regulación pues como ha quedado dicho, el requisito no es contrario a la Constitución, pero sí la magnitud en la que se encontraba establecido. El legislador ecuatoriano no ha establecido el requisito de tasas judiciales para presentar una impugnación. La reforma que al respecto se experimentó en el 2008, la consideramos, de vertiente populista; nos adherimos, por tanto, a los razonamientos de la TC (Esp) respecto a la licitud del establecimiento de tasas judiciales.

El estudio comparado de las leyes adjetivas civiles materia de nuestro estudio, nos revela, en la generalidad de los casos, una observancia satisfactoria de los postulados teóricos. Si bien con algunas falencias el COGEP, y con un tratamiento más amplio la LEC, ambas leyes tratan de adecuada forma los requisitos que informan a la impugnación, respecto de su admisibilidad.

II.11. Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional

La admisión a trámite de la impugnación realizada en contra de una resolución judicial está llamada a tener efectos dentro del proceso. Ante todo, cabe detectar un efecto necesario de dicha admisión, cual es el de impedir que la resolución devenga firme y adquiera efecto de cosa juzgada. En este sentido, escribe LEIBLE, que “la interposición del recurso detiene el inicio de la fuerza de cosa juzgada formal”; y, en la misma línea, ORTELLS RAMOS afirma: “Efecto esencial y constante de todo recurso es el de impedir que la resolución sujeta al mismo produzca cosa juzgada formal, adquiera firmeza”.⁵³⁵

Al margen de ese efecto necesario, existe otro efecto por los que el legislador puede libremente optar en el diseño de las fases procesales de impugnación, a saber: el efecto suspensivo. En virtud del efecto suspensivo, si bien la resolución impugnada conserva intacta su naturaleza jurídica procesal y presunción de validez, se ve desprovista de su ejecutividad, es decir, lo dispuesto por ella no puede ser ejecutado en la práctica mientras no se resuelva la impugnación.⁵³⁶ De allí que el auto o sentencia sujeta a impugnación suspensiva, sea un verdadero auto o sentencia, con pleno carácter autónomo y vigencia presente, pero con efecto suspendido.

Cuando, por el contrario, el legislador no prevé el efecto suspensivo, la resolución judicial objetada conserva aptitudes plenas para ser ejecutada mientras se tramita la impugnación en su contra.⁵³⁷ Respecto de la ejecución de sentencias de condena sometidas a impugnación sin efecto suspensivo, la parte favorecida queda en libertad de solicitar la ejecución provisional de la resolución impugnada o de abstenerse de ello; y en lo que se refiere a la ejecución de las resoluciones de trámite que hayan sido impugnadas sin efecto suspensivo, el tribunal podrá llevarlas plenamente a efecto, aunque ello suponga, simplemente, continuar adelante con el procedimiento. No obstante, la ejecución realizada quedará sometida a una suerte de condición resolutoria, si es que la impugnación resulta

⁵³⁵ LEIBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE, 1998, págs. 379 y 380; y ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, décima edición, Cizur Menor, Aranzadi - Thomson Reuters, 2010, pág. 500.

⁵³⁶ Al respecto, la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 01-2016, del 22 de abril de 2016 ha sostenido que: “El efecto suspensivo, en líneas generales, es la consecuencia de plantear un medio impugnatorio, impide –hasta tanto no sea resuelta la impugnación– la ejecución del acto procesal sometido a la doble instancia. Esto no es sino la aplicación del principio de *appellatione pendente nihil innovarum*.”

⁵³⁷ Sobre este extremo, la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 01-2016, del 22 de abril de 2016 ha mencionado que: “La impugnación tiene curso en efecto no suspensivo, cuando la formulación del recurso, por mandato legal no detiene el cumplimiento del acto procesal impugnado. Comúnmente este último efecto se da tratándose de resoluciones que no sean la sentencia u otras que dispongan la conclusión del proceso, y se funda en la necesidad de evitar la dilación del litigio.”

estimada. En definitiva, la resolución sometida a impugnación bajo efectos no suspensivos conserva sus atributos de validez y ejecutividad, si bien el desarrollo de esta última se vería anulado si la impugnación prosperase.⁵³⁸

FAIRÉN acepta que establecer el efecto suspensivo posee ventajas e inconvenientes. Así, sostiene que el admitir que la impugnación a una resolución interlocutoria o incidental suspenda el procedimiento sobre el fondo, expone a demoras indebidas; pero no suspender dicho procedimiento, expone a que si la impugnación prospera, se haría inútil el trabajo procedimental desarrollado sobre el fondo mientras la tramitación se llevaba a cabo, con la consiguiente producción de perjuicios.⁵³⁹ En similar sentido opina PICATOSTE BOBILLO, quien señala que si bien es cierto que con el efecto suspensivo se corre el riesgo del quebranto que supone, de estimarse el recurso, la anulación de las actuaciones subsiguientes, para reponer el procedimiento al momento en que la falta se cometió, sin embargo, el autor profundiza en el análisis y sostiene que se puede estimar a tal contrariedad como un mal menor en relación con “las intermitentes paralizaciones del alcance procedimental a que puede dar lugar un efecto suspensivo, que puede pasar a constituirse en una tentadora arma para abuso de litigantes maliciosos”.⁵⁴⁰

Es así que la tendencia contemporánea es retirar el efecto suspensivo a la impugnación, que en la teoría clásica era el mandato común. Como señala VERDUGO GARCÍA, “toda esta nueva tendencia constituye un reflejo de la revalorización de la decisión del juez de primera instancia y de la necesidad de que las decisiones judiciales sean eficaces y efectivas y no declaraciones de muy tardía ejecución. Sin embargo, se debe tener cuidado con ciertos aspectos, como el de aquellas sentencias cuya ejecución provisional cause daños irreparables o incluso que la satisfacción dineraria sea insuficiente para compensar el perjuicio causado.”⁵⁴¹ Por este motivo, es común que conjuntamente con la concesión del efecto no suspensivo para la impugnación, los legisladores acuerden la posibilidad de que se solicite la ejecución provisional de las sentencias. Esta capacidad procesal posee una naturaleza opcional a criterio de la parte beneficiada con la resolución, pues si la impugnación prosperase, lo provisionalmente ejecutado devendría en ilegítimo y se deberían retornar las cosas al estado anterior, habiendo incluso lugar a indemnización en el caso de que existieran

⁵³⁸ Cfr. BENAVENTE, Darío, *Derecho Procesal, Juicio Ordinario y Recursos Procesales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 171.

⁵³⁹ Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, págs. 510-511.

⁵⁴⁰ PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Recurso de Reposición”, en PICATOSTE BOBILLO, Julio, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 117.

⁵⁴¹ VERDUGO GARCÍA, Juan, “La ejecución provisional en la nueva ley: un asunto delicado”, en: <http://noticias.juridicas.comlexternalnLnObservatorio/200104-observatorio2.html>, página web consultada el 22 de agosto de 2013.

daños y perjuicios. En todo caso, este régimen abona a la seriedad y responsabilidad en el litigio, así como a la concreción de la tutela judicial efectiva.

Finalmente, además del efecto suspensivo, existiría otro efecto contingente adicional que el legislador podría anudar a la admisión a trámite de una determinada impugnación, a saber: el llamado “efecto devolutivo”. Este efecto se produciría en las impugnaciones de tipo vertical, esto es, en aquellas en las que la ley ha dispuesto desplazar –“devolver”– la competencia del juzgador que dictó la resolución a uno distinto y superior que se encargará del conocimiento y de la resolución.⁵⁴²

II.11.1. Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional en la LEC

Por regla general, la LEC ha dispuesto que la admisión a trámite de las impugnaciones no tendrá efectos suspensivos, de manera que, cuando exista una impugnación planteada y no resuelta, la resolución impugnada podrá ser plenamente eficaz y, en su caso, la causa podrá continuar sustanciándose. De esta manera, la LEC se alinea con la concepción contemporánea de los efectos que se debe conceder a la impugnación en el proceso. Excepcionalmente, se concede el suspensivo solo cuando la ley hubiera previsto tal posibilidad de forma expresa. Así, la regulación del recurso de reposición expresamente dispone que “la interposición del recurso de reposición no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida” –art. 451.3–; cosa similar ocurre con el recurso de revisión de los decretos emitidos por los Letrados de la AJ –art. 454 bis– y con el recurso de apelación –arts. 456 y 527.1–; y, finalmente, la misma ausencia de efecto suspensivo se viene a establecer cuando se admita un recurso de casación o un recurso extraordinario por infracción procesal –art. 535.2–.

Como excepción a la regla general, donde sí se prevé el efecto suspensivo para la impugnación es en el recurso de revisión contra los decretos de los Letrados de la AJ que aprecian la concurrencia de fuerza mayor en caso de solicitudes de demora de términos –art. 134.2–; en los casos de incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, podrá acordarse de manera expresa el efecto suspensivo para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad –art. 228.2–; o, aunque en las actuaciones ejecutivas se observa la regla general de que los recursos ordinarios no suspenderán tales actuaciones, no obstante, se posibilita al ejecutado que acredite que la resolución frente a la que se recurre le produce un daño de difícil reparación “solicitar del Tribunal que despachó la ejecución la suspensión de la actuación recurrida, prestando, en las formas permitidas por esta ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir” –art. 567–.

⁵⁴² Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 297 y 298.

Regresando a la regla general de la LEC, esta es, la ausencia de concesión de efecto suspensivo para la impugnación, conviene referirnos a dos institutos. El primero de ellos es la protesta, la cual constituye una constancia procesal que la parte que resulte insatisfecha con el resultado de una resolución dictada oralmente, puede formular para dejar evidencia del agravio sufrido y evitar así su convalidación o subsanación; todo esto con el fin de suscitar la cuestión en el recurso procedente contra la sentencia definitiva –LEC, arts. 138.3, 210, 285.2, 369, 446, 460.1.1, 734.3–. Sobre este punto, en la Exposición de Motivos de la LEC se señala: “En razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia, se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y sólo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia.” Es evidente la opción del legislador español por establecer un sistema que fortalezca la primera instancia, superando sobre todo las perjudiciales dilaciones que traían consigo las impugnaciones verticales de resoluciones que no ponían fin al proceso. La protesta es una herramienta válida para la consecución de estos fines, que garantiza, al mismo tiempo, el derecho de la parte a solicitar posteriormente la subsanación del gravamen sufrido en su momento.

El otro instituto al cual nos referiremos es la ejecución provisional de las sentencias, que no es otra cosa que concreción práctica de la ausencia del efecto suspensivo en la regulación de la impugnación. La Exposición de Motivos nos demuestra la intención del legislador al establecer este instituto: “La ejecutividad provisional de las sentencias de primera y segunda instancia parece suficiente elemento disuasorio de los recursos temerarios o de intención simplemente dilatoria.” Evidente se nos demuestra la opción de la LEC por fomentar un litigio leal, que redunde en celeridad y economía en la administración de la justicia. Así, el art. 524.3 prevé que “la ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el Tribunal competente para la primera instancia.” La ejecución provisional de sentencias condenatorias de primera instancia se realiza sin que deba constituirse caución alguna, siendo un procedimiento que de manera directa puede ser solicitado por el beneficiario.⁵⁴³ Queda claro que es un trámite que se realiza únicamente a instancia de parte,⁵⁴⁴ por tanto, corresponderá al peticionario el evaluar los eventuales riesgos de que la sentencia

⁵⁴³ Sobre el tema, el TC (Esp) se ha pronunciado en la STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 3. , aduciendo que: “El proceso de ejecución provisional que se caracteriza por su sumariedad, en el que rigen los principios de concentración y oralidad y en el que el legislador, dado que se parte del fallo de una Sentencia cuya ejecución provisional se pretende, ha limitado taxativamente los medios o causas de oposición. En dicho proceso han de acreditarse, por tanto, la causa o causas de oposición a la ejecución provisional alegadas para evitar que ésta siga adelante, y no, por ser una cuestión ajena al proceso de ejecución, la cuestión debatida y decidida en el proceso en el que ha recaído la Sentencia cuya ejecución provisional se persigue.”

⁵⁴⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “De la ejecución provisional”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 904.

provisionalmente ejecutada sea revocada. De ocurrir esto, la LEC establece un régimen de resarcimiento de lo que hubiere percibido, de las costas y de los daños y perjuicios que la ejecución provisional hubiere ocasionado –art. 533–. La posibilidad que establece la LEC se identifica con una sociedad jurídicamente madura, donde se confía más en la Administración de Justicia y se desplaza la responsabilidad de evaluar la ejecución provisional de una sentencia a la parte que pudiere ser beneficiaria de ella.

II.11.2. Efectos de la admisión a trámite de la impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional en el COGEP

El COGEP conoce el efecto suspensivo y, además, habría previsto uno novedoso que vendría a denominarse “efecto diferido”. No prevé el código cuál será el efecto general que tendrá la impugnación respecto del trámite o de los efectos de la resolución impugnada; es necesario recurrir a la regulación de cada medio de impugnación para descubrir qué efecto le ha concedido la ley o, en ciertos casos, para interpretarlo. Analizaremos la previsión normativa de los recursos para comprobar las opciones legislativas respecto de esta materia.

Iniciamos señalando que el legislador ecuatoriano no ha determinado con exactitud el efecto que acompaña a la interposición de los recursos de reforma y revocatoria –los recursos horizontales ordinarios–, para los que no existe una norma general como en el caso español. En cambio, sí existen previsiones concretas para la apelación, casación y hecho (queja) – todos ellos recursos verticales–. Con todo, en lo que respecta a los recursos horizontales contra resoluciones orales, entendemos que lo inmediato de la tramitación y resolución del mismo hace que el efecto suspensivo del trámite le sea fácticamente connatural. En relación con el efecto que corresponde a los recursos horizontales interpuestos contra una resolución escrita, en su art. 79, el COGEP dispone que “cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá dichas peticiones en la misma audiencia”. De esta forma se establece de facto un efecto no suspensivo respecto de los recursos de revocatoria y reforma tramitados por escrito, al tiempo que se establece la posibilidad de que este tipo de recursos sean resueltos al inicio de la vista que hubiese sido convocada, en el evento de que antes de ella no se habría dado solución a la impugnación interpuesta.

Por otro lado, respecto del recurso de apelación, el COGEP se aleja de las tendencias contemporáneas y se ancla en las posturas clásicas. Es así que ha establecido como regla general el efecto suspensivo en la apelación de resoluciones definitivas –art. 262.2–. No existe la posibilidad de que la parte recurrida solicite la ejecución provisional del fallo de primera instancia mientras el juzgador de segunda instancia resuelve la impugnación. Ahora bien, el COGEP prevé ciertas excepciones a la regla general del efecto suspensivo de la apelación. Tales son los casos de la apelación a las resoluciones emitidas en procesos de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento o despojo judicial –art. 333.6–

; resoluciones que pongan fin al procedimiento ejecutivo –art. 354–; el auto que declara haber lugar a concurso de acreedores o a la quiebra –art. 424–; la resolución que resuelve la oposición al concurso de acreedores voluntario –art. 425–; la prelación de créditos resuelta por el juez –art. 437–. En todos estos casos, por mandato expreso del COGEP, la admisión a trámite de la impugnación no produce efecto suspensivo.

En cuanto al recurso de casación, este no posee efectos suspensivos; sin embargo, existe un ánimo en el legislador ecuatoriano por dotar a esta impugnación extraordinaria de efectos suspensivos. Ello se consigue gracias a la posibilidad, prevista por el COGEP, de que la parte recurrente pueda evitar la ejecución de la resolución recurrida rindiendo una caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte –art. 271–. Queda a libre opción del recurrente el solicitar rendir la caución para que la casación sea admitida a trámite con efectos suspensivos; ahora bien, de hacerlo, ello vincula al juzgador que no podrá oponerse a ello. La parte recurrida tampoco posee oportunidad para oponerse a la concesión del efecto suspensivo de la casación en el caso de que la parte recurrente solicite caucionar y efectivamente caucione.

Respecto al denominado “efecto diferido”, corresponde únicamente a la “apelación” de autos no definitivos dictados en primera instancia –cfr., en especial, arts. 160, 262.2 y 296.1 COGEP–. En este caso sí, siguiendo la tendencia contemporánea que propende a procesos más rápidos y económicos, así como a un litigio leal, el COGEP ha eliminado por regla general la posibilidad de presentar impugnaciones verticales con efecto suspensivo del trámite, cuando se objetan autos no definitivos. La solución que ha desarrollado el COGEP para que no se consideren como aceptadas o subsanadas las resoluciones no definitivas que generen un gravamen a las partes y que no sean impugnables de manera directa, es la interposición de un “recurso de apelación” con efecto diferido. Esta “apelación diferida” no es realmente de un recurso, sino una mera constancia procesal –protesta– que la parte realiza respecto del agravio sufrido por la resolución con el objeto de que tal agravio no sea considerado convalidado. De esta forma, la parte estará en capacidad de reproducir dicho agravio al momento de apelar la resolución definitiva. La “apelación” con efecto diferido no comporta, consecuentemente, una impugnación en sí misma ni, mucho menos, un recurso independiente, autónomo o que se tramitará con posterioridad; se trata simplemente, como anotamos, de una mera herramienta de protesta para conservar incólume un argumento de impugnación para su uso oportuno. El uso de la denominación “recurso de apelación” en este caso nos parece del todo desafortunado, como lo sostendremos con mayor detenimiento en el epígrafe III.5.3.

II.11.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los efectos de la admisión a trámite de la impugnación

Hasta este punto, los análisis comparados que hemos realizado entre las legislaciones española y ecuatoriana han tenido resultados en general homogéneos. Si bien la LEC se nos ha demostrado como un cuerpo normativo más solvente que el COGEP, dada la exhaustividad en la previsión y desarrollo de los distintos temas, ambas leyes han desarrollado de manera similar los distintos institutos informadores de la impugnación. Esta circunstancia cambia cuando arribamos al tema de los efectos jurídicos que concita la admisión a trámite de la impugnación. La tendencia contemporánea se decanta por el fortalecimiento institucional y de la valoración social de la primera instancia. Uno de los pedestales de esta tendencia constituye la valoración de la resolución del juzgador de primer nivel, lo cual trae consigo la necesidad de consolidar tal confianza desde la perspectiva procesal. Esto se logra, entre otros medios, a base de no otorgar efecto suspensivo a la impugnación que en contra de esta resolución se realice y habilitando la posibilidad de que sus ejecuciones provisionales no se encuentren limitadas al pago de cauciones.

España se alinea con este criterio y aplica, por regla general, la ausencia de efecto suspensivo para la impugnación de resoluciones del órgano judicial, con las consiguientes consecuencias jurídicas en términos de inmediata efectividad de la resolución impugnada y, en su caso, de continuación de la sustanciación del procedimiento. En cuanto a las sentencias, la LEC prevé un régimen de ejecución provisional que complementa la previsión general de ausencia del efecto suspensivo, atribuyendo a la parte beneficiaria la responsabilidad por los efectos adversos que, eventualmente, pudiera ocasionar a la contraparte la ejecución del fallo –en este punto, el principio dispositivo y la lealtad procesal confluyen de forma relevante–. Adicionalmente, la ejecución provisional no está sujeta al pago de cauciones o depósitos, lo que se identifica con la tutela judicial efectiva centrada en la opción por la primera instancia. De hecho, en la Exposición de Motivos de la LEC se establece: “Establecido un nuevo sistema de ejecución provisional, la Ley no considera necesario ni oportuno generalizar la exigencia de depósito (...). El depósito previo, además de representar un factor de encarecimiento de la Justicia, de desigual incidencia sobre los justiciables, plantea, entre otros, el problema de su posible transformación en obstáculo del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme al principio de igualdad.”

El COGEP, por el contrario, prevé por regla general el efecto suspensivo para la impugnación de las resoluciones. Considerando que este Código ha implementado la oralidad para el contencioso civil ecuatoriano, aparentemente ponderando y privilegiando a la primera instancia como momento procesal en el cual de manera más completa y fidedigna se está en capacidad de administrar justicia, llama poderosamente la atención que el legislador ecuatoriano no haya optado por un régimen que concrete la valoración de esta fase procesal –por un régimen que no conceda efecto suspensivo a los recursos– y que, por el

contrario, se decante por la valoración de las subsecuentes etapas como las proveedoras de mayores aciertos –previendo el efecto suspensivo de los recursos de apelación y de casación–. Esta regulación es propia de la concepción clásica del proceso escrito y por ello nos resulta contradictoria con los afanes de ponderación de la primera instancia, celeridad en la administración de justicia y consiguiente concreción de la tutela judicial efectiva. Como era de esperarse, dada la previsión del efecto suspensivo, resulta evidente que no se ha previsto la posibilidad general de ejecutar provisionalmente los fallos ni de primera ni de segunda instancia. De hecho, hasta el recurso de casación es posible concederlo con efectos suspensivos si la parte recurrente rinde una caución.

La coherencia de la LEC en cuanto al tratamiento de los distintos institutos procesales en relación con el sistema oral implementado resulta plausible. La celeridad, economía y fortalecimiento de la primera instancia se ven concretadas a través de la ausencia de efecto suspensivo de los recursos y del régimen de ejecución provisional de los fallos. Cosa diferente ocurre con el caso ecuatoriano, donde el COGEP prevé una regulación de los efectos de la impugnación –suspensivos–, a nuestro criterio, incompatible con los citados objetivos de celeridad, economía y opción por la primera instancia, propios de un sistema oral. Así también esta regulación resulta poco coherente con los afanes dispositivos del proceso civil, en la medida en que las partes se encuentran inhabilitadas para solicitar, a su responsabilidad, la ejecución del fallo impugnado. Con estas consideraciones resulta evidente que la legislación española se mantiene a la vanguardia del tratamiento de estos temas, mientras que la ecuatoriana a la retaguardia, lo cual ocasiona serias dificultades para que se pueda concretar en estos temas específicos el ansiado mejoramiento de la administración de justicia.

II.12. Medios de impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional

Entendemos por medios de impugnación a los instrumentos legales puestos a disposición de las partes para oponerse a resoluciones del órgano jurisdiccional, persiguiendo la modificación de su contenido o su anulación. De esta forma, la impugnación se constituye en un gran género, que se concreta a través de algunas vías específicas o medios, a saber:

- a) Medios de impugnación que constituyen un nuevo proceso mediante el que se pretende atacar los defectos de una sentencia firme. Se trata, en este caso, del ejercicio de una nueva acción autónoma.

- b) Medios de impugnación que pretenden del Tribunal un nuevo examen de la cuestión decidida mediante resolución que aún no ha adquirido firmeza. Este es el caso de los recursos e incidentes de naturaleza impugnativa.⁵⁴⁵

Cada una de estos medios de impugnación posee caracteres y reglas específicas que responden a las finalidades también específicas y caracterizadoras que cada uno persigue. Debemos tener claro que no en todos los casos en que los autores o las legislaciones utilizan el término “impugnación” se están refiriendo, en sentido propio, a la acción de objetar una resolución judicial o a algún medio de impugnación.⁵⁴⁶ Así, por ejemplo, no constituyen medio de impugnación los actos de los órganos jurisdiccionales por los que se declaran de oficio la nulidad de actuaciones procesales y en general ninguna nulidad, que es motivo y no medio de impugnación –ver acápite II.8–.

II.12.1. El recurso

El recurso es el medio de impugnación que de manera más completa se identifica con los afanes de impugnación de las resoluciones del órgano jurisdiccional dentro del proceso.⁵⁴⁷ Como señala ORTELLS RAMOS, los recursos “son medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes y que se han dictado con las ordinarias posibilidades de audiencia previa de las partes”, de manera que se caracterizan por que “su objeto son resoluciones judiciales” a las que falta la firmeza y por que “no buscan compensar [una] falta de contradicción previa, sino mejorar la calidad de la resolución, mediante un nuevo examen de la cuestión resuelta.”⁵⁴⁸ A este medio de impugnación nos referiremos en extenso en el capítulo III y IV de la presente tesis, ya que nuestra investigación gira precisamente en torno a la inserción de los recursos en el proceso oral; y a esos capítulos nos remitimos, con el fin de evitar innecesarias reiteraciones.

II.12.2. Incidente

A lo largo de los siglos, se ha entendido de forma disímil al incidente. Se lo ha entendido como un instrumento procesal mediante el que se introducen cuestiones en un proceso pendiente, como una “crisis procesal”, como una figura que genera un desarrollo

⁵⁴⁵ Cfr. ARAGONESES, Pedro, y GIBBERT, Marta, *La apelación en los procesos civiles*, cit., pág. 24.

⁵⁴⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 35.

⁵⁴⁷ Cf. CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México D.F., Editorial Porrúa S. A., 1982, pág. 497.

⁵⁴⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 483.

anormal del proceso,⁵⁴⁹ como un instrumento procesal para favorecer el desarrollo del proceso, directamente como un medio de impugnación, o como una “particular” acción.⁵⁵⁰ Particularmente nos adherimos a quienes lo consideran una controversia accesoria que se produce en el curso de un juicio –cuestión incidental–.⁵⁵¹ La cuestión incidental siempre estará relacionada con el proceso en la que se verifica, pero no siempre estará relacionada con los puntos en los que se trabó la litis.⁵⁵² De hecho, en la gran mayoría de las ocasiones el incidente se referirá a la conducción del proceso; en este caso, el procedimiento incidental constituirá una verdadera impugnación a los actos del juzgador. No obstante, la cuestión incidental también puede referirse a un acto de la parte contraria o de otro sujeto procesal, con lo cual el procedimiento incidental no adoptaría la calidad de medio de impugnación a una resolución judicial sino de medio de oposición a una contraparte. Dados sus dos posibles destinatarios, es claro que el incidente constituye una herramienta procesal del derecho a la defensa.⁵⁵³

Existen varios criterios para clasificar a los incidentes. Así, desde el punto de vista del momento procesal en que los incidentes han de resolverse, se pueden distinguir entre aquellos que se resuelven antes de sentencia y aquellos que se resuelven mediante sentencia. Desde el punto de vista de los efectos que pueden originarse en cuanto a la marcha del proceso, existen incidentes que detienen la marcha del proceso mientras son resueltos e incidentes que no suspenden la tramitación de la cuestión principal. Desde el punto de vista de su denominación particular, hay incidentes que tienen una denominación legal y otros que carecen de ella, por lo que pudiera hacerse referencia a incidentes nominados e innominados.

Por otra parte, vale mencionar que algunas legislaciones han denominado “incidente” a verdaderas acciones autónomas de impugnación, que como su nombre lo indica, no constituyen medios de impugnación dentro del propio proceso –como sí lo son los

⁵⁴⁹ En esta línea, citamos a lo resuelto por la CSJ (Ecu), en el fallo de fecha 7 de octubre de 1918 haciendo alusión a los problemas que en el cauce normal del procedimiento generan los incidentes mencionó: “No se requiere juicio ordinario, si se trata solo de indagar un hecho que de ser cierto, estorbaría en parte, la formación del inventario demandado, por lo que el Juez debe proceder considerando la cuestión como un mero incidente del juicio.”

⁵⁵⁰ Cfr. SAAVEDRA GALLO, Pablo, “Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, UNED, 1992, pág. 190.

⁵⁵¹ Al respecto, surge la máxima en derecho que establece que “el juzgador que conoce lo principal, conocerá también lo accesorio”; en este sentido, la CNJ (Ecu) se pronunció mediante Resolución N° 18.2012, del 22 de marzo de 2012, donde señaló que: “En la especie, tratándose de un incidente dentro del juicio principal, debe tramitarse con sujeción a la vía por la que se siguió el juicio principal, como ocurre en el presente caso, sin que pueda argumentarse que se trata de otro juicio, como alega el demandado.”

⁵⁵² Cfr. QUISBERT, Ermo, *Apuntes De Derecho Procesal Civil*, Sucre, USFX, 2010, pág. 152. En similar sentido PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1976, pág. 645.

⁵⁵³ Cfr. PANE, Ricardo, *Código procesal civil con repertorio de jurisprudencia*, Asunción, Editorial Intercontinental, 1998, pág. 406.

incidentes– sino por fuera del proceso, generando, de hecho, uno nuevo. En estos casos, la controversia no se suscita dentro del proceso, sino fuera de él, generando uno nuevo. Como bien señala MONTERO AROCA, en estas circunstancias “no se regula propiamente un incidente, ni siquiera de carácter excepcional, ya que solo puede hablarse de incidente con relación a un proceso principal en marcha y nunca si éste ya ha concluido”.⁵⁵⁴

Para finalizar recordaremos la “mala fama” que había adquirido el incidente dentro del proceso escrito, como mecanismo de aplicar protervas estrategias litigiosas que tenían por enseña a la dilación y al agotamiento de la contraparte.⁵⁵⁵ Al comentar la LEC de 1881, GUASP identificaba al incidente como poseedor “de una triste y bien merecida fama de plaga procesal, por las inagotables oportunidades que brinda a los litigantes de mala fe, constituyendo, sin duda, una de las causas de la lentitud crónica que padece nuestro proceso civil.”⁵⁵⁶ En el caso ecuatoriano, la regulación del derogado CPC, preveía que cuando una parte incidentaba, su escrito era conocido por el juez quien lo transmitía a la parte contraria, quien en ejercicio de su derecho a la contradicción podía presentar una réplica, la cual nuevamente era conocida por el juez, quien debía poner en conocimiento de la contraparte, misma que podía una contrarréplica; esto podía llevar a dilatadas series contrapuntísticas que ocasionaba un drama procesal que devenía en tragedia. Por ello, la regulación de los incidentes constituye uno de los puntos obligados de referencia dentro de la opción por el procedimiento inmediato y concentrado, que se concreta con la implementación de la forma oral de comunicación de los actos procesales.

De esta forma, la oralidad debe procurar el diálogo expedito entre las partes procesales y el juez que abone a un conocimiento y resolución, de ser el caso, sumaria de las cuestiones incidentales. El juez dirigirá el debate, presenciando “todos los acaecimientos procesales; desarrollándose el proceso en el más breve tiempo posible, sin que su curso pueda ser retardado o interrumpido por juicios interlocutorios, resolviendo las eventuales cuestiones por medio de simples resoluciones no destinadas a constituir cosa juzgada.”⁵⁵⁷ De esta

⁵⁵⁴ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 328.

⁵⁵⁵ Por citar un ejemplo de esta “mala fama” del incidente, podemos referirnos a lo mencionado por la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 199-2014, del 10 de noviembre del 2014, donde advirtió la deslealtad procesal de la parte demandada para demorar injustificadamente la causa de la siguiente manera: “La demandada a sabiendas de que actuó dolosamente en contra de su representada y le ocasionó un gravísimo perjuicio que debe ser reparado, a lo largo del proceso se ha comportado con absoluta mala fe y ha retardado el curso normal de la litis, interponiendo todo tipo de incidentes procesales, incidentes que han sido rechazados por los jueces, tanto de primera cuanto de segunda instancia, pero que han tenido por efecto que el proceso dure más de ocho años.”

⁵⁵⁶ GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Madrid, Editorial Aguilar, 1950, pág. 983.

⁵⁵⁷ SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1990, pág. 266.

manera, el incidente podría ser revalorizado en su esencia de adecuado instrumento del derecho a la defensa y no como una herramienta de un litigio desleal.

II.12.2.1. El incidente en la LEC

La LEC posee un adecuado tratamiento del incidente, dedicándole el capítulo VII, del Título I, de su Libro II. El legislador español concibió al incidente como cuestiones que “siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso”. Esta definición prevista en el art. 387, se ajusta a la comprensión contemporánea de este instituto según hemos expuesto en el epígrafe inmediato anterior. Respecto a los efectos que pueden originar los incidentes en cuanto a la marcha del proceso, el legislador español refiere la existencia de incidentes que requieren un especial pronunciamiento del juzgador antes de dictar sentencia, los cuales suspenden la marcha del proceso y otros cuya resolución puede realizarse conjuntamente con la del tema de fondo, por lo que no poseen efecto suspensivo alguno –arts. 389 y 390–. Entre aquellos incidentes que ameritan un previo pronunciamiento, están los que se refieren a la capacidad y representación de cualquiera de los litigantes, por hechos ocurridos después de la fase preliminar del procedimiento; a algún vicio relacionado con presupuestos procesales, siempre que haya sucedido después de la fase preliminar del procedimiento; o “a cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación” –art. 391–.

Sobre la regulación procedimental del incidente, la LEC reconoce tanto a los nominados con una reglamentación específica, como a los innominados con una reglamentación general –art. 388–, lo que evidencia la comprensión española del incidente como un instrumento del derecho a la defensa. Entre los incidentes nominados reglados encontramos algunos de naturaleza sustancialmente impugnativa, como el de oposición a la práctica de diligencias preliminares, trámite previsto en los arts. 260 al 261; el de oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia previa del demandado, trámite previsto en los arts. 739 al 742; el de nulidad de actuaciones antes de la resolución definitiva (subsidiario de los recursos), trámite previsto en el art. 227.2; el de impugnación de la tasación de costas, trámite previsto en los arts. 245 y 246; o, incluso, el de declinatoria (que, cuando se fundamenta en una falta de jurisdicción o de competencia objetiva, supondría una impugnación de la resolución que admitió a trámite la demanda), trámite previsto en los arts. 63 a 65. Cabe mencionar, además, la existencia de otros muchos incidentes nominados que cuentan con su regulación específica, pero que carecen de la naturaleza impugnativa de los anteriores, como ocurre con el de acumulación de procesos pendientes ante el mismo Tribunal, cuyo trámite está previsto en los arts. 81 al 85; el de acumulación de procesos pendientes ante distintos Tribunales, trámite previsto en los arts. 86 al 97; el de acumulación

de procesos singulares a procesos universales, trámite previsto en el art. 98; el de recusación del juzgador, trámite previsto en los arts. 107 al 113; el de recusación del Letrado de la AJ, trámite previsto en los arts. 115 al 119; el de recusación de funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa, y de Auxilio Judicial, trámite previsto en los arts. 121 al 123; el de recusación de peritos, trámite previsto en los arts. 124 al 128.

En cuanto a los incidentes no específicamente nominados ni reglados, la LEC prevé un trámite común que constituye un conjunto de normas imperativas que el juez y las partes tienen que cumplir, al no existir *lex specialis* sobre la cuestión incidental que se plantea. La previsión de este trámite común nos resulta del todo adecuada desde la perspectiva de la seguridad jurídica y del principio de legalidad procesal –LEC, art. 1–. Considerando que los procesos regulados por la LEC son principalmente orales,⁵⁵⁸ se dispone que “en el procedimiento ordinario no se admitirá el planteamiento de ninguna cuestión incidental una vez iniciado el juicio, y en el verbal, una vez admitida la prueba propuesta”. Se comprende esta restricción del art. 393.1 en vista de que durante el debate oral la impugnación de resoluciones judiciales o la oposición a la actuación de la contraparte, se la debe realizar de manera inmediata en la misma vista. En todo caso, planteado el incidente, el juzgador debe decidir si la admite como una cuestión de previo o de especial pronunciamiento y si suspende el curso de las actuaciones o no. De esta decisión, conjuntamente con lo requerido por quien planteó el incidente, se dará traslado a las demás partes para que se pronuncien al respecto en un plazo de 5 días, luego de lo cual se convocará a una vista donde las partes fundamentarán y probarán sus posiciones. Si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, “se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso”. Si la cuestión fuere de especial pronunciamiento, “será resuelta, con la debida separación, en la sentencia definitiva”. De manera expresa, el art. 393.5 ordena que “cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva”.

II.12.2.2. El incidente en el COGEP

El COGEP no regula de manera expresa al incidente. No existe un apartado específico que prevea disposiciones sobre él, siendo dispersas las normas que se refieren a su procedencia en casos concretos. De hecho, parece que el legislador ecuatoriano desdeñara al instituto, pues la mayoría de incidentes que están regulados no hacen referencia a esta denominación y son presentados como meros trámites procedimentales. Ciertamente la no utilización de la denominación “incidente”, no altera en nada la naturaleza jurídica del

⁵⁵⁸ Aun considerando la posibilidad de sustanciar por escrito el proceso verbal.

instituto, mas sí revela una posición de rechazo a las pasadas costumbres incidentales que, según recordábamos al finalizar nuestro apartado II.12.2, generaron varios inconvenientes en la práctica judicial.

En todo caso, hallamos en el COGEP la previsión de incidentes nominados y reglados de naturaleza impugnativa como los de conflicto de competencia, cuyo trámite está previsto en los arts. 14 y 15; de oposición a la formación del inventario judicial de bienes, trámite previsto en el art. 346; de oposición de acreedores al concurso voluntario dispuesto, trámite previsto en el art. 425; o de oposición a la prelación de créditos aprobada, trámite previsto en el art. 428. También se encuentra reglados varios incidentes que carecen de naturaleza impugnativa, como ocurre con el de acumulación de casos, trámite previsto en los arts. 16 al 21; de recusación del juzgador, trámite previsto en el art. 105; o de oposición a la homologación de una sentencia, laudo arbitral o acta de medición extranjera, trámite previsto en el art. 425.

Según anticipamos, no existe en el COGEP una regulación general sobre el procedimiento por el que se deben tramitar los incidentes innominados, mas sí la evidencia de que es posible que estos se produzcan, lo cual se justifica por la necesidad de salvaguarda del derecho de defensa de las partes ante cualquier cuestión que pueda surgir *lite pendente*. Así, el art. 292 del COGEP señala que el acta resumen de la audiencia preliminar del procedimiento ordinario deberá contener necesariamente los incidentes que se hayan suscitado dentro del procedimiento, pues de no haber sido resueltos, deberán constar en el acta para que en la correspondiente audiencia de juicio sean resueltos, porque como hemos señalado no puede quedar ningún incidente sin ser atendido. La ausencia de una regulación sobre un procedimiento general para los incidentes innominados implica que el juez, como director del proceso y garante de la tutela de derechos –art. 80–, deberá acordar un trámite que otorgue a las partes el pleno derecho a la contradicción en igualdad de condiciones. Es así que, en el contencioso civil ecuatoriano, el marco referencial para el despacho y resolución de incidentes deben ser los principios jurídico naturales del proceso, así como los principios procedimentales de mayor relevancia según el caso concreto, que en la generalidad de los casos serían los de intermediación y concentración. Más allá de la confianza que se puede tener en los juzgadores respecto a su debida atención procedimental de los incidentes, consideramos que la regulación del trámite de los mismos en la ley habría abonado a la seguridad jurídica del proceso.

Por otro lado, si bien no existe referencia expresa en el COGEP respecto de la existencia de incidentes de previo pronunciamiento, descubrimos a lo largo del articulado algunos que deben ser resueltos de manera preliminar, por ejemplo los que se refieren a los conflictos de competencia o acumulación de procesos. Así también existe referencia de aquellos incidentes que deberán ser resueltos en sentencia, por ejemplo el incidente de

falsedad o nulidad de documentos aportados en calidad de prueba, que por mandato del art. 198, debe “resolverse en la audiencia de juicio”.⁵⁵⁹

Según apreciamos, la ligera regulación de los incidentes en el COGEP guarda la tónica del resto de la ley. Regulaciones previstas de manera laxa, como si se supusiese que ciertos temas están sobreentendidos. En general, corresponderá a los juzgadores y a las partes el debido ejercicio de sus derechos y poderes procesales, acorde a los principios y reglas procesales constitucionalizadas e incluso a los principios generales del Derecho, también en el caso de la tramitación de los incidentes innominados ni regulados por el COGEP.

II.12.2.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el incidente

En cuanto a al incidente, una vez más la LEC se nos demuestra como un cuerpo normativo que regula con exhaustividad a los institutos procesales, mientras que la ligereza es la tónica caracterizadora del COGEP. En la LEC el incidente constituye un medio de impugnación reglado, tanto en el caso de los nominados, como de los innominados, lo cual redundaría en seguridad jurídica para los litigantes, quienes en todos los casos conocen cuáles son las reglas procedimentales que observar para aplicar este necesario medio de defensa contra circunstancias procesales o el actuar de la contraparte. En cambio, en el COGEP no se hace mayor referencia al incidente; al contrario, parecería que se prefiere evitar el uso de ese término y en su reemplazo se utiliza el término “oposición” en alguno de los casos en que se regulan incidentes nominados y reglados.

La LEC realiza una clara y expresa distinción en el tratamiento de los incidentes de previa y especial resolución, de los que pueden ser resueltos mediante sentencia. Se disponen normas claras sobre cómo proceder según la circunstancia que esté en discusión. Respecto a los incidentes innominados, se contempla un trámite general que cumple con las expectativas de contradicción e igualdad que se espera en este tipo de controversias accesorias. El COGEP no contiene normas expresas sobre la distinción de los incidentes de previa y especial resolución, los cuales, si bien existen, son regulados sin el criterio uniforme de corresponder a un mismo instituto procesal –incidente–. Sobre los incidentes innominados, según

⁵⁵⁹ En el antiguo Código procesal ecuatoriano tampoco había esta distinción de manera expresa; sin embargo, la CNJ (Ecu), en la Resolución N° 075-14, del 16 de abril del 2014, diferenció estos tipos de incidentes en los siguientes términos: “Se diferencian los incidentes entre los que son de la causa y los que inciden en la causa; en los primeros destaca el hecho de que son producto del mismo proceso, tiene origen endógeno; los otros, tienen origen exógeno pues se ocasionan por causas o hechos ajenos al mismo, pero que se vinculan con éste, como son las tercerías, la presencia de tercero perjudicado, o las que, incluso, deben tramitarse por cuerda separada, como las tercerías excluyentes de dominio. Además, se pueden originar incidentes que se reservan para resolverlos en sentencia en cuanto no afectan los derechos de las partes (calificación de testigos, por ejemplo) y otros que no pueden ser objeto de reserva para resolverlos en sentencia pues afectan los derechos de los sujetos procesales, v.g. la legitimación activa y pasiva de sus personerías.”

señalamos, el COGEP nada regula ni siquiera sobre las garantías mínimas que se deberían cuidar, para lo cual los jueces y litigantes tendrían que recurrir al texto constitucional.

Concluimos que la LEC, a través de su tratamiento de los incidentes, desarrolla en debida forma el derecho a la defensa de los justiciables, lo cual constituye una gran fortaleza de esta ley. Por su lado, el COGEP posee graves falencias respecto a la regulación del incidente, lo cual deviene en otras tantas en cuanto a la observancia y concreción del derecho a la defensa y, por ello, esta materia torna en otra de las que ameritarían una revisión y reforma legislativa.

II.12.3. Acciones autónomas de impugnación

La nota caracterizadora de este tipo de medios de impugnación es que no constituyen una fase o etapa del proceso, lo que sí ocurre, por ejemplo, con los recursos –aún con los extraordinarios–, sino que se trata de nuevos procesos autónomos, que pretenden impugnar resoluciones judiciales que han adquirido firmeza y pasado en autoridad de cosa juzgada, como aquellas que han devenido tales al no existir posibilidad de interponerse en su contra recurso alguno, sea por haber precluído el tiempo para ejercer tal poder procesal o sea porque el legislador no previó un recurso para tal resolución –LEC, art. 207 y COGEP, art. 99–. Si bien la cosa juzgada es una de las bases de la seguridad jurídica, como señala CARNELUTTI la prohibición del *non bis in idem* no es absoluta y justamente este tipo de impugnaciones es la excepción, pues hay casos en que para comprobar la justicia de una decisión es necesario volver a conocer la resolución firme del litigio.⁵⁶⁰ CALAMANDREI, en similar sentido, sostiene que “puede darse el caso de que la sentencia aun siendo el resultado de un proceso absolutamente regular, y de un juicio no viciado por errores del juez, sea sin embargo objetivamente injusta por no haber tenido el juez a su disposición todos los materiales instructorios [*sic*] necesarios para resolver de acuerdo con la verdad de la cuestión de hecho (...) si la parte ha sido obstaculizada en sus facultades de defensa, de modo que se haya encontrado en condiciones de inferioridad en el debate judicial, motivos de equidad obligan a concederle un medio restitutorio para invalidar la sentencia”⁵⁶¹

En este sentido, las acciones autónomas de impugnación son una verdadera excepción al principio de cosa juzgada, ya que implican el inicio de un nuevo proceso respecto a lo decidido en firme en una resolución judicial, eventualmente con nuevas partes procesales y evidentemente con una nueva pretensión, distinta a la del conflicto subyacente. Bajo el mismo criterio, GUASP definió a las acciones autónomas de impugnación como los medios de impugnación que “se singularizan por romper la unidad del proceso con el proceso

⁵⁶⁰ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJEA, 1959, pág. 324.

⁵⁶¹ CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, tomo 1, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pág.252.

recurrido, y por dar lugar a una nueva tramitación (...) que constituye un ataque al proceso principal, en vista de una acción autónoma distinta, que se ventila en un proceso independiente.”⁵⁶²

Resulta necesario advertir que es común a las acciones autónomas de impugnación, el poseer una naturaleza extraordinaria, lo que quiere decir que operan única y exclusivamente en los casos y bajo las causales previstas en la ley, dado que son mecanismos excepcionales en contra de, como hemos señalado, resoluciones judiciales que se encuentran firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada. Y sumado a todo esto, la admisión a trámite de este medio de impugnación no tiene efecto suspensivo. Adicionalmente, no es propio a la naturaleza jurídica de las acciones autónomas de impugnación el guardar un orden gradado, pudiendo, si así lo determina el legislador, ser conocidas por un juzgador de primera instancia, aun cuando el emisor de la resolución objetada haya sido uno superior, sin embargo, la lógica y la experiencia aconseja que este tipo de revisiones siempre sean realizadas, al menos, por pares. La pretensión que se persigue, como anticipamos, se modifica en su totalidad respecto a la pretensión del proceso de origen, pues lo que se discute no es la materia del litigio, sino sobre una circunstancia distinta que puede o no ser superviniente.⁵⁶³ Al respecto, y en concordancia con lo hasta ahora expuesto, CUBILLO LÓPEZ señala que las acciones autónomas de impugnación “constituyen auténticos procesos autónomos, independientes y separados del proceso anterior que ha de ser tenido como resultado la sentencia que se impugna. Mediante ellos, se solicita una tutela de naturaleza jurídica peculiar, destacándose en unos casos sus aspectos de carácter más declarativo y en otros su eficacia, más cerca de las tutelas constitutivas, puesto que modifica una situación jurídica cuya alteración sólo es posible mediante una resolución judicial. El obtener esta tutela consiste, precisamente, en que se rescinda o anule una sentencia que ya es firme, frente a la que no cabe recurso alguno.”⁵⁶⁴

En otro orden de ideas, debemos señalar que parte de la doctrina se refiere a las acciones autónomas de impugnación como “medios de impugnación en sentido amplio”.⁵⁶⁵ Consideramos que esta denominación podría llevar a equívocos, toda vez que confunde al género con una de las especies. Medio de impugnación es cualquiera de las vías o instrumentos que la ley prevé que puedan ser utilizados por las partes para expresar su

⁵⁶² GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 712.

⁵⁶³ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 1142-1143.

⁵⁶⁴ BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 377.

⁵⁶⁵ LÓPEZ GIL, Milagros, “Consideraciones Generales sobre los Recursos”, en ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Dir.), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 2008, pág. 372. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO María Pía, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, cit., pág. 430-431.

inconformidad respecto de un acto del órgano jurisdiccional, que por adolecer de algún vicio debe ser enmendado; una de esas vías o instrumentos son las acciones autónomas de impugnación, así como lo son los recursos y los incidentes. Compartimos así el pensamiento de GARBERÍ LLOBREGAT, quien sostiene que:

Tomando como premisa la de que con los medios de impugnación se tiende a impugnar una resolución judicial dictada en un proceso aún no finalizado definitivamente, y que, por esta razón, carece de los efectos de invariabilidad e inmutabilidad característicos de la cosa juzgada material, es evidente que aquellos institutos procesales a través de los cuales se tiende precisamente a cuestionar la cosa juzgada, posibilitando la oposición y eventual revocación de resoluciones judiciales que ya han adquirido la condición de firmes, no debieran merecer, en buena técnica jurídica, la denominación de recursos. De allí que la doctrina tradicionalmente haya distinguido entre medios de impugnación, todos los cuales se dirigen frente a resoluciones no firmes por estar sometidas al ejercicio de un medio de impugnación ordinario o extraordinario, y acciones de impugnación, donde se cuestionan resoluciones judiciales que sí han adquirido dicha condición de firmeza y, por tanto, han producido los efectos positivo o prejudicial y negativo o excluyente de la cosa juzgada.⁵⁶⁶

Para finalizar diremos que dependerá de cada legislador el valorar la conveniencia de prever un medio de impugnación de este tipo, así como el determinar sus finalidades, características y nominación. Nos detenemos a continuación en estudiar y comparar las opciones de la LEC y del COGEP, debiendo advertir de que vamos a prescindir del análisis de las acciones autónomas de impugnación que no se tramitan ante los tribunales ordinarios sino ante la Justicia constitucional, esto es, del llamado “recurso” de amparo –arts. 53, 161 y 162 CEsp– y la “acción extraordinaria de protección” –art. 94 CEcu–.

II.12.3.1. Las acciones autónomas de impugnación en la LEC

Tres acciones autónomas de impugnación encontramos en la LEC: el “incidente” excepcional de nulidad de actuaciones, la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde y la revisión de sentencias firmes.

- **“Incidente” excepcional de nulidad de actuaciones**

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ conceptúa a este “incidente” como “un medio extraordinario de anulación de sentencias firmes o de otras resoluciones firmes que pusieron fin a un proceso en que se cometieron ciertas vulneraciones de derechos fundamentales que el

⁵⁶⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, José, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José y CASERO LINARES, Luis, *Los Procesos Civiles*, tomo 2, Barcelona, Editorial Bosch, 2010, pág. 1700.

justiciable perjudicado por ellas no pudo denunciar en el proceso que se produjeron”⁵⁶⁷ La denominación legal de este instituto nos parece errada, pues, como enseguida se expondrá, no se trata de una controversia accesoria que se produce dentro de un proceso –ver epígrafe II.12.2–, sino de una auténtica acción de impugnación que genera un nuevo proceso distinto y autónomo del que se denuncia incurrió en una violación a un derecho fundamental.⁵⁶⁸ En este sentido, MONTERO AROCA sostiene: “el llamado incidente no tiene la naturaleza de tal, sino que se trata de un medio de impugnación en sentido amplio, es decir de aquellos que persiguen dejar sin efecto la cosa juzgada de la sentencia firme (...) de los que dan lugar a un verdadero proceso autónomo de impugnación de la cosa juzgada.”^{569, 570}

La legitimación activa de esta acción corresponde a “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo”. La acción deberá ser presentada por escrito y perseguirá la declaratoria de nulidad de actuaciones que hubieren vulnerado un derecho fundamental de los consagrados por el art. 53.2 de la CEsp –entre los que destaca el derecho del art. 24.1 CEsp, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión–, “siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario” –art. 228–. Nota fundamental es la firmeza de las resoluciones contra las cuales se puede interponer esta acción, sin embargo, la ley no aclara si el incidente se debe interponer frente a la resolución en la que se hubiere producido la infracción o bien frente a la que puso fin al proceso, que asumiría, de algún modo, las consecuencias de la infracción producida.⁵⁷¹ Consideramos que la resolución a impugnar será la definitiva, realizando expresa mención de otra u otras que hubieren vulnerado el derecho fundamental.

⁵⁶⁷ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 355.

⁵⁶⁸ En similar sentido, el ATS (Esp), 9213/2016, del 13 de octubre, rec. 525/2014, FJ 1, señaló que: “...el incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso más, sino un remedio al que se puede acudir excepcionalmente para reparar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (STC 200/2012, de 12 de noviembre, FJ 3).” Criterio corroborado de igual manera en los ATS (Esp), Secc.1, 7552/2001, del 19 de junio, rec. 411/2000, FJ 1, ATS (Esp), Secc. 3, 9020/2016, del 4 de octubre, rec. 854/2014, FFJJ 1,2 entre otras.

⁵⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan, “La nulidad de las actuaciones”, en: <http://tirant.com/actualizaciones/an312.doc>., página web consultada el 11 de noviembre de 2016.

⁵⁷⁰ Con todo, la denominación de “incidente” intenta justificarla el legislador español con las siguientes palabras: “Verdad es que, mediante el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, pueden verse afectadas sentencias y otras resoluciones finales, que han de considerarse firmes. Pero el legislador no puede, en aras de la firmeza, cerrar los ojos a la antecedente nulidad radical, que afecta a la resolución, con todas sus características –firmeza incluida– y con todos sus efectos. La Ley opta, pues, por afrontar la nulidad conforme a su naturaleza y no según la similitud con las realidades que determinan la existencia de otros institutos, como el denominado recurso de revisión o la audiencia del condenado en rebeldía” (LEC, Exposición de Motivos, IX).

⁵⁷¹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*, Pamplona. Thomson Aranzadi, 2008, pág. 217.

La competencia para conocer y resolver esta acción corresponde al mismo juzgador que emitió la resolución a impugnarse. Se ha puesto reparos a esta competencia, pues “la experiencia enseña que es muy complicado que el mismo órgano jurisdiccional estime que vulneró los derechos fundamentales”.⁵⁷² En todo caso, el plazo para la presentación será de veinte días contado a partir de la notificación de la resolución o a partir de que se tuvo conocimiento del defecto vulnerador del derecho fundamental; en este último caso no podrá iniciarse la acción después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. De admitirse a trámite la acción –sin efecto suspensivo, salvo que el incidente pueda perder su finalidad–, se correrá traslado a las demás partes para que en el plazo de 5 días presenten sus alegaciones. Luego de este trámite sumario y escrito, el juzgador decidirá si acepta o no el pedido de nulidad. De hacerlo, repondrá las actuaciones al estado anterior a la verificación del vicio y se continuará con el procedimiento pertinente. De desestimarse el pedido, el peticionario será condenado en costas y de haber existido temeridad en el pedido, se le impondrá una multa –art. 228–.

- **Rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde**

Como sostiene FLORS MATÍES, “la rebeldía consiste en la inactividad procesal del demandado, desde el momento en que así se declara judicialmente, por no haber comparecido desde un principio en el proceso al que haya sido debidamente convocado. Esta situación puede obedecer a una determinada actitud del demandado que, enterado de la demanda y de la existencia del procedimiento, decide voluntariamente no comparecer en él por así convenir a la defensa de sus intereses, o a causas independientes de su voluntad que pueden tener su origen en el desconocimiento de la existencia del proceso o en la imposibilidad de actuación en él.”⁵⁷³

Si bien la rebeldía no constituye un allanamiento a las pretensiones del actor, sí conlleva una forma de oposición tácita a la demanda –negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de Derecho del actor–.⁵⁷⁴ Esto ha sido confirmado por la jurisprudencia española. Al respecto podemos citar lo manifestado por el TS (Esp) en la STS de 13 de julio de 2011, donde señala que: “La rebeldía, según ha tenido ocasión de declarar esta Sala no implica allanamiento ni releva al actor de proceder a la cumplida prueba de sus alegaciones, pudiendo ser considerada como una oposición tácita a las pretensiones

⁵⁷² Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, Madrid, UNED, 2006, págs. 28-30

⁵⁷³ FLORS MATÍES, José, “Los medios de impugnación de las sentencias firmes”, pág. 42/1, en: <http://www.tirant.com/derecho/actualizaciones/Tema%2042%20procesal%20civil%203-3-2015>, página web consultada el 22 de agosto de 2016.

⁵⁷⁴ LEC, art. 496.2: “La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.”

deducidas en la demanda (STS de 3 de abril de 1987, RJ 1987 2484) entre otras.”⁵⁷⁵ En principio, el demandado asume las consecuencias de su rebeldía, esto es, el no participar en el debate procesal ejerciendo su derecho a la contradicción. En nada obstaculiza al proceso el silencio de la parte demandada, siempre que exista plena constancia de que aquella fue debidamente citada con el contenido de la acción propuesta en su contra. El proceso, consecuentemente, puede llegar a su culminación con el demandado en rebeldía, emitiéndose una sentencia que, por falta de impugnación, podría quedar firme y pasar en autoridad de cosa juzgada.

De conformidad con las reglas generales, la sentencia antes señalada estaría destinada a ser ejecutada sin que pudiera interponerse recurso en su contra. Sin embargo, la LEC ha previsto una acción autónoma de impugnación denominada de “rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde”.⁵⁷⁶ Esta acción procede única y exclusivamente cuando el demandado rebelde no ha podido ser oído por razones ajenas a su voluntad. De esta manera, se tutela a aquellos demandados que no han sido oídos por causas no imputables a ellos para que puedan serlo por la vía de la rescisión de sentencias firmes. La finalidad que se persigue con este medio de impugnación, evidentemente, es la de remediar situaciones de indefensión de aquellos demandados que hayan estado permanentemente inactivos durante el proceso por razones que no pueden imputárseles.⁵⁷⁷

Procede la acción en favor del rebelde que haya permanecido constantemente en esta calidad, en los siguientes casos establecidos por el art. 501: “1. De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma. 2. De desconocimiento

⁵⁷⁵ STS (Esp), Sala de lo Civil, Secc. 1, 7378/2011, de 13 de julio, rec. 912/2007, FJ 2.

⁵⁷⁶ Respecto a la naturaleza jurídica de esta acción no existen dudas. Así el TC (Esp) en la STC 11/2009, de 12 de enero, FJ 1, ha sido enfático en indicar que: “La acción de rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde prevista en los arts. 501 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) tiene su precedente inmediato en el antiguo ‘recurso de audiencia al rebelde’ del art. 777 LEC 1881, del que afirmamos que no tiene naturaleza de recurso ordinario, y ni siquiera de recurso, puesto que es, simplemente, un medio extraordinario rescisorio de sentencias firmes” (STC 218/2000, de 18 de septiembre, FJ 3). Del mismo modo, la actual rescisión de sentencia firme se configura en la vigente Ley de enjuiciamiento civil no como un recurso, sino como un proceso especial en el que se sustancia la acción con finalidad rescisoria de sentencias firmes que se concede al demandado rebelde, de manera semejante a lo que sucede en el caso del proceso de revisión actualmente regulado en los arts. 509 a 516 LEC, que “es en realidad un proceso especial y autónomo de carácter impugnativo o una acción provista de finalidad resolutoria de sentencias firmes”. Este criterio ha sido ratificado en múltiples fallos de este mismo Tribunal a lo largo de la vigencia de este medio de impugnación, basta citar como ejemplos los siguientes: STC 11/2005, de 31 de enero, FFJJ 1,2, y STC 158/1987, de 20 de octubre, FFJJ 3,4.

⁵⁷⁷ ESTEVE MARTÍN, Francisco José, “El medio de impugnación de sentencias firmes de la audiencia al rebelde en la LEY 1/2000”, pág. 7, en: <http://www.liceus.com/cgi-bin/ac/pu/Recurso%20de%20la%20audiencia%20al%20rebelde.pdf>, página web consultada el 22 de agosto de 2016.

de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable. 3. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos.”

De verificarse alguno de estos casos, el rebelde podrá solicitar la rescisión de la sentencia firme, observando el procedimiento establecido para el juicio ordinario. De demostrarse la verificación de alguna de las causales, el juzgador podrá resolver la rescisión de la sentencia en firme y, de hacerlo, podrá disponer la reapertura del proceso cuya sentencia se rescindió, para que el demandado pueda formalizar la oposición y practicar los actos que por su involuntaria ausencia no pudo realizar en él. “De ahí que se le atribuya una naturaleza compleja que la propia LEC destaca: la primera fase constituye un medio para rescindir la sentencia firme, mientras que la segunda tiende a lograr la efectividad del principio de contradicción”, como señala FLORS MATÍES.⁵⁷⁸ Como acción autónoma de impugnación, su tramitación concluye en este punto; como queda dicho, rescindida la sentencia se reinstala el proceso original.

- **Revisión de sentencias firmes**

La revisión de sentencias firmes podría parecer un recurso extraordinario, sin embargo se trata de una acción autónoma de impugnación; como bien sostiene SEAONE SPIEGELBERG, el recurso pretende evitar que la sentencia adquiera firmeza, buscando un nuevo sentido de la resolución con base en los mismos hechos, pruebas y fundamentos jurídicos utilizados durante el debate, mientras que la revisión de sentencias firmes procura rescindir una sentencia firme, dictado en un proceso ya finalizado, por lo que se configura para ello una nueva acción independiente⁵⁷⁹ con una tramitación específica y distinta a la que dio origen a la sentencia que se revisa.⁵⁸⁰ En similar sentido opina DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ quien sostiene que “la revisión es un proceso autónomo y distinto de aquél en que se dictó la sentencia cuya

⁵⁷⁸ FLORS MATÍES, José, “Los medios de impugnación de las sentencias firmes”, cit., pág. 42/3,

⁵⁷⁹ Al respecto se ha pronunciado el TC (Esp) en la STC 65/2016, de 11 de abril, FJ 4, ratificando lo expuesto en la siguiente manera: “En efecto, como hemos señalado en anteriores ocasiones en las que se han examinado quejas relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial por inadmisión del recurso de revisión, el procedimiento al que la ley denomina «recurso de revisión» no es un recurso, en su sentido propio de mecanismo procesal dirigido a la reforma o a la anulación de una resolución judicial que por esta posibilidad aún no deviene firme, sino más bien una vía de impugnación autónoma; «es en realidad un proceso especial y autónomo de carácter impugnativo o una acción provista de finalidad resolutoria de Sentencias firmes». Este criterio ha sido corroborado en de igual forma en las siguientes SSTC (Esp): STC 11/2005, de 31 de enero, FJ 3; STC 197/2006, de 3 de julio, FFJJ 5,6 ; STC 18/2009, de 26 de enero, FJ 3, entre otras.

⁵⁸⁰ SEAONE SPIEGELBERG, JOSÉ, “La revisión de sentencias firmes”, en PICOTASTE BOBILLO, Julio, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 685.

recisión se pide. La acción que se afirma en la revisión es una acción de impugnación autónoma. La revisión no es, por tanto, un recurso frente a una sentencia firme.”⁵⁸¹

Esta acción permite impugnar sentencias que, originalmente tenidas por justas, con la verificación de hechos supervinientes devienen en injustas. Así, los motivos previstos por el art. 510 de la LEC, por los que una parte puede demandar la revisión de una sentencia firme son: “1. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2. Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3. Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4. Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.” Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEPDH. En este último caso “siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.” –art. 510–.

El proceso puede ser iniciado por quien resultó perjudicado por la sentencia firme, dentro de plazos específicos establecidos por el art. 512.⁵⁸² Por regla general el juzgador competente para conocer esta acción es el Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. No obstante, la competencia corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando concurren las siguientes circunstancias: 1) Que se trate de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales con sede en la comunidad autónoma; 2) Que el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto dicha atribución; y 3) Que la demanda de revisión se interponga contra sentencias que apliquen normas propias del Derecho civil foral o especial propio de la comunidad –LOPJ, art. 73.1.b–.

Presentada y admitida la demanda, se notificará del particular a cuantos hubieren litigado en el proceso de origen para que, dentro del plazo de veinte días ejerzan su

⁵⁸¹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 345.

⁵⁸² LEC “Artículo 512. *Plazo de interposición*. 1. En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal. 2. Dentro del plazo señalado en el apartado anterior, se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad.”

contradicción. Con la contestación o sin ella, vencido el plazo, se convocará a una vista para el desarrollo del debate, que incluye la actuación de pruebas. Para la resolución se contará con el informe del Ministerio Fiscal, así como se atenderán cuestiones prejudiciales penales si llegaren a suscitarse –art. 514–. De considerarlo procedente, el juzgador decidirá aceptar la acción y ”rescindirá la sentencia impugnada” –art. 516.1–, aunque, como dice FLORS MATÍES, “esta última frase no puede llevar a la conclusión de que la estimación del motivo invocado haya de conducir necesariamente y en todos los casos a la rescisión total de la sentencia, pues la misma puede estar integrada por una pluralidad de pronunciamientos de los que sólo alguno o algunos de ellos hayan resultado afectados por el supuesto de hecho determinante de la revisión.” Y continúa el mismo autor explicando que “rescindida la sentencia, las partes podrán, si así les conviniera, promover de nuevo el juicio correspondiente, en el que no podrá oponerse, obviamente, la excepción de cosa juzgada, al haber quedado la misma sin efecto como consecuencia de la rescisión de la anterior sentencia firme, y en ese nuevo proceso habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión (art. 516), debiendo entenderse que dichas declaraciones de eficacia inatacable serán las relativas a los supuestos de hecho integrantes del motivo o motivos que se hubieren estimado en la revisión.”⁵⁸³ Finalmente, en el evento de que el juzgador estime improcedente la revisión solicitada, condenará en costas al demandante –art. 516.2–.

II.12.3.2. Las acciones autónomas de impugnación en el COGEP

En la legislación ecuatoriana no se ha realizado una clara distinción entre recursos y acciones autónomas de impugnación; de hecho, esta es la razón por la cual el legislador usa indistintamente los términos “recurso” y “acción” como si se tratasen de sinónimos, cuando es conocido que están lejos de serlo. Un ejemplo de esto lo podemos observar en la CEcu, donde en el art. 94, respecto a la acción extraordinaria de protección, que constituye a todas luces una acción autónoma de impugnación de naturaleza constitucional, utilizó el término “recurso” como sinónimo de “acción”.⁵⁸⁴ De hecho, según analizaremos en el epígrafe IV.1.3, el propio recurso de casación previsto en el COGEP posee características fundamentales de una acción autónoma de impugnación.

⁵⁸³ FLORS MATÍES, José, “Los medios de impugnación de las sentencias firmes”, cit., pág. 42/3.

⁵⁸⁴ CEcu “Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”

El COGEP prevé una sola acción autónoma de impugnación: la de nulidad de sentencia.⁵⁸⁵ Esta acción procede en contra de sentencias ejecutoriadas, en caso de que estas adolecieran de alguno de los siguientes defectos previstos por el art. 112: “1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas. 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa. 3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso. 4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia.”

El juzgador competente ante quien se deberá interponer la demanda de nulidad, será el de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó la sentencia impugnada, lo cual consideramos positivo.⁵⁸⁶ El legislador dispuso que la demanda de nulidad de sentencia podía ser presentada “mientras esta no haya sido ejecutada”. Esta disposición nos hacía sentido con el criterio ecuatoriano de conceder efectos suspensivos a la impugnación como regla general. Sin embargo, casi a renglón seguido se dispone que “La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución” y en este punto surge una duda más que razonable respecto a cuál fue en realidad la intención del legislador ecuatoriano: si habilitar la acción solo en el evento de que la sentencia no estuviera ejecutada; o si habilitar la acción solo en el evento de que la sentencia no estuviera ejecutada por completo.

No nos resulta lógico que el único obstáculo para presentar la demanda de nulidad de sentencia sea que la misma no se encuentre ejecutada “por completo” y que, al mismo tiempo, se habilite a que se complete tal ejecución mientras se discute la nulidad de la sentencia. La perplejidad se agudiza al comprobar que el COGEP no establece la obligatoriedad de notificar al juez de origen respecto de la demanda de nulidad interpuesta en contra de la sentencia por él emitida, vacío que puede comportar graves inconvenientes

⁵⁸⁵ Así, la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 03-2013, del 24 de abril del 2013 señaló que: “La nulidad a través de un juicio ordinario es una verdadera acción autónoma ‘distinta, en principio, de la que intenta destruir’. En este sentido, la acción autónoma de nulidad de sentencia, ataca la cosa juzgada, procede, de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, cuando: 1.- Si la sentencia no ha sido ya ejecutada; 2.- Si ha sido dada en última instancia; 3.- Si la falta de jurisdicción, o la incompetencia o la ilegitimidad de personería, fueron materia de discusión especial y de previo pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse. De tal manera que si bien esta acción pretende y eventualmente puede alcanzar la declaratoria de nulidad de la sentencia, no compromete sino la validez de aquella, no alterando una situación fáctica.”

⁵⁸⁶ Esto es por demás lógico, ya que no podría el mismo juez que dictó sentencia ser quien la anule. Al respecto, la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 310-12, del 02 de octubre de 2013 ha manifestado que “No procede declarar la nulidad de sentencia por un mismo juez, debe ser otro juez de la materia o un superior por no ser ético. Además, declarar la nulidad de una sentencia, es revocarla, lo que está prohibido por así disponerlo el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil...”

pues de no tener noticia de la impugnación, el juzgador de origen podría continuar con la marcha del proceso y ejecutar la sentencia mientras en otra judicatura se discute sobre su validez. A nuestro parecer, este grave error en la redacción del COGEP puede llevar a absurdos, donde un juzgador rechace una acción de nulidad por el hecho de que la sentencia impugnada hubiese sido ejecutada durante la tramitación de la causa, bajo el pretexto que el texto legal dispone que la acción únicamente procede “mientras no haya sido ejecutada” la sentencia en cuestión. Una interpretación de este tipo podría darse considerando la manera en que se encuentra regulado el instituto y, ciertamente, llevaría a su completa inutilidad.

Además de la grave situación que acabamos de señalar, vale señalar que el COGEP no ha previsto un trámite específico para la acción de nulidad de sentencias ni ha referido siquiera a uno de los trámites generales previstos en la ley. Por mandato del art. 289, habría que acordar el trámite ordinario a esta acción, en vista de que a través de tal procedimiento se tramitarán “todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”. Ninguna referencia adicional realiza la ley adjetiva ecuatoriana respecto a esta acción, existiendo graves vacíos. Por ejemplo, ¿qué ocurre si se declara la nulidad de la sentencia?; ¿cuál sería el acto de comunicación al respecto al juez de origen?; ¿cómo se retrotraerían los efectos ejecutados de la sentencia declarada nula?; ¿el juzgador que declaró la nulidad, debe emitir el fallo de reemplazo?; ¿el juzgador que decretó la nulidad asume la tramitación de la causa a partir del momento procesal en el que se verificó el defecto?; ¿qué ocurre con quién demandó de mala fe la nulidad? En fin, existe un sinnúmero de cuestionamientos respecto a la acción de nulidad de sentencias que el legislador ecuatoriano, con la ligereza característica de su labor, ha dejado en el aire, en evidente detrimento de los derechos y la seguridad jurídica de los justiciables.

II.12.3.3. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre las acciones autónomas de impugnación

El legislador español, con su característica exhaustividad, prevé tres acciones autónomas de impugnación que van a responder a las distintas casuísticas que pueden verificarse respecto de sentencias que hayan alcanzado firmeza y pasado en autoridad de cosa juzgada y que, pese a ello, devienen en injustas y requieren una revisión. La primera acción es el “incidente” excepcional de nulidad de actuaciones; respecto a él cabe observar su denominación, pues no nos parece acertado que se denomine “incidente” a una acción extraordinaria de impugnación, si bien tal circunstancia no altera en nada la naturaleza jurídica del instituto. Otro tema a referirnos en cuanto a este “incidente” es la inconveniencia de que el mismo juzgador que habría cometido la infracción a un derecho fundamental, sea el mismo que conozca y resuelva la impugnación. En este punto nos adherimos al criterio de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, quien sostiene que “la experiencia enseña que es muy difícil que un juez o Tribunal estime que, efectivamente, incurrió en una vulneración de derechos fundamentales. En otras palabras, fiar (...) a la capacidad de autocritica de los Tribunales

ordinarios no me parece muy realista.”⁵⁸⁷ En todo caso, uno de los pilares de la administración de justicia es la confianza en la madurez intelectual y emocional de los juzgadores, la que habilitaría el éxito de este tipo de acciones cuando procedan.

La segunda acción es la de rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde, la cual tutela al demandado que no pudo actuar en el proceso por causas que no le son imputables. El derecho a la defensa se encuentra fuertemente garantizado con esta acción; el trámite es claro, así como las consecuencias de la aceptación de la acción, tanto en lo que refiere a lo que ocurrirá con el trámite cuya sentencia se rescindió, cuanto a lo que ocurre con los efectos de la sentencia ejecutada; de la misma manera ocurre en el caso de que la acción hubiere sido rechazada. Sin perjuicio de lo antes señalado, parecería que el vicio jurídico que persigue la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde, este es, la falta de comparecencia al proceso de quien debía ser convocado por causas ajenas a su voluntad, se encontraría subsumido en el vicio que persigue el “incidente” excepcional de nulidad de actuaciones. En efecto, esta acción persigue la declaratoria de nulidad de actuaciones que hubieren vulnerado un derecho fundamental, entre los que se destaca el derecho del art. 24.1 CEsp, que tutela el derecho a la defensa. De allí que bien podría un rebelde solicitar la rescisión de la sentencia emitida dentro de un proceso que lo dejó en indefensión a través del “incidente” extraordinario. Cabe preguntarse, entonces, si bastaría con una sola acción de impugnación para estos temas, como lo prevé la legislación ecuatoriana, en lugar de las dos. A nuestro criterio la respuesta es afirmativa, ciertamente implementándose respecto del “incidente” extraordinario –que debería ser la acción que se mantenga– las mejoras necesarias a las que nos hemos referido en párrafos atrás.

Acabamos de señalar que, a diferencia de lo que ocurre con la LEC, el COGEP prevé una única acción de impugnación para oponerse a sentencias que adolezcan de nulidad o que hubiesen sido emitidas dentro de procesos nulos. Esto puede considerarse una fortaleza de la legislación ecuatoriana, a la que debemos añadir el cambio de juez que conocerá el caso respecto al que emitió la sentencia impugnada, particular que fue materia de nuestra observación a la legislación española dada la identidad del juez impugnado respecto del que conoce y resolverá la impugnación. Por fuera de estos dos puntos, la regulación ecuatoriana resulta contradictoria e insuficiente, lo cual atenta a la seguridad jurídica de los justiciables e incluso, puede llevar a que la acción devenga en inútil. La regulación española, por el contrario, se nos demuestra organizada y suficiente, por lo que bien podría servir de referencia para una necesaria reforma de la ecuatoriana.

Finalmente, la tercera acción es la revisión de sentencias firmes, instrumento valioso para corregir sentencias que por circunstancias supervinientes devenían en injustas y, por

⁵⁸⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, Madrid, UNED, 2006, págs. 28-30.

tanto, de una permanencia inaceptable en la realidad jurídica. Las causales por las cuales procede esta impugnación se encuentran plenamente identificadas con el ideario de justicia que motiva a esta acción y no son susceptibles de ser confundidas con oportunidades adicionales de discutir sobre el fondo del asunto litigioso original. Su trámite se encuentra adecuadamente previsto, al igual que las consecuencias que la aceptación o denegación de la acción conlleva, cosa similar con lo que acabamos de referir respecto de la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde. Antes de la reforma de 2015, la legislación ecuatoriana no preveía una acción similar a la revisión española, particular que fue preocupación del IEDP. Por ello, en el proyecto de nuevo “Código de Procedimiento Civil” que esta entidad académica presentó en el 2007, se la previó bajo la denominación de “recurso de revisión”. De características muy similares a la acción es la revisión de sentencias firmes, el “recurso de revisión” pretendió solventar el vacío existente para la impugnación de sentencias devenidas en injustas por circunstancias supervinientes.⁵⁸⁸ Sin embargo, la propuesta del IEDP no fue aceptada por el legislador ecuatoriano, razón por la cual en el COGEP no existe este medio de impugnación. Este particular comporta una falencia dentro del sistema de tutela judicial de los derechos de los particulares que, ante una sentencia devenida en injusta, no podría impugnarla de manera directa.

⁵⁸⁸ Esto se confirma con las causales que habilitaban tal “recurso”: “Art. 309.- Causales. El recurso de revisión procede en los siguientes casos: 1. Si la sentencia se ha dado dentro de un proceso en que se hubiera empleado fuerza o dolo para alcanzar la resolución, o hubiera mediado cohecho o acuerdo colusorio entre quien se beneficie de la resolución y el juez o tribunal de la causa, u otra maniobra fraudulenta de la parte beneficiaria por la resolución. 2. Si con posterioridad a la sentencia se hubieran recuperado documentos decisivos de la sentencia que no se pudieron aportar al juicio por causa de fuerza mayor o caso fortuito o maniobra fraudulenta de la otra parte. 3. Si alguna de las pruebas que constituyen fundamento decisivo de la sentencia hubiere sido declarada falsa por sentencia firme dictada con posterioridad; si la declaratoria fue anterior, el recurrente deberá probar que ignoraba esta circunstancia. 4. Si la sentencia se hubiere dictado sobre la base de la prueba testimonial o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento decisivo a la sentencia. 5. Si la sentencia fuere contraria a otra anterior que tuviere entre las partes autoridad de cosa juzgada, a menos que la excepción de cosa juzgada haya sido planteada y desestimada en el juicio en que se pronunció la sentencia. 6. Si la sentencia ejecutoriada es nula por falta de jurisdicción o de competencia del juez que la dictó; o por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el proceso; o por haberse citado la demanda al demandado el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía; pero si la falta de jurisdicción o la incompetencia o la ilegitimidad de personería fueron materia de discusión especial y de previo pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse, no procederá la revisión por estas causales.” IEDP, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Quito, Projusiticia, 2007, pág. 104.

CAPÍTULO III

LOS RECURSOS ORDINARIOS EN EL PROCESO CIVIL ORAL

Sumario: **III.1.** Concepto de recurso. **III.2.** Clases de recurso. **III.2.1.** Recursos ordinarios. **III.2.2.** Recursos extraordinarios. **III.2.3.** Recursos horizontales. **III.2.4.** Recursos verticales. **III.3.** Los recursos previstos por la LEC y por el COGEP. **III.3.1.** Los recursos previstos por la LEC. **III.3.2.** Los recursos previstos por el COGEP. **III.4.** Los recursos de reposición, reforma y revocatoria. **III.4.1.** Aspectos generales. **III.4.1.a.** Conceptuación. **III.4.1.b.** Resoluciones recurribles. **III.4.1.c.** Procedimiento. **III.4.2.** El recurso de reposición en la LEC. **III.4.2.a.** Conceptuación del recurso de reposición en la LEC. **III.4.2.b.** Resoluciones recurribles en reposición en la LEC. **III.4.2.c.** Procedimiento del recurso de reposición en la LEC. **III.4.3.** Los recursos de reforma y revocatoria en el COGEP. **III.4.3.a.** Conceptuación de los recursos de reforma y revocatoria en el COGEP. **III.4.3.b.** Resoluciones recurribles en revocatoria y reforma en el COGEP. **III.4.3.c.** Procedimiento del recurso de reforma y revocatoria en el COGEP. **III.4.4.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los recursos de reposición, reforma y revocatoria. **III.4.4.a.** Conceptuación. **III.4.4.b.** Procedimiento. **III.4.4.c.** Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento. **III.5.** El recurso de apelación. **III.5.1.** Aspectos generales. **III.5.1.a.** Conceptuación. **III.5.1.b. Inmediación y recurso de apelación.** **III.5.1.c.** Resoluciones recurribles. **III.5.1.d.** Procedimiento. **III.5.2.** El recurso de apelación en la LEC. **III.5.2.a.** Conceptuación el recurso de apelación en la LEC. **III.5.2.b.** Resoluciones recurribles en apelación en la LEC. **III.5.2.c.** Procedimiento del recurso de apelación en la LEC. **III.5.3.** El recurso de apelación en el COGEP. **III.5.3.a.** Conceptuación del recurso de apelación en el COGEP. **III.5.3.b.** Resoluciones recurribles en apelación en el COGEP. **III.5.3.c.** Procedimiento del recurso de apelación en el COGEP. **III.5.4.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el recurso de apelación. **III.5.4.a.** Conceptuación. **III.5.4.b.** Procedimiento. **III.5.4.c.** Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento. **III.6.** El recurso de revisión previsto en la LEC. **III.6.1.** Conceptuación. **III.6.2.** Resoluciones recurribles. **III.6.3.** Procedimiento. **III.6.4.** Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento.

En un modelo de juzgamiento por audiencias, si bien la primera instancia es la fase procesal que de manera protagónica debe implementar la forma oral, las otras fases procesales, tanto ordinaria –apelación– como extraordinaria –casación y, en el caso español, también recurso extraordinario por infracción procesal–, también deben sintonizarse con el modelo. Ahora bien, el hecho de que las fases recursivas deban buscar un entendimiento con la forma procedimental general del proceso,⁵⁸⁹ no significa que deban forzosamente adoptar

⁵⁸⁹ Decimos que la forma procedimental general del proceso es la que el legislador prevea para la primera instancia, pues en ella se desarrollarán de manera extensa las argumentaciones y pruebas que irán a proveer los elementos de convicción para la resolución del litigio. En efecto, es en la primera instancia donde las partes deben exponer y demostrar sus respectivas pretensiones y excepciones, donde el juzgador debe establecer un contacto directo con la materia litigiosa, las partes y las pruebas para alcanzar una cabal comprensión del caso que le permita formar su criterio de juzgamiento. A esto se debe sumar la aspiración social de que los conflictos puestos a conocimiento del órgano jurisdiccional se resuelvan de manera definitiva con la menor inversión de tiempo y recursos –solución definitiva del caso en primera instancia–.

el mismo modelo para su tramitación. Lo que en realidad debe buscarse es que los distintos procedimientos que se establezcan para las diferentes instancias o fases del proceso coadyuven a la consecución de una estructura procedimental general que resulte coherente con las características u objetivos perseguidos con el modelo procedimental por el que se ha optado. Con esto queremos expresar que, en su conjunto, el proceso deberá ser diseñado para la mejor administración de la justicia que, desde lo procedimental, en unas ocasiones convendrá informarse por la inmediación y en otras por la mediación; que en unos casos optará por la comunicación oral de los actos procesales y en otros, por la escrita.

Considerando lo anotado, así como el hecho de que uno de los principales criterios conductores de nuestra investigación es la oralidad, comprobaremos que en algunos casos será coherente, y de hecho necesario, que un recurso posea un procedimiento oral, mientras que en otros resultará conveniente que el procedimiento sea predominantemente escrito, pues, en atención a sus caracteres connaturales, la escritura puede responder de mejor manera a las aspiraciones de obtener una mejoría en la administración de justicia, al menos desde la perspectiva del trámite de las fases recursivas. Con el fin de establecer con precisión estos asuntos, resulta imprescindible realizar un estudio pormenorizado de cada uno de los recursos previstos por el contencioso civil español y ecuatoriano, de sus naturalezas jurídicas y de la manera en que los legisladores los han entendido y regulado, a la luz de los principios del procedimiento y de las formas oral y escrita, todo lo cual pasamos a desarrollar.

III.1. Concepto de recurso

PICATOSTE BOBILLO recuerda que el término “recurso” proviene del latín *recurrere*, el cual se traduce al español como “volver a ocurrir”. De esta forma se alude a la idea de repetición de la “andadura procesal”, es decir, del enjuiciamiento hecho por el juzgador cuya resolución se impugna.⁵⁹⁰ La raíz etimológica del término responde a la idea nuclear de aquello a lo que se aspira con el recurso, tal como pasamos a analizar a través de las definiciones que varios autores han compuesto sobre el mismo. Así, para MURCIA BALLÉN, “los recursos son los modos o maneras como se proyecta en la práctica el derecho de impugnación; mediante ellos el litigante que se encuentre frente a una resolución que estime perjudicial para sus intereses puede promover su revisión.”⁵⁹¹ En la misma línea de pensamiento, DEVIS ECHANDÍA inicia recordando que la impugnación es el género y el recurso es la especie, entendiendo por recurso “la petición formulada por una de las partes para que el mismo juez que profirió una providencia, o un superior, la revise con el fin de

⁵⁹⁰ Cfr. PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Disposiciones Generales sobre los Recursos”, en PICATOSTE BOBILLO, Julio (Coord.), *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2009, pág. 21.

⁵⁹¹ MURCIA BALLÉN, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, Santa Fe de Bogotá, El Foro de la Justicia, 1983, pág. 9.

corregir los errores de juicio o de procedimiento que en ella se hayan cometido.”⁵⁹² ESPINOSA SOLÍS DE OVANDO considera, en términos más específicos, que los recursos “son medios que la ley concede a la parte que se crea perjudicada por una resolución judicial para obtener que ella sea modificada o dejada sin efecto.”⁵⁹³

Por su parte, DE PINA define el recurso como “el medio de impugnación de los actos judiciales establecidos expresamente al efecto por disposición legal.” Agrega además que el recurso “es un medio de impugnación que permite a quien se halle legitimado para interponerlo el someter la cuestión resuelta en ésta [la sentencia] o determinados aspectos de ella, al mismo órgano o a uno superior en grado dentro de la jerarquía, para que enmiende, si existe, el error o agravio que lo motiva.”⁵⁹⁴ GOLDSCHMIDT expresa que los recursos “son los medios jurídicos procesales concedidos a las partes, a los afectados inmediatamente por una resolución judicial y a los intervinientes adhesivos, para impugnar una resolución judicial que no es firme.”⁵⁹⁵ DI IORIO define a los recursos como “actos procesales de parte en virtud de los cuales quien se considere agraviado por una resolución judicial, pide, en el mismo proceso, que mediante un nuevo examen de la causa se subsanen los errores que le perjudican, reformando, modificando, ampliando o anulando la resolución”⁵⁹⁶ Finalmente citaremos a BANACLOCHE PALAO, quien sostiene que el recurso “es un acto dirigido a impugnar una resolución del órgano jurisdiccional que un litigante considera perjudicial para sus intereses, y con el que pretende que aquella sea revocada y sustituida por otra que se ajuste a Derecho.”⁵⁹⁷

De estas definiciones podemos extraer al menos cinco notas caracterizadoras del instituto en estudio. La primera es que el recurso requiere encontrarse legalmente previsto para que opere en un proceso determinado. Esta reserva de ley incumbe, como hemos estudiado en el capítulo II, tanto a la previsión misma de la existencia del recurso, cuanto a todas las reglas procesales y procedimentales con él relacionadas, incluidos los requisitos materiales y formales para que pueda ser puesto en práctica. Nos referimos al principio de recurso legalmente previsto, el cual se constituye como una de las garantías del derecho a la

⁵⁹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pág. 505.

⁵⁹³ ESPINOSA SOLÍS DE OVANDO, Alejandro, *Manual de Procedimiento Civil-Recursos Procesales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973, pág. 19.

⁵⁹⁴ PINA, Rafael de, *Derecho*, México D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1975, pág. 270.

⁵⁹⁵ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Labor, 1936, pág. 643.

⁵⁹⁶ DI IORIO, Alfredo J., *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, De Palma, 1985, págs. 42-43..

⁵⁹⁷ BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial La Ley, 2012, pág. 355.

tutela judicial efectiva sin indefensión, tal como lo han reconocido tanto el TC (Esp),⁵⁹⁸ como la CC (Ecu).⁵⁹⁹ Es así que en materia civil no existe un derecho fundamental al recurso en abstracto,⁶⁰⁰ sino un derecho al recurso específico cuando el legislador ordinario lo haya considerado como parte del proceso determinado, toda vez que este tipo de derechos procesales constitucionalizados requieren necesariamente un desarrollo normativo de rango legal para su aplicación –principio de configuración legal del proceso–.⁶⁰¹

Una segunda nota caracterizadora se refiere al remedio jurídico que se busca con el recurso, el cual puede ser la modificación del contenido o la anulación de la resolución.⁶⁰² En el primer caso, con el recurso se pretende denunciar y buscar el remedio para infracciones a normas materiales de los que puede adolecer la resolución del órgano jurisdiccional, pero que se encuentran contenidos en actos que cumplen con todos los requisitos de validez necesarios para su debida existencia. En el segundo caso, el recurso enfilará la impugnación en contra de la resolución del órgano jurisdiccional que no reúna todos los requisitos que la ley ha dispuesto sean necesarios para su existencia jurídica –infracciones a normas procesales–. En esta misma línea de pensamiento, consideramos pertinente citar el criterio del CNJ (Ecu) la cual mencionó que “los recursos son medios de control, entregados a las partes, para que, el posible error de forma o de fondo en el proceso, sea corregido; dicha facultad debe ejercerse conforme la ley establece, por cuanto, el recurso constituye un

⁵⁹⁸ Ver: SSTC: 35/2011, de 28 de marzo, FFJJ 1,2 ; 120/2009, de 21 de mayo, FJ 2; 270/2005, de 24 de octubre, FFJJ 1,3, entre muchas otras.

⁵⁹⁹ Ver: CC (Ecu), Sentencia 003-10 SCN-CC, dentro del Caso N° 0005-09-CN de 25 de febrero del 2010; y, la Sentencia 016-10 SCN-CC, dentro del Caso N° 0018-10-CN de 5 de agosto de 2010.

⁶⁰⁰ Recuérdese, sin embargo, que derecho que con rango de “humano” sí existe para el condenado –pero no para el acusador o el absuelto– en el caso de las materias penales y se encuentra ampliamente reconocido en convenios y pactos internacionales tales como el PIDCP, art. 14.5.

⁶⁰¹ Así lo ha ratificado el TC (Esp), en la STC 07/2015 del 22 de enero de 2015, FJ 3 al mencionar que: “...mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*. Además, a diferencia del derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho de acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación y, solo entonces, pasa a formar parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.”

⁶⁰² Es conveniente citar lo dispuesto sobre los recursos por la CC (Ecu), en la Sentencia N° 305-15-SEP-CC, Caso N° 1546-14-EP, del 16 de septiembre de 2015, donde señaló cuales son los fines a perseguir con los distintos medios de impugnación: “los diferentes actos jurisdiccionales –decretos, autos, sentencias [estos eran los tipos de resoluciones judiciales antes de la entrada en vigencia del COGEP]- expedidos por los operadores de justicia, pueden ser impugnados por las partes procesales cuando estas consideren que estos no han sido emitidos o dictados en observancia a la normativa propia del *thema decidendum*. Para este fin, las partes poseen, dentro de su derecho a la defensa previsto por el art. 76, numeral 7, literal m), el derecho a recurrir a los medios de impugnación idóneos, siempre que se encuentran legalmente previstos (recursos horizontales, verticales o nulidades), a los fines de conseguir que el órgano jurisdiccional pueda restablecer el derecho lesionado cuya protección se invoca, ya sea dejándolo sin efecto o aclarándolo, ampliándolo, reformándolo o revocándolo.”

mecanismo, a través del cual, se busca corregir posibles errores materiales o procesales que puedan advertirse en sentencias o autos impugnables.”⁶⁰³

Una tercera nota caracterizadora se refiere a la competencia para el conocimiento y resolución del recurso. Al respecto, debemos considerar que este medio de impugnación puede revestir varios tipos, como veremos en el siguiente acápite –III.2–. Es así que dependiendo del tipo de recurso del que se trate, puede ser conocido y resuelto por el mismo juzgador que emitió la resolución impugnada o, por el contrario, puede ser conocido y resuelto por un juzgador distinto y jerárquicamente superior al que emitió dicha resolución. Las reglas sobre competencia, entonces, dependerán de la previsión que normativamente haya dispuesto el legislador al establecer las clases de recursos que la parte puede accionar respecto de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, reglas que también deben prever con claridad la obligatoriedad o no de agotar determinados medios de impugnación para acceder a otros. En este caso el legislador puede optar por dos maneras de regular el acceso al recurso. Una es estableciendo la necesidad de agotar todos los medios que la ley pone a disposición del justiciable para conseguir la corrección de un pronunciamiento jurisdiccional, de forma previa a servirse de otros. Pese a que resulta comprensible el ánimo de buscar soluciones de forma graduada, en clara ponderación de un patrocinio exhaustivo, en algunos casos dicha exhaustividad puede devenir en una pérdida de tiempo y esfuerzos si nos enfrentamos a un órgano decisor con crónicas conductas ratificadoras. De allí que el legislador también pueda optar por establecer la libertad de la parte para decidir si agota los medios de impugnación previos antes de accionar otros. Este criterio, si bien hace sentido con un patrocinio acaso más racional, puede llevar al caos procesal en el evento de que no se encuentre correctamente reglado, pues existen grados y temáticas que no pueden ser pasadas por alto en cuanto a la impugnación procesal atañe. Previendo este riesgo, algunas legislaciones son muy puntillosas al momento de establecer las reglas del ejercicio *per saltum* de los recursos, mientras que otras, como la española o la ecuatoriana, optan simplemente por no permitir dicha práctica procesal.

Tema importante a relieves, y que constituye una cuarta nota caracterizadora, es que si el recurso genera una nueva instancia, grado o fase,⁶⁰⁴ esto no rompe la unidad procesal ni origina un proceso diferente. Como señala GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, “los recursos constituyen actos procesales de impugnación que originan la continuación de la causa, de manera que prolongan su desarrollo a través de otra fase.”⁶⁰⁵ Es así que el recurso no

⁶⁰³ CNJ (Ecu), Resolución N° 672-2013, del 11 de junio de 2013.

⁶⁰⁴ Caso de recursos verticales como la apelación, la casación o el recurso de hecho, según analizaremos más adelante.

⁶⁰⁵ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El Proceso Civil*, Oviedo, Editorial Forum, 2005, pág. 326. En el mismo sentido PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín y SEOANE SPIEGELBERG, José, *Derecho Procesal Civil II*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicions, 2006, pág. 129.

constituye una nueva acción diferente a la que dio nacimiento al proceso, sino que deviene en una etapa del mismo dentro del derecho a la tutela efectiva que, según conocemos, no sólo comprende el derecho a acudir a los Tribunales, sino también el de recurrir –siempre que exista la previsión legal, según hemos estudiado–.

Adicionalmente, cuando en el recurso vertical –ver epígrafe III.2.4– se discute sobre infracciones materiales o infracciones de normas procesales ocurridas en la sentencia, cabe señalar que no existe un divorcio temático entre el fondo del caso y lo que se busca a través de la impugnación. Aun cuando un recurso que posea la temática antes indicada impugna una actuación específica del juzgador en cuanto a su criterio de juzgamiento material o formal y, por tanto, el pedido principal e inmediato de la parte es la denuncia de las infracciones normativas, tras el reparo propuesto, siempre se encuentra, en último término, la defensa del pedido –*petitum*– original: el que las pretensiones de la demanda o que las excepciones de la contestación sean aceptadas. Como señala MONTERO AROCA, “la pretensión y la resistencia interpuesta en la demanda y en la contestación son las mismas que se continúan en el recurso; el actor que pidió la condena del demandado, la estimación de la pretensión, si es el que impugna la sentencia de instancia sigue pidiendo en la apelación lo mismo; el demandado que pidió su absolución, sigue por medio de los recursos pidiendo lo mismo.”⁶⁰⁶ Es claro que, pese a que el recurso se dirija en contra de una resolución del órgano jurisdiccional con una denuncia específica y que primero se deba verificar la existencia del vicio material o formal en la sentencia, la petición subyacente siempre es la original del proceso. Cosa distinta ocurre cuando la infracción que motiva el recurso es de índole procesal respecto a la tramitación de la causa. Entonces, la intención del recurrente no será defender, a través de la impugnación, su posición litigiosa inicial, sino el que se declare la nulidad de lo actuado y se vuelva a tramitar el proceso de manera válida.

Las dos circunstancias que acabamos de analizar –la inexistencia de ruptura de la unidad del proceso y la conservación del *petitum*– nos sirven para establecer la diferencia del recurso con las acciones autónomas de impugnación.⁶⁰⁷ Según analizamos en el acápite II.12.3, las acciones autónomas de impugnación sí generan nuevos procesos ya que por una parte se las dirige en contra de actos judiciales firmes y, por otra, la motivación o causa específica de estas cambia respecto de la que generó el proceso originario. Si bien existe una dependencia de la acción autónoma de impugnación respecto al proceso original, esta radica en que la resolución a ser impugnada a través de la acción fue resultado del proceso original. Sin embargo, la materia de la discusión judicial no será la misma respecto de la cual se trabó

⁶⁰⁶ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO María Pía, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 430-431.

⁶⁰⁷ Similar análisis es realizado por LÓPEZ GIL, Milagros, “Consideraciones Generales sobre los Recursos”, en ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Dir.), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 2008, pág. 371.

inicialmente la litis, sino otra exógena a aquella devenida *a posteriori*. Entonces, el juzgador de la acción autónoma no podrá resolver nada respecto a los puntos en los que se trabó el litigio original, sino únicamente sobre los motivos que motivaron la nueva acción. Aun cuando acepte la procedencia de la acción autónoma, el juzgador declarará el hecho y, de necesitarse una reparación respecto del proceso original, ordenará que el juzgador respectivo acuerde dicha reparación. Por todas estas razones no resulta dable la conservación de la unidad o identidad procesal.

Para finalizar, y como quinta nota caracterizadora, recordaremos que los recursos también constituyen un sistema de control de las actuaciones judiciales. Este sistema de control tiene dos beneficiarios. De un flanco, al interés público de que toda actuación de los órganos jurisdiccionales se encuadre en la corrección jurídica y fáctica; y, de otro, al interés privado de la parte procesal respecto a que sus derechos no sean conculcados por una actuación pública errónea o violatoria de las normas jurídicas.⁶⁰⁸ En relación al interés público cabe puntualizar que pese a que en un proceso dispositivo, como lo es el civil, no procede la instauración un recurso de oficio, el hecho de que el legislador establezca fases recursivas en el proceso denota su ambición de que toda actuación judicial se ajuste a Derecho, aun cuando tal ajuste sea el fruto de una revisión vía recurso accionado necesariamente a pedido de parte.

III.2. Clases de recurso

En atención a las distintas necesidades de impugnación que pueden surgir en el proceso, la doctrina y las legislaciones han desarrollado varios tipos de recursos. Dependiendo del tipo de error o del tipo de resolución judicial objetada, en ocasiones se requerirá un medio que permita una expedita y directa revisión por el mismo juzgador, mientras que en otras se justificará un mediato examen por parte de un juzgador distinto al emisor de la resolución observada. De igual manera, en determinadas circunstancias, la impugnación ameritará ser amplia en cuanto a su temática, mientras que en otras los supuestos que puedan ser observados deberán ser limitados. Es así que existen varios criterios para clasificar a los recursos, destacándose principalmente dos que han sido generalmente aceptados⁶⁰⁹ y que poseen relevancia práctica por haber sido asumidos por los

⁶⁰⁸ Cfr. CABRERA ACOSTA, Humberto, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pág. 301.

⁶⁰⁹ PICATOSTE BOBILLO incluso califica como “clásica” la distinción entre recursos devolutivos y no devolutivos, ordinarios y extraordinarios (Cfr. “Disposiciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 27). Existen también otros criterios adicionales a los generalmente aceptados que son materia de nuestro estudio. Por ejemplo, LOVATO identifica como clases de recurso a los devolutivos y no devolutivos, no en atención a la identidad o diversidad del órgano encargado de su resolución –que es el criterio que manejamos en este trabajo–, sino al dato de si el acto judicial produce o no efectos suspensivos una vez impugnado; y también se refiere a los recursos modificativos, revocatorios y anulatorios, según el fin que se persiga con el recurso (Cfr. *Programa de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, págs. 14-15). GÓMEZ

sistemas jurídicos materia de nuestro análisis, a saber: (i) la generalidad de los supuestos que pueden ser combatidos con los recursos –criterio material–, que permite distinguir entre recursos ordinarios y extraordinarios; y (ii) la identidad o diversidad entre el órgano que dictó la resolución objetada y el que debe decidir sobre la objeción –criterio jerárquico–, que conduce a diferenciar entre recursos horizontales –o “no devolutivos”– y verticales –o “devolutivos”–.^{610, 611}

En nuestro análisis, la clasificación que merece mayor atención es la que contrapone recursos ordinarios a recursos extraordinarios, en atención al criterio material. Este criterio es tomado de la tradición francesa⁶¹² y basa su categorización en el estudio de la naturaleza jurídica del medio de impugnación y no en la mera la identidad y gradación de quien va a resolver la impugnación.

En la antípoda de nuestra opción, autores como GUASP consideran que el criterio de clasificación jerárquico de los recursos es el más importante de entre los existentes, pues proporcionaría una nota distintiva y una comprensión global y satisfactoria del tema. GUASP defiende que la adecuada clasificación se encuentra al distinguir entre recursos horizontales o no devolutivos, cuando los resuelve quien dictó la resolución recurrida –juzgador *a quo*– y verticales o devolutivos, cuando los resuelve un superior de quien emitió tal resolución –

ORBANEJA clasifica los recursos por sus efectos entre devolutivos y no devolutivos; por la clase de resolución impugnada, de resoluciones interlocutorias y de resoluciones de fondo; por el grado jurisdiccional de quien procede la resolución recurrida, de juez de paz, de primera instancia, de Audiencias; por el tipo de proceso, impugnación independientes de las interlocutorias, o englobada con las sentencias definitivas (Cfr. *Derecho Procesal Civil*, volumen 1, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1976, pág. 153). PÉREZ-CRUZ MARTÍN, por su parte, identifica como clases de recursos a los principales o por adhesión, dependiendo de los efectos que la interposición de un recurso cause a las personas que pudieren formar una parte procesal; principales e incidentales, si el recurso tiene por objeto la impugnación de una sentencia o un auto definitivo, o si por el contrario, tienen por objeto la impugnación de una resolución interlocutoria –clasificación esta última que puede crear confusiones, antes de explicar la materia– (Cfr. *Derecho Procesal Civil II*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2006, pág. 141-142). Adicionalmente, autores como CORTÉS DOMÍNGUEZ y ASENSIO MELLADO diferencian entre los recursos en sentido estricto y los medios de gravamen, en función de si lo que se persigue con la oposición a una determinada resolución judicial es pura y simplemente su anulación –medio de impugnación– o la sustitución de su contenido –medio de gravamen– (Cfr. *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 328; y ASENSIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 214). Todas estas clasificaciones son estrictamente teóricas y obedecen a los criterios conceptuales de cada autor, criterios que en unos casos pueden ser útiles para una comprensión académica de los temas, pero que en otros casos pueden resultar más confusas que científicamente exhaustivas.

⁶¹⁰ Cfr. ALVEAR MACÍAS, Jorge, *Estudio de los Recursos en el Procedimiento Civil Ecuatoriano*, Quito, Editorial Edino, 1991, pág. 22.

⁶¹¹ José GARBERÍ LLOBREGAT sostiene que únicamente debe atenderse a los criterios de clasificación de los recursos que hemos expuesto, pues otros, al no haber sido “secundadas por el legislador”, pudieran revestir cierto interés teórico, pero ninguno práctico. “Los Recursos en el Proceso Civil: Concepto, Clases y regulación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.), *Los Procesos Civiles*, tomo 2, Barcelona, Editorial Bosch, 2010, pág. 1699.

⁶¹² Cfr. IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pág. 110.

juzgador *ad quem*-.⁶¹³ Al ser el criterio jerárquico más antiguo doctrinalmente hablando, los autores clásicos realizaron una distinción en la denominación de estos medios de impugnación, atendiendo a dicho criterio de clasificación. Así, cuando la impugnación era conocida por el mismo órgano emisor de la resolución objetada, tal procedimiento era llamado *remedio*. Pero si la impugnación era conocida por un jerárquico superior, entonces sí tomaba el nombre de *recurso*.⁶¹⁴ Dejamos anotado el particular a manera de referencia histórica de esta postura, pues la distinción en la denominación entre remedios y recursos ha dejado de tener relevancia, al menos a nuestro criterio como en el de otros autores.⁶¹⁵

Concluyendo este punto, anotaremos que aun cuando nuestra posición pondera el criterio de clasificación material de los recursos, ello no significa que quitemos valor a los postulados del criterio jerárquico, pues éstos van a complementar al criterio de clasificación material. Por ejemplo, existen recursos ordinarios que van a ser conocidos por el mismo juzgador que emitió la resolución recurrida, así como también existen recursos ordinarios que serán conocidos por un superior del juzgador que emitió la resolución impugnada. Si bien los caracteres jurídicos básicos de estos recursos, en cuanto ordinarios, son idénticos, la dinámica de los mismos cambia en atención a que opere o no el criterio jerárquico, según se explicará más adelante. De allí que el análisis de la identidad del juzgador que conocerá y resolverá la impugnación constituye un elemento importante dentro del estudio del recurso.

III.2.1. Recursos ordinarios

Los recursos ordinarios se producen en el proceso con normalidad, como respuesta amplia al derecho reglado de impugnar los actos procesales. De este carácter de “normalidad” se deriva la mayor facilidad con que esta clase de recursos pueden ser interpuestos y admitidos, así como la vasta temática a la que pueden responder. En tal sentido, son notas características del recurso ordinario: la no exigencia de motivos específicos o causales tasadas para su interposición, así como la no exigencia de una técnica particular de fundamentación ni la observancia de formalismos.⁶¹⁶ Por estas razones sostuvimos y sostenemos que el recurso ordinario es el medio específico que de mejor manera concreta los postulados de la impugnación, en la medida en que otorga plena libertad causal para que las partes puedan presentar su impugnación a las resoluciones del órgano jurisdiccional. De hecho, la admisión del recurso ordinario no está subordinada en ningún caso a la invocación de motivos previamente determinados en la ley, bastando, en principio,

⁶¹³ Cfr. GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 713. En similar sentido: LÓPEZ GIL, Milagros, “Consideraciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 373.

⁶¹⁴ Cfr. ALVEAR MACÍAS, Jorge, *Estudio de los Recursos en el Procedimiento Civil Ecuatoriano*, cit., pág. 22.

⁶¹⁵ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Civil*, volumen 1, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1976, pág. 419.

⁶¹⁶ Cfr. GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 712.

para fundamentar el recurso que la parte recurrente exponga el perjuicio –gravamen– que la resolución le causa.

Los recursos ordinarios poseen comúnmente también amplitud temática y, por lo tanto, otorgan una mayor medida de conocimiento a los Tribunales competentes para conocer de ellos, con el objeto de poder reparar cualquier irregularidad de juicio y los errores procesales, que hubiesen sido denunciados por el recurrente.⁶¹⁷ Parte de la doctrina considera que esta amplitud de conocimiento y decisión de la que gozan los juzgadores que van a resolver los recursos ordinarios no obedece sustancialmente al interés de la parte recurrente. Según señala DEVIS ECHANDÍA, esta amplitud se justifica con el fin de tutelar el interés general por una buena justicia y por la corrección de los actos judiciales; sólo secundariamente queda el fin de tutelar el interés particular del recurrente. Respecto de lo sostenido por el autor colombiano, es necesario aclarar que en los recursos informados por el principio dispositivo las facultades de los juzgadores quedan supeditadas a lo entregado a ellos por las partes vía recurso, no existiendo facultad oficiosa o investigativa alguna a través de la cual puedan referirse a eventuales vicios que detecten pero que no hubiesen sido materia de la impugnación, salvo en el tema de nulidades absolutas. Por tanto, y en atención a los postulados dispositivos, la amplitud de poderes que posean los juzgadores estará supeditada a los extremos que las partes hubiesen determinado en sus recursos.

Ahora bien, dentro del ámbito del recurso delimitado por las partes en sus impugnaciones, el juzgador posee plena libertad para acordar la solución que en Derecho considere adecuada. Esto es sostenido por GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, a cuyo criterio, en los recursos ordinarios basta el mero gravamen o perjuicio para que la resolución sea impugnada, “sin limitación de facultades del Tribunal *ad quem* en su decisión y conocimiento.”⁶¹⁸ PICATOSTE BOBILLO, por su parte, desarrolla este punto de la siguiente manera: “Los recursos ordinarios no limitan las facultades o los poderes del Tribunal que conoce el recurso; puede decirse que tanto el órgano *a quo* como el Tribunal *ad quem* gozan de la misma amplitud de conocimiento del asunto, siempre dentro del límite objetivo que el recurrente acote.”⁶¹⁹

En el caso español, pertenecen a esta clase de recursos el de reposición y el de apelación, así como el denominado de revisión previsto por el art. 454 bis de la LEC. Autores como BANACLOCHE PALAO o LÓPEZ GIL sostienen que el recurso de queja también

⁶¹⁷ Cfr. PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 581.

⁶¹⁸ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El Proceso Civil*, cit., pág. 326.

⁶¹⁹ Cfr. PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Disposiciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 28.

constituiría un recurso ordinario;⁶²⁰ criterio que no compartimos, conforme lo sustentaremos cuando nos refiramos a dicho recurso –acápite IV.2–. En el caso ecuatoriano, pertenecen a esta clase de recursos la reforma, la revocatoria y la apelación.

III.2.2. Recursos extraordinarios

A diferencia de los recursos ordinarios, los extraordinarios únicamente proceden por determinadas causales y en específicas condiciones expresamente previstas por la ley,⁶²¹ sin generalidad.⁶²² Las denominadas *causales* de los recursos extraordinarios constituyen los supuestos específicos de impugnación que el legislador ha acordado para que este tipo de recursos puedan interponerse. La parte procesal que pretenda accionar uno de carácter extraordinario debe evaluar si la impugnación buscada se identifica y puede subsumirse en una de aquellas causales, pues no habiendo libertad de motivos para impugnar, tal subsunción es la única manera en que el recurso puede proponerse y prosperar.

Característica connatural de esta clase de recursos es que el juzgador que va a conocerlos y resolverlos, no puede examinar causales no alegadas, así como tampoco puede examinar errores no expresamente denunciados, aunque estos pudieran identificarse con alguna de las causales escogidas por el recurrente. Es decir, el juzgador únicamente puede examinar las causales alegadas en el estricto sentido en que éstas fueron expuestas y fundamentadas.⁶²³ No existe libertad de examen de la cuestión controvertida por parte del juzgador que conoce el recurso; la actividad revisora del juez es ciertamente restringida.⁶²⁴ Todo esto se traduce en la limitación de poderes del juzgador que va a conocer una impugnación recursiva extraordinaria, en virtud de la naturaleza misma de la actividad que

⁶²⁰ Cfr. LÓPEZ GIL, Milagros, “Consideraciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 373. ⁶²⁰ BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 356.

⁶²¹ Cfr. ESPINOSA SOLÍS DE OVANDO, Alejandro, *Manual de Procedimiento Civil-Recursos Procesales*, cit., pág. 16.

⁶²² Al respecto, es pertinente citar el criterio de la CNJ (Ecu) en la Sentencia N° 0004-10-SEP-CC, dentro del Caso N° 0388-09-EP, del 24 de febrero de 2010, donde al diferenciar el recurso de apelación del de casación denota lo anotado. Así, el fallo dispone que: “...el recurso de casación ha sido instituido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un recurso extraordinario, a diferencia de otros, como el de apelación, que es recurso ordinario. En la previsión legal de este recurso se encuentran taxativamente determinadas las causas por las que procede y por las que, en consecuencia, serán admitidos, a diferencia de los recursos ordinarios que pueden ser interpuestos aduciendo lesión de cualquier norma jurídica en la sentencia o auto, razón por la que para el recurso de casación se han previsto requisitos más rigurosos que para cualquier otro recurso. La extraordinariedad del recurso se justifica por cuanto, en general, en la tramitación de los procesos anteriores se ha cumplido con la pluralidad de instancias, por lo que la posibilidad de interponer un nuevo recurso debe obedecer a circunstancias especiales.”

⁶²³ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, cit. pág. 514.

⁶²⁴ Cfr. CABRERA ACOSTA, Humberto, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, cit., pág. 301.

la ley específicamente le encomienda.⁶²⁵ Conviene reconocer que las limitaciones a las que nos acabamos de referir son propias de todo proceso dispositivo, pero así mismo se puede sostener que resultan aún más evidentes en los recursos extraordinarios, dada la previsión de las causales tasadas.

Aun cuando la previsión de causales tasadas podría llevar a creer que en los recursos extraordinarios existe un cambio en la materia del debate, dada la modificación del pedido original –pretensiones y excepciones– al pedido del recurso extraordinario –causales tasadas–,⁶²⁶ esto no es así, según pasamos a explicar. Antes de nada debemos dejar en claro que toda impugnación posee un pedido específico y ciertamente diferente del pedido litigioso de origen –esto ya lo anticipamos en el epígrafe III.1–. Al impugnar, la parte denuncia puntuales infracciones materiales o procesales, cuya corrección de hecho abonará de manera directa o indirecta a la consecución de sus pretensiones litigiosas de fondo. Cuando se denuncian vicios materiales, es claro que su aceptación y enmienda acercará a la parte de manera directa al juzgamiento de sus pretensiones de fondo. Por otro lado, cuando se denuncian vicios procesales, caben dos posibilidades: la primera que estos vicios afecten a la sentencia, donde su corrección implique la emisión de una resolución de reemplazo, en la cual, ciertamente se decidirá sobre el fondo del caso. La segunda posibilidad, que el vicio formal denunciado haya ocurrido durante la tramitación del proceso o que habiéndose verificado en la sentencia, no se haya previsto legalmente la posibilidad de emitirse una resolución de reemplazo. En casos como estos se deberá proceder con el reenvío al juzgador correspondiente para que vuelva a tramitar la causa o a resolverla; aunque con la dilación propia que toda declaratoria de nulidad implica, finalmente se pretende decidir sobre el fondo del asunto. En cualquier caso, confirmamos que es connatural a la impugnación, tanto ordinaria como extraordinaria, que el impugnante posea un pedido propio y necesariamente distinto de su pedido de fondo, lo cual no significa que exista rompimiento de la unidad temática procesal, sino la necesaria revisión de temáticas concretas –infracciones– suscitadas dentro del mismo proceso, que ameritan un especial examen y resolución; revisión que, de manera próxima o remota, pretende arribar a la resolución de la materia original del litigio.

En este orden de temas, conviene aclarar que el recurso extraordinario no genera una nueva instancia. Entendemos por instancia a cada una de las etapas del proceso en las cuales el juzgador está en la posibilidad de conocer y resolver directamente sobre el fondo del asunto litigioso. En los recursos extraordinarios la principal tarea del Tribunal competente es el juzgamiento de la causal denunciada, es decir, el juzgador de manera alguna realizará directamente un análisis de los puntos en los que originalmente se trabó la litis. Solo como consecuencia de la aceptación de la denuncia del vicio tasado y en el evento de que la ley

⁶²⁵ Cfr. ESPINOSA SOLÍS DE OVANDO, Alejandro, *Manual de Procedimiento Civil-Recursos Procesales*, cit., pág. 18.

⁶²⁶ Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, cit., pág. 40.

imponga al Tribunal la obligación de dictar una resolución de reemplazo, éste podrá conocer y pronunciarse sobre la materia litigiosa; pronunciamiento que resulta limitado en estos recursos, pues depende de las fronteras impuestas por la causal y la forma en que ésta fue denunciada por el recurrente.

Adicionalmente, otro de los postulados caracterizadores de los recursos extraordinarios se refiere al formalismo que las legislaciones suelen exigir cumplir a quienes los accionan. Pese a que autores calificados como DEVIS ECHANDÍA sostienen que los formalismos de los recursos extraordinarios deben ser limitados, a efectos de no sacrificar la justa decisión por ritualidades en la calificación de los cargos por infracciones materiales o procesales,⁶²⁷ nosotros consideramos que es importante que se guarde el cuidado de las formas exigidas por la norma al momento de interponer una impugnación extraordinaria. De esta manera no sólo se consigue que los particulares no abusen de este tipo de recurso, sino que también se obtiene un filtro por medio del cual el juzgador puede desechar aquellos recursos que no cumplan con los requisitos formales que un recurso extraordinario debe exigir, en virtud a las consecuencias que él conlleva. La rigurosidad que la parte y el juzgador deben cuidar en este tipo de recursos se identifica justamente con el carácter extraordinario de los mismos.

Pertenecen a esta clase de recursos el de casación, el de infracción procesal y el de queja, en el caso español; y el de casación y el de hecho, en el caso ecuatoriano.

III.2.3. Recursos horizontales

Acorde al criterio de clasificación jerárquico, los recursos horizontales, también denominados no devolutivos, son aquellos que van a ser conocidos y resueltos por el mismo juzgador que emitió la resolución impugnada. Este tipo de recurso responde a la necesidad de poseer una vía de impugnación expedita a través de la cual el juzgador pueda, a petición de parte, reconsiderar su actuación y enmendarla, de ser el caso. Se consigue con estos recursos la corrección de las resoluciones del órgano jurisdiccional que se relacionen con el desarrollo procedimental de la causa, mas no que vayan a resolver el litigio –ver el acápite II.3.4, sobre la inmutabilidad de las resoluciones judiciales–. Comportan los recursos horizontales una importante vía para la corrección de errores en resoluciones judiciales que pueden llegar a convertirse en verdaderos óbices para la adecuada composición y marcha del proceso.

Reposa, por tanto, el recurso horizontal en los principios de economía procesal y celeridad, pero sobre todo en la confianza que posee la sociedad en la madurez intelectual y emocional de los juzgadores; elemento sin el cual este tipo de impugnación está destinada al

⁶²⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, cit., pág. 514.

fracaso. El objeto de los recursos horizontales estriba en evitar que se mantengan indemnes los errores judiciales que se produzcan dentro de la tramitación del proceso y que por tanto son fácilmente reconocibles. De allí la importancia de que quienes se encargan de la impartición de justicia sean conscientes de lo valioso de contar con una oportunidad para corregir sus propios errores, precautelando al proceso de inconvenientes futuros.

Vale reconocer que la efectividad de este tipo de recursos ha sido puesta en duda, en vista de “la natural tendencia a no admitir los propios errores”.⁶²⁸ No vamos a negar que los juzgadores son más bien proclives a confirmar sus actuaciones, tanto es así que autores como ORTELLS RAMOS han llegado a afirmar que “es razonable pensar que no son muy efectivos para lograr la modificación de la resolución impugnada”.⁶²⁹ De hecho, el que nadie suela cambiar de criterio se explica con la teoría psicológica de la disonancia cognitiva: quien alcanza un equilibrio cognitivo sobre un asunto –en nuestro ámbito, quien llega a su propia conclusión sobre cuál es la solución jurídica correcta a una determinada cuestión– tiende a despreciar todos los argumentos y pruebas que contradigan dicho equilibrio; y, al mismo tiempo, tiende a sobrevalorar los argumentos y pruebas que confirmen dicho equilibrio. Sin embargo, insistimos en que la previsión normativa de este tipo de recursos resulta fundamental dentro del correcto diseño del proceso, como medio expedito para superar errores en las resoluciones emitidas durante la tramitación de la causa, apelando, ciertamente, a la madurez intelectual y emocional de los juzgadores. En este sentido, lógicamente, el legislador conoce esta teoría –psicológica de la disonancia cognitiva–, pero sigue regulando los recursos horizontales, en el entendimiento de que, a pesar de todo, un cambio de criterio del mismo juzgador es posible si los argumentos del recurrente son lo suficientemente convincentes; y, en ese caso, las partes y la Administración de Justicia se habrán ahorrado el esfuerzo, tiempo y costes que hubiera entrañado la utilización de un recurso vertical. En todo caso, ante cualquier problema de efectividad que puedan experimentar los recursos horizontales, bien vale analizar y ocuparse primero de la conducta del juzgador antes que de la previsión normativa de los mismos.

Por otra parte, conviene que nos refiramos al hecho de que varios autores denominan “remedios” a los recursos horizontales.⁶³⁰ Esta denominación, que parece un tanto

⁶²⁸ GESTO ALONSO, Blanca, “Recursos de Reposición”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1921.

⁶²⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pág. 486. En el mismo sentido, Milagros LÓPEZ GIL recuerda que el recurso horizontal –reposición– es muy criticado por considerarse que no tiene mucho sentido su mantenimiento en la medida en la que en pocas ocasiones el juez que emitió la resolución cambia de criterio, por lo que no posee esta vía de impugnación un buen grado de eficacia (Cfr. “Consideraciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 375).

⁶³⁰ Por ejemplo: GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pág. 552. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 486. FLOR

peyorativa, no se compadece con la comprensión de la impugnación vía recurso, donde no únicamente la apelación –recurso vertical o devolutivo por excelencia– constituye un medio para buscar la enmienda de errores en las resoluciones judiciales. El recurso horizontal de manera completa se identifica con el concepto y caracteres del recurso –acápite III.1–, por lo que mal se hace al pretender disminuir su categoría. Además, no debemos olvidar que todos los medios de impugnación buscan un “remedio” a los efectos jurídicos que genera una resolución errada del órgano jurisdiccional, de allí que no estemos de acuerdo en utilizar dicho término para denominar al recurso horizontal o no devolutivo.

En el caso español, el recurso de reposición constituye un recurso horizontal. En el caso ecuatoriano, recursos horizontales son la reforma y la revocatoria –estos dos que se identifican con la reposición española–.

III.2.4. Recursos verticales

Los recursos verticales, también denominados devolutivos, surgen del criterio procesal de la doble instancia –ver epígrafe II.6.5–. No obstante, las necesidades procesales han ido evolucionando de tal forma que, en la actualidad, no todos los recursos verticales generan una nueva instancia –no la generan los recursos extraordinarios–, de hecho, tal efecto está únicamente reservado al recurso de apelación. En todo caso, los recursos verticales o devolutivos son aquellos que van a ser conocidos y resueltos por un juzgador distinto al que emitió la resolución impugnada, el cual deberá poseer un orden jerárquico superior.

En teoría, los recursos verticales o devolutivos están previstos para ser accionados en contra de cualquier tipo de resolución judicial que genere un gravamen, sin embargo, en la actualidad, legislaciones procesales civiles como la española y la ecuatoriana conciben a los recursos verticales únicamente para la impugnación de resoluciones definitivas de los órganos jurisdiccionales, a saber, sentencias o autos que den por finalizado el proceso.⁶³¹ En estos casos en que el recurso vertical se destina exclusivamente a resoluciones que ponen fin al proceso, el que no sea el mismo juez que emitió el acto impugnado quien va a resolver la impugnación, legitima la posibilidad de modificar este tipo de resoluciones definitivas, considerando los postulados de la regla de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales –ver epígrafe II.6.2–.

RUBIANES, Jaime, *Teoría General de los Recursos Procesales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003, pág. 13.

⁶³¹ Las anteriores leyes adjetivas civiles española y ecuatoriana –LEC 1881 y CPC, respectivamente–, preveían la apelación con efecto suspensivo de resoluciones no definitivas. Sin embargo, las reformas procesales han tenido como una de sus enseñanzas, el eliminar la posibilidad de que resoluciones no definitivas puedan ser apeladas con efectos suspensivos.

Corresponde a este tipo de recursos el de apelación, el de casación y el de queja que a efectos ecuatorianos se denomina de hecho; en el caso español también el de revisión de las resoluciones de los Letrados de la AJ y el extraordinario por infracción procesal.

III.3. Los recursos previstos por la LEC y por el COGEP

Según hemos señalado a lo largo de la presente tesis, nuestra investigación tiene por propósito el análisis de la impugnación, vía recurso, de las resoluciones del órgano jurisdiccional dentro de un proceso civil oral. Nuestro interés específico es estudiar la manera en que se ha legislado sobre los recursos con el fin de comprobar si la regulación responde o no de manera adecuada a las características de la forma procedimental oral y a la naturaleza jurídica del medio de impugnación. El caso español, camino a las dos décadas de experiencia legislativa respecto a la implementación de la oralidad para el contencioso civil y muchas décadas de labor académica sobre la materia, se constituye en un importante referente para la novel experiencia legislativa ecuatoriana sobre el proceso civil oral. Procedemos entonces a analizar la manera en que los legisladores españoles y ecuatorianos han reglado los recursos en el proceso civil, con el fin de identificar coincidencias entre los dos sistemas, pero principalmente los aciertos y equívocos de uno y otro al momento de normar a estos fundamentales institutos.

III.3.1. Los recursos previstos por la LEC

En España la oralidad fue implementada en el contencioso civil a partir del año 2000, poniendo en vigencia una nueva ley para la materia –LEC–. Como ocurre en la mayoría de los casos, la legislación nunca satisface a todos los sectores del foro jurídico. Es así que mientras unos autores –ciertamente la gran mayoría– celebran las reformas introducidas por la LEC en materia de recursos, en vista de “la heterogénea, dispersa e incluso caótica regulación que en materia de medios de impugnación contenía la anterior LEC de 1881, donde en ocasiones la disciplina de un concreto recurso convivía con la de otro medio impugnatorio a centenares de preceptos de distancia”,⁶³² otros autores adoptan una posición intermedia y opinan que “la reforma en esta materia [recursos] tiene luces y sombras”,⁶³³ y otros –una reducida minoría–, han mostrado su desacuerdo con la nueva regulación del régimen de recursos.⁶³⁴

⁶³² GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Los Recursos en el Proceso Civil: Concepto, Clases y regulación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 1700-1701.

⁶³³ PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Disposiciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 29.

⁶³⁴ Cfr. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime, “Principales Ideas-Clave para el Estudio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 428, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2000, pág. 3.

Lo cierto es que la dispersa y disfuncional normativa sobre recursos que presentaba la legislación procesal civil española hasta 1999, nada tiene que ver con el sistematizado y coherente catálogo de recursos que contiene la LEC. En palabras de ARMENTA DEU: “Entre otras notables mejoras, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora un cuerpo de disposiciones generales sobre recursos. La materia relativa a estos medios de impugnación ha sido objeto de frecuentes y justificadas críticas en torno a su falta de sistemática, su deficiente configuración legal y su dispersión normativa a lo largo de la LECiv/1881.”⁶³⁵ Considerando lo anotado, el legislador español decidió dedicar un título exclusivo para la regulación general de los recursos; nos referimos al título IV del libro II de la ley. Los recursos que se encuentran previstos son: reposición –arts. 451 al 454–, directo de revisión –art. 454 bis–, de apelación –arts. 455 al 467–, por infracción procesal –arts. 468 al 476–, de casación –arts. 477 al 489–, de interés de ley –arts. 490 al 493; aunque en realidad no se trata de un recurso– y de queja –arts. 494 al 495–.

III.3.2. Los recursos previstos por el COGEP

El COGEP no trajo novedades respecto a la clase de recursos que la anterior ley procesal civil ecuatoriana preveía. De tal manera que en el título IV, del libro III, del referido cuerpo normativo, constan las disposiciones orgánicas de los recursos de reforma y revocatoria –arts. 253 al 255–, de apelación –arts. 256 al 265–, de casación –arts. 266 al 277– y el de hecho –arts. 278 al 283–.

En proyectos previos como el elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal –2007, con una última versión en el 2009–⁶³⁶, se unificaban los recursos de reforma y revocatoria propios de la impugnación de resoluciones judiciales, a excepción de las sentencias, bajo un solo recurso denominado de reposición, sin embargo el COGEP no recogió la válida recomendación del Instituto.

III.4. Los recursos de reposición, reforma y revocatoria

El recurso de reposición se encuentra previsto tanto por la legislación procesal civil española, como por la ecuatoriana; en esta última, según hemos señalado con anterioridad, discriminándolo, según su temática y objetivo, en recurso de reforma y recurso de revocatoria.

⁶³⁵ ARMENTA DEU, Teresa, “De los Recursos”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 1894.

⁶³⁶ Cfr. AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, “Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador”, en Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, *Revista Iurisdictio*, número 15, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2013, pág. 117.

III.4.1. Aspectos generales

III.4.1.a. Conceptuación

Los recursos de reposición, revocatoria y reforma son recursos ordinarios, pues a través de ellos la parte procesal puede presentar su impugnación en contra de una actuación judicial por cualquier causa y sin limitación temática. También se lo identifica como un recurso horizontal o no devolutivo, pues corresponde al mismo juzgador que emitió la actuación observada el conocer y resolver la impugnación. Con el recurso de reposición se puede solicitar la enmienda total o parcial de una resolución judicial.

De tal modo, los recursos de reposición, revocatoria y reforma constituyen el medio para impugnar resoluciones del órgano jurisdiccional que se emitan durante la tramitación del proceso y que, a criterio de la parte procesal, adolezcan de algún vicio de juzgamiento o de procedimiento que lesione sus derechos, generándole un gravamen. La posibilidad de que eventuales óbices de juicio o procesales puedan ser superados de una manera directa, oportuna y expedita, hace de estos recursos un medio para el adecuado desarrollo del proceso. En este sentido, GESTO ALONSO señala que “el recurso de reposición tiene por objeto inmediato impedir que el proceso se sustancie de modo inadecuado, normalmente a causa de un error procedimental en que ha podido incurrir el Tribunal en el ejercicio de sus funciones de dirección e impulso del proceso. El recurso de reposición se muestra como el instrumento adecuado para alcanzar la corrección del procedimiento, habida cuenta que ofrece a las partes la posibilidad de pedir al Tribunal o al secretario judicial [hoy, Letrado de la AJ⁶³⁷] que reconsidere su decisión.”⁶³⁸ En efecto, uno de los principales objetivos de estos recursos es conseguir que el caso llegue a sentencia sin que exista óbice formal alguno en la tramitación; en otras palabras, sin que exista nulidad que declarar respecto del procedimiento. El oportuno saneamiento procesal redundará en celeridad y, sobre todo, en economía.

III.4.1.b. Resoluciones recurribles

Son materia de los recursos de reposición, revocatoria y reforma principalmente las resoluciones de trámite, es decir, las que deciden cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. Como señala PICATOSTE BOBILLO, “el recurso de reposición se da contra

⁶³⁷ En España, según la Disposición Adicional 1.^a de la Ley Orgánica 7/2015: “A partir de la entrada en vigor de esta Ley, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales (...) deberán entenderse hechas (...) a Letrados de la Administración de Justicia (...).”

⁶³⁸ GESTO ALONSO, Blanca, “Recursos de Reposición”, cit., pág. 1921.

resoluciones interlocutorias, entendiéndose por tales aquellas que se limitan a la ordenación formal y mecánica del proceso, según el trámite impuesto por la ley; también las resoluciones en las que la dirección procesal es consecuencia de opción entre alternativas diversas.”⁶³⁹

Ahora bien, existen resoluciones que pueden poner fin a la tramitación del proceso y que, al adolecer de errores, es necesaria su oportuna corrección, tales como una resolución que declare el abandono o caducidad de la instancia. En estos casos, considerando que la resolución, si bien pone fin al proceso, no ha resuelto sobre el fondo del litigio, es válido y de hecho recomendable que el juzgador pueda, vía pedido de parte y fundado en los principios de economía y celeridad, revisar su propia decisión e incluso reverla. En el caso de España, esta posibilidad se encuentra proscrita dado el sistema desconcentrado que posee, donde, en el ejemplo planteado, la caducidad será decretada por el Letrado de la AJ, y dicha resolución podrá ser revisada por el juzgador. En este caso, al existir dos exámenes sobre la decisión de dar por terminado el proceso por caducidad de la instancia, no se recomienda que haya una tercera en el mismo grado de jurisdicción, habilitándose, en todo caso, un segundo grado vía apelación.

Por el contrario, en el caso ecuatoriano al no existir este doble examen en primera instancia por la ausencia de la desconcentración de facultades de conducción del proceso hacia el secretario judicial, se hace necesario que el juez pueda reconsiderar su propia declaración de terminación anticipada del proceso por motivos formales –insistimos en el ejemplo de la declaratoria de abandono–. De allí que por economía y celeridad, debe habilitarse la posibilidad de que se revoquen este tipo de resoluciones por parte del mismo juez que las emitió; sin embargo, comprobaremos que existen graves falencias al respecto en el COGEP –epígrafe III.4.3–.

III.4.1.c. Procedimiento

El procedimiento de los recursos de reposición, revocatoria y reforma está llamado a ser sencillo, pues, como hemos señalado, este recurso pretende una directa y expedita revisión de una resolución judicial de trámite que, a criterio de una parte, adolece de un vicio que le ocasiona un gravamen. Considerando que estos recursos no generan una nueva instancia, sino que se los interpone, tramita y resuelve dentro de la misma instancia, su procedimiento debe ser coherente con la forma que adopta la resolución que se va a impugnar. Así, para las resoluciones escritas se ha de acordar una tramitación escrita y, para las orales, la tramitación habría de ser verbal.

Esta coherencia entre la forma procedimental del recurso y la de la resolución impugnada constituye un elemento importante para la consecución de un sistema procesal

⁶³⁹ PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Disposiciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 29.

en este punto concreto, pues resulta lesivo para tales fines que las actuaciones *dentro de una misma fase o grado de un proceso* no guarden una conveniente sintonía procedimental.

III.4.2. El recurso de reposición en la LEC

III.4.2.a. Conceptuación del recurso de reposición en la LEC

Los elementos de la definición del recurso que ha sido antes expuesta, se encuentran debidamente recogidos por la LEC. Así, el carácter ordinario de la reposición se encuentra previsto de manera tácita en la ley, por no haberse establecido causales específicas para su admisibilidad. Así también el carácter ordinario de la reposición se desprende de lo previsto por el art. 452.1, norma que dispone que “El recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de cinco días, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente.” Según apreciamos, la ley exige que la parte estipule la infracción que “a su juicio” haya cometido la resolución que se impugna, redacción totalmente abierta que no deja duda respecto a la ilimitación temática y de causas a las que puede acudir la parte para impugnar a través de esta vía, así como a la no exigencia de formalidades en cuanto a su argumentación.⁶⁴⁰ El TC (Esp) ha ratificado lo expuesto, al señalar que el recurso de reposición puede fundarse en la infracción o inaplicación de cualesquiera normas jurídicas, ya sean procesales o sustantivas. Así, dice el TC (Esp):

...este Tribunal tuvo ocasión de declarar reiteradamente que no debía exigirse dicho requisito de un modo rígido y formalista, que desconociera la finalidad perseguida con él [entiéndase, el recurso de reposición], por lo que, cuando a través del recurso de reposición lo que se impugnaba no era el incumplimiento de una norma de carácter procesal, sino la infracción de un precepto sustantivo que tuviera relación con el fondo de la cuestión debatida y no con el procedimiento seguido, no cabía exigir al recurrente que citase expresamente un precepto o disposición concreta de la Ley procesal; pues afirmar lo contrario significaría tanto como obligarle a citar imaginarias infracciones de preceptos procesales. Por consiguiente, cuando el recurso se fundaba exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existía obligación alguna de citar normas procesales que no habían sido vulneradas, razón por la cual la inadmisión del recurso de reposición en estos casos con apoyo en el art. 377 LEC 1881 resultaba contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, de la que forma parte el derecho

⁶⁴⁰ Sobre este punto, el TC (Esp) denotó el carácter ordinario del recurso de reposición en los siguientes términos: “...el recurso de reposición que intentó la entidad demandante de amparo efectivamente se fundaba en razones tanto de forma como de fondo y, además, citaba expresamente preceptos de la propia Ley de enjuiciamiento civil (art. 1428). Como se ha dicho no cabe exigir como requisito de admisión del recurso la cita de preceptos procesales (art. 377 LEC) si éste se puede fundar, como de hecho ocurre en el caso, en motivos tanto procesales o formales como de fondo. Tal proceder vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial, de ahí que esta sola causa baste para la concesión del amparo pretendido.” STC (Esp) 139/2003, de 14 de julio, FJ 3

de acceso a los recursos legalmente establecidos de cumplirse los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes procesales.⁶⁴¹

Además, en coherencia con el carácter ordinario de la reposición, el TC (Esp) ha aclarado que, para su admisión, bastará con que recurrente haga una mínima referencia a la norma que reputa infringida, sin necesidad de esbozar una argumentación en estricto formal para la admisibilidad del recurso. Así, el Tribunal español señaló:

... el acceso a un recurso de reposición se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de su violación cuando se impida dicho acceso por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso (...) en el suplico del escrito del recurso de reposición de manera explícita se solicitó la aplicación del art. 13 LEC, por lo que ha de concluirse que sí se había citado el precepto que debía aplicarse por el juzgador de instancia, de modo que si se interesaba su aplicación era porque la resolución recurrida, o bien lo había infringido, o bien lo había inaplicado. Por lo demás en ningún lugar de la LEC se indica formalmente cuál es el lugar y modo en que ha de citarse un precepto, por lo que no fija un sistema formalista a la hora de plantear un recurso de reposición...⁶⁴²

Por otra parte, el carácter horizontal o no devolutivo de la reposición está consagrado en el art. 451, norma que dispone que el recurso cabrá ante el “mismo” Letrado de la AJ o juzgador que dictó la resolución recurrida. En concordancia, el art. 453.2, dispone al Letrado de la AJ o juzgador, según el caso, la obligatoriedad de resolver las reposiciones que se les hubieran presentado. No queda duda alguna respecto a las reglas de competencia que se observarán cuando se interpone un recurso de reposición.

Respecto al remedio jurídico que se puede perseguir con el recurso de reposición, nada prevé la LEC al respecto. Se sobreentiende que, en virtud de su calidad de recurso ordinario –art. 452.1–, a través de la reposición la parte puede solicitar, sin limitación, el remedio que estime pertinente para la subsanación de la infracción impugnada. Entonces, resulta procedente utilizar el recurso de reposición para denunciar principalmente vicios formales que afecten de manera total o parcial a la resolución. En efecto, la reposición española está

⁶⁴¹ STC (Esp), 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 3. En el mismo sentido, la STC (Esp) 139/2003, de 14 de julio, FJ 3, denotó el carácter ordinario del recurso de reposición en los siguientes términos: “...el recurso de reposición que intentó la entidad demandante de amparo efectivamente se fundaba en razones tanto de forma como de fondo y, además, citaba expresamente preceptos de la propia Ley de enjuiciamiento civil (art. 1428). Como se ha dicho no cabe exigir como requisito de admisión del recurso la cita de preceptos procesales (art. 377 LEC) si éste se puede fundar, como de hecho ocurre en el caso, en motivos tanto procesales o formales como de fondo. Tal proceder vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial, de ahí que esta sola causa baste para la concesión del amparo pretendido.”

⁶⁴² STC (Esp) 66/2005, de 14 de marzo, FJ 3.

considerada para atacar aquellas resoluciones de dirección y ordenación que infrinjan normas o garantías de índole procesal; sin embargo, en ocasiones también se podrán denunciar vicios materiales, por ejemplo, cuando se impugnen autos no definitivos que resuelvan alguna cuestión incidental, tenga o no dicha violación material alguna conexión o sirva o no de antecedente de una violación procesal.

En este punto cabe preguntarse si el juzgador está en capacidad de dictar la solución que la impugnación requiriera, aun cuando ésta distará de la solicitada por la parte recurrente. Al respecto cabrían dos posibles escenarios: (i) cuando los yerros pudieran ser revisados de oficio; y, (ii) cuando los yerros no pudieran ser revisados oficiosamente. En el primer caso, no cabe duda sobre la capacidad del juzgador para dar la solución jurídica que el caso a su criterio amerite, aún en discordancia con lo que hubiere solicitado la parte recurrente –por ejemplo, en el caso de nulidades de pleno Derecho–. En el segundo caso, en virtud del principio dispositivo, el juzgador debería atender a la impugnación dentro de los límites fijados a través del recurso, uno de los cuales constituye la petición concreta del recurrente. De allí que, haciendo una lectura dispositiva estricta, si el juzgador verifica que al error denunciado no corresponde el vicio denunciado y el consecuente remedio expresamente pedido, debería declarar la improcedencia del recurso. Ahora bien, siempre cabría la aplicación bien entendida de la regla *iura novit curia*, dentro del ámbito delimitado por el art. 218.1, párrafo 2.º de la LEC.⁶⁴³ De esta manera, siempre que exista claridad en la intención del recurrente o que su intención se pueda deducir de manera inequívoca de sus alegaciones, el juzgador, cumpliendo su deber de impartir justicia, no se justificará en omisiones menores para desechar una impugnación.⁶⁴⁴

III.4.2.b. Resoluciones recurribles en reposición en la LEC

El art. 451 de la LEC expresamente dispone que el recurso procede contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos dictados por el Letrado de la AJ, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión; así como contra todas las providencias y autos no definitivos dictados por el juzgador.⁶⁴⁵ BANACLOCHE PALAO

⁶⁴³ Cfr. acápite II.10.1. Sobre el alcance de la regla *iura novit curia* en el art. 218.1 LEC, cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, pág. 386.

⁶⁴⁴ Este criterio ha sido ratificado por el TC (Esp) en las siguientes SSTC: STC 69/1987, de 22 de mayo, FFJJ 2,3; STC 113/1988, de 9 de junio, FFJJ 1,2; STC 162/1990, de 22 de octubre, FJ 2; STC 213/1993, de 28 de junio, FJ 1; STC 172/1995, de 21 de diciembre, FJ 2; STC 213/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; STC 225/1999, de 13 de diciembre, FFJJ 2,3; STC 100/1999, de 31 de mayo, FJ 2; STC 205/2000, de 24 de julio, FJ 3; STC 233/2001, de 10 de diciembre, FJ 2; STC 62/2002, de 11 de marzo, FJ 2; STC 186/2008, de 26 de diciembre, FFJJ 3,4; y STC 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 3, entre otras.

⁶⁴⁵ Al respecto, el TC (Esp) señaló lo siguiente: “De este modo contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del Letrado de la Administración de Justicia cabe recurso de reposición ante el propio Letrado que dictó la resolución recurrida (excepto en los casos en los que la ley prevea recurso directo de revisión ante

recuerda que las resoluciones impugnables en reposición pueden ser “dictadas por cualquier Tribunal civil en primera y segunda instancia, e incluso durante la tramitación del recurso de casación o uno extraordinario por infracción procesal.”⁶⁴⁶ Analizamos a continuación cada uno de estos actos judiciales recurribles.

- **Diligencias de ordenación**

Las diligencias de ordenación comprenden resoluciones emitidas exclusivamente por los Letrados de la AJ que tienen por objeto la “ordenación formal” del proceso –art. 456.2 LOPJ, en relación con el art. 206.2.1.^a LEC; ver epígrafe II.7.1.1–. Es así que la marcha ordinaria procedimental de la causa será instrumentada a través de este tipo de resoluciones. Las diligencias de ordenación son impugnables en la generalidad de los casos, siempre que existan motivos de fondo o de forma que ocasionen un agravio a la parte. Sin embargo, existen diligencias que la LEC prevé que deban ser impugnadas a través de recurso directo de revisión y no de reposición, tales como la que dispone se dé a un asunto la tramitación que corresponda en razón de la cuantía del mismo –art. 254– o la que solicita al ejecutado que manifieste bienes y derechos suficientes para cubrir las cuantía de la ejecución –art. 589.1 y 3–.

Respecto de las actuaciones del Letrado de la AJ cabe recordar que está capacitado para emitir, además de las diligencias de ordenación, también diligencias de comunicación, constancia y ejecución. Al respecto señalaremos que únicamente las de ordenación poseen la calidad de resoluciones, en la medida en que contienen decisiones sobre la marcha procedimental, mientras las de comunicación o constancia únicamente constituyen evidencias de lo ocurrido en el proceso. Así, DE LA OLIVA SANTOS identifica a las diligencias de ordenación como necesarias “para” la tramitación, mientras que las de constancia, comunicación y ejecución como necesarias “en” la tramitación. Por ello, el autor entiende justificado el mandato del art. 451.1 de la LEC, en atención al cual únicamente las diligencias de ordenación pueden ser impugnadas mediante reposición⁶⁴⁷ –aunque ello no implica que las

el Juez o Tribunal). Contra los decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia (esto es, aquellos por los que se ponga fin al procedimiento o que impidan su continuación) y en los demás casos legalmente previstos, cabrá recurso directo de revisión, a resolver por el Juez o Tribunal, según proceda. Contra los decretos del Letrado de la Administración de Justicia resolutorios del recurso de reposición promovido contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos no se dará recurso alguno.” STC (Esp) 58/2016, de 17 de marzo, FFJJ 4,5.

⁶⁴⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio, “De los recursos”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, pág. 779-780.

⁶⁴⁷ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013, pág. 291.

diligencias de constancia, de comunicación o de ejecución estén exentas de control–
648

- **Decretos**

Los decretos constituyen resoluciones emitidas exclusivamente por los Letrados de la AJ, que serán dictadas “cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto” –art. 456.3 LOPJ, en relación con el art. 206.2.2.^a LEC; ver epígrafe II.7.1.1– . De esta manera, los decretos devienen en resoluciones de discernimiento de los Letrados de la AJ. Los decretos no definitivos son recurribles en reposición en la generalidad de los casos; en cambio, no cabrá reposición, sino “recurso directo de revisión”, contra los decretos definitivos y contra aquellos otros decretos que la ley indique, por ejemplo:

- El que resuelve la impugnación a la actuación del procurador –art. 23.5–.
- El que acuerda el alzamiento de la suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal –art. 41.3–.
- El que decide sobre la interrupción de plazos del procedimiento en casos de fuerza mayor –art. 134.2–.
- El que declara la caducidad –art. 237.2–.
- El que aprueba la tasación de las costas –art. 244.3–.
- El que resuelve la impugnación presentada a la tasación de costas –art. 246.3–.
- El que declara la improcedencia de la oposición a la ejecución –art. 528.3–.
- El que suspende la ejecución provisional pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas –art. 531–.
- El que contendrá las medidas ejecutivas concretas para la ejecución –art. 551.3 y 5–.
- El que declara la conformidad del dictamen pericial sobre el importe de la deuda –art. 558.2–.
- El que declara la completa satisfacción del acreedor ejecutante –art. 570–.
- El que impone multas coercitivas al ejecutado que no presenta la relación de sus bienes –art. 589.3–.
- El que dispone la entrega de las cantidades embargadas al ejecutante –art. 607.7–.

⁶⁴⁸ Y es que, a nuestro juicio, si un Letrado de la AJ –que no tiene la condición de juez– dictase alguna diligencia de constancia, de comunicación o de ejecución que acordase algún tipo de actuación perjudicial para los intereses de una parte, ésta podrá exigir del juez que está tramitando el proceso un examen de la cuestión de que se trate, en aras de que, sobre ella, pueda existir la posibilidad de tutela *judicial* efectiva. Véase, en este sentido, la STC (Esp) 58/2016, de 17 de marzo, que declaró inconstitucional un precepto que había previsto que contra determinadas diligencias de los Letrados de la AJ no cupiera recurso alguno.

- El que resuelve la mejora, reducción y modificación del embargo –art. 612.2–.
- El que resuelva la oposición a la cuenta final del administrador –art. 633.3–.
- El que determine la valoración definitiva de los bienes embargados –art. 639.4–.
- El que aprueba el remate –art. 670.4–.
- El que resolverá lo procedente sobre la aprobación o rectificación de las cuentas presentadas por el administrador –art. 678.2–.
- El que acordará el embargo de bienes del ejecutado –art. 700–.

- **Providencias**

Conforme a lo dispuesto por el art. 206.1.1 de la LEC, las providencias no revisten un carácter de meros actos de impulso procedimental; por el contrario, el juzgador las ha de dictar “cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley”. Es así que, en el caso español, la jerarquía de la providencia se encuentra por encima de las resoluciones del Letrado de la AJ – diligencias y decretos– y por debajo del auto.

A pesar de la genérica redacción del art. 451.2, debe considerarse que no todas las providencias resultan recurribles en reposición. La propia LEC establece ciertas excepciones a la posibilidad de recurrirlas. Así, no cabe reposición contra:

- La providencia que inadmite el incidente que pretenda suscitar cuestiones diversas de las previstas en el art. 225 –art. 228.1–;
- La que inadmite un documento presentado extemporáneamente en el proceso –art. 272–;
- La providencia que admite los recursos de apelación –458.3–, extraordinario de por infracción procesal –470.2– o el recurso de casación –art. 479.2–; o,
- La providencia por la que el juzgador provee sobre la mejora, reducción o modificación de embargo –art. 612.1–.

- **Autos no definitivos**

Como señala MONTERO AROCA, el concepto de auto no definitivo ha de construirse negativamente a partir de lo dispuesto por el art. 207.1 de la LEC, que tiene por resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que deciden recursos interpuestos frente a ellas. Se trata, pues, de autos que tienen la condición de resoluciones que resuelven cuestiones o incidentes de orden procesal, sin poner fin a la causa.⁶⁴⁹

⁶⁴⁹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 204.

Al igual que ocurre con las providencias, se debe considerar que existen ciertos autos no definitivos que se encuentran marginados de la posibilidad de ser recurridos en reposición. Se excluyen, por tanto, de la regla general del art. 451.2, los autos que:

- Acuerden la suspensión del proceso por prejudicialidad penal –art. 41.2– o por prejudicialidad civil –43.2–;
- Decidan la abstención de los peritos en el caso de que hayan sido designados por el juez –art. 105.2–;
- Acuerden celebrar un acto a puerta cerrada –art. 138.3–;
- Completen o denieguen completar autos o sentencias –art. 215.1 y 5–;
- Acuerden o denieguen la práctica de diligencias preliminares –art. 258.2–;
- Autoricen y despachen la ejecución –art. 551–;
- Denieguen el despacho de la ejecución –art. 552.2– o la ejecución provisional –527.4–;
- Adopten medidas cautelares sin previa audiencia al demandado –art. 733.2–.

III.4.2.c. Procedimiento del recurso de reposición en la LEC

- **Procedimiento común**

Como regla general, el procedimiento que la LEC establece para el recurso de reposición es escrito. De conformidad con lo establecido por el art. 452 de la LEC, el recurso de reposición deberá ser interpuesto a través de un escrito dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución objeto de la impugnación. En el escrito del recurso se deberá expresar la infracción en que la resolución habría incurrido a juicio del recurrente. Del cumplimiento de los requisitos de tiempo y de fondo dependerá la admisión a trámite del recurso. En relación con los dos requisitos, la LEC mantiene rígidos criterios respecto a la pérdida de los poderes procesales; así, la inobservancia del plazo previsto por la ley para la presentación del recurso, vuelve inadmisibles al mismo. Cosa similar ocurre con un recurso interpuesto en debido tiempo, pero que no expresa la infracción que impugna en la resolución. En este caso, la regulación de la LEC sobre el recurso de reposición no prevé expresamente posibilidad alguna para que el juzgador conceda al recurrente la oportunidad de completar o aclarar su recurso, por lo que, al amparo de tal ley, procedería únicamente su inadmisión. No obstante, en atención a los arts. 11.3 y 243.3 de la LOPJ, cabría que el juez concediera la oportunidad a la parte para que se subsane los yerros del recurso, en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, cuando proceda la inadmisión, el art. 452.2 de la LEC dispone que dicha resolución se realice mediante providencia no susceptible de recurso, cuando la reposición hubiese sido interpuesta frente a providencias y autos no definitivos; y mediante decreto directamente recurrible en revisión cuando hubiese sido formulada contra diligencias de ordenación y decretos no definitivos.

La interposición del recurso de reposición, siguiendo el mandato expreso del art. 451.3, no produce efectos suspensivos. De allí que lo decidido por la resolución impugnada se deberá cumplir mientras el recurso se tramita. La previsión de efectos no suspensivos para el recurso de reposición hace sentido con el afán de obtener celeridad procedimental y proscribir el ejercicio disfuncional de los recursos. El éxito de esta previsión normativa dependerá de que el juzgador observe los breves plazos legales previstos para el trámite de este recurso; de otra forma, puede existir el riesgo de que otras decisiones judiciales materiales o formales constantes en el acto impugnado se concreten mientras se ventila la impugnación enderezada en su contra, obligando luego a retrotraer los efectos que se hubieran generado, en el evento de que la impugnación prosperase. Es claro que la tramitación de la reposición tiene por enseña a la celeridad, de allí que la concesión de efectos no suspensivos debe comportar un aliento para la expedita actuación del juez.

Volviendo a la tramitación del recurso, admitido este a trámite, se concede a las demás partes un plazo común de cinco días para que puedan pronunciarse sobre el fondo de la reposición presentada, pero también sobre su forma, es decir, sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad. En este punto, como bien recuerda BONET NAVARRO, no es admisible que las partes no recurrentes, al momento de referirse a la reposición presentada, formulen otros motivos de impugnación distintos al constante en el recurso, pues la ley no prevé la adhesión a la reposición.⁶⁵⁰ Lo anterior no debe confundirse con la facultad que poseen las partes de presentar, de manera independiente y dentro del plazo respectivo, las reposiciones propias que considerasen pertinentes.

Una vez transcurrido el señalado plazo de cinco días, el juzgador –si se tratara de reposición interpuesta frente a providencias o autos– o el Letrado de la AJ –si hubiera sido formulada frente a diligencias de ordenación o decretos– resolverá el recurso sin más trámites, mediante auto o decreto –respectivamente–, en un plazo de cinco días –art. 453–. La frase “sin más trámites” refiere a que en la sustanciación del recurso no se dictará providencia alguna ni habrá período probatorio ni se realizarán comparecencias. Respecto de la decisión del recurso conocemos ya que el juzgador está en capacidad de reformar o anular la resolución impugnada, guardando siempre la congruencia con lo pedido en el recurso –principio dispositivo–. En este punto vale recordar que la concreta norma que el recurrente estime infringida no vincula al juzgador, quien de acuerdo con el principio *iura novit curia*, podrá fundamentar su criterio en una norma distinta; lo que sí está obligado a respetar es el sentido en el cual modificará la resolución impugnada, sentido que, de aceptarse el recurso, no puede ser diverso del solicitado y mucho menos podrá perjudicar al peticionario –*non reformatio in peius*–.

⁶⁵⁰ Cfr. BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, Madrid, La Ley, 2000, pág. 85.

Contra la decisión del recurso de reposición, sea cual fuere su contenido, no cabe recurso alguno. No obstante, tratándose de resoluciones de recursos de reposición emitidas por los Letrados de la AJ, respecto de impugnaciones que se hubieran interpuesto en contra de sus diligencias de ordenación o decretos no definitivos, la parte podrá “reproducir la cuestión” ante el juez en la primera audiencia o vista que se celebre, para su resolución oral en el acto; pero si el estado del trámite lo impide, entonces se podrá efectuar esa “reproducción de la cuestión” mediante escrito para que el juez la resuelva en la resolución que ponga fin al proceso –art. 454bis.1, párrafo 1.º–. Cabe señalar que esta “reproducción” deviene en una especie de recurso frente al decreto del Letrado de la AJ –quien carece de la condición de juez– resolutorio de una previa reposición, pues no se trata únicamente de una protesta, sino de una impugnación en toda regla llamada a ser expresamente atendida por el juzgador,⁶⁵¹ lo que satisface la exigencia constitucional de que no existan ámbitos del ejercicio del poder público –en este caso, el que se manifiesta en las decisiones de los Letrados de la AJ– inmunes al derecho fundamental a la tutela *judicial* efectiva.⁶⁵²

En el caso de resoluciones que resuelven reposiciones emitidas por el juzgador, es importante señalar que el art. 454 expresamente posibilita a las partes el reproducir el objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva, sin necesidad, como regla, de que la parte haya protestado oportunamente respecto del contenido de la resolución que atendió la reposición y que, a su criterio, le generó un gravamen. Esto vale tanto para el recurrente cuya impugnación no hubiese prosperado, cuanto para la contraparte que se considere perjudicada con la resolución de la reposición. Según analizaremos en el epígrafe III.4.4., los mandatos del art. 454 hacen relación con la concreción de los principios procedimentales de concentración, celeridad y economía, así como con los caracteres de la oralidad.

- **Respecto a las resoluciones orales**

El recurso de reposición procede también en contra de las resoluciones orales “no definitivas” que se pronuncien durante la celebración de las vistas, audiencias o comparencias. Esto lo establece de manera expresa el art. 210.2 de la LEC. En efecto, tal artículo dispone que “pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren

⁶⁵¹ La decisión del juez sobre la “reproducción de la cuestión” no podrá ser recurrida de manera autónoma. Entender lo contrario supondría que la decisión del juez acerca de la “reproducción de la cuestión”, siempre que no impidiera la continuación del proceso, sería recurrible nuevamente en reposición, esto es, que podría haber hasta tres impugnaciones sucesivas: reposición ante el Letrado de la AJ, reproducción ante el juez y nueva reposición ante el juez –cfr. art. 451.2–; interpretación ésta que nos parece contraria al art. 454bis.1 (cuando dice que la cuestión decidida por el Letrado de la AJ en un decreto resolutorio de un previo recurso de reposición solamente puede ser objeto de la “reproducción” ante el juez, pero sin que quepa “recurso alguno”), así como al principio de celeridad.

⁶⁵² Cfr. STC (Esp) 58/2016, de 17 de marzo.

parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.”

Esta norma merece un detenido análisis. Iniciamos reconociendo que es correcto que puedan ser impugnadas en reposición no sólo las resoluciones escritas del órgano jurisdiccional, sino también las que se expresen de forma oral, máxime si consideramos que proceso civil español es predominantemente oral. Ahora bien, así como es coherente que una actuación escrita sea recurrida a través de un procedimiento escrito –art. 451, 452 y 453 LEC–, así también es coherente que una actuación oral sea recurrida a través de un procedimiento oral. Lo contrario rompe con la estructura procedimental por la cual se ha optado para la instancia, generando una grave brecha que obstaculiza el devenir lógico del procedimiento. En nuestro criterio, el establecer un recurso con procedimiento escrito para la impugnación de una resolución oral frustra las aspiraciones que se pretende alcanzar con la oralidad, tanto desde una perspectiva teórica, como desde una perspectiva práctica.

En todo caso, la redacción del antes citado art. 210.2 de la LEC es clara e inequívoca, no dando lugar, en nuestro criterio, a interpretación alguna. Es más, si acaso surgiría la duda de que las resoluciones a las que se refiere el numeral citado se tratan de sentencias, el numeral 3 del art. 210 despeja toda duda al disponer que “En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles”. Entonces, la parte que se sienta agraviada por una resolución oral –no sentencia–, ha de manifestar su inconformidad en la comparecencia, lo cual instruye al juez para que reduzca a escrito la resolución oral, notifique a las partes con el documento respectivo, y habilite, de esta manera, el tiempo respectivo para que la parte agraviada presente su recurso escrito, con lo cual se continúa con el trámite de audiencia a la parte contraria y posterior resolución de la impugnación. En atención a esta norma, queda claro que el procedimiento oral se rompe, dando paso a la tramitación escrita del recurso.

Frente al mandato del art. 210.2, ciertamente extraño a una ley que según hemos analizado en el acápite I.4.3, implementa debidamente la oralidad para el contencioso civil español, varios autores se han pronunciado en distintas maneras. MONTERO AROCA consciente del contenido del art. 210.2 –al cual califica como “negación misma de lo que constituye la esencia de un acto oral y concentrado”–, propugna una interpretación restrictiva del mismo. Así, el autor sostiene que “la única manera de dar sentido a aquel precepto consiste en entender que en el mismo se hace referencia sólo a las resoluciones definitivas (las que ponen fin al proceso, las cuales, en caso de disconformidad de alguna de las partes deberán ser redactadas por escrito en forma de auto y notificadas), pero no a las demás resoluciones orales de ordenación del proceso, las cuales sólo han de documentarse en el

acta de que las partes manifiesten su disconformidad sobre lo acordado en ellas.”⁶⁵³ Resulta comprensible que el autor citado proponga una aplicación del art. 210.2 lo menos gravosa para la forma oral de la primera instancia; tal propuesta, no obstante, se basa en una interpretación que se aleja del texto expreso de la ley en sentido restrictivo de derechos –los derechos a recurrir en reposición las resoluciones orales no definitivas, previstos en el art. 451.2–, motivo por el cual no la compartimos.

También en la comprensible línea de aminorar las consecuencias perjudiciales de la aplicación literal del art. 210.2, DELA OLIVA SANTOS entiende que a efectos de la declaración de firmeza de la resolución, habría que equiparar la expresión de la decisión de no recurrir a la no expresión de tal decisión; y, de otro lado, que la exigencia de la redacción debida de la resolución, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, no requiere su completa y formal redacción, sino que sería suficiente con una adecuada expresión de la motivación y la parte dispositiva de la resolución, en el acta que se elaboraría con ocasión de la vista. De esta forma se notificaría, a manera de resolución, el acta entera de la vista.⁶⁵⁴

Consideramos que este criterio no se encuentra del todo conforme con el texto de la norma, en la medida en que el art. 210.2 nada refiere sobre la utilización del acta de la comparecencia para instrumentar la resolución a ser impugnada. Por el contrario, la norma es clara en ordenar que específicamente la resolución materia de la inconformidad de la parte es la que debe ser debidamente redactada y notificada para que la reposición sea interpuesta. Es decir, la ley establece que la resolución, y no el acta de la comparecencia, sea el documento que habilite el recurso. Adicionalmente se debe considerar que a la presente fecha, según nos ha sido informado, muy raramente son reducidas a escrito las actas de las comparecencias, siendo el soporte informático –grabaciones– el medio para la constancia de lo actuado –cfr. art. 146.2 LEC–. Por este motivo fáctico tampoco resultaría posible la aplicación de los criterios de la doctrina que hemos analizado.

Urge, en definitiva, una reforma al art. 210.2, según lo sostenemos en el siguiente párrafo, pero mientras tal reforma se instrumente, consideramos que pese a lo equívoco que el contenido del citado artículo resulta para un procedimiento oral, debe ser aplicado y, dado que su redacción no da lugar a confusiones, su interpretación ha de ser literal. En consecuencia, quienes pretendan recurrir a una resolución dictada oralmente, indicarán al

⁶⁵³ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág., 205.

⁶⁵⁴ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 373-374. En similar sentido opina María Victoria SÁNCHEZ POS, para quien “solo si alguna de las partes muestra su oposición a la resolución oral por serle perjudicial, con posterioridad a la vista oral se redactará debidamente la resolución y será notificada en forma, momento desde el cual comenzará a computarse el plazo para recurrir frente a la misma” (“Resoluciones Orales”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit. pág. 1048).

juzgador que no la tenga por firme, de manera que, una vez reducida a escrito y notificada a las partes, se pueda recurrir a ella. Sobre este particular, lo razonable sería que, en la misma vista, la parte que desea recurrir, al hacer la *protesta*, solicite la redacción y notificación de la resolución al amparo de lo dispuesto en el art. 210 LEC; de manera que se vaya de la audiencia con la certeza de saber qué va a hacer el juez: si, como dispone la ley, va a redactar y notificar la resolución o si, por el contrario, no lo va a hacer. En el primer caso, la parte podrá esperar la notificación de la resolución ‘debidamente redactada’; y, en el segundo, la parte deberá presentar *ad cautelam* el escrito, al que se refiere el art. 452.1.⁶⁵⁵ El procedimiento propuesto nos parece guarda coherencia con la dinámica del debate oral, al tiempo que reconoce los inconvenientes de reducir a un trámite escrito el despacho de la reposición de una resolución oral. Se advierte la necesidad de que, en ciertos casos, el recurrente actúe *ad cautelam*, lo cual confirma el inadecuado tratamiento procedimental de la reposición de resoluciones orales. La ley debe favorecer la actuación de los recurrentes bajo parámetros de seguridad jurídica y no forzarlos a tomar previsiones ante yerros en las disposiciones normativas.

Llegados a la conclusión de que el procedimiento previsto en la LEC para la impugnación de resoluciones orales vía recurso de reposición no se corresponde con la forma procedimental implementada en el año 2000, procede preguntarse qué procedimiento sí se ajustaría con tal forma. Recordemos que la coherente correlación de los distintos institutos procesales es el primer paso para alcanzar la consagración de un verdadero sistema procesal, según lo sostuvimos en el acápite I.3.2. De allí que sea necesario que la impugnación de resoluciones orales posea procedimientos también orales cuando tal impugnación es de naturaleza horizontal. En efecto y según analizaremos más adelante, en aquellos recursos que implican un cambio de juzgador para su conocimiento y resolución, puede ser necesario el que se modifique la forma procedimental; sin embargo, cuando se trata de recursos que deben ser conocidos y resueltos por el mismo órgano que emitió la resolución impugnada, dentro de la tramitación de una misma instancia, resulta necesario que se mantengan las características procedimentales, en la especie, que se mantenga el procedimiento oral en el caso de la primera instancia.⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ Confirmamos, una vez más, que entender que la reposición de una resolución oral se la puede realizar a partir del acta de la comparecencia y no directamente en contra de la específica resolución materia del recurso, que por mandato del art. 210.2 debe ser redactada por escrito, comporta una serie de inconvenientes. Todo esto no hace sino ratificar lo equívoco de establecer un procedimiento escrito para la impugnación de una resolución oral.

⁶⁵⁶ Ciertamente dentro del trámite oral existen circunstancias que habilitan el resolver por escrito lo que, en principio, habría de resolverse oralmente. Por ejemplo, cuando el actor se opone a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado. En esos casos, el tribunal, escuchadas las partes y “cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje”, estará en capacidad de resolver el incidente mediante auto escrito a ser dictado en el plazo de cinco días siguientes a la vista –art. 420.2–. Otro ejemplo de esto ocurre “cuando la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas sobre litispendencia o cosa juzgada lo aconsejen”, el

A nuestro criterio, el procedimiento del recurso de reposición en contra de resoluciones orales podría ser el siguiente: Emitida una resolución oralmente, dentro de una comparecencia, la parte que se considere agraviada debería de forma inmediata presentar su oposición fundamentada contra la resolución. Escuchada la parte, el juzgador debería dar oportunidad a la otra parte para que se pronuncie respecto de la impugnación realizada. Con o sin oposición a la impugnación planteada, correspondería al juez dar resolución al recurso, de manera inmediata en unidad de acto. De existir complejidad en la resolución del caso, se debería permitir al juzgador que suspenda la vista por un tiempo prudente –cuyos parámetros deben encontrarse legalmente establecidos–, para luego reinstalarla y proceder con la resolución del recurso. Consideramos esta medida necesaria pues en el evento de que el recurso fuera de compleja solución, el obligar al juzgador a resolverlo de inmediato podría elevar el riesgo de errores en la decisión.

Siguiendo las reglas generales, respecto de la resolución a la reposición no cabría impugnación de ninguna de las dos partes, no obstante lo cual, éstas podrían, así mismo de manera inmediata y en unidad de acto, expresar su protesto a la resolución del recurso. De esta forma quedaría salvado su derecho para presentar con tal fundamento y, de ser el caso, una impugnación en contra de la resolución definitiva de la instancia. Cabe reconocer que la solución aquí planteada no resulta novedosa o innovadora, pues deviene por lógica del modelo procedimental oral. En todo caso, atendiendo la opción que acabamos de plantear o una diferente, siempre que sea consecuente con la forma oral, es nuestro criterio que el art. 210.2 de la LEC debe ser reformado.

Con todo, resulta necesario señalar que la LEC sí contiene casos de excepción a la regla general del art. 210.2, respecto al procedimiento del recurso de reposición contra resoluciones orales, excepciones que presentan procedimientos que sí se ajustan a la forma oral. Así, los arts. 285.2 y 446 de la LEC, que contienen la regulación sobre la admisibilidad de las pruebas, disponen que el Tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas, siendo procedente en contra de tal resolución la interposición del recurso de reposición. Las normas expresamente establecen que el recurso “se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.” De igual manera, el art. 287, que contiene la regulación sobre la prueba ilícita, dispone que “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.” Oídas las partes y practicadas las pruebas que se propusieron para demostrar la ilicitud

juzgador puede resolverlas mediante auto escrito a ser dictado dentro de los cinco días posteriores a la celebración de la vista –art. 421.3–.

denunciada, el juez resolverá oralmente la cuestión –art. 433.1–. Contra esta resolución cabe recurso de reposición “que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.” Es evidente que estos regímenes procedimentales de excepción se ajustan por completo a la forma oral y, por tanto, debería ser el régimen procedimental general que operase en lo concerniente a la reposición de las resoluciones orales “no definitivas”.

Tan coherente y eficaz resulta el procedimiento oral para el trámite de los casos de recurso de reposición que acabamos de analizar que, de facto, algunos juzgadores españoles lo aplican en la tramitación de recursos interpuestos en contra de resoluciones orales sobre excepciones procesales –es decir, sobre resoluciones que *no* se refieren a la admisión de las pruebas a su eventual carácter ilícito– emitidas en las audiencias previas de procesos ordinarios. Al respecto, VALLINES GARCÍA señala: “hemos podido comprobar cómo, *contra legem*, algunos juzgados han venido a extender el ámbito de aplicación del artículo 285.2 de la LEC a todas las resoluciones orales de la audiencia previa, de manera que consideran que el litigante que no interpone recurso de reposición oral contra una resolución dictada *in voce*, consiente la resolución, incluso cuando ésta no era una resolución en materia de admisión de prueba.”⁶⁵⁷ Ciertamente no resulta aceptable esta práctica judicial por ser contraria a una norma legal expresa –art. 210 LEC–; no obstante, no deja de ser rescatable, al menos para esta disquisición académica, el que algunos juzgadores se demuestren conscientes de lo inadecuado del procedimiento escrito para la reposición de resoluciones orales y busquen *de facto* la idoneidad del procedimiento oral para la impugnación de resoluciones también orales.

III.4.3. Los recursos de reforma y revocatoria en el COGEP

III.4.3.a. Conceptuación de los recursos de reforma y revocatoria en el COGEP

Iniciamos recordando que pese a las iniciativas de varios actores del foro procesal ecuatoriano por la unificación de los recursos de reforma y revocatoria en uno solo de reposición –ver epígrafe III.3.2–, el legislador optó por mantener el mismo modelo de la ley procesal derogada, conservando la previsión de los dos recursos. En todo caso, es posible estudiarlos en conjunto pues poseen caracteres jurídicos y orgánicos idénticos. Así, el legislador ecuatoriano habría establecido la revocatoria para la impugnación total de la

⁶⁵⁷ VALLINES GARCÍA, Enrique, “El Acto de Celebración de la Audiencia Previa al Juicio”, en BANACLOCHE PALAU, Julio, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, GUTIERREZ BERLINCHES, Álvaro y VALLINES GARCÍA, Enrique, *El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y la Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2009, pág. 437, donde se citan varias resoluciones de Audiencias Provinciales que constatan la indebida ampliación del recurso de reposición previsto art. 285.2 LEC a resoluciones que *no* versan sobre la admisión de la prueba.

resolución, fuera por el vicio que fuera, mientras que la reforma para la impugnación parcial de la resolución. En esta interpretación late un entendimiento amplio del término “revocación”, como equivalente a anulación o a casación, y una concepción de la “reforma” que presupone que hay una parte de la resolución que se pretende reformar que siempre permanecería inalterada.⁶⁵⁸

Los recursos de reforma y revocatoria son adecuadamente entendidos por el COGEP como recursos ordinarios y horizontales. En efecto, se demuestran como recursos ordinarios, al no haberse previsto causales para su interposición, ni técnicas particulares para su fundamentación. De igual manera se presentan como recursos horizontales, considerando lo dispuesto por el art. 254 del COGEP, el cual ordena al mismo juzgador que pronunció la resolución impugnada, conocer y resolver estos recursos. Recordemos que en Ecuador, los secretarios judiciales no poseen competencia para emitir resolución alguna, por lo que estos recursos están destinados exclusivamente a las actuaciones del juez.

III.4.3.b. Resoluciones recurribles en revocatoria y reforma en el COGEP

Partimos de lo previsto por el art. 250 del COGEP, el cual dispone que la “revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley”. El mandato normativo citado nos demuestra el carácter ordinario de estos recursos y se decanta por un sistema abierto para ellos, donde serán siempre procedentes salvo en aquellos casos expresamente prohibidos. La amplitud de este artículo, que forma parte de las disposiciones generales del apartado inicial del capítulo relacionado con la impugnación en el COGEP, es matizada por el art. 254 que contiene el tratamiento específico de la revocatoria y la reforma. Según hemos citado en el epígrafe anterior, el art. 254 de manera expresa ordena que son susceptibles de ser revocados los “autos de sustanciación”, mientras que son susceptibles de ser reformadas las “providencias”.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ En una línea similar, podemos señalar que en la práctica procesal española, *revocar* tiene un significado mucho más amplio, a saber: *dejar sin efecto, anular o casar una resolución judicial*, en todo (revocación total) o parte (revocación parcial), ya sea por infracciones procesales cometidas durante la tramitación o por infracciones procesales y/o sustantivas cometidas al dictarse aquella resolución; y lo mismo pasa con la palabra *reformular*, que no tiene un significado específico, pues alude al *acto de modificar o alterar, total o parcialmente, una resolución judicial como consecuencia de su previa revocación*. En definitiva, en el proceso español, cabe entender que la estimación de un recurso supone siempre una ‘revocación’ de la resolución recurrida y *lato sensu* también una ‘reforma’, por cuanto la decisión de la resolución recurrida se ve modificada por el contenido de la resolución que decide el recurso. Se explica, así, por ejemplo, que el art. 465.3 LEC diga que la estimación de una apelación por una infracción cometida al dictarse Sentencia implica, en primer lugar, ‘revocar la sentencia apelada’ y, en segundo lugar, ‘resolver sobre la cuestión’” (Comentario en *La oralidad y los recursos en el proceso civil español y ecuatoriano*, versión de 26 de julio de 2016).

⁶⁵⁹ No confundir con la acepción española de “providencia” que al contrario de un género, constituye una especie de resolución judicial similar al “auto de sustanciación” ecuatoriano. Como señalamos en el acápite

Para entender el alcance de estas previsiones resulta necesario recordar cómo el legislador ecuatoriano ha identificado y clasificado a las actuaciones judiciales en el proceso civil; sólo de esta manera podremos establecer con precisión cuáles son las resoluciones recurribles a través de revocatoria y reforma. Así, en el art. 88 del COGEP se establecen las clases de “providencias judiciales”; de allí que a efectos ecuatorianos el concepto “providencia” es utilizado como el género que identifica a toda resolución del juzgador.⁶⁶⁰ Las especies o tipos de providencias previstas por el COGEP son la sentencia, entendida como la decisión del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso; el auto interlocutorio, definido como la resolución a través de la cual se deciden cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento; y el auto de sustanciación, que constituye la resolución de trámite para la prosecución de la causa. A estas resoluciones judiciales nos hemos referido en el epígrafe II.7.1.2 y, en este punto, han de comprenderse en su entendimiento ecuatoriano, a fin de evitar confusiones con las resoluciones susceptibles de reposición en la legislación española.⁶⁶¹

Así las cosas, resulta claro que el art. 254 del COGEP restringe la procedencia del recurso de revocatoria únicamente a las providencias de mero trámite –autos de sustanciación– y no a aquellas que resuelvan cuestiones incidentales surgidas durante la marcha del proceso o aquellas que pongan fin al proceso –autos interlocutorios–. De esta forma, los litigantes quedan sin un medio para la impugnación de errores procesales constantes en autos interlocutorios que pueden comportarles un gravamen formal en definitiva. Vicios procedimentales que pudieran ser solventados al tiempo de verificarse y de una manera expedita a través de la revocatoria se mantendrían indemnes, acarreado la posterior tramitación inútil de un proceso viciado de nulidad. La solución para dicha circunstancia sería muy tardía quedando en unos casos en el juez, quien al momento de dictar sentencia debe realizar un análisis completo de la validez del proceso, y, en otros casos, quedaría en la parte, a través de una impugnación de la sentencia emitida dentro del proceso nulo –si fallara el examen de validez realizado antes del dictado de la sentencia por el juez–

II.7.1.2, en Ecuador al término “providencia” se lo considera el gran género, siendo un sinónimo perfecto del concepto “resolución judicial”.

⁶⁶⁰ En este punto cabe recordar de nuevo que, a diferencia de lo que ocurre en España, en Ecuador el secretario judicial no tiene competencia alguna para emitir resoluciones.

⁶⁶¹ Por ejemplo, a efectos ecuatorianos el “auto interlocutorio” constituye una resolución que decide cuestiones procesales de importancia, similar a lo que en España es el “auto”. Así mismo, en Ecuador el “auto de sustanciación” es una resolución de trámite, lo que a efectos españoles es la “providencia”. Sobre este término, en la ley ecuatoriana se utiliza como género de las resoluciones al concepto “providencia”, mientras que para la legislación española, como acabamos de ver, la “providencia” no es un género sino una especie de resolución judicial. En todo caso, en los epígrafes II.7.1, II.7.1.1, II.7.1.2 y II.7.1.3, han sido definidas e identificadas a detalle los distintos tipos de resoluciones judiciales existentes en cada legislación materia de nuestro estudio, a efectos de contrastarlas con los medios de impugnación que les son correspondientes.

. Como resulta evidente, estas aparentes soluciones vulneran del todo los principios de celeridad y economía, así como toda razonabilidad procedimental.

Respecto del recurso de reforma, de la lectura literal del art. 254, colegiríamos que son susceptibles de este recurso absolutamente todas las actuaciones procesales, al haberse utilizado el genérico “providencias” en la redacción de la norma. En este punto, la labor legislativa ecuatoriana nos resulta muy pobre, por decir lo menos, pues debiéndose identificar con precisión los dos tipos de providencias que ordinariamente pueden ser materia de reforma, a saber autos de sustanciación y autos interlocutorios, se utilizó un genérico que comprende incluso a las sentencias, que ciertamente no pueden ser reformadas en atención al principio de inmutabilidad de los fallos, recogido por el mismo COGEP en su art. 100.⁶⁶² La ligera, por no calificarla como descuidada, redacción de la norma, al menos desde su literalidad, podría llevar a equívocos en juzgadores y litigantes despistados, con las consecuentes pérdidas de tiempo y recursos económicos.

De lo analizado y en lo que hace relación con la reforma, podemos afirmar que los graves errores del art. 254 del COGEP se limitan a su redacción, mas no alcanzan a la comprensión de la naturaleza y finalidades del recurso analizando el código en su conjunto. Sin embargo, en lo que respecta a la revocatoria no nos es posible realizar tal afirmación, pues una causa ajena a nuestro conocimiento y comprensión podría haber motivado al legislador ecuatoriano a decidir que los autos interlocutorios nulos no pudieran ser revocados. El texto del art. 254 nos resulta inequívoco al respecto y analizado el COGEP en búsqueda de normas que pudieran matizar tales excluyentes mandatos, solamente hemos encontrado dos: La primera el art. 248, el cual dispone que “el auto interlocutorio que declare el abandono⁶⁶³ podrá ser impugnado siempre que se justifique exclusivamente, en un error de cómputo”. ¿A qué impugnación se refiere este artículo? Considerando que el auto interlocutorio que declara el abandono es una resolución de cierre del proceso, su naturaleza es evidentemente procedimental y no material. Luego de confirmarse el error de cálculo, el único remedio posible para dicha actuación procedimental es su revocación visto que mediante reforma solamente se pueden corregir los contenidos –mas no el continente– de la actuación del juzgador; o, en la otra concepción de estos recursos, no cabría la reforma pues el error de la resolución no sería parcial sino total, siendo procedente únicamente la impugnación vía revocatoria. El otro caso que podría considerarse matiza los contenidos del art. 254, es el art. 337, el cual, respecto a la tramitación de los procesos voluntarios,⁶⁶⁴

⁶⁶² COGEP. “Art. 100.- Inmutabilidad de la sentencia. Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidida y no la podrá modificar en parte alguna, aunque se presenten nuevas pruebas...”

⁶⁶³ Se trata del “abandono del proceso”, regulado en los arts. 245 a 249 COGEP, que es una institución similar a la “caducidad de la instancia”, prevista en los arts. 236 a 240 LEC.

⁶⁶⁴ Cfr. COGEP, art. 334. Según este precepto, son procedimientos voluntarios: “1) Pago por consignación. 2) Rendición de cuentas 3) Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que

dispone la revocabilidad de todos los autos emitidos durante la sustanciación de la causa, sin distinguir entre autos de sustanciación y los interlocutorios. De allí que, amparados adicionalmente en lo dispuesto por el art. 250 del COGEP, cabría en los procesos voluntarios la impugnación vía revocatoria de autos interlocutorios.

En todo caso, lo aislado y específico de estas normas –art. 248 y 337– nos confirma que la regla del art. 254 posee un carácter de norma general, siendo un gravísimo error el que se haya proscrito la revocatoria de autos interlocutorios. Hemos evidenciado ya las consecuencias negativas de mantener actuaciones nulas en el proceso, máxime tratándose de resoluciones como las interlocutorias que poseen una alta importancia en el desarrollo de la causa. De aplicarse esta norma bajo una interpretación literal, el contencioso ecuatoriano acumulará causas nulas, con los consiguientes e indeseables costos que ello tiene. Lo adecuado siempre será que las infracciones procesales sean superadas con la mayor prontitud, considerando que el oportuno remedio de estos yerros redundará en el desarrollo válido de la causa. Este particular resulta imprescindible para observar el derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos postulados propugna que la parte pueda obtener una respuesta respecto del fondo del caso y no una mera declaratoria de nulidad que pudo ser oportunamente subsanada.⁶⁶⁵

III.4.3.c. Procedimiento del recurso de reforma y revocatoria en el COGEP

El procedimiento que el COGEP, en su art. 255, ha establecido para los recursos de reforma y revocatoria distingue si la resolución impugnada es oral o escrita. En el caso de las resoluciones orales, el recurso se interpondrá de forma oral al tiempo de dictarse la resolución objetada, en la propia vista o diligencia. El juzgador escuchará también los argumentos que posea la contraparte respecto de la impugnación planteada, luego de lo cual, emitirá la resolución que considere del caso.

En el evento de que el recurso fuera de compleja solución, el obligar al juzgador a resolverlo de inmediato podría elevar el riesgo de errores en la decisión. A pesar de que la

haya hijos dependientes. 4) Inventario, en los casos previstos en este capítulo. 5) Partición. 6) Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.” Y también “los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.”

⁶⁶⁵ En este sentido GARBÉRÍ LLOBREGAT reconoce que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la obtención de una sentencia de fondo, en la medida de lo posible pero siendo siempre esa la motivación y finalidad. Sostiene el citado autor: “El derecho de acción del art. 24.1 CE puede ser definido en el momento presente como el derecho al libre acceso a los órganos de la Jurisdicción, en orden a la interposición de la pretensión, y el derecho a obtener una resolución judicial, a ser posible de fondo, congruente y motivada en la prueba y en el Derecho objetivo.” (*Introducción al nuevo proceso civil*, volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 49). En similar sentido GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pág. 593.

celeridad es una aspiración procesal, en razón de ella no se deben promover actuaciones precipitadas en el proceso. El COGEP prevé en su art. 82 que, al concurrir “razones de absoluta necesidad”, el juzgador puede suspender la vista y reinstalarla en un plazo no mayor a dos días posteriores. La calificación de “absoluta necesidad” queda en los jueces y es de esperarse que sea realizada con rigurosidad, a fin de que esta posibilidad conferida por la ley no sea disfuncionalmente aplicada. En todo caso, en circunstancias extraordinarias, el juzgador podría valerse de esta previsión para, suspendiendo la vista y analizando con detenimiento el caso, dar una mejor solución a la impugnación.

En cuanto a las resoluciones escritas, el procedimiento para recurrirlas inicia con la notificación del auto que será materia de la impugnación. A partir de este momento el recurrente tiene tres días para interponer la revocatoria o reforma en medio escrito; documento que será puesto en conocimiento de la contraparte por cuarenta y ocho horas. Vencido este tiempo, y dentro de las veinticuatro horas siguientes, el juez resolverá lo que corresponda. Ahora bien, si un recurso de reposición es presentado poco tiempo antes de llevarse a cabo una audiencia, la imposibilidad de resolver la impugnación antes de tal comparecencia no es causa para suspender su celebración. Acorde el mandato del art. 79 del COGEP “cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. El juzgador resolverá dichas peticiones en la misma audiencia”. De esta manera, ponderando la celeridad el legislador ecuatoriano ha determinado que un recurso que originalmente debía ser resuelto por escrito, sea resuelto oralmente.

Por mandato del art. 251 del COGEP, “concedido o negado cualquier recurso no se lo podrá interponer por segunda vez”. De tal manera que no cabe revocatoria de la resolución que atienda o rechace un pedido de revocatoria, ocurriendo lo propio con la reforma. Cabe preguntarse, sin embargo, si podría solicitarse la reforma de una resolución que hubiese atendido un pedido de revocatoria, así como la revocatoria de una resolución que hubiese atendido un pedido de reforma. Considerando que nos encontramos frente a dos recursos diferentes; el sistema abierto que el legislador estableció para ellos; y, la inexistencia de una prohibición legal al respecto, concluimos que la posibilidad planteada es procedente. Entonces, cabría que autos que resuelvan una reforma pueda adolecer de vicios que habilitan su revocabilidad, por ejemplo, por no haberse dado audiencia a la contraparte con el pedido original. Así mismo, se podría solicitar la reforma de una resolución que atienda un pedido de revocatoria, pero siempre que se hubiese emitido un auto de reemplazo y la impugnación habilitara este tipo de impugnación, pues no cabe solicitar la reforma de una resolución que acepte la revocatoria de un auto de forma simple y llana, es decir, sin emisión del auto de reemplazo. Considerando que la contraparte tendría, por mandato legal, la oportunidad para presentar su oposición a la revocatoria interpuesta antes de la resolución del recurso, el solicitar reforma de la resolución que acepta la revocatoria llana únicamente sería dar una

posibilidad de que la contraparte insista en que la revocatoria no debe prosperar, lo cual no resulta procedente.

De nuestro análisis podemos concluir que el procedimiento previsto por el COGEP para los recursos de revocatoria y reforma es adecuado, pues discrimina la necesidad de dar una tramitación oral a la impugnación de las resoluciones orales y una escrita a las que se expresen por tal medio, garantizándose así la coherencia entre resolución objetada, recurso y forma procedimental. Vale enfatizar también el cuidado puesto por el legislador ecuatoriano en la observancia del derecho a la contradicción en la tramitación de estos recursos.

III.4.4. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre los recursos de reposición, reforma y revocatoria

III.4.4.a. Conceptuación

Según hemos apreciado, tanto España como Ecuador prevén en sus legislaciones procesales civiles la posibilidad de que el juzgador que emitió una resolución durante la tramitación del proceso esté en capacidad de enmendar los errores formales o materiales en los que hubiese podido incurrir. En este caso, España prevé adecuadamente un único medio de impugnación, el recurso de reposición; mientras que Ecuador, como hemos estudiado, prevé dos recursos, reforma y revocatoria. Más allá de esta escisión, la comprensión del poder procesal que las partes poseen para lograr la revisión de una resolución emitida durante el trámite es la misma en las dos legislaciones. La LEC y el COGEP contienen disposiciones que identifican plenamente al carácter ordinario y horizontal de estos recursos, así como sus objetivos connaturales.

Por regla general, son susceptibles de ser impugnadas a través de estos recursos todas las actuaciones del tribunal que, dentro de la instancia o fase procedimental, generen un gravamen a la parte. Tanto en resoluciones de mero trámite cuanto en resoluciones que atiendan cuestiones incidentales, pueden existir errores de juicio o de procedimiento y, por ello, las partes deben poseer la plena capacidad para buscar la enmienda de tales yerros. Esta comprensión del recurso es consagrada por la LEC en su art. 451, el cual dispone que el recurso procede “contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos” que dicte el Letrado de la AJ, así como “contra todas las providencias y autos no definitivos” que dicte el juez.

Por el contrario, en el caso ecuatoriano existe una grave falencia respecto a la posibilidad de que los denominados autos interlocutorios puedan ser revocados, sean de aquellos no definitivos, como los definitivos. En efecto, el COGEP limita la procedencia del recurso de revocatoria a las resoluciones de sustanciación o de mero trámite, dejando por

fuera a las que resuelven cuestiones incidentales o que pongan fin al proceso por circunstancias formales, como por ejemplo el abandono –autos interlocutorios, art. 254–. De esta forma se desnaturaliza al recurso, pues se le excluye de uno de sus principales objetivos, el cual es lograr que el caso llegue a sentencia sin que exista óbice formal alguno en la tramitación, en otras palabras, sin que exista nulidad que declarar respecto del procedimiento.

No poseemos elementos para afirmar si este particular obedece únicamente a una desafortunada falla del legislador al momento de redactar la norma o si, por el contrario, la exclusión obedece a una intencionalidad determinada –que para nosotros desde ya resultaría inexplicable–. Nada refiere al respecto ni los considerandos de la ley, ni las discusiones legislativas. En todo caso, si hubiera sido una decisión consciente del legislador, nos encontraríamos frente a un absurdo jurídico que minará a los principios de celeridad y economía. Urge, en consecuencia, una reforma al art. 254 del COGEP, con el fin de que los autos interlocutorios sean susceptibles de revocatoria, ante la presencia de infracciones que habiliten tal impugnación.

III.4.4.b. Procedimiento

En vista de la naturaleza jurídica ordinaria y horizontal –no devolutiva– de estos recursos, el procedimiento que su tramitación debería adoptar dependerá en todos los casos de la forma a través de la cual se expresa la resolución que se pretende impugnar. Entonces, cuando de recurrir resoluciones orales se trate, el procedimiento de la reposición debería ser oral y cuando la impugnación se dirija en contra de una resolución escrita, el procedimiento del recurso debería ser escrito. En el caso de la reposición, reforma y revocatoria, esta coherencia no sólo conserva la lógica de la tramitación de la instancia y respeta la estructura general optada por el legislador para el proceso, sino que además observa de mejor manera los principios del procedimiento cuya observancia se pretende.

Cabe entonces la coexistencia de un procedimiento oral y uno escrito para los recursos de reposición, reforma y revocatoria, pues según hemos estudiado en los epígrafes I.2.3.2, I.4.2 y I.4.3, España y Ecuador han implementado la oralidad en sus procesos civiles con adecuados criterios de racionalidad respecto a la utilización de la escritura en ciertas fases del procedimiento. De allí que en los procesos civiles españoles y ecuatorianos puede haber resoluciones orales y escritas de trámite susceptibles de impugnación, debiendo existir la capacidad de recurrir tales actuaciones judiciales a través de procedimientos coherentes.

Respecto del caso español, existe una falencia en cuanto a la forma procedimental que se ha acordado para la tramitación de la reposición de resoluciones orales, toda vez que el art. 210.2 de la LEC dispone que se observe un procedimiento escrito. Esta ruptura de la coherencia procedimental que debe regir el procedimiento trae consigo una serie de

inconvenientes. Partimos del hecho lógico que nos indica que a actos escritos corresponde una tramitación escrita y que a actos orales una tramitación oral. El generar fases de impugnación por fuera de las vistas mina el principio de concentración, así como mina el principio de celeridad, pues una impugnación que podría haber sido atendida en el acto, pasa a tener un procedimiento que tarda días en la ley y quién sabe si semanas o meses en la práctica –preparación y presentación del escrito, conocimiento por el juzgador y traslado a la parte contraria para ser escuchada y posterior conocimiento de tal respuesta y resolución del recurso–. El establecer tramitaciones escritas para atender la impugnación de resoluciones orales también genera cierta ruptura de la inmediación procesal, pues actuaciones caracterizadas por el contacto directo entre juzgador y partes, deben ser suspendidas para entablar un mero cruce de escritos.

Se hace necesario, en consecuencia, una reforma al art. 210.2 de la LEC a fin de que se establezca un trámite oral para la reposición de todas las resoluciones orales –similar al previsto en los arts. 285.2 y 446 para la impugnación de las resoluciones en materia de admisión de pruebas–; trámite que de la forma más simple permita la interposición del recurso de manera inmediata a la emisión de la resolución oral, para que también de forma inmediata el juzgador conozca el reparo propuesto, escuche la posición de la parte recurrida y dicte la solución jurídica que considere ajustada a los hechos y al Derecho. Por otra parte, el procedimiento ahora vigente en la LEC para el recurso de reposición habría que conservarlo para la impugnación de resoluciones escritas, pues contiene los presupuestos propios la tramitación de aquella forma de comunicación de los actos procesales.

Ecuador, por su parte, sí realiza una discriminación en cuanto al trámite de los recursos de reforma y revocatoria si ellos van encaminados a impugnar una resolución oral o una escrita. Sin que podamos poner en relieve particular alguno sobre la previsión normativa al respecto, pues no es que encontremos alguna innovación específica respecto de los modelos convencionales en este tipo de temas, diremos que el COGEP desarrolla adecuadamente el procedimiento de reforma y revocatoria, concretando la contradicción, preclusión, inmediación, concentración y celeridad en la impugnación de resoluciones orales que son atendidas al tiempo de ser interpuestas; así como también garantizando la preclusión y contradicción en el caso de impugnación a resoluciones escritas, ajustando, al menos normativamente, los tiempos para que la tramitación del recurso resulte expedita –concentración y celeridad–.

Así las cosas, la legislación española bien podría adoptar un modelo procedimental como el ecuatoriano para la tramitación del recurso de reposición. Diferenciando, como hemos anticipado, entre dos procedimientos, uno para la impugnación de resoluciones orales –con fuerte influencia de los principios de inmediación y concentración–y otro para las resoluciones escritas. En ambos casos se busca la mayor coherencia entre los trámites que han de informar a los actos procesales según la forma de comunicación por la cual se haya

optado en cada caso concreto. Conforme hemos venido exponiendo a lo largo de la presente tesis, este sería uno de los pocos casos en que la legislación ecuatoriana podría servir de referente para una necesaria reforma de la ley española.

III.4.4.c. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento

La oralidad, según hemos expuesto en el acápite I.3, posee caracteres que permiten concretar de mejor manera a los principios del procedimiento generalmente aceptados en la actualidad como medios para asegurar un mejor juzgamiento –inmediación, concentración, celeridad–. Por ello, es común que al momento de optar por la oralidad se preste especial atención a la implementación de reglas para viabilizar una adecuada concreción de los fines propuestos. Al respecto conviene insistir en que tales reglas no resultan ser connaturales ni privativas de la oralidad, siendo de hecho aplicables a un procedimiento escrito; cosa diferente, como hemos señalado, es que la oralidad resulte proclive a su mejor concreción que la escritura.

Según hemos analizado en el acápite III.4.2, la reposición española de resoluciones orales no observa los principios de inmediación, concentración, celeridad ni economía procesal, constituyéndose en uno de los puntos débiles de la implementación de la oralidad como vía para obtener una mejor administración de justicia. La problemática que en este punto atraviesa el procesal civil español amerita, como lo hemos sostenido, una reforma bastante simple de la LEC, que no obstante su significación pequeña en apariencia, haría mucho a favor del modelo por el cual se ha optado. El caso ecuatoriano, por su parte, prevé la regulación simple que hemos analizado y que de forma solvente logra concretar la inmediación, concentración y celeridad en la tramitación de la revocatoria y reforma.

A pesar de lo antes señalado, España sí ha propiciado algunos cambios respecto de la reposición con el fin de adecuar el recurso a las aspiraciones de una mejor administración de justicia desde una perspectiva procedimental. El primero de ellos se refiere a la eliminación de los efectos suspensivos del recurso –art. 451.3–. Al respecto, BERIZONCE recuerda que dentro de las vías para alcanzar la celeridad y simplificación en los procesos, se encuentra la reducción de los medios de impugnación y el establecimiento de ausencia de efecto suspensivo de los recursos interpuestos, como regla.⁶⁶⁶

Se ha considerado, y esto ya lo hemos anotado en el acápite II.7, que el efecto suspensivo en cuanto al trámite puede animar a los litigantes maliciosos al uso disfuncional

⁶⁶⁶ Cfr. BERIZONCE, Roberto, “Recientes Transformaciones del Proceso Civil”, en INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL (Coord.), *Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2005, pág. 971 y ss.

de los recursos. De hecho, la paralización procesal que supone la interposición de un recurso con efecto suspensivo puede efectivamente ser adoptada como una proterva estrategia litigiosa a fin de extender la duración de un caso. Es claro que, al preverse la falta de efecto suspensivo, se ha ponderado la proscripción de la utilización indebida del recurso, sobre los perjuicios que pudieran ocasionarse con la eventual aceptación de un recurso de reposición frente a una resolución previamente ejecutada. La opción del legislador español por la concreción del principio procedimental de celeridad es clara y ciertamente plausible. En todo caso, el éxito de esta opción legislativa dependerá de que el juzgador observe los breves plazos legales previstos para el trámite de este recurso, para evitar que otras decisiones judiciales materiales o formales constantes en el acto impugnado se concreten mientras se ventila la impugnación enderezada en su contra, obligando luego a retrotraer los efectos que se hubieran generado, en el evento de que la impugnación prospere.

En el caso ecuatoriano, el legislador no ha determinado con exactitud el efecto que acompaña a la interposición de los recursos de reforma y revocatoria contra resoluciones orales. No existe una norma general como en el caso español, existiendo sí previsiones concretas para la apelación, casación y hecho (queja), mas no para los recursos horizontales ordinarios. En todo caso, en lo que respecta a los recursos contra de resoluciones orales, entendemos que lo inmediato de la tramitación y resolución del mismo hace que el efecto suspensivo le sea fácticamente connatural. Tal vez por esta circunstancia no sea requerida la previsión normativa al respecto, mas en el caso ecuatoriano, nos inclinamos a pensar que la no regulación se debe a descuidos en la labor legislativa antes que a un entendimiento profundo de las características de la reposición de resoluciones orales. En relación con el efecto que corresponde a los recursos interpuestos contra una resolución escrita, en su art. 79 el COGEP dispone que “cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá dichas peticiones en la misma audiencia”. De esta forma se establece la ausencia de efecto suspensivo respecto de los recursos tramitados por escrito, al tiempo que se establece la posibilidad de que este tipo de recursos sean resueltos de forma oral.

Estas disposiciones de la ley ecuatoriana tienen consecuencias positivas respecto a los objetivos que se persigue, con la implementación de la forma oral, principalmente la norma a la cual nos acabamos de referir –COGEP, art. 79–, en virtud de la cual no se retrasará la marcha del proceso por la interposición de una reforma o una revocatoria con trámite escrito, debiendo esta ser atendida al inicio de la vista que hubiese sido convocada, en el evento de que antes de ella no se habría dado solución a la impugnación interpuesta. Aun cuando en el caso español observábamos el dar un trámite escrito a la reposición de una resolución oral, en el caso ecuatoriano no encontramos perjuicio en que, ponderando la celeridad y la adecuada marcha del proceso, se resuelva oralmente una impugnación escrita.

Otra regla para el recurso de reposición que se implementa generalmente junto con la oralidad,⁶⁶⁷ es la imposibilidad de recurrir la resolución que se dicte con motivo de un recurso de reposición. Resulta clara la doble motivación de esta regla: por una parte, la apuesta por un procedimiento concentrado como medio para una mejor administración de justicia civil y, por otra, el evitar la producción de dilaciones indebidas. Refiriéndose a las resoluciones judiciales –no a las de los Letrados de la AJ–, en su Exposición de Motivos, la LEC expresa: “En razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia, se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y sólo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia.” En específico, el art. 454 es claro al proscribir la interposición de recurso autónomo alguno en contra de la actuación judicial que resuelva la reposición que se interpuso contra providencias y autos no definitivos, aunque importante es relieves el que el legislador deja a salvo el derecho de las partes a reproducir la cuestión objeto de la reposición al momento de recurrir en contra de la resolución definitiva. De esta manera, no caben dudas ni de la opción legislativa por la celeridad y por la debida aplicación de los recursos, ni de la opción legislativa por la justicia y la defensa, en la medida en que se conserva la posibilidad de la parte de insistir en la materia de la reposición, en su momento no satisfecha. No obstante, cosa distinta sucede con las resoluciones que atendieron recursos de reposición de competencia de los Letrados de la AJ, frente a las que sí cabe una suerte de recurso –“reproducción de la cuestión”– que deberá ser planteado y resuelto oralmente en la vista siguiente o, de no ser posible por el momento procesal, planteado por escrito y resuelto también por escrito en la resolución que ponga fin al proceso –art. 454bis.1, párrafo 1.º–. Esta excepción a la regla general del art. 454 se legitima en la afectación que puede causar la decisión de un funcionario que aun teniendo competencia, no posee los poderes jurisdiccionales que sí le asisten al juez.

En el caso ecuatoriano, el derogado CPC facultaba a los litigantes a presentar recurso de apelación en contra de toda actuación judicial que le “causare gravamen irreparable en definitiva”.⁶⁶⁸ Tal circunstancia se podría verificar en resoluciones que atendían recursos de reforma y revocatoria, por lo que era posible la apelación directa e independiente contra ellas y, además, con efecto suspensivo. Esta circunstancia tenía como consecuencia la suspensión de la marcha del proceso mientras la impugnación era conocida y resuelta por el juzgador superior, lo cual devenía en terribles dilaciones que debían soportar los litigantes, algunos de los cuales utilizaban esta vía para sacar provecho de las demoras propias del cambio de

⁶⁶⁷ Pero como ha quedado dicho, no es ni connatural ni privativa de ella.

⁶⁶⁸ CPC “Art. 326.- Se puede apelar de las sentencias, de los autos y de los decretos que tienen fuerza de auto. Sin embargo, no son apelables los autos o decretos que no ocasionan gravamen irreparable en definitiva, ni aún cuando condenen en costas y multas; y, en general, toda decisión a que la ley deniegue este recurso. Tampoco son apelables las providencias sobre suspensión o prórroga de términos, las que conceden términos para pruebas, las que manden practicarlas, las que califiquen interrogatorios, las que concedan términos extraordinarios, y las demás de mero trámite.”

sede y de la congestión en la Administración de Justicia. El COGEP implementó una solución para esta lesiva circunstancia, manteniendo la capacidad de impugnar vía “apelación” a resoluciones de recursos de reforma y revocatoria, pero concediendo un “efecto diferido” a tal impugnación. Esto quiere decir que la parte puede “apelar” con efecto diferido la resolución que ha atendido al recurso de reforma o revocatoria, lo cual en la práctica únicamente comporta que el gravamen no se convalide tácitamente y se conserve el argumento de impugnación incólume para poder ser utilizado como fundamento del recurso de apelación que se enderece en contra de la sentencia que resuelva el caso. Entonces, el juzgador superior deberá tramitar el argumento protegido a través de la “apelación” diferida de manera prioritaria a los otros también expuestos en el recurso de apelación –arts. 256 y 261–. La denominada apelación con efecto diferido constituye en realidad la posibilidad de que el litigante que se encuentre insatisfecho con la resolución de un recurso de reforma o revocatoria, declare tal inconformidad –tal “protesta”– y quede evidencia de ello en el proceso, de tal forma que pueda insistir válidamente en sus mismos argumentos en una impugnación posterior. De esta manera, no se interrumpe la marcha del proceso ni se obsta la facultad del litigante de hacer valer su criterio ante el superior –expondremos nuestra opinión crítica respecto al denominado “recurso de apelación” con efecto diferido en el epígrafe III.5.3–.

España y Ecuador se alinean en la búsqueda de celeridad procesal y proscripción de protervas prácticas litigiosas. Las soluciones implementadas por las dos legislaciones, sin bien algo discordantes en su configuración, arriban a un mismo objetivo: que el proceso no se suspenda y que el litigante pueda insistir en sus argumentos no aceptados con posterioridad. En este punto se confirma un avance en la concreción de los principios que posibilitan una mejor administración de justicia desde lo procedimental.

No podemos culminar este análisis sin regresar a un tema ya abordado en el acápite III.2.3 y que se refiere a las críticas que el recurso de reposición, por tratarse de uno de carácter horizontal, ha merecido por una parte de la doctrina. Como lo recuerda OSORIO ACOSTA, la conveniencia de la reposición ha generado debates entre distintos autores y jurisconsultos, en virtud de lo inútil que en ocasiones resulta frente al ánimo confirmatorio crónico de algunos juzgadores, así como de lo útil que resultaría para estrategias dilatorias de litigantes de mala fe.⁶⁶⁹ De allí que se podría pensar que una manera de observar algunos principios del procedimiento sería a través de la no previsión del recurso de reposición. Respecto a estas críticas al instituto ya hemos expuesto nuestra opinión, la cual podemos resumir de la siguiente manera: La operación disfuncional de un recurso, sea por parte del juzgador o sea por parte de los litigantes, lejos de condenarlo debe ser considerada como un inequívoco indicador de la real causa de los problemas en el contencioso. Eliminar la

⁶⁶⁹ Cfr. OSORIO ACOSTA, Ezequiel, “El Recurso de Reposición”, en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 2, Barcelona, Economist & Jurist, 2000, pág. 642.

posibilidad de que errores judiciales sean directa y rápidamente solventados por el mismo órgano jurisdiccional, bajo el pretexto de algunos inconvenientes con su aplicación que no le son imputables, genera varias consecuencias: (i) deteriora la labor del legislativo, que pasaría a ser un simple instrumentador de soluciones parche a los síntomas y no a la causa del problema; (ii) perjudicaría a los buenos juzgadores y litigantes de buena fe, pues le restaría una importante herramienta procesal; y (iii) elevaría el número de causas apeladas, en razón de aquellos inconvenientes que no pudieron ser superados en primera instancia por falta de medios procesales.

Algunos de los detractores del recurso de reposición son conscientes de estos inconvenientes y, por ello, han optado por presentar alternativas al recurso. Así, SAAVEDRA GALLO propone la instauración de un sistema de advertencias o protestas, ante el órgano jurisdiccional que faculte a éste rectificar.⁶⁷⁰ Esta propuesta no es sino un intento de simplificar en extremo el recurso de reposición, pero reposición en toda forma al final – aunque se quiera eliminar tal denominación–, que requerirá audiencia a la parte contraria respecto de la advertencia o protesta y la correspondiente decisión judicial. En nuestro criterio el recurso no solo ha de mantenerse sino que deben otorgársele los medios para que su tramitación sea breve y ágil, así como coherente con la forma procedimental por la que se ha optado.

III.5. El recurso de apelación

El recurso de apelación se encuentra previsto por la legislación procesal civil española y ecuatoriana.

III.5.1. Aspectos generales

III.5.1.a. Conceptuación

MONTERO AROCA considera que la apelación “es un recurso cuyo objeto puede ser material o procesal, por virtud del cual se solicita al órgano jurisdiccional de orden jerárquico superior al que dictó la resolución recurrida que examine su corrección o su regularidad con relación a lo que constituye la materia que haya sido objeto de decisión en ella, y dicte otra favorable o más favorable para el recurrente, o la anule.”⁶⁷¹ En similar sentido, GIMENO SENDRA define este recurso al señalar que “la apelación es un medio de impugnación ordinario, devolutivo y, por lo general, suspensivo, por el que la parte que se crea perjudicada

⁶⁷⁰ Cfr. SAAVEDRA GALLO, Pablo, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 2, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 719.

⁶⁷¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José, *Tratado del Juicio Verbal*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2004, pág. 1358.

por una sentencia o auto, por lo general definitivo, lleva a conocimiento de otro órgano judicial, jerárquicamente superior, la cuestión o cuestiones de orden procesal o material, surgidas en el proceso anterior y resueltas en la resolución recurrida, con el objeto de que dicho órgano *ad quem* examine la adecuación de la resolución impugnada al Derecho, confirmándola o revocándola, en todo o en parte, por otra que le sea más favorable y delimitada por el contenido del propio recurso y del objeto de la primera instancia.”⁶⁷²

De estas definiciones extraemos las notas caracterizadoras del recurso de apelación. Primero, la apelación es un recurso ordinario, de allí que no existan motivos legalmente tasados que la parte deba observar para presentar su impugnación y tampoco exista limitación temática respecto de las objeciones que la parte puede presentar en su recurso. En esta misma línea argumentativa, la CC (Ecu) ha manifestado que “este recurso ordinario –la apelación– no cuenta con causales específicas, simplemente procede cuando las partes consideran que han sufrido un agravio, debiendo entenderse este como la insatisfacción total o parcial de las pretensiones u oposiciones propuestas.”⁶⁷³ Considerando la ausencia de motivos tasados que deban ser observados para la interposición de este recurso, TOMÉ GARCÍA sostiene que “la apelación permite la plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada”.⁶⁷⁴ Este tipo de afirmaciones no deben ser entendidas de manera categórica, pues los poderes revisores del juzgador superior serán tan plenos, cuan plena hubiese sido la impugnación de la parte. Con esto queremos expresar que si bien el segundo grado de jurisdicción que se genera con el recurso “confiere al Tribunal de apelación la *cognitio* plena del asunto que es sometido a su jurisdicción”,⁶⁷⁵ el juzgador de alzada no está en capacidad de extender su *cognitio* por fuera de los márgenes fijados por la parte en su recurso. En palabras de VESCOVI: “el límite de la sentencia es, en este caso, lo pedido por el apelante: *tantum devolutum quantum appellatum*”.⁶⁷⁶ Recordemos, conforme se desprende de lo anotado, que al estar las fases recursivas del proceso informadas por el principio dispositivo, estas componen su temática exclusivamente de lo que hubiere sido “dispuesto” por la parte, no existiendo en el juzgador poderes oficiosos para revisar materias por fuera de la impugnación de la parte,⁶⁷⁷ salvo por el control general de validez procesal –declaración de

⁶⁷² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pág. 552. En el mismo sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 486.

⁶⁷³ CC (Ecu), Sentencia N° 011-14-SEP-CC, dentro del Caso N° 2076-11-EP, del 15 de enero de 2014.

⁶⁷⁴ TOMÉ GARCÍA, José Antonio y GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma, *Temario de Derecho Procesal*, Madrid, Colex, 2012, pág. 533.

⁶⁷⁵ STS (Esp), 746/2015, del 22 de diciembre, rec. 2955/2014, FJ 3.

⁶⁷⁶ VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, pág. 53.

⁶⁷⁷ En este sentido, el TC (Esp), en su Sentencia 250/2004, de 20 de diciembre, ha sido enfático en advertir que “... el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano *ad quem*, que en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación.” También el TS (Esp) se refirió aquello en su

oficio de nulidades de pleno Derecho— o por la capacidad de aplicar normas jurídicas no expresamente invocadas —*iura novit curia*—.

Por otro lado, en orden a determinar el ámbito de posible cognición del tribunal de apelación, también es importante tener en cuenta que, dentro de un sistema oral, la apelación debería ser entendida de una manera muy distinta a cómo se la entiende en un sistema escrito. Cuando el debate de primera instancia ha sido llevado a cabo oralmente, el juzgador de segunda instancia carece del contacto que sí poseyó el juzgador de primera con el caso, principalmente, con la actuación de ciertas pruebas. Ya que el juzgador superior no mantuvo el contacto directo e inmediato con la producción de la prueba, mal puede realizar una nueva valoración de la misma. No se puede pretender que la mera revisión de un video otorgue la inmediación que sí tuvo el juez inferior con las partes, sus testigos, los peritos o los reconocimientos del objeto litigioso. De allí que la apelación dentro de un proceso cuya primera instancia sea oral, limita los poderes del superior a una revisión de infracciones directas a normas sustantivas y procesales, mas no está en capacidad de realizar nuevas valoraciones de ciertas pruebas que no presencié. Se torna en estos casos la apelación en una especie de “casación ordinaria”, esto es, un examen de exclusivo control de legalidad del fallo, pero sin que se deban observar causales o formalidades especiales en la impugnación. Cosa muy distinta ocurre en el proceso escrito, ya que tanto el juez de primera instancia como el de segunda poseen un idéntico insumo para conocer el caso, las pretensiones de las partes y sus pruebas, esto es, el expediente. En él obran, además de la demanda y la contestación, las actas de los testimonios, de las declaraciones de parte, de los reconocimientos o inspecciones realizadas, los informes periciales, documentos y cualquier otra evidencia de las pruebas actuadas. Por tanto, ya que el juzgador *ad quem* se encuentra en igualdad de condiciones que las que poseyó el *a quo* para valorar la prueba, posee capacidad plena y legitimidad para realizar una nueva valoración al momento de resolver la apelación. En los procesos escritos los poderes revisores del juez de apelación únicamente se limitan a lo que las partes hayan dispuesto en sus impugnaciones, pero dentro de ello, el juzgador posee amplias facultades para decidir, incluso, dando un sentido diferente a la prueba actuada en primera instancia respecto del que se le otorgó originalmente. De este

STS S. 1, 30/2016, del 15 de febrero, rec. 645/2014 FJ 3, donde señaló: “...la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal Superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación *tantum devolutum quantum appellatum*.” Y, en la misma línea, la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 0698-2015, del 21 de enero de 2015, ha sido muy clara en señalar que “la apelación (...) en efecto, permite al órgano jurisdiccional superior conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho que fueron objeto de resolución en el primer nivel, excepto el evento de que el recurrente, por propia iniciativa, restrinja o limite el recurso a una parte a la que, expresa, limita su inconformidad.”

análisis sobre cómo opera la apelación en el proceso escrito, se confirma que la apelación en el oral no puede ni debe ser comprendida de la misma manera tradicional propia del proceso escrito, debiendo adaptarse al protagonismo que la primera instancia posee en el proceso cuando el debate es mayoritariamente oral. Desarrollaremos esta cuestión con más detalle en el siguiente acápite, si bien no podíamos dejar de apuntarla también en este, toda vez que, incide en el hecho de que, pese a que la primera de las características esenciales del recurso de apelación es la de su carácter ordinario, en un sistema de primera instancia oral, el apelante no debería poder realizar –ni el juzgador de apelación podría resolver– ninguna solicitud de revaloración de aquellas pruebas para las que el legislador ha exigido intermediación en primera instancia.

La segunda característica de la apelación es que se trata de un recurso vertical –devolutivo– y, por tanto, necesariamente implica un desplazamiento de la competencia para el conocimiento y resolución de la impugnación del juez que emitió el acto observado hacia un juzgador jerárquicamente superior a aquel. En este sentido, el TS (Esp) ha manifestado que, “con la formulación del recurso de apelación, se traslada al Tribunal de segunda instancia el conocimiento de las cuestiones expresamente planteadas en el recurso y también el conocimiento de aquellas cuestiones que, razonablemente, han de entenderse implícitas en la pretensión del recurso de apelación, por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto al objeto de la impugnación.”⁶⁷⁸ Así mismo, la CNJ (Ecu) ha sostenido que “la apelación es un recurso vertical (...) que activa la competencia del Tribunal de segunda instancia, abriendo la posibilidad de un nuevo examen del material fáctico y probatorio incorporado en la primera instancia, para el análisis del acierto de la resolución recurrida y en directa correlación con la pretensión o petición constante en la impugnación del recurrente.”⁶⁷⁹ De esta forma, cuando la apelación se refiera a una sentencia, dado que esta constituye una resolución mediante la cual se decide sobre el fondo del litigio, el hecho de que el juez que va a conocer la impugnación sea distinto del que emitió la resolución y de grado superior a aquel, le posibilita modificar el sentido del juicio del inferior, atendiendo de esta forma a los postulados de la regla de la invariabilidad de las resoluciones judiciales – II.6.2–.⁶⁸⁰

En tercer lugar, y siguiendo con lo anterior, a través del recurso de apelación, una parte puede solicitar la modificación total o parcial de la resolución impugnada. Si hay un único pronunciamiento sólo cabría la posibilidad de apelar contra el mismo, donde la apelación sería total al recurrirse sobre el contenido íntegro de la resolución. De igual manera, cuando la resolución recurrida contiene varios pronunciamientos “correspondientes a cada uno de

⁶⁷⁸ STS (Esp), Secc. 1, 1882/2009, 125/2009, del 10 de marzo, rec. 989/2003, FJ 3.

⁶⁷⁹ CNJ (Ecu), Resolución No. 0098-2014 del 13 de mayo de 2014.

⁶⁸⁰ Recordemos que por regla general al juzgador de primera instancia le está prohibido de revisar sus propias sentencias en el fondo, de allí que para tal fin no se puedan utilizar los recursos horizontales.

los distintos extremos de las pretensiones de las partes”,⁶⁸¹ cabría la posibilidad de que la parte acepte unos puntos e impugne otros. Ciertamente lo que la parte debe cuidar es la congruencia de su impugnación, pues en ocasiones distintos dictámenes del juez pueden resultar conexos y consecuentemente, la impugnación de uno comportará la del otro. En este caso, aun cuando la parte pretenda abstraer de la impugnación a alguna de las consecuencias, no lo podrá hacer ni aun fundándose en el principio dispositivo. Deberá, consecuentemente, decidir si recurre o no lo principal pues de ello dependerá la suerte de todo lo accesorio o conexo.

Sobre este mismo punto debemos recordar que los recursos principalmente están llamados a servir como instrumento de control de la legalidad y corrección fáctica de las resoluciones judiciales; sin embargo, hemos analizado que también pueden servir de instrumentos para que las partes denuncien vicios que afecten la validez de las actuaciones del órgano jurisdiccional –epígrafe II.7.2–. De hecho, en la generalidad de los casos las legislaciones establecen la doble finalidad impugnatoria para la apelación: vicios en el fondo y en la forma, lo que los autores citados al inicio de este acápite denominan errores materiales y procesales.

En cuarto lugar, debemos tener en cuenta que el recurso de apelación, pese a ser de naturaleza vertical, no siempre va a generar una segunda instancia. Al respecto vale iniciar recordando lo señalado en el acápite II.6.5, esto es, que no se debe confundir a la segunda instancia con el recurso de apelación, pues este es el medio de impugnación, mientras que aquella es el escenario jurídico procesal que se genera como efecto de la interposición del recurso. ORTELLS RAMOS propone una interesante reflexión respecto de estos conceptos: “la segunda instancia es una nueva fase del proceso que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación, contra la sentencia final de la primera instancia. El recurso de apelación es admisible también contra resoluciones distintas a la anterior, es decir contra resoluciones que ponen fin al proceso, decidiendo solo una cuestión procesal e incluso en contra de algunas resoluciones meramente interlocutorias. En este caso, teniendo en cuenta la cuestión que se somete al Tribunal superior, es imposible pensar en la apertura de una segunda instancia, persiguiéndose solo la reforma o anulación de la resolución apelada”.⁶⁸²

⁶⁸¹ ARAGONESES, Pedro, y GISBERT, Marta, *La Apelación en los Procesos Civiles*, cit., pág. 113.

⁶⁸² ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Gizur Menor, Aranzadi, 2010, pág. 510. En la misma línea, señalamos que en un sentido lato, se puede utilizar –a la segunda instancia– como sinónimo de ‘segundo grado de jurisdicción’, esto es, la fase procesal que se abre con cualquier recurso de apelación para que un tribunal distinto y superior pueda adoptar una segunda decisión sobre algún asunto sustantivo o procesal. Ahora bien, en un sentido estricto, la ‘segunda instancia’ solo es la fase procesal en la que cabe tomar una segunda decisión sobre el conflicto jurídico de fondo en plenitud, es decir, una decisión que tenga en cuenta –o pueda tener en cuenta– todos los aspectos fácticos y jurídicos del caso planteado. De esta manera solo abrirían una segunda instancia –en sentido estricto– las apelaciones contra Sentencias, pero no las apelaciones contra autos.

Para finalizar, se debe considerar que el recurso de apelación y la segunda instancia, bien comprendidas, en general, como una *revisio prioris instantiae*, no generan un *novum iudicium* (cfr. acápite II.6.5). La impugnación a través de este recurso otorga al juzgador superior la capacidad de analizar la sentencia emitida a la luz de las objeciones de las partes y de lo actuado en primera instancia, mas no autoriza la inclusión de nuevos puntos jurídicos a debatir, es decir, no autoriza la introducción de nuevas pretensiones o excepciones respecto de la materia litigiosa original.⁶⁸³ Como señala DE LA OLIVA SANTOS, “la apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso.”⁶⁸⁴ Este acertado criterio ha sido muy bien desarrollado por el TS (Esp) al advertir que:

...la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación, recogido en el art. 456.1 LEC. Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado, sino una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación: la pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera. El apelante no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el Tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. Y, correlativamente, el Tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el Tribunal de apelación entiende que es la solución correcta.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Esto ha sido recogido por la Audiencia Provincial de Madrid que haciendo referencia a esta aseveración, la Audiencia manifestó que: “...En otro orden de cosas, la parte apelante no recurre ni alega nada sobre los silencios de la sentencia impugnada en cuanto al resto de los pedimentos contenidos en el suplico de su demanda (publicación de la sentencia, adjudicación del lucro obtenido y pago de intereses), ni sobre la solidaridad del abono en caso de resultar condenada la señora Eloísa, por lo que este Tribunal no puede entrar a dilucidar sobre unos temas que la parte recurrente (verdadera *domini litis*) ni siquiera incluye en el debate impugnatorio, deviniendo firme su exclusión a todos los efectos (STS 211/2011, de 30 de marzo), y ello en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* cuya formulación legal viene recogida en el artículo 465.5 de la LEC . La doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es concluyente sobre esta cuestión. Así, la didáctica STC (Esp) 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3 afirma que el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano *ad quem*, que en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación.” SAP Madrid (Esp), Secc. 10, 465/2016, del 20 de septiembre, rec. 453/2016, FJ 5.

⁶⁸⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 787.

⁶⁸⁵ STS (Esp), Secc. 991, 23/2016, del 3 de febrero, rec. 541/2015, FJ 2.

En este mismo sentido, BONET NAVARRO recuerda que la apelación no debe constituir un *novum iudicium* ni admitir nuevas acciones o excepciones –*ius novorum*–, otorgando al juzgador, eso sí, la facultad de conocer por segunda vez todo lo que fue instruido en la primera instancia ya terminada, dentro de los límites o fronteras establecidos por los recurrentes en sus impugnaciones.⁶⁸⁶ Lógicamente, este rasgo de la apelación se explica por la necesidad de poner en valor lo actuado durante la primera instancia, ya que esta no sería tomada con la debida seriedad y rigor por las partes y por el juez que conoció de ella, si la apelación pudiera convertirse un *novum iudicium*, en el que cupiera alegar todo tipo de hechos y practicar todo tipo de pruebas –incluso repetir la práctica de aquellas que se llevaron a cabo durante la primera instancia–.

III.5.1.b. Inmediación y recurso de apelación

Al analizar el carácter ordinario del recurso de apelación, hemos dejado apuntada una importante cuestión, a saber: la influencia que ejercen la oralidad y la inmediación exigidas durante la primera instancia sobre la configuración del recurso de apelación; cuestión en la que vamos a detenernos en este acápite.

Iniciamos recordando que la primera instancia adquiere el verdadero protagonismo del proceso cuando el debate judicial adopta la forma oral.⁶⁸⁷ Es ante el juez de primera instancia donde las partes expondrán sus pretensiones y excepciones en extenso; donde se trabarán los puntos litigiosos; donde las partes presentarán y actuarán las pruebas que sustentan sus decires; donde el juzgador podrá tener un contacto vívido y directo con aquellos argumentos y sobre todo con las pruebas; donde de manera más cercana al drama procesal el juez podrá reunir elementos de convicción y formar su juicio. Todas estas circunstancias solo se las puede experimentar en la primera instancia, pues en la segunda lo que se busca es que el juez superior corrija los errores de una resolución, mas no que se vuelva a actuar ante él todo lo ya actuado ante el inferior –salvo que el legislador opte expresamente por un modelo de apelación *novum iudicium*, lo cual nos parecería un despropósito al día de hoy, si es que se quiere dotar de valor y seriedad a las actuaciones de primera instancia–.

Cuando la oralidad informa a la primera instancia, los poderes del juzgador superior deben ser limitados pues el debate que ante él se realiza es mínimo y enteramente distinto al que se desarrolla ante el juzgador inferior. Cosa diferente ocurre cuando el trámite de la primera instancia es escrito, pues en tal caso tanto el juez inferior como el superior conocen un mismo debate reducido a un expediente escrito, cuyo contenido resulta idéntico, tanto en

⁶⁸⁶ Cfr. BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 99-100.

⁶⁸⁷ A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento escrito donde las mayores esperanzas radican en el juzgador supremo y en el análisis que él realice del expediente.

el fondo como en la forma, para los dos juzgadores. Bajo estos supuestos es correcto que el juez superior posea idénticos poderes que el inferior, pues se encuentra en igualdad de condiciones frente a lo ocurrido en la primera instancia. Por el contrario, el juez superior se encuentra en franca desventaja cuando el debate de primera instancia ha sido oral, al carecer del contacto inmediato con todo lo desarrollado y estar solamente en capacidad de conocer meras referencias documentales al respecto o adoptar el papel de un espectador de videos. Por ello, bajo el modelo de primera instancia oral, la apelación requiere adoptar ciertos caracteres del recurso de casación en la medida en que la impugnación debe circunscribirse a una confrontación de la sentencia con el Derecho, no debiendo existir posibilidad de que se realicen nuevos exámenes o valoraciones ciertas pruebas actuadas en primera instancia. Esto pues, como hemos señalado, el juzgador superior carece de la inmediación que sí posee el juzgador de primera instancia respecto de la prueba que ante él se actuó. Cualquier análisis que realice el juzgador superior respecto del sentido pruebas cuya producción está esencialmente ligada a la observancia de la inmediación, sería indirecto, incompleto y proclive a la equivocación.

A este respecto, MONTERO AROCA señala: “Partiendo de la inmediación lo que sucede es que el Tribunal *a quo* valora la prueba atendiendo, no a su reflejo documentado, sino con base en lo visto y oído directamente por él, mientras que el Tribunal *ad quem*, cuando le llega el recurso de apelación, cuenta únicamente con un reflejo documental que, además, es menos completo que lo que era en el anterior proceso escrito.”⁶⁸⁸ En este mismo sentido, se ha manifestado RIAÑO BRUN: “Se ha alegado que los avances tecnológicos permiten en la actualidad la grabación de las actuaciones orales desarrolladas en primera instancia y su traslado al órgano judicial que ha de resolver el recurso. Con lo cual esta mencionada ausencia de inmediación podría verse atenuada en un cierto grado con la visualización del archivo de vídeo correspondiente. Nada más lejos de la realidad. En estos casos, la inmediación no es completa, ya que si la entendemos en un sentido integral, debe encontrarse referida no sólo a un contacto pasivo del juez con las actuaciones, sino también a la posibilidad efectiva de intervenir en ellas, y solucionar así las dudas que pudieran generarse.”⁶⁸⁹ En la misma línea de pensamiento, HERRERA ABIÁN sostiene que la valoración de las pruebas realizada por el juez de la primera instancia se debe respetar impidiéndose una nueva valoración del material probatorio por el Tribunal superior.⁶⁹⁰

De hecho, los tribunales españoles tienen muy claro el tema en cuestión, y han sido enfáticas en señalar que en el sistema oral la inmediación se dinamiza ante el juzgador de

⁶⁸⁸ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág., 281.

⁶⁸⁹ RIAÑO BRUN, Iñaki, “La Oralidad en la Segunda Instancia”, pág. 4, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp22ria.pdf>, página web consultada el 11 de noviembre de 2013.

⁶⁹⁰ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., pág. 185.

primer nivel, pues él tiene el contacto vívido con las partes, los hechos y la controversia en sí; éste puede apreciar con la seguridad o inseguridad que concurren los testigos y demás elementos que solo logra quien está en contacto directo con la situación litigiosa. Al respecto, basta citar lo manifestado por el TC (Esp) al referirse a la valoración de la prueba mediante recurso de apelación en los siguientes términos: “...dada la privilegiada posición del Juez de instancia como consecuencia de la aplicación de los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, tan sólo en caso de manifiesto error en la valoración (de modo que las conclusiones alcanzadas por aquél fueran ilógicas, irracionales o arbitrarias) podría la Sala separarse del criterio valorativo del Juzgador *a quo*, y llegar por tanto a una conclusión probatoria de signo diferente.”⁶⁹¹ Este criterio ha sido replicado por distintos tribunales españoles, que han reconocido que el juzgador de la primera instancia en un proceso oral es quien goza, en estricto sentido, del poder de la apreciación real de las pruebas; mientras que el juzgador de alzada ve limitadas estas facultades, por lo que la “revisión probatoria” que se pudiere hacer en la segunda instancia es ciertamente escasa. Así, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en fallo que data del 4 de febrero de 2008, manifestó que:

...cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación –como en el presente caso– es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez *a quo* en uso de las facultades y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, como principio y por regla general, debe primar la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por la juez ante la que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso, y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en la narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que en principio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia.⁶⁹²

En sentido similar, la Audiencia Provincial de Madrid sostiene:

Dado que la inmediación dota de una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la Sentencia de instancia, sólo cabrá su revisión cuando

⁶⁹¹ STC (Esp) 28/2004, de 4 de marzo, FJ 2. Criterio reiterado en las siguientes SSTC: STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; STC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; STC 2/2010, de 11 de enero, FFJJ 2,3 ;STC 30/2010, de 17 de mayo, FJ 2; STC 144/2012, de 2 de julio, FJ 2, entre otras. El criterio al que nos referimos lo ha desarrollado el TC (Esp) en relación con el proceso penal. Sin embargo, entendemos que resulta aplicable a todo tipo de procesos, como se aprecia de la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales que citamos a continuación en el texto.

⁶⁹² SAP Guipúzcoa (Esp), Secc. 3, 66/2008, del 4 de febrero, rec.3300/2007, FJ 4.

la prueba sea inexistente, no tenga el resultado que se le atribuye, o cuando las conclusiones fácticas impugnadas no se apoyen en medios de prueba especialmente sometidos a la percepción directa o intermediación judicial - como ocurre con la prueba documental, - y lo que desde luego no acontece en el caso de autos, de manera que en los demás supuestos, el examen y la revisión han de ceñirse a la razonabilidad y respaldo empírico del juicio probatorio, con arreglo a las reglas de la lógica, de la sana crítica y a los principios de la experiencia, sin entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o los testimonios prestados ante el Juzgador.⁶⁹³

Y, como último ejemplo, la misma Audiencia Provincial de Madrid expresa:

Se debe mantener como lógica y adecuada la valoración probatoria que lleva al Juez de Primera Instancia desde su posición privilegiada de intermediación directa a tener por acreditado el incumplimiento del demandado. Frente a tales conclusiones las alegaciones del recurso no sirven para desvirtuar las mismas, ni se alegan datos o hechos que sirvan para acreditar que las conclusiones alcanzadas por el Juez de Instancia sean erróneas o equivocadas, arbitrarias o irracionales. Se debe confirmar la valoración del Juez de Instancia por no existir motivo para revocarla. Sentadas estas premisas jurídicas y en su cumplida aplicación al supuesto de autos. A mayor abundamiento, cabe señalar que, cuando la cuestión debatida mediante recurso de apelación es la valoración probatoria llevada a cabo por el Juez *a quo* debe partirse, en principio, de su privilegiada posición y singular autoridad en el acto de juicio, en el que adquieren plena efectividad los principios de intermediación, contradicción, concentración y oralidad.⁶⁹⁴

En este contexto, para conocer cuáles serían en específico las facultades del juzgador superior respecto del reexamen de la prueba producida en primera instancia, habría que analizar el tipo de medio probatorio del que se trate, así:

- a) Si todas las pruebas actuadas ante el inferior fueron orales –declaraciones de parte y testificales– y/o reconocimientos judiciales, deberá respetarse la intermediación que su producción gozó en primera instancia y, en apelación, no se podría realizar una nueva valoración de las mismas.
- b) Por otro lado, si la prueba de primera instancia se refiere exclusivamente a documentos u otros soportes que posean información, sin que respecto de ella haya existido un especial debate oral, el juzgador de apelación podría

⁶⁹³ SAP Madrid (Esp), Secc. 20, 374/2016, del 09 de septiembre, rec. 11/2016, FJ 4.

⁶⁹⁴ SAP Madrid (Esp), Secc. 13, 377/2016, del 27 de septiembre, rec. 836/2015, FJ 4.

reexaminarla sin limitación alguna, dado que la inmediación no constituyó una característica de su producción.

- c) Diferente es el caso cuando el contenido de la prueba documental o de la información constante en cualquier otro tipo de soporte, fue materia de un debate oral, sobre su corrección, pertinencia, validez o licitud; debate en el cual haya existido la opinión de un perito o de testigos. En estos casos, el juzgador de segunda instancia no debería estar en capacidad de reexaminar aquellos documentos, en la medida de que su valoración estuvo ligada a otras pruebas actuadas de forma directa e inmediata en primera instancia.
- d) Finalmente, si en la primera instancia hubo pruebas escritas y también pruebas orales, cuya práctica no hubiera estado interrelacionada o no fuere contradictoria entre sí, el juzgador superior debería abstenerse de reexaminar las pruebas con inmediación y podría realizar una nueva valoración de las pruebas escritas.

Es claro que en el recurso de apelación, cuando responde a una primera instancia oral, el recurrente podrá realizar una impugnación ordinaria –sin la observancia de causales ni técnicas de fundamentación específicas–, pero sí deberá ser consciente de que la valoración de una prueba que no sea practicada con la participación del juzgador de segunda instancia no podrá ser revisada por él, justamente por la ausencia de inmediación e imposibilidad de repetir la práctica de la prueba. Podría el recurrente solicitar que se revise si al momento de valorar la prueba el juzgador de primera instancia vulneró alguno de los preceptos jurídicos aplicables a la tarea de valorar la prueba, mas no podrá solicitar la revisión del sentido mismo de la valoración. Cosa distinta ocurre, insistimos, cuando la apelación responde a una primera instancia escrita. En este supuesto, el juzgador superior no solo podría realizar un examen de Derecho sino que además podría realizar una nueva valoración de la prueba legitimado en el hecho de que posee un contacto muy similar al que el juez inferior tuvo con la prueba. En efecto, tanto el juzgador inferior como el superior deben recurrir al expediente para conocer y aquilatar las pruebas actuadas por las partes. Las semejantes condiciones del examen de la prueba autoriza al juzgador superior a revisar el sentido que el inferior dio a una determinada prueba y emitir su propia valoración de la misma. En la oralidad únicamente se conseguirían estas condiciones semejantes respecto de la prueba actuada con inmediación, si se la volvería a actuar frente al juez superior, lo cual llevaría a repetir prácticamente todo el proceso, particular que resulta impensable.⁶⁹⁵

Cabe señalar que existen autores que no comparten o no poseen un entendimiento similar al nuestro respecto a la imposibilidad del nuevo examen de la prueba en la apelación

⁶⁹⁵ Lo cual supondría una apelación con un modelo muy similar al *novum iudicium*; modelo que ha sido descartado por los legisladores –epígrafes II.6.5 y III.5.1.a–.

que responde a una primera instancia oral. Anclados en la tradicional comprensión del recurso de apelación, en la generación de una segunda instancia amplia y en los poderes ordinarios extensos que poseía el juzgador en los procesos escritos, sostienen la procedencia de tales características en los procesos orales, sin considerar los postulados del principio de inmediación que hemos analizado y que impiden tal procedencia. Esta falta de comprensión sobre el nuevo sistema ha llevado a que autores como GARCÍA PAREDES, critiquen la actual regulación del recurso de apelación en cuanto a lo complejo que resulta el nuevo examen de las pruebas en un proceso oral. El referido autor sostiene: “el nuevo régimen de la apelación civil ha hecho más complicado y duro el trabajo de enjuiciamiento de los recursos. (...) Salvo las pruebas documentales, las demás pruebas (interrogatorio de las partes, declaraciones de los testigos, ratificaciones de los peritos) llegan en un soporte informático (CD) o videográfico (DVD, cinta VHS). De manera que el nuevo examen de las pruebas (en el caso de que el motivo de la apelación haya sido el error en la valoración de la prueba, cosa bastante habitual) tendrá que hacerlo el Magistrado no a base de leer y releer el contenido del expediente, sino mirando y volviendo a mirar con detenimiento la película del juicio o de la audiencia previa, a la vez que va tomando nota de lo que dicen los intervinientes, lo que comporta detener una y otra vez el visionado para escribir lo percibido. Se convierte así el magistrado en su propio escribano, que transcribe el contenido de la película para poder expresarlo, en lo necesario, en el texto de la sentencia.”⁶⁹⁶ Lo que no considera el autor citado es que la complejidad que describe redundaba en uno de los principales argumentos por los cuales, un nuevo examen a las pruebas actuadas en la primera instancia oral, no debe realizarse en segunda instancia pues el juzgador superior carece de la inmediación que sí poseyó el primero.

En relación a lo sostenido por GARCÍA PAREDES, autores como MONTESANO, sostienen las bondades de los medios tecnológicos para que en la segunda instancia se puedan realizar valoraciones de pruebas actuadas ante el juzgador de primera. Este autor señala: “El legislador puede válidamente renunciar en algunos supuestos a la inmediación, dado que no es un requisito esencial del proceso, sino una ventaja que puede dejarse de lado por razones de costes. Además, con los avances de la tecnología, el Tribunal de alzada puede contar con las ventajas de la inmediación virtual para suplir algunas ventajas de la inmediación real (...) los actos cumplidos ante el juez de primera instancia conservan validez, y a su vez se permite un reexamen de la valoración efectuada con apoyo de la inmediación virtual.”⁶⁹⁷ Respecto a este criterio debemos insistir en que ni aún la grabación de la vista puede, en estricto sentido, suplir a la inmediación pues el video no demuestra, a ciencia cierta, lo que una persona percibe en el contacto directo con las otras. Además, dicho sea de paso, esta situación se agravaría en el eventual caso de una grabación defectuosa o peor aún en la pérdida de la

⁶⁹⁶ GARCÍA PAREDES, Antonio, “Un nuevo recurso de apelación”, en: *Diario La Ley*, N° 6952, Sección Tribuna, Madrid, Editorial La Ley, 23 de mayo 2008.

⁶⁹⁷ MONTESANO, Luis, *Oralidad y debido proceso*, México DF, Porrúa, 2013, pág. 246.

misma.⁶⁹⁸ En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, con absoluta corrección, ha señalado: “Respecto del visionado de la grabación del juicio oral, el mismo no puede sustituir a la inmediación que supone el examen personal y directo de las personas que declaran, lo que implica la concurrencia espacio-temporal de quien declara y ante quien se declara, ya que la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.”⁶⁹⁹

En este sentido, MARTÍN BRAÑAS reconoce “no tenemos más remedio que subrayar la evidente disparidad existente entre la práctica de una serie de actuaciones celebradas de forma oral y la revisión de esas mismas actuaciones plasmadas en diversos formatos”.⁷⁰⁰ Confirmamos nuestro criterio relativo a que la apelación que responda a una primera instancia oral limita los poderes del juzgador superior,⁷⁰¹ permitiéndole realizar un examen de estricto Derecho respecto de la resolución impugnada, sin poder entrar a valorar los hechos que hubiesen sido demostrados ante el juez inferior –salvo por las excepciones a las que nos hemos referido–, al no poder realizar una nueva valoración de tales pruebas por carecer de inmediación con las mismas. Este entendimiento es necesario que posean los legisladores para implementar, normativamente, mandatos que conduzcan a la adecuada

⁶⁹⁸ Un claro ejemplo de esta problemática lo vemos en la STC (Esp) 55/2015, de 16 de marzo, FJ 3, donde el TC (Esp) detalla un inconveniente con la grabación de una vista que incidió directamente en la preparación del recurso de apelación de una de las partes. Así, el mencionado fallo relata: “...durante la práctica de la quinta testifical hizo constar un ‘problema de grabación’ que obligó a una suspensión de dos minutos, tras la cual la propia acta refleja que ‘se ha solucionado el problema’. Posteriormente, al solicitar la defensa una copia del soporte para preparar su recurso de apelación, se descubre que no existe registro de la vista, por lo que ve imposibilitada su consulta. Entre las actuaciones remitidas por el Juzgado a quo a este Tribunal Constitucional, se incluyen nueve DVD con las grabaciones de las distintas sesiones de la vista oral. El núm. 3 se refiere a la citada sesión del 6 de abril de 2011, pero en él no aparece la declaración de ninguno de los peritos identificados por la defensa en su demanda de amparo, sino otros expertos que fueron interrogados antes, ese mismo día. Ya fuese por tanto que el aparato de grabación no llegara a funcionar o bien —como sostiene la empresa encargada del sistema—, que la grabación sí se realizó pero el archivo informático fue borrado por error al intentar hacer las copias, lo cierto es que esta parte de la sesión quedó sin documentar.”

⁶⁹⁹ SAP Madrid (Esp), Secc. 27, 426/2016, del 30 de junio, rec. 1044/2016, FJ 5.

⁷⁰⁰ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La Oralidad y la Segunda Instancia Civil”, pág. 10, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>, página web consultada el 11 de noviembre de 2013.

⁷⁰¹ Ciertamente los poderes del juzgador de primera instancia, como hemos explicado a lo largo del trabajo, tienen su fundamentación en la inmediación que posee con las partes, sus argumentos y pruebas. Este principio procesal es tan influyente en un proceso oral que implica que necesariamente quien presencie el acto probatorio sea quien deba resolver la contienda, pues de otra manera podría empezarse a caer en subjetivismos antes que en criterios objetivos que solo pueden ser desprendidos al tener un contacto *in situ* con los elementos de pruebas. En este sentido, el TC (Esp) advirtió la importancia del principio de inmediación en los siguientes términos: “...el principio de inmediación va unido a la naturaleza predominantemente oral de la actuación, pues en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial.” STC (Esp) 215/2005, de 12 de septiembre, FJ 2.

regulación de la segunda instancia del proceso civil, en cuanto a la valoración de la prueba actuada en primera instancia.

Consideramos necesario reconocer que en contra de nuestro criterio se han alzado voces muy respetables como las del autor chileno PALOMO VÉLEZ, quien se ha opuesto frontalmente a la limitación de los poderes del juzgador de segunda instancia respecto a la valoración de la prueba actuada ante el juzgador de primera instancia. El citado autor sostiene:

Se centra todo en un problema de credibilidad o fiabilidad, según el cual la intermediación existente en la recepción probatoria se convierte, bien se ha dicho, en una suerte de blindaje del juicio, esquivándose una motivación más consistente y exhaustiva que dé efectivamente cuenta de la racionalidad de la decisión adoptada y consagrándose una noción subjetivista de la prueba, que termina vinculándola con la creencia del Tribunal, desconociendo las exigencias propias de un sistema de valoración de la prueba libre, conforme a las reglas de la sana crítica, derivando sí la libertad en una valoración irracional, en arbitrariedad, en sacrificio de la motivación del denominado “juicio de hecho” y en una renuencia de los Tribunales superiores a revisar la valoración probatoria, incluso tratándose del recurso de apelación (como viene ocurriendo en España), desnaturalizando el instituto al despojarlo de contenidos que le son propios. De algún modo se estaría operando con la lógica de que los procedimientos procesales de conocimiento de los hechos proporcionarían resultados infalibles, que los jueces serían infalibles. Se olvida, primero, que aunque mucho hay que reconocer de positivo al contacto directo del juez con las fuentes de prueba (muy distinto a lo que ocurre en los procesos escritos), los jueces no son especialistas o expertos en psicología y que la lectura del lenguaje gestual no siempre será tarea pacífica, sino que está abierta a variadas interpretaciones susceptible de errores, menos cuando éstos, en muchos casos, no cuentan con calidad y experiencia suficiente. Pero además, aun reconociéndose una mejor posición del juez para decidir la credibilidad o fiabilidad de determinada fuente de prueba (gracias a la intermediación), debe puntualizarse, como bien lo ha explicado Del Río Ferretti entre nosotros, que la intermediación que efectivamente es la regla de mayor peso a la hora de la apreciación de la prueba y de la formación del convencimiento, no debe ser elevada necesariamente a un absoluto. Así las cosas, “de la prueba hay cosas que necesariamente se tienen que apreciar directamente y hay otras que no necesitan ser apreciadas de esa manera”. La intermediación hace posible en la apreciación de la prueba, formarse un juicio insustituible sobre la credibilidad de la prueba, mediante el examen directo de la prueba, para creer o no en ella. En otras palabras, la intermediación es la manera por la cual el Tribunal

realiza un acto de fe razonada en determinados medios de prueba que estima creíbles por sobre otros.⁷⁰²

En nuestro criterio, resulta válida la defensa de los valores propios de la apelación que realiza PALOMO VÉLEZ, sin embargo, como hemos señalado, unos son los valores de la apelación cuando la primera instancia se desarrolla de forma escrita y otros cuando se desarrolla de forma oral. En el proceso escrito existe plena identidad en el contacto que juzgador inferior y superior van a tener con la prueba a evaluar; sin embargo, cuando en primera instancia el debate se lo ha realizado de manera oral, el contacto de los dos juzgadores con la prueba es, por definición, disímil.⁷⁰³ Es claro que la inmediación de la que goza el juzgador *a quo* no garantiza que su labor valorativa de la prueba sea correcta, pero ciertamente eleva de forma muy considerable la posibilidad de que lo llegue a ser. De allí que, aun cuando el juzgador de segunda instancia recurra al más depurado ejercicio lógico y aplique una vasta experiencia judicial –sana crítica–, de la prueba actuada en primera instancia únicamente poseerá elementos indirectos y meramente referenciales, por lo que su valoración podrá limitarse a tal dimensión. Esto comporta un retroceso en la calidad del juzgamiento, que según hemos manifestado, no se sintoniza con los afanes más caros de las reformas procesales materia de nuestro análisis. De tal manera que, considerando las salvedades de ciertos medios de prueba a los que nos referimos –prueba documental, por ejemplo–, ratificamos nuestro criterio respecto a la limitación que el juez de segunda instancia debe poseer sobre la valoración de la prueba actuada en primera ante el juzgador *a quo*.

III.5.1.c. Resoluciones recurribles

Considerando los postulados del principio de invariabilidad de las actuaciones judiciales, así como la certeza respecto a que en las resoluciones definitivas también pueden existir errores de juzgamiento o de conducción del caso, el recurso de apelación se encuentra previsto para la impugnación de aquellas resoluciones que expresan el juicio razonado y motivado del juez de primera instancia sobre el fondo del caso, sobre un punto que determine la culminación del mismo, o sobre un incidente que obste su normal continuación. Es así que a través del recurso de apelación es posible impugnar sentencias, autos definitivos y ciertos autos no definitivos de primera instancia, cuando la ley así lo autoriza. Sobre este tema, y en concordancia con lo afirmado, la CNJ (Ecu) sostiene que “la apelación recurso ordinario por antonomasia que se caracteriza por ser abierto, es decir procede, por regla general, contra

⁷⁰² PALOMO VÉLEZ, Diego, “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, cit., pág. 483-486

⁷⁰³ Salvo que el modelo de apelación fuera de aquellos “plenos”, donde se acepta la repetición de la prueba actuada en primera instancia, costoso y demorado modelo que se encuentra rechazado por la generalidad de las legislaciones

todas las resoluciones definitivas de primera instancia, salvo las limitaciones y autorizaciones propias que la ley haya realizado.”⁷⁰⁴

Respecto de la impugnación de sentencias y autos definitivos de primera instancia, autores como GIMENO SENDRA opinan que el recurso de apelación posee cierto carácter de *universalidad*, pues son muy escasas las excepciones previstas en la ley en atención a las cuales no proceda la apelación de este tipo de resoluciones.⁷⁰⁵ Al respecto debemos recordar que pese a no existir un derecho fundamental a una segunda instancia o a un segundo grado de jurisdicción en materia civil, los legisladores han sido más bien proclives a su previsión en el proceso, como un medio para obtener mayor certeza y confianza en las resoluciones judiciales que pongan fin al proceso en primera instancia. La doble revisión de la cuestión controvertida hace posible que el fallo se acerque más a la verdad, sea confirmando el juicio venido en grado o sea modificándolo. Esto en virtud de la mayor experiencia de los Tribunales superiores que la realizan y de la mayor depuración en el análisis al que se somete el caso. De allí que se sostenga que la doble instancia es una garantía para el mayor acierto en la administración de justicia.⁷⁰⁶

III.5.1.d. Procedimiento

La apelación, al ser un recurso vertical, necesariamente implica un cambio de la sede jurisdiccional, tanto del expediente como de los litigantes. Este particular trae como consecuencia que existan varias formas en que el procedimiento del recurso pueda ser regulado. Así, puede optarse por una interposición simple de la apelación ante el juez *a quo*, para su posterior formalización ante el Tribunal *ad quem*, en cuya sede se desarrollaría el debate de segunda instancia iniciando con la oportunidad a la parte contraria para que ejerza su derecho a la contradicción. Por el contrario, se puede también optar por que el recurso sea formalizado al momento de ser interpuesto ante el juzgador de primera instancia, pudiéndose disponer que se ejerza la contradicción ante el mismo juzgador o ante el superior. ESPARZA LEIBAR nos recuerda que los dos modelos que acabamos de describir constituyen una

⁷⁰⁴ CNJ (Ecu), Resolución N° 17711-2013, del 21 de enero de 2015.

⁷⁰⁵ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), ASECIO MELLADO, José María, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas, ORTELLS RAMOS, Manuel y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Proceso Civil Práctico*, tomo 6, Madrid, La Ley, 2008, pág. 95.

⁷⁰⁶ Es importante señalar que las bondades de la doble instancia han sido rebatidas desde hace mucho tiempo atrás. Así, se sostiene que tanto los jueces de primera instancia, como los de segunda, pueden cometer errores. Se cuestiona, así mismo, que si se estima que con la segunda instancia la decisión se acerca más a la verdad, ¿por qué no acordar tres o más instancias? Que si los jueces de segunda instancia tienen más experiencia, ¿por qué no acordar una única instancia con ellos? De igual manera se cuestiona respecto a la inconformidad y cierta inseguridad que se produce cuando existen fallos contradictorios entre la primera y la segunda instancia. No obstante estas críticas, la opción por la segunda instancia se ha impuesto en la generalidad de las legislaciones occidentales. Cfr. ESPINOSA SOLÍS DE OVANDO, Alejandro, *Manual de Procedimiento Civil-Recursos Procesales*, cit., pág. 36-38.

apelación indirecta, en la medida en que actúa en mayor o menor medida, según el caso, el juzgador *a quo*. Existe también la denominada apelación directa en virtud de la cual, el órgano *ad quem* es el único que interviene como consecuencia de la interposición del recurso que se la realiza directamente ante él.⁷⁰⁷ Adicionalmente, a través del procedimiento normativamente establecido para el recurso, el legislador también demostrará su opción por una segunda instancia ilimitada –*novum iudicium*, que en la actualidad generalmente resulta rechazada– o limitada –*revisio prioris instantiae*–, respecto de la cual existen a su vez multiplicidad de opciones, según señalamos en el epígrafe II.6.5.

En cuanto a la forma procedimental, el legislador podría decantarse por la mayoritariamente oral –aun cuando no resulta recomendable, salvo por ciertas excepciones a las que nos referiremos en este mismo acápite– o por la mayoritariamente escrita –que consideramos adecuada–. A diferencia de lo que ocurre con el recurso de reposición, en el de apelación no resulta imprescindible guardar la coherencia de la forma procedimental de segunda instancia con la de la primera. Teniendo en cuenta que en la generalidad de los casos las resoluciones sobre las cuales va a versar la apelación van a ser de aquellas definitivas, y considerando también el cambio de la sede judicial, existe un rompimiento fáctico de la continuidad del procedimiento, aun cuando la unidad del proceso se conserva inalterada según hemos analizado. Por este motivo, el legislador puede optar –y de hecho resulta recomendable– por modificar la forma procedimental y la concepción que posea respecto a la concreción de los principios del procedimiento por los cuales hubiere optado durante la primera instancia.

En todo caso, recordemos que lejos de una forma procedimental determinada, lo que en realidad motiva –o debería motivar– al legislador es la aplicación de aquellos criterios que, a partir de la lógica y la experiencia, informan en la mejor manera de administración de justicia en contraste con el tipo de debate que se realice en la segunda instancia. Por ello, pese a que el legislador hubiere optado por una primera instancia principalmente oral, resultaría conveniente establecer una segunda principalmente escrita, si con ello se concretan de mejor manera principios como el de celeridad y economía, ponderándolos por encima del de inmediación, en aquellos casos en que el debate sea exclusivamente jurídico o documental –por no existir nuevas pruebas que actuar–. En todo caso, no existen modelos preestablecidos respecto a cuál es la mejor estructura procedimental por la que se puede escoger al momento de diseñar el procedimiento del recurso de apelación, dependiendo en todos los casos de la manera en la cual el legislador estime más conveniente su diseño para el cumplimiento de los fines que hubiere escogido. Pasamos a exponer los casos español y ecuatoriano a fin de analizar cómo se ha legislado sobre esta materia.

⁷⁰⁷ Cfr. ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *La Instancia de Apelación Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 185-186.

III.5.2. El recurso de apelación en la LEC

II.5.2.a. Conceptuación el recurso de apelación en la LEC

Los elementos de la conceptualización del recurso de apelación que desarrollamos en el acápite III.5.1.a se encuentran debidamente recogidos por la LEC. Así, el carácter ordinario del recurso se desprende del art. 456.1, norma que dispone de manera general la procedencia del recurso “con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia (...) mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel Tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practique ante el Tribunal de apelación”. Esta redacción genérica, unida a la inexistencia de causales para la admisibilidad de la apelación, denota la naturaleza jurídica ordinaria del recurso.

Respecto de los poderes del juzgador *ad quem*, el art. 465, tras posibilitar que la sentencia de apelación pueda pronunciarse sobre todo tipo de cuestiones suscitadas durante la primera instancia (apartados 1, 2, 3 y 4), de manera expresa dispone –apartado 5– que “el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461.” Esta norma claramente identifica la inspiración dispositiva del recurso, como parte de un proceso inspirado en similar principio procesal técnico. En consonancia con lo anotado, la citada norma también consagra al principio de la *non reformatio in peius*, al ordenar que “la resolución [del recurso de apelación] no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.” Este razonamiento es compartido por el TC (Esp), pues esta Corte es clara en manifestar que aun cuando no conste de manera expresa, éste se desprende lo previsto en el artículo 461. Así, el Tribunal advirtió que: “...en el ámbito del proceso laboral no hay ninguna regla que prohíba de forma expresa la *reformatio in peius*, si bien en el proceso civil, en cuyas reglas tampoco está prevista de forma expresa, actúa como un principio general derivado del brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, proyección a su vez del principio dispositivo que inspira toda la organización de ese proceso.”⁷⁰⁸

En este orden de temas, debe recordarse (cfr. epígrafe III.5.1.b) que la jurisprudencia de los tribunales españoles también ha sabido condicionar los poderes del tribunal de apelación a las exigencias de inmediación que la LEC ha establecido durante la primera instancia, de manera que, como regla, no será lícito que mediante la apelación se lleve a cabo una revaloración de aquellas pruebas en las que el legislador ha considerado que el contacto

⁷⁰⁸ STC (Esp), 87/2006, de 27 de marzo, FJ 4.

directo del juzgador de primera instancia con las partes y pruebas es esencial (cfr., en especial, arts. 137, 199 y 200 LEC).

Pasando a otro asunto, el carácter vertical –devolutivo– del recurso, queda establecido en los arts. 455.2 LEC y 82.2 LOPJ, con las normas de competencia que en él se determinan. Así, los recursos interpuestos contra aquellas resoluciones dictadas por jueces de paz que fueran apelables serán conocidos y resueltos por los Juzgados de primera instancia. A su vez, los recursos interpuestos en contra de resoluciones dictadas por Juzgados de primera instancia, Juzgados de lo mercantil o Juzgados de violencia sobre la mujer que fueran apelables serán conocidos y resueltos por las Audiencias Provinciales de las jurisdicciones respectivas. La previsión competencial española no deja lugar a duda respecto a qué juzgador corresponderá, en cada caso concreto, la tarea de atender la impugnación de alzada.

En cuanto a la temática de la impugnación vía apelación, debemos recordar que a través de este recurso se pueden perseguir errores de juicio o de procedimiento, buscando la enmienda total o parcial de la resolución impugnada. Respecto de la impugnación de vicios materiales, el art. 458.2 instruye al recurrente de su obligación de “citar la resolución apelada”, “exponer las alegaciones en que se base la impugnación” y determinar “los pronunciamientos que impugna.” De esta forma la LEC otorga al recurrente la facultad de escoger los pronunciamientos que en su criterio contengan errores y le generen un perjuicio, pudiendo estos ser algunos o todos los pronunciamientos contenidos en la resolución. Respecto de la impugnación de vicios formales, el art. 459 de la LEC dispone expresamente que “en el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida.”

III.5.2.b. Resoluciones recurribles en apelación en la LEC

El art. 455.1 de la LEC dispone que serán apelables las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale. Con esto, la LEC atiende correctamente la naturaleza jurídica del recurso de apelación en lo que a resoluciones susceptibles de recurso se refiere. Pasemos a analizar cada una de estas resoluciones judiciales.

- **Sentencias**

GUASP define a la sentencia como “aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad de la pretensión de la parte con el Derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola

en todo caso.”⁷⁰⁹ El art. 206.1. 3 de la LEC, por su parte, dispone que se ha de dictar sentencia para poner fin al proceso, a sus instancias y recursos extraordinarios, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley.

La LEC dispone por regla general la posibilidad de apelar cualquier tipo de sentencia dictada en primera instancia, en cualquier clase de juicio. De allí que se podrán apelar sentencias que acepten la demanda, total o parcialmente, o que la desechen. Existen, no obstante, excepciones a esta regla que se encuentran expresamente previstas por la LEC. Una de ellas consta en el mismo precepto legal que establece el recurso. Así, el art. 455.1 exceptúa de la apelación a las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros. La versión original de la LEC no contenía esta exclusión de los casos de baja cuantía; es sólo con la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, que “se excluye el recurso de apelación en los juicios verbales por razón de la cuantía, cuando ésta no supere los 3.000 euros, tratando con ello de limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales”, como expresamente se declara en la Exposición de Motivos del citado cuerpo legal.

- **Autos**

La LEC prevé la posibilidad de apelar los autos definitivos. Entendemos por autos definitivos a aquellas resoluciones que ponen fin a la primera instancia –art. 207.1–. Corresponden a esta clase de autos (i) los que impiden que comience el proceso, como, por ejemplo, los autos de abstención que declaran de oficio falta de jurisdicción o de competencia –arts. 36, 37, 38 y 48– o, en general, cualquier auto que inadmite la demanda por falta de los requisitos exigidos por ley –arts. 403 y 404.2–; (ii) los que ponen fin al procedimiento antes de su conclusión ordinaria, como por ejemplo el auto que homologa la transacción a la que llegaran las partes –art. 19.2–, el auto que declara la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto –art. 22.3– o los autos de sobreseimiento que resuelven cuestiones procesales –arts. 66.1, 416 y ss., y 443.2–.

Por otro lado, la LEC también dispone de manera expresa la procedencia del recurso de apelación en contra determinados autos –al margen de que puedan ser calificados como “definitivos” o como “no definitivos”–, en atención a que el gravamen que pueden ocasionar amerita en todo caso que exista la posibilidad de revisión por un tribunal superior. Pertenecen a esta categoría de excepción los autos que disponen la suspensión del proceso por prejudicialidad civil –art. 43– o penal –art. 41.2–, el auto

⁷⁰⁹ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Gizur Menor, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 549.

que resuelve la forma en que deben quedar reconstituidas las actuaciones, o la imposibilidad de su reconstitución en caso de pérdida o mutilación de las actuaciones –art. 235.4–, el auto que deniega la práctica de diligencias preliminares –art. 258.2–, el auto que deniega la ejecución provisional –art. 527.4–, el auto que deniegue la ejecución –art. 552.2–, el auto que resuelve la oposición por motivos de fondo a la ejecución –art. 561.3–, los autos que infrinjan normas que regulan los actos concretos del proceso de ejecución, cuando exista tal posibilidad prevista en la LEC –art. 562.2–, el auto que atienda la reposición contra el auto que provea en contradicción con el título ejecutivo –art. 563.1–, el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición –art. 695.4–, el auto que fije la cantidad que por daños y perjuicios corresponda pagar al deudor ejecutado en favor del acreedor –art. 716–, el auto que acuerde la práctica de medidas cautelares –735.2–, el auto que deniegue la práctica de medidas cautelares –736.1–.

III.5.2.c. Procedimiento del recurso de apelación en la LEC

El legislador español ha elegido que el trámite del recurso de apelación sea escrito prácticamente en su totalidad, estableciendo de esta manera un divorcio con la oralidad de la primera instancia; divorcio que *per se*, según analizamos en el epígrafe III.5.1.d, no tiene por qué ser considerado como inadecuado y peor aún como equívoco. Para una valoración respecto de las ventajas o desventajas concretas que puede ocasionar esta opción legislativa, es necesario estudiar las distintas reglas que han sido establecidas en el procedimiento de la apelación.

El trámite del recurso inicia con la interposición del mismo, que deberá ser realizada por escrito, dentro de los veinte días contados a partir de la notificación de la resolución que será materia de la impugnación. El escrito del recurso ha de contener la formalización del mismo, es decir, no sólo expresará la inconformidad con la resolución sino también contendrá a detalle todos los argumentos jurídicos y fácticos de la impugnación, así como las pretensiones concretas –art. 458–. El legislador español ha optado por una postura intermedia en lo que se refiere a la amplitud del examen de apelación, pues posibilita al recurrente que junto con su impugnación, solicite la práctica de pruebas no consideradas en la primera instancia. Consideramos que la postura legislativa es moderada, pues las pruebas nuevas que se posibilita sean agregadas al proceso no son del todo ajenas al mismo. En efecto, el art. 460.2 de la LEC dispone que:

En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 1.^a Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista. 2.^a Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier

causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales.

Es claro que la ley permite que la parte insista en la práctica de pruebas que habiendo sido solicitadas en la primera instancia, por un motivo u otro, no fueron aceptadas ni practicadas. Cuida la norma en excluir a aquellas pruebas cuya no práctica sea imputable a la parte solicitante o respecto de las cuales, no hubiera tomado las medidas apropiadas para buscar su práctica.

Este mismo artículo –art. 460.2.3.^a– también acepta la práctica de pruebas novísimas para el proceso –acabamos de analizar que los dos casos anteriores no revisten de esta calidad–. En este caso, el legislador ha ponderado a la justicia por encima de los eventuales perjuicios que puede ocasionar una apelación *novum iudicium* y asegura que el parámetro para la aceptación de dichas novísimas pruebas sea precisamente la justicia. Así, el recurrente puede solicitar la práctica de nuevas pruebas cuando “se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.”

Adviértase que del precepto se desprende que las partes pueden, en sus escritos de alegaciones –interposición-oposición y, en su caso, impugnación-oposición a la impugnación–, introducir en apelación hechos nuevos –*nova producta*– o de nueva noticia –*nova reperta*– que no pudieron ser alegados durante la primera instancia, siempre que no alteren sustancialmente sus pretensiones: si cabe la práctica de pruebas *novísimas* para acreditar hechos nuevos o de nueva noticia, es evidente que también es lícito alegar esos hechos con anterioridad. Por otro lado, la prohibición de alterar sustancialmente las pretensiones deriva de la regla general del art. 412 LEC y se confirma a la vista de lo dispuesto en el art. 426.4 LEC, del que cabe extraer la conclusión de que cualquier alegación de hechos nuevos o de nueva noticia solamente puede hacerse *para fundamentar las pretensiones* que las partes hayan previamente formulado. En este caso, nuevamente el afán de no sacrificar la justicia del legislador español es evidente, así como evidente también es el cuidado para que la habilitación legal realizada al recurrente de introducir nuevos elementos no devenga en un mecanismo de sorpresa procesal o de inclusión indiscriminada de temas a un proceso donde los puntos litigiosos ya se encuentran previa y objetivamente determinados. Al respecto, el TC (Esp) ha sido muy claro en sostener la proscripción de la mutación de la materia en litigio en la segunda instancia. Así, el Tribunal ha señalado que “puesto que estamos en un mismo proceso, resulta lógico que en segunda instancia no se puedan proponer nuevas pretensiones ni modificar aquéllas que sirvieron para iniciar el proceso con la demanda, pues en el recurso de apelación juega especialmente el principio de

la prohibición de la *mutatio libelli* y adquiere toda su importancia el tema de la identificación de las acciones procesales.”⁷¹⁰

En cualquier caso, según apreciamos del art. 460.2.3.^a, es requisito imprescindible que la parte demuestre el desconocimiento de los hechos y de las pruebas aparecidos con posterioridad y es obligación del tribunal de apelación el cuidar que este requisito se cumpla, pues no puede permitir que la oportunidad que el legislador ha otorgado a litigantes de buena fe pueda ser empleada perniciosamente por litigantes desleales. En esta línea de pensamiento, el TC (Esp) ha advertido que la práctica de prueba en la segunda instancia debe operar bajo un sistema excepcional y restrictivo, en los siguientes términos:

...debiéndose entender como ajustado a la Constitución el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso y el recibimiento a prueba en la segunda instancia sólo cobra sentido cuando se trata de pruebas sobre hechos acaecidos después de la Sentencia, que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto, esto es, los llamados hechos nuevos; o cuando las pruebas propuestas en la primera instancia no pudieron ser practicadas y esta imposibilidad de la práctica de la prueba no sea imputable a quien la pretende después.⁷¹¹

Al juzgador de alzada también corresponde analizar la pertinencia y conducencia que tiene el medio probatorio solicitado, a fin de evitar que se dilate innecesariamente la causa, pues puede darse el caso de que la prueba, si bien resulte evidentemente nueva, no sea pertinente o no comporte relevancia respecto a un eventual cambio en la decisión de fondo. En esta línea, el TC (Esp) advirtió: “el derecho fundamental a la prueba no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino el derecho a la

⁷¹⁰ Es necesario señalar, que ni el Tribunal de alzada ni las partes podrán alterar las pretensiones en el recurso de apelación; pues ello constituiría una flagrante vulneración al principio de audiencia bilateral e igualdad de condiciones. En este sentido, el TC (Esp) advirtió esta prohibición en los siguientes términos: “A partir de las conclusiones que se han alcanzado en el fundamento jurídico precedente cabe estimar que la Sentencia impugnada en este proceso constitucional ha partido de una inexacta apreciación de cuál fue el fundamento de la desestimación de la demanda de retracto por parte de la Sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Santa María de Guía. Y ello es relevante a los fines de la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE, puesto que, al apreciar incorrectamente dicho fundamento, se ha producido una alteración de los términos del debate procesal a los fines de resolver la apelación. Pues como consecuencia de esa alteración, la resolución judicial dictada por la Audiencia Provincial ha introducido, como *thema decidendi*, una cuestión nueva: el carácter rústico o urbano de la finca propiedad de los demandados y colindante con la que era objeto del retracto. Con la particularidad de que, al haberlo hecho en su Sentencia y, además, apoyándose en una prueba pericial que no se practicó, ello ha supuesto que los recurrentes y entonces apelados no han podido ni alegar ni utilizar medios de prueba para oponerse a tal conclusión, que constituye la verdadera premisa del fallo de la Sentencia impugnada” –STC (Esp), 211/2001, de 29 de octubre, FJ 5; y, en sentido similar, STC (Esp), 101/2002, de 6 de mayo, FJ 3–.

⁷¹¹ STC (Esp), 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2. Este criterio del TC (Esp) es de vieja data (cfr. STC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 2).

admisión y práctica de la que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (...) En términos similares el legislador procesal civil define la prueba pertinente como la que ‘guarda relación con lo que sea el objeto del proceso’ (art. 283.1 LEC), el cual, por otro lado, caracteriza como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.2 LEC).⁷¹²

Cosa similar ocurre en el evento del demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia. En este caso el demandado declarado en rebeldía puede solicitar que en la segunda se practique toda la prueba que le convenga –art. 460.3–.

Las tres circunstancias antes estudiadas identifican la postura moderada de la LEC respecto a la inclusión de nuevo material alegatorio y probatorio a ser considerado en la segunda instancia, permitiendo en cierta medida un *novum iudicium*, justificado exclusivamente en la tutela de la justicia, en casos muy específicos y bajo el cumplimiento de requisitos muy puntuales para asegurar que el fin propuesto no sea distraído indebidamente.

Continuando con nuestra exposición del trámite de la apelación, habiendo sido presentado el recurso en debido tiempo y forma, corresponde al Letrado de la AJ el declararlo por interpuesto –art. 458– y correr traslado de su contenido a las demás partes, para que en el plazo de diez días presenten, de estimarlo conveniente, un escrito de oposición al recurso presentado. También dentro de estos diez días, podrán las demás partes presentar una “impugnación de la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable” –art. 461.1–. La “impugnación” a la que se refiere la LEC no es otra sino un recurso de apelación, que la parte que originalmente no recurrió de la resolución está posibilitada a interponer con ocasión del recurso de la contraparte.

Al respecto cabe realizar un par de observaciones: primero, surge la duda del por qué se habilita un nuevo plazo para que una parte apele, si en su momento tuvo la oportunidad de hacerlo y no lo hizo. La respuesta es sencilla, una parte puede renunciar a su derecho de apelar una resolución aun cuando esta le afecte de alguna manera, ponderando, por ejemplo, la culminación definitiva del proceso y de la ejecución del fallo. Sin embargo, si se ve compelida a continuar litigando con ocasión de un recurso presentado por la contraparte, es procedente que se le otorgue una nueva oportunidad para presentar su apelación. Por otro lado, se debe considerar que la apelación de la parte que originalmente no recurrió no

⁷¹² STC (Esp), 291/2006, de 9 de octubre, FJ 4. Criterios igualmente corroborados en las STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 3; STC 121/2004, de 12 de julio, FJ 2, entre otras.

constituye una adhesión al recurso de la contraparte. Como bien señala MONTERO AROCA, la apelación de la parte “inicialmente recurrida” posee un carácter autónomo “que estará integrada por motivos propios referidos a los extremos en que la resolución recurrida pueda resultar específicamente perjudicial para el apelado.”⁷¹³

Junto con la oposición al recurso o con la apelación que interponga la parte recurrida, se podrán realizar alegaciones y pedidos probatorios, que deberán observar los mismos criterios que existen para la admisibilidad de las alegaciones y los pedidos probatorios que realizase el recurrente original. Se excluye del cumplimiento de estos criterios a aquellas alegaciones y pruebas que tiendan a enervar la admisibilidad de las pruebas nuevas presentadas por el recurrente original. Con la oposición o la apelación nueva, se debe correr traslado a la contraparte –el recurrente original–, quien, en el caso de apelación nueva, dispondrá de un plazo de diez días para ejercer su derecho a la contradicción –art. 461.2, 3, 4–; fenecidos los plazos para la presentación de la oposición o apelación nueva y, en su caso, la contestación a la apelación nueva, corresponde al Letrado de la AJ ordenar la remisión de los autos al Tribunal competente para resolver la apelación. El Letrado de la AJ, además, dispondrá el emplazamiento de las partes por término de diez días, para que estas comparezcan ante el Tribunal superior y realicen su personación, misma que si no es realizada en el plazo indicado, ocasiona la declaratoria de deserción del recurso y entendemos que, en su caso, también de las oposiciones presentadas al de la contraparte, aunque al respecto nada prevé la norma –art. 463.1–. Respecto de la personación de las partes ante el juez superior, ARAGONESES ALONSO señala que “la escisión del procedimiento de la apelación en dos períodos tramitados, respectivamente, ante el juez *a quo* y el juez *ad quem*, obliga a establecer un enlace o paso entre ambos períodos, en virtud del cual las partes que figuraban personadas en primera instancia, asumen la carga de comparecer en la segunda.”⁷¹⁴ De lo anterior tenemos que, lejos de una mera formalidad, constituye una importante actuación procesal el que las partes comparezcan ante el Tribunal *ad quem*.

Respecto de los efectos que genera la interposición del recurso de apelación, iniciamos señalando que tal interposición, en la medida en que cumpla con los requisitos temporales y materiales de admisibilidad, impediría que la resolución impugnada alcanzase firmeza, acorde al mandato del art. 207.2. Ahora bien, el que la resolución recurrida no llegue a ser firme no significa que la interposición de la apelación produzca efectos suspensivos; por el contrario, considerando la existencia del régimen de ejecución provisional de las sentencias de condena dictadas en primera instancia –arts. 456.3 y 526 y ss.– la parte a cuyo favor se hubiera emitido el fallo está en capacidad de solicitar al juzgador de primera instancia la ejecución provisional de la sentencia mientras se resuelve la apelación. Entendemos al

⁷¹³ MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 365.

⁷¹⁴ ARAGONESES, Pedro, y GISBERT, Marta, *La Apelación en los Procesos Civiles*, cit., pág. 525.

régimen de ejecución provisional de las sentencias “como una suerte de acto de disposición del derecho declarado provisionalmente en la sentencia del cual nace o se origina, como contrapartida, el correlativo derecho a reintegrarse en caso de revocación”⁷¹⁵. Bajo este régimen, podríamos considerar que la apelación tiene como regla el efecto no suspensivo, quedando su concreción sujeta a la solicitud de parte ganadora de la primera instancia. Respecto de lo anotado, MORENO CATENA sostiene que “no se puede seguir manteniendo que la apelación produce efectos suspensivos de la ejecución, que podrá tener lugar en su modalidad de ejecución provisional; todo lo más que se suspende es la ejecución definitiva y el conocimiento ulterior del juez *a quo*.”⁷¹⁶

Por otro lado, cuando la materia de apelación es una sentencia desestimatoria de la demanda, de un auto que ponga fin al proceso o de aquellos autos a los que la ley expresamente permite su apelación, debemos recordar que tales actuaciones judiciales por su propia naturaleza no producen efectos jurídicos, por lo que tampoco se puede considerar que el recurso presentado en su contra pudiere producir efecto alguno, menos uno suspensivo. La ley, en todo caso, expresamente establece que en que en ningún caso procede “actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto” cuando se apele de este tipo de resoluciones – art. 456.2 –.

Retomando nuestro análisis del trámite, recibidos los autos por el Tribunal de apelación y personadas las partes, corresponde al juzgador superior pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas. De ser admitidas, si fuera necesario, se señalará día y hora para que se realice una vista a fin de practicar las pruebas, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal –art. 464.1–. Inclusive en el caso de que las pruebas no sean admitidas o que no se hubiese solicitado la práctica de otras nuevas, existe la posibilidad de que la parte solicite la celebración de una vista, la cual exclusivamente servirá para la expresión de viva voz de los argumentos de su impugnación y oposición, quedando proscrito cualquier hecho por fuera de lo que hubiere sido expresado en su momento en los respectivos escritos. Cabe señalar que, dada la redacción del art. 464.2, el pedido de vista que realice la parte cuando no exista prueba que practicar, queda a libre criterio del Tribunal que puede o no aceptarlo. En efecto y como señala SOSPEDRA NAVAS, “se trata de una facultad discrecional del Tribunal, quien puede acordar o no el señalamiento según las circunstancias del caso (...) el Tribunal, desde luego no está vinculado a la instancia de parte, pero sí debe resolver la solicitud expresamente aun en el caso de denegación de señalamiento, mediante providencia sucintamente motivada.” El autor además se refiere a un hecho del cual se nos ha informado

⁷¹⁵ DAMIÁN MORENO, Juan, “La ejecución provisional de sentencias en el Proceso Civil español”, en *Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje*, número 1, año 2009, pág. 3, en: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA1091.pdf>, página web consultada el 11 de noviembre de 2015.

⁷¹⁶ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 382.

en repetidas oportunidades: “En la práctica procesal es poco frecuente la celebración de vista sin prueba (...). En los casos en que se señala vista, generalmente se atiende a la índole del asunto, siendo lo usual señalar la vista en los casos en que el asunto presenta especial complejidad o un interés especialmente relevante por los bienes jurídicos que están comprometidos.”⁷¹⁷ Para terminar este punto diremos que la vista sin prueba sí puede ser dispuesta de oficio por el Tribunal, cuando la considere útil para la mejor resolución del caso –art. 464.2–.

Superadas estas fases del procedimiento, el trámite del recurso culmina –culmina también en el caso de que no se hubiera solicitado la práctica de prueba ni de vista–, restando únicamente la resolución de la apelación por parte del Tribunal *ad quem*. La LEC ordena que el Tribunal sentencie dentro de los diez días contados a partir de la celebración de la vista, o dentro del mes contado a partir de la recepción de los autos, según el caso –art. 465.2–. Como ya apuntamos, la LEC expresamente ordena al juzgador de apelación que en su resolución “deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación”, es decir, establece expresamente la obligación del juzgador de guardar la congruencia de sus juicios; y, adicionalmente, la ley consagra para el recurso de apelación el principio *non reformatio in peius*, al disponer que “la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado” –art. 465.5–.

Respecto de la manera en la cual el Tribunal de apelación ha de conducirse cuando resuelva un caso en el cual el fundamento del recurso hubiere sido un vicio procedimental, la LEC es muy clara. De haberse verificado el vicio únicamente en la sentencia, corresponderá al juzgador de apelación declarar la nulidad y emitir el fallo de reemplazo – art. 465.3, en concordancia con el art. 456.1–. Por el contrario, si al vicio de nulidad se lo encuentra en una etapa procedimental anterior a la sentencia de primera instancia, se verificará si tal vicio pudiere ser subsanado en segunda instancia. Producida la subsanación y, de ser el caso, escuchadas las partes y practicada la prueba, corresponderá que el Tribunal resuelva el caso. Por otro lado, cuando “la infracción procesal fuere de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, el Tribunal lo declarará así mediante providencia, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió” – art. 465.4–.

⁷¹⁷ SOSPEDRA NAVAS, Francisco, “Los Recursos”, en SOSPEDRA NAVAS, Francisco (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, volumen 2, Madrid, Thomson Civitas, 2008, pág. 583.

III.5.3. El recurso de apelación en el COGEP

III.5.3.a. Conceptuación del recurso de apelación en el COGEP

El COGEP no realiza una conceptualización expresa del recurso de apelación; no obstante, como hace respecto de todos los recursos, sí contiene las notas características de este tipo de impugnación. Así, su carácter vertical se desprende de los mandatos contenidos en los arts. 256, 258 y 260 del COGEP, los cuales manifiestan la procedencia del recurso respecto de las resoluciones definitivas de primera instancia, recurso que será conocido por el Tribunal de apelación –segunda instancia–. Sin perjuicio de lo anotado, cabe señalar que el legislador ecuatoriano no ha redactado de manera adecuada estos aspectos del recurso –ni otros tantos, como veremos más adelante–. Parecería que el legislador da por hecho que el lector conocerá la estructura propia del recurso, de tal forma que al expresar sus mandatos da por sentados ciertos puntos y no los redacta. Por ejemplo, nada refieren las normas citadas sobre el envío que el juez *a quo* hará al *ad quem* del expediente del caso. En lo que hace relación con el carácter ordinario de la apelación, este se evidencia en la ausencia de causales a observarse para proponer la impugnación. Así, el COGEP únicamente dispone reglas respecto a la necesidad de que el recurso se interponga oralmente y se fundamente luego por escrito, así como a la oportunidad de realizar tales interposición y fundamentación –art. 257–.

Respecto a la temática del recurso, un único artículo del COGEP contiene disposiciones al respecto. Nos referimos al art. 264 que prevé la posibilidad de apelar parcialmente la resolución de primera instancia. Ninguna otra norma se refiere a la temática de la apelación, indebido silencio legislativo⁷¹⁸ que debe ser sorteado invocando la naturaleza jurídica ordinaria de la apelación; solo de esta forma podríamos sostener que en Ecuador el recurrente podrá solicitar la enmienda total o parcial de las resoluciones judiciales definitivas de la primera instancia cuando ellas contengan vicios materiales o procesales, así como también podrá solicitar la declaratoria de la nulidad del proceso cuando el vicio formal se haya verificado durante la tramitación de la causa, con lo cual procede el reenvío al inferior para que vuelva a sustanciar el caso válidamente, a partir del momento procesal en el cual se produjo la nulidad.⁷¹⁹

⁷¹⁸ Hemos señalado con anterioridad que el legislador ecuatoriano parece dar por hecho algunas regulaciones importantes de este recurso, siendo la previsión del mismo bastante pobre y, por tanto, inadecuada para una rama como la procesal que corresponde al Derecho Público, donde solo se permite realizar lo que se encuentre expresamente autorizado por la norma.

⁷¹⁹ Al respecto, la CNJ (Ecu) se había referido a la temática de la apelación en términos muy generales, sin determinar el alcance o significación de los remedios que se persiguen a través de este medio de impugnación. De este modo en la Resolución N° 7711-2013, del 21 de enero de 2015, esta Corte, refiriéndose al régimen de apelación derogado que resulta, en este punto, idéntico al vigente, indicó: “Es la apelación el más importante y usual de los recursos ordinarios en cuanto es el remedio procesal tendiente a obtener que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea...”

Este mismo descuido en la previsión normativa se manifiesta respecto a los poderes del juzgador de segunda instancia, pues nada refiere el COGEP sobre si el Tribunal deberá o no aplicar el principio de *non reformatio in peius*. Recordemos que la pasada legislación procesal civil ecuatoriana consagraba los mandatos de este principio para el proceso ordinario, pero no para el denominado “verbal sumario”, donde la apelación no debía ser fundamentada por el recurrente, es decir, no existían fronteras ni límites para la revisión del Tribunal de alzada, el cual debía resolver el caso en mérito de autos.⁷²⁰ Esta apelación comportaba una especie de auditoría cuasi oficiosa del superior a la labor del inferior. Considerando este antecedente, resultaba indispensable que el legislador ecuatoriano hubiese declarado expresamente su opción respecto del alcance de los poderes decisorios del Tribunal. Ante este inadecuado –por decir lo menos– silencio, nos vemos compelidos a recurrir a otras normas a fin de determinar cuál sería el alcance de los poderes del Tribunal. Un único elemento para esta tarea nos provee el COGEP en su art. 5, el cual dispone que “corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”. En concordancia, la CEcu en su art. 168.6 ordena que la sustanciación de los procesos en todas instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Así las cosas, concluimos que los poderes del juez de apelación se ven limitados por los términos que los recurrentes hubieran establecido en sus recursos, siendo por tanto aplicable en apelación el principio que proscribe la reforma en perjuicio del recurrente.

Adicionalmente, como ya anticipamos en nuestro análisis del recurso de apelación previsto por la LEC –epígrafe II.5.1.a–, otro limitante de los poderes revisores del juzgador surge de la implementación de la oralidad en la primera instancia. Considerando que el superior no posee las mismas condiciones para conocer de forma directa ciertas pruebas producidas en primera instancia, mal puede realizar una nueva valoración de aquellas.⁷²¹ Cualquier intento por realizarlo carecería de los beneficios que la inmediatez otorga y, por tanto, lesionaría gravemente uno de los principales objetivos de las reformas procesales que implementan la oralidad, este es, la mejoría en la calidad de la administración de justicia sobre la base del contacto directo y concentrado del juzgador con los justiciables, sus argumentos y pruebas. El que el juzgador de segunda instancia valore prueba cuya práctica no presenció –testimonios, declaraciones de peritos, declaraciones de parte o

⁷²⁰ CPC “Art. 334.- El juez para ante quien se interponga el recurso, puede confirmar, revocar o reformar la resolución apelada, según el mérito del proceso, y aún cuando el juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. En este caso, el superior fallará sobre ellos, e impondrá multa de cincuenta centavos de dólar a dos dólares con cincuenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América por esa falta.”

⁷²¹ Se excluiría de esta limitación el reexamen de las pruebas producidas por escrito, tales como documentos u otros soportes que posean información, bajo ciertas condiciones –cfr. epígrafe III.5.1.b–.

reconocimientos–, lejos de abonar a la adecuada labor de juzgamiento, podría perjudicarla gravemente en desmedro de los justiciables.

En este aspecto, consideramos pertinente citar el criterio de la CC (Ecu) respecto al principio de inmediación, al cual lo entiende de la siguiente manera: “La sujeción al principio de inmediación (...) no es otra cosa que la presencia del juzgador en las diligencias procesales, esto es, está encaminado a la relación directa con los litigantes, a la apreciación inmediata de las pruebas llevadas al proceso, está ligado con la oralidad del procedimiento, y para el caso que se practiquen las confesiones, declaraciones testimoniales, alegatos, peritajes entre otras sin la presencia del juzgador carezcan de eficacia jurídica.”⁷²² Creemos acertado el criterio del juzgador constitucional ecuatoriano pues la inmediación en la práctica probatoria otorga muchos beneficios al juzgador de instancia, de los cuales carece el juez de alzada. Por este motivo, el juez superior no está en una real capacidad de referirse al sentido de la valoración de la prueba realizada por el inferior y, menos aún, está capacitado a realizar una nueva valoración propia de tal prueba.

Aunque existen autores proclives a la aplicación del recurso bajo los parámetros tradicionales del sistema escrito en un sistema oral, argumentando que la falta de inmediación se suple con la revisión de las grabaciones de las audiencias,⁷²³ nosotros consideramos que resulta imprescindible entender a la apelación de una manera distinta a la tradicional, cuando ella opera en un proceso cuya primera instancia se desarrolla principalmente de manera oral –cfr. epígrafe III.5.1.b–.

Un tema adicional cuyo tratamiento resulta indispensable para el caso ecuatoriano es el que atañe a los eventuales efectos suspensivo y “diferido” del recurso de apelación –ver epígrafe II.11.2–. El efecto suspensivo es la regla general del recurso de apelación cuando se impugnan “sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso haciendo imposible su continuación” –art. 262–. De hecho, el COGEP dispone que cuando no se establezca un efecto determinado, se entiende que el recurso se lo concede con efecto suspensivo. Este efecto implica que no se ejecutará lo ordenado en la resolución impugnada, mientras no se resuelva la impugnación interpuesta –art. 261–. La ausencia de efecto suspensivo es de excepción y se produce únicamente en los casos en los cuales la ley lo hubiese determinado expresamente –art. 262–. Y, según anticipamos en los acápite II.11.2 y III.4.4, la “apelación” con efecto “diferido” ha sido establecida en el procesal civil

⁷²² CC (Ecu), Sentencia N° 103-12-SEP-CC, Caso N° 0986-11-EP, del 03 de abril de 2016.

⁷²³ Cfr. GARCÍA PAREDES, Antonio, “Un nuevo recurso de apelación”, en: *Diario La Ley*, N° 6952, Sección Tribuna, Madrid, Editorial La Ley, 23 de mayo 2008; GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, “Artículos 1 al 280” en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco (Coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Editorial Iurgium Atelier, 2000, pág. 605; MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Editorial Comares, 2002, pág. 365

ecuatoriano para responder a la necesidad de la parte en declararse perjudicada por alguna resolución judicial interlocutoria de primera instancia, sin que se interrumpa la marcha del proceso y pudiendo la parte reproducir los argumentos del agravio sufrido, de así considerarlo, al momento de impugnar la resolución definitiva de la instancia.

Para finalizar, es necesario señalar que el COGEP prevé un sistema cerrado para el recurso de apelación, es decir, este recurso únicamente se lo podrá interponer respecto de aquellas resoluciones y en aquellas situaciones o circunstancias procesales donde la ley de manera expresa lo autorice. En efecto, el art. 250 dispone que “serán recurribles en apelación (...) las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”. Se rompe de esta manera la tradición legislativa procesal civil ecuatoriana de prever un sistema abierto para la apelación,⁷²⁴ propio del juzgamiento de derechos privados, donde es posible impugnar de todas las resoluciones salvo de aquellas que estuviera expresamente prohibido por la ley.

III.5.3.b. Resoluciones recurribles en apelación en el COGEP

De conformidad con lo dispuesto por el art. 256 del COGEP, el recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia. Pasemos a analizar cada una de estas resoluciones judiciales, en concordancia con las dos clases de recurso de apelación previstas en la legislación ecuatoriana, según el efecto que produce su interposición.

- **Sentencias**

Recordemos que el art. 88 del COGEP define a la sentencia como “la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso”. Ordena el art. 92 la claridad, precisión y congruencia que deben caracterizar a las sentencias, así como la obligación de los jueces de resolver a través de ellas todas las peticiones realizadas por las partes y los puntos litigiosos del proceso, es decir, el deber de exhaustividad del juzgador al momento de resolver la causa.

En apelación son susceptibles de ser impugnadas con efecto suspensivo las sentencias emitidas en primera instancia dentro de los procesos ordinarios y sumarios. Respecto de estos últimos, solamente serán apelables sin efecto suspensivo las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento y despojo judicial. Las sentencias que se pronuncien dentro de los juicios sumarios en que se ventilen las

⁷²⁴ CPC “Art. 321.- Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede.”

controversias entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, no son susceptibles de recurso de apelación –art. 333.6–.

En el proceso ejecutivo⁷²⁵ se puede apelar la sentencia en él dictada, como resultado del debate surgido por las excepciones presentadas por el ejecutado, únicamente sin efecto suspensivo –art. 354–. Respecto del proceso monitorio,⁷²⁶ el art. 359 dispone que la sentencia que se emita en él se podrá apelar; sin embargo, no se señala en qué efecto. Si consideramos el mandato general del art. 260, tenemos que el efecto que correspondería es el suspensivo. Parecería, no obstante, que dados los matices ejecutivos que posee el proceso monitorio correspondería no anudar efectos suspensivos a la apelación de su resolución definitiva. Sin embargo, al no fundarse en un título ejecutivo, el matiz ejecutivo del monitorio es claramente superado y la naturaleza de proceso de conocimiento se impone. Bajo la lógica del COGEP, se confirma que el recurso de apelación respecto del proceso monitorio posee efectos suspensivos.

- **Autos interlocutorios**

El COGEP prevé la existencia de dos tipos de autos, los de sustanciación y los interlocutorios, tal como hemos analizado en los acápites II.7.1.2 y III.4.3.b. Materia del recurso de apelación únicamente constituyen los autos interlocutorios, es decir, los autos que resuelven cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento –art. 88–. La apelación de estos autos puede poseer efecto suspensivo o efecto diferido.

Son apelables con efecto suspensivo los autos interlocutorios que se refieran a la inadmisión de la solicitud de diligencias preparatorias, inadmisión de la demanda, aceptación de la procedencia de excepciones previas –todos los anteriores autos que ponen fin al proceso–, calificación de las posturas dentro del trámite de remate de bienes embargados y adjudicación al oferente ganador del remate, –art. 121, art. 147, art. 269.1, art. 337 y art. 413 respectivamente–. Por otra parte, son apelables sin efecto suspensivo los autos interlocutorios emitidos para ordenar medidas preventivas o cautelares, los que dan por iniciado el concurso de acreedores, los que resuelven sobre el concordato propuesto por el deudor a la junta de acreedores y los emitidos para

⁷²⁵ Proceso de ejecución de una obligación contenida en un título ejecutivo que deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética –COGEP, art. 348–.

⁷²⁶ Procesos de ejecución de una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general –salario básico unificado 2016: USD 366,00–, que no conste en título ejecutivo pero sí posea medios probatorios de la obligación legalmente tasados –COGEP, art. 356–.

establecer el orden de prelación de los acreedores –art. 132, art. 414, art. 427 y art. 437 respectivamente–.

Respecto de la “apelación” con efecto “diferido”, conviene recordar que no constituye una verdadera apelación sino una mera declaratoria procesal de agravio –protesta–, que habilita al recurrente a reproducir el argumento de impugnación al tiempo de apelar la resolución definitiva, como uno de los fundamentos del recurso. No produce, en consecuencia, un trámite particular ni posterior, siendo su objetivo únicamente conservar incólume al argumento de impugnación para, como quedó anotado, utilizarlo como fundamento de la apelación en contra de la resolución definitiva de primera instancia –ver epígrafe II.11.2–. De conformidad con el COGEP se puede “apelar” con efecto diferido, esto es, presentar protesta en contra de los autos interlocutorios que son emitidos para ordenar la práctica de diligencias preparatorias, así como para inadmitirla o para resolver la oposición a su práctica –art. 121–, para ordenar la práctica de medidas preventivas o cautelares –art. 127–, para admitir la demanda –art. 146–, para calificar la contestación a la demanda y la reconvención –art. 151–, para la resolución de excepciones previas⁷²⁷ –art. 294.1–, para declarar la validez del proceso en la audiencia o vista preliminar –art. 294.2–, para aprobar la conciliación parcial a la que lleguen las partes en la vista –art. 294.5–, para que el caso derive a un centro de mediación –art. 294.6–, para resolver sobre la admisibilidad de la prueba –art. 294.7–, para resolver incidentes de falsedad material o ideológica o de la nulidad de un documento público o privado –art. 198–, para archivar la causa ante la presentación de un desistimiento –art. 237–, para declarar el abandono de la causa –art. 248–, para resolver recursos de reforma, revocatoria, aclaración y ampliación –art. 255–, para calificar las posturas dentro del trámite de remate de bienes embargados –art. 402–, para la adjudicación al oferente ganador del remate –art. 413–, para declarar que procede el concurso de acreedores o a la quiebra –art. 414–, para resolver sobre el concordato propuesto por el deudor a la junta de acreedores –art. 427–, para establecer el orden de prelación de los acreedores –art. 437–.

Finalmente, el auto interlocutorio que es emitido para acumular la tramitación de causas conexas no resulta susceptible de ser apelado, por mandato del art. 20 del COGEP.

⁷²⁷ COGEP “Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: 1. Incompetencia de la o del juzgador. 2. Incapacidad de la parte actora o de su representante. 3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda. 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones. 5. Litispendencia. 6. Prescripción. 7. Caducidad. 8. Cosa juzgada. 9. Transacción. 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.”

III.5.3.c. Procedimiento del recurso de apelación en el COGEP

Los trámites que prevé el COGEP para el recurso de apelación dependen del efecto con el cual se lo conceda. Cuando proceda la “apelación” con efecto diferido respecto de resoluciones orales, el recurrente deberá interponerlo de manera inmediata a la emisión del auto a objetarse. Considerando que esta impugnación constituye en realidad una constancia procesal de la existencia de agravio declarada por la parte, no es necesario que se la fundamente al momento de interponerla. Los argumentos que sustenten el agravio declarado deberán ser expresados en calidad de fundamento del recurso de apelación a la resolución definitiva de la primera instancia, en el caso de que dicha impugnación exista –art. 257–. Es necesario aclarar que la “apelación” con efecto diferido queda insubsistente si la parte recurrente no apela de la resolución definitiva.

El COGEP no regula el procedimiento de la apelación con efecto diferido respecto de resoluciones escritas, sin embargo, existe al menos un caso donde aquel tipo de impugnación es procedente. En efecto, dentro del trámite de diligencias preparatorias, la persona contra quien se promueva la diligencia puede oponerse a la misma o solicitar su modificación o ampliación. El juzgador resolverá lo que corresponda por escrito, pudiendo tal resolución ser apelada con efecto diferido por la parte que se considere afectada por ella –art. 121–. No se establece el plazo que la parte posee para impugnar la resolución desde que es notificada con ella, ni la forma que el recurso debe tomar –aunque resulta del todo lógico que sea por escrito–. Estas circunstancias generan un grave estado de inseguridad jurídica y las consideramos atribuibles a la ligera –por decir lo menos– labor del legislador ecuatoriano. En todo caso y para superar esta circunstancia, resultan aplicables los mandatos del art. 76 del COGEP, norma que dispone que, en los casos en que la ley no prevea un término para la realización de una actuación procesal, lo deberá determinar el juzgador con el carácter de perentorio y vinculante para las partes.⁷²⁸ Sin perjuicio de lo anotado, consideramos que lo adecuado habría sido que el art. 121 hubiese establecido el plazo para la interposición del recurso.

Respecto del recurso de apelación con efecto suspensivo, que principalmente es enderezado en contra de resoluciones que ponen fin a la primera instancia, sea porque resuelven el caso –sentencia– o sea porque impiden su prosecución –autos interlocutorios definitivos–, así como respecto del recurso de apelación sin efecto suspensivo, debemos señalar que estos son los tipos de apelaciones que concitan un segundo grado de jurisdicción.

⁷²⁸ Podría ser una opción aplicar por analogía el plazo que las partes poseen para fundamentar el recurso de apelación de resoluciones definitivas, el cual es 10 días desde la notificación de la resolución definitiva escrita –art. 257–. Sin embargo, consideramos que tal período es muy dilatado como para asimilarlo en el procedimiento de la “apelación” diferida de autos interlocutorios escritos. Como analizamos en este epígrafe, el recurso de apelación se lo debe interponer de manera inmediata a la notificación de la sentencia oral en la audiencia –art. 256– y, por ello, no existe posibilidad de asimilar dicho plazo para el caso en análisis.

Su procedimiento parte de la emisión de la resolución a ser impugnada, misma que por mandato de los arts. 79, 93 y 94, debe obligatoriamente ser expedida de manera oral en la vista.⁷²⁹ Escuchada la resolución, la parte que decida impugnarla deberá manifestar su intención de manera inmediata, quedando de esta manera interpuesta la apelación –art. 256–. Diez días posee el juzgador para notificar a las partes la resolución escrita⁷³⁰ –art. 93– y otros diez adicionales, contabilizados desde el día en que la resolución le fue notificada, posee la parte recurrente para fundamentar por escrito la apelación antes interpuesta. El COGEP autoriza la práctica de prueba nueva en segunda instancia, siempre que ella se refiera a hechos nuevos o que, refiriéndose a hechos previos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia –art. 258–.

En este punto, una vez más consideramos que la tarea legislativa ecuatoriana ha sido pobre en el desarrollo de la regulación de institutos y procedimientos, a pesar de que se condiciona la práctica de nueva prueba, tal condicionamiento resulta meramente enunciativo. No se establece, por ejemplo, el alcance del concepto “hechos nuevos”, los cuales bien podrían entenderse como hechos nuevos conexos a la materia litigiosa o que no diste de ella o, alternativamente, también podrían entenderse como cualquier hecho nuevo con lo cual se estaría abriendo la posibilidad de un no deseable *novum iudicium*. La indeterminación del legislador permite la libre interpretación de las partes o del juzgador, según ya lo analizamos en el epígrafe II.6.9.d. El riesgo de que exista una variedad de entendimientos y aplicaciones de los contenidos de la citada norma torpedea la seguridad jurídica en perjuicio de los justiciables y de la debida administración de justicia. De igual manera, establece ligeramente que podrían ser novedosamente aportadas pruebas sobre hechos ya discutidos siempre que no haya sido posible obtenerlas con anterioridad a la

⁷²⁹ COGEP “Art. 79.- (...) Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión...”. “Art. 93.- Pronunciamiento judicial oral. Al finalizar la audiencia la o al 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. El incumplimiento del término para dictar sentencia será sancionado conforme con lo dispuesto por la ley. Art.- 94.- Contenido de las resoluciones dictadas en audiencia. Las resoluciones judiciales de fondo o mérito dictadas en audiencia deberán contener: 1. El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto. 2. La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega. 3. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. 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.”

⁷³⁰ COGEP “Art. 95.- Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá: 1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie. 2. La fecha y lugar de su emisión. 3. La identificación de las partes. 4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado. 5. La decisión sobre las excepciones presentadas. 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución. 7. La motivación. 8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde. 9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.”

emisión de la sentencia, mas no determina la necesidad de que tal circunstancia sea demostrada al juzgador o qué parámetros deban considerarse razonables para justificar la imposibilidad de la obtención previa. Estos parámetros podrían referirse a la verificación de casos fortuitos o hechos de fuerza mayor que, ciertamente, deberían ser debidamente demostrados para que se habilite el examen de nueva prueba sobre hechos previos. Ante la falta de una expresa y adecuada regulación sobre este punto, el riesgo de que la nueva prueba pueda ser utilizada dentro de una proterva estrategia litigiosa de sorpresa, existe. Queda en los jueces la responsabilidad de proscribir este tipo de prácticas, pero ciertamente a quien correspondía hacerlo era al legislador con la debida previsión normativa.

Continuando con el trámite del recurso, el jugador deberá poner en conocimiento de la parte recurrida la fundamentación de la apelación presentada por su contraparte, para que en el plazo de diez días la conteste, pudiendo solicitar la práctica de pruebas sobre hechos nuevos o sobre hechos previos que no pudieron ser aportadas con anterioridad, esto en igualdad de condiciones que el apelante –y con similar insuficiente regulación, art. 258–. Por cierto, si la parte recurrida originalmente no apeló, podría hacerlo en este momento procesal respecto de los contenidos que considere gravosos y que inicialmente habría podido asumir, pero que, compelida a un trámite de segunda instancia con efectos suspensivos, bien podría reconsiderar su decisión –art. 263–. Sin embargo, nada prevé el COGEP respecto de la oportunidad de contradicción que, sobre esta nueva apelación, merece la contraparte, esto es, la parte que de inicio presentó la apelación. Estamos frente a otra de las falencias del legislador ecuatoriano, al descuidarse la imprescindible regulación del derecho a la contradicción en este punto.

En todo caso, armado el expediente de apelación con los recursos fundamentados y sus contestaciones, el juzgador de primera instancia, luego de aceptar los recursos con el efecto que les corresponde, remite los autos al superior –trámite que el legislador ecuatoriano, como de costumbre, da por sentado, pues, en ninguna parte de la regulación del recurso se refiere a él–. El juzgador de segunda instancia –Tribunal de la Corte Provincial de Justicia– convocará a vista en el término de quince días, conforme con las reglas generales de las vistas –art. 260–, esto es, la organización de la comparecencia, que se iniciará por la verificación de la validez del proceso, continuando con las exposiciones de inicio de las partes y la proposición de su prueba, calificación y posterior evacuación de la misma, para finalizar con la exposición de las conclusiones de las partes. Una vez finalizado el debate, corresponde al Tribunal de segunda instancia pronunciar su resolución en el acto y en forma oral. Cabe señalar que este trámite con celebración de vista ante el Tribunal superior y resolución inmediata del caso se lo observará aun cuando no se hubiese solicitado práctica de prueba.

III.5.4. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el recurso de apelación

III.5.4.a. Conceptuación

La doctrina más purista y dogmática sobre la oralidad considera que dicha esta forma procedimental es ajena a un proceso que se encuentre formado por más de una instancia. Así mismo, hemos señalado que de la sola valoración teórica, es posible concluir que las concepciones más extremas –puristas– de cualquier forma procedimental conllevan más inconvenientes que beneficios y, por tanto, conviene abstraerse de ellas. Finalmente, hemos reconocido que, pese a los argumentos contrarios a la apelación que han sido esgrimidos, la sociedad española y ecuatoriana conservan inalteradas sus opciones por mantener un recurso de alzada como una garantía de mayor acierto en la administración de justicia –epígrafe II.3.6–. Estas consideraciones han sido recogidas por la legislación española y ecuatoriana al momento de implementar la oralidad para su contencioso civil, de allí que en las leyes adjetivas civiles de tales países se prevea el recurso de apelación.

En cuanto a la conceptualización del recurso, España y Ecuador entienden la apelación como un recurso ordinario que se endereza en contra de resoluciones definitivas de primera instancia, aun cuando en el caso ecuatoriano también se acepta el recurso de apelación para ciertos autos interlocutorios no definitivos, conforme lo hemos expuesto en el epígrafe III.5.3.b; todo ello con el fin de que un juzgador superior otorgue remedio jurídico a los yerros de los cuales adolezcan tales resoluciones –carácter vertical del recurso–. Las legislaciones estudiadas lo conceptúan como generador de una nuevo grado de jurisdicción dentro del proceso, en el que el juzgador superior realizará su análisis del asunto planteado dentro de los límites que el recurrente hubiera dispuesto en su impugnación –principio dispositivo; *tantum devolutum quantum appellatum; non reformatio in peius*–. Se encuentra concebido para perseguir tanto vicios formales como materiales, de allí que los juzgadores podrán revocar las resoluciones impugnadas que adolezcan de nulidad o que sean fruto de un proceso viciado de nulidad, así como también podrán enmendar resoluciones válidas pero cuyo contenido sea errado. De esta manera, respecto a los caracteres sustanciales del recurso de apelación no existe diferencia a relieves entre las regulaciones española y ecuatoriana.

No obstante, existe un punto específico en que distan los tratamientos que estas dos legislaciones otorgan a la apelación. Nos referimos a la posibilidad prevista por la ley ecuatoriana de “impugnar” resoluciones interlocutorias no definitivas a través de la denominada “apelación” con efecto diferido. En este caso y como hemos sostenido en los acápites II.11.2 y III.5.3.c, más que una impugnación, la apelación con efecto diferido constituye una mera constancia procesal de la existencia de una declaración de agravio realizada por una parte con el fin de no convalidar tácitamente dicho agravio y poderlo utilizar como argumento de una posterior impugnación a la resolución definitiva.

Consideramos que los objetivos perseguidos por el legislador ecuatoriano con la “apelación” con efecto diferido son válidos y por completo necesarios para no interrumpir la debida marcha del proceso con las graves dilaciones que otrora ocasionaba la posibilidad general de apelar todas las resoluciones interlocutorias no definitivas con efecto suspensivo⁷³¹ y, también, para que la parte que se siente afectada por una resolución judicial emitida dentro de la tramitación de la causa vea garantizado su derecho a impugnarla en el momento procesal más adecuado, esto es, cuando se emita una resolución definitiva que confirme, al menos a criterio de la parte, el agravio antes sufrido. Con lo que no estamos de acuerdo es con la utilización del recurso de apelación para estos fines. Es nuestro criterio que los recursos han de ser utilizados exclusivamente para impugnar, pues es aquella y no otra su función connatural; el utilizarlos para establecer meras constancias procesales desvanece su razón de ser y, en el caso del efecto diferido de la apelación, atenta contra su elemento más característico que es su verticalidad.

Idénticos fines a los que persigue el legislador ecuatoriano con la implementación del efecto diferido, los consigue el legislador español al posibilitar que la parte que resulte insatisfecha con el resultado de una resolución formule su protesta y suscite la cuestión en el recurso procedente contra la sentencia definitiva⁷³². Ahora bien, cabe aclarar que esta protesta únicamente procede respecto de resoluciones judiciales orales,⁷³³ ya que contra las resoluciones judiciales escritas no definitivas procede el recurso de reposición –art. 451.2– y, frente a su resolución, si una parte resulta insatisfecha, la LEC dispone expresamente que podrá “reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva” sin necesidad de realizar protesta alguna –art. 454–.⁷³⁴ La opción

⁷³¹ En la actualidad se han reducido apenas a dos los casos de resoluciones interlocutorias no definitivas apelables con efecto suspensivo: el auto de calificación de las posturas dentro del trámite de remate de bienes embargados y el auto de adjudicación al oferente ganador del remate, arts. 337 y 413 COGEP respectivamente

⁷³² Al respecto, vale recordar lo expresado por el legislador español en la Exposición de Motivos de la LEC: “Esta Ley contiene una sola regulación del recurso de apelación y de la segunda instancia, porque se estima injustificada y perturbadora una diversidad de regímenes. En razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia, se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y sólo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia. Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias [las cuales, en el Derecho español, se identifican con las resoluciones no definitivas, según expusimos en el epígrafe II.7.1]”.

⁷³³ LEC, arts. 138.3, 210, 285.2, 369, 446 o 734.

⁷³⁴ Conviene aclarar que, de acuerdo con lo expuesto en el epígrafe III.4.2.c, lo que decimos en el texto se refiere solo a las resoluciones no definitivas dictadas por los jueces –esto es, a las providencias y autos no definitivos–. Si la reposición se hubiera interpuesto frente a una resolución del Letrado de la AJ –es decir, contra diligencias o decretos no definitivos–, el decreto del Letrado resolviendo el recurso sí podría impugnarse ante el juez a través de la “reproducción de la cuestión” prevista en el art. 454bis.1, párrafo 1.º; pero la decisión que adopte el juez sobre el particular ya no podría ser objeto de recurso autónomo, sin perjuicio de que: a) si esa decisión es oral, pueda ser objeto de protesta y ulterior motivo de impugnación al recurrir la resolución que

española de habilitar la protesta frente a las resoluciones orales nos parece adecuada, pues regula a la constancia procesal de agravio como lo que realmente es, como una manifestación de inconformidad e intención de impugnar, acordando por efectos de tal constancia la no interrupción del proceso, la no convalidación tácita del agravio y la posibilidad de que se lo utilice como argumento de una posterior impugnación. Es correcta la denominación de “protesta” y su tratamiento como constancia procesal de agravio que prevé la ley española, a diferencia de lo que ocurre con la ecuatoriana que mal hace en denominar “recurso diferido” a una mera constancia que no posee ni la naturaleza jurídica ni el procedimiento de impugnación. De igual manera, resulta valedera la opción de la LEC respecto de las resoluciones judiciales escritas, esta es, que luego del recurso de reposición, se habilita legalmente el uso posterior del argumento de impugnación –agravio– al apelar la resolución definitiva. El expreso mandato legal contenido en el art. 454, impide que el agravio argumentado por la parte se entienda como subsanado tácitamente y, por tanto, perdido. Queda también garantizado, con esta segunda opción, la celeridad y economía procedimental.

Convendría entonces que la regulación ecuatoriana cambiase, estableciendo al recurso de apelación exclusivamente como medio de impugnación vertical, que busque de manera directa el remedio a errores de resoluciones definitivas de la primera instancia, proscribiendo la utilización de este recurso para fines que no sean la real impugnación de actuaciones del juzgador. Las aspiraciones de celeridad y aseguramiento del derecho a la impugnación se consiguen proscribiendo la apelación con efecto suspensivo de autos interlocutorios –lo que se ha implementado prácticamente en la totalidad de los casos en el contencioso ecuatoriano–, y estableciendo la posibilidad de que el litigante deje evidencia en el proceso de su insatisfacción y tenga la oportunidad de reactivar sus argumentos en un impugnación posterior, lo cual también ha sido implementado, siendo importante aclarar que tal actuación procesal no debe ser considerada un recurso sino una mera constancia procesal con la denominación que se ciña a la naturaleza de tal actuación. Personalmente, consideramos que un régimen de “protesta” expresa, tanto de forma oral para resoluciones orales y de forma escrita para resoluciones así comunicadas, sería un mecanismo adecuado.

III.5.4.b. Procedimiento

Advertimos al inicio de este acápite que aun cuando la implementación de la oralidad para la primera instancia caracteriza al proceso en su conjunto, no determina la implementación de tal forma procedimental para la segunda, en vista del rompimiento que supone el cambio de sede del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento y resolución del recurso. Sin embargo, cabe preguntarse qué es lo más conveniente, si

pone fin al proceso; y b) si esa decisión se adopta por escrito en la resolución que pone fin al proceso, pueda ser impugnada mediante el recurso que quepa contra esta resolución.

conservar la misma forma procedimental o modificarla. Conocemos que no existe una respuesta categórica, pues no existe un modelo rígido a seguir por parte del órgano legislativo. El mayor o menor éxito que se consiga a través de la previsión del recurso de apelación dentro de un proceso oral, dependerá de la manera en que dicho recurso sea concebido y normado.

El caso español constituye un interesante ejemplo a analizar respecto del devenir del instituto en los dos escenarios procedimentales. Así, la LEC 1881 y sus reformas a lo largo del tiempo, concluyó con la previsión de un disperso recurso de apelación con varias tramitaciones que dependían del tipo de proceso del que se tratase y de la resolución que se impugnase. Característica a tener en cuenta de este período es que pese a que el procedimiento de primera instancia previsto por la LEC 1881 era escrito, uno de los principales procedimientos del recurso de apelación era oral.⁷³⁵ La LEC, por su parte, se preocupó por resolver la multiplicidad de trámites para la apelación, unificando el procedimiento. Así, en la Exposición de Motivos se expresa: “Esta ley contiene una sola regulación del recurso de apelación y de la segunda instancia, porque se estima injustificada y perturbadora una diversidad de regímenes.”

Como era de esperarse, la doctrina se mostró satisfecha con esta reforma; por ejemplo, MONTERO AROCA señala: “Frente a la dispersión normativa y la diversidad procedimental que han caracterizado tradicionalmente a la apelación, constituye un acierto de la LEC/2000 la sistematización de su regulación y el establecimiento de un único tipo o modelo procedimental, cualquiera que sea la resolución que se impugne y la clase de juicio en que la misma se haya dictado.”⁷³⁶ En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT opina: “Lo más loable es el hecho de que la nueva LEC haya acometido una única y uniforme regulación de un único tipo o modelo procedimental de recurso de apelación. En efecto, frente al anterior sistema de la LEC de 1881 en el que coexistían distintos tipos procedimentales de apelación (...) con multitud de normas comunes y específicas adicionales desperdigadas a lo largo y ancho de su texto, la instauración de un único sistema de segunda instancia, operativa sin más y por igual a cualesquiera recurso de apelación con independencia de cuál sea la clase

⁷³⁵ Respecto del antiguo régimen, SAAVEDRA GALLO señala: “El legislador optó por unificar en uno sólo los dos modelos que se venían aplicando en el Derecho Procesal español. Estos dos esquemas procedimentales, integrados en la LEC-1881 como consecuencia de varias reformas, responden a principios distintos. Efectivamente el más antiguo –se contemplaba ya en origen– en la actualidad reservado a las apelaciones contra sentencias dictadas en los juicios de menor y mayor cuantía, es predominantemente oral (el recurrente se limita a anunciar, por escrito, la interposición del recurso, reservando la exposición de las alegaciones a la vista). En sentido contrario, el previsto para los procesos de cognición y verbal está informaba por el principio de escritura (se interpone mediante escrito fundamentado, reservándose la vista sólo para el supuesto de admitirse la prueba)” (“El recurso de apelación”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, tomo 2, Barcelona, Ecomonist & Jurist, 2000, págs. 669-670).

⁷³⁶ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág., 248.

de procedimiento concreto en que la resolución impugnada haya recaído, constituye uno de los más trascendentales aciertos del legislador autor de la vigente LEC.”⁷³⁷

Considerando el afán legislativo por una racionalización general del proceso, así como por la consagración de los principios procedimentales de celeridad y economía, la unificación procedimental de la apelación era una reforma esperada, pues no tenía sentido que un recurso, que en virtud de su naturaleza posee un sólo contenido y finalidad –revisión de una resolución por parte de un juez superior–, tuviera múltiples y sobre todo muy disímiles procedimientos. Ahora bien, lo que acabamos de anotar no debe entenderse como la defensa acérrima de un único procedimiento para el recurso de apelación. Nuevamente recordaremos que el legislador es libre para configurar al proceso en atención a su criterio de conveniencia normativa en función de las necesidades sociales. En todo caso, lo que sí resulta inadecuado es que dentro de una misma materia –civil en nuestra temática–, los trámites del recurso de apelación posean tal dispersión y tal diversidad que resulten confusos, demorosos e ineficaces.

Por otra parte y a diferencia de la unificación procedimental del recurso, que como queda anotado, fue recibida con beneplácito por la doctrina española, un tema que llamó la atención a más de un jurista en España fue la previsión de un trámite escrito para la apelación. En efecto, con la implementación de la oralidad en la primera instancia pudo haberse creído que necesariamente todas las etapas o grados del proceso debían ser orales, por lo que la previsión de un procedimiento mayormente escrito para el recurso de apelación ha tenido algunas observaciones. Así, MARTÍN BRAÑAS señala que, “si bien es cierto que la modernización, adecuando la nueva normativa procesal civil a los principios antedichos [inmediación, concentración, celeridad], parece lograrse de forma óptima en las actuaciones seguidas en la Primera Instancia del proceso civil, sin embargo, no parece que el legislador logre ese mismo objetivo a la hora de regular la Segunda.” La aparente frustración de la “modernización” de la administración de justicia civil española sería directamente atribuida al procedimiento escrito de la apelación. El citado autor continúa: “De hecho, muy al contrario, si nos fijamos, en concreto, en la sustanciación del procedimiento diseñado para el recurso de apelación, descubriremos cómo se desarrolla casi exclusivamente con arreglo al principio de escritura, lo que contrasta con la idea anticipada en la propia Exposición de Motivos de la Ley y con la regulación que efectivamente se ha introducido al regular la Primera Instancia.”⁷³⁸

En contraste con lo que señala el autor antes citado y conforme señalamos al inicio del presente epígrafe, no existe inconveniente alguno con que el procedimiento del recurso de

⁷³⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José, “Los Recursos en el Proceso Civil: Concepto, Clases y regulación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 1760-1761.

⁷³⁸ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La Oralidad y la Segunda Instancia Civil”, cit., pág. 2.

apelación observe una forma diferente al de la primera instancia,⁷³⁹ siendo lo realmente importante que el diseño de las distintas etapas procesales logre una adecuada concreción en su conjunto de los principios del procedimiento que, en cada caso concreto, informan la mejor labor de juzgar. Vale entonces analizar bajo esta perspectiva el trámite mayoritariamente escrito del recurso de apelación español.

En este punto, y sentado que la apelación se configura, en general, como una *revisio prioris instantiae* (no como un *novum iudicium*) en la que, además, el tribunal *ad quem* no debe poder revalorar las pruebas para las que se ha exigido inmediación en primera instancia, concluimos que tal trámite escrito resulta concordante con la dinámica que adopta el recurso al depender de una primera instancia oral. La ruptura entre lo mayoritariamente oral y lo mayoritariamente escrito no constituye un óbice para el correcto desarrollo del sistema procesal, todo lo contrario, abona a su adecuada coherencia y, en el caso concreto, a la observancia de principios como el de celeridad y economía, que también son rectores de la nueva comprensión de la administración de justicia. Se debe entender que, pese a la especial relevancia que se suele dar al principio de inmediación cuando se implementa la oralidad, dicho principio no puede conllevar la repetición, en cada etapa procesal una y otra vez, de todo lo actuado ante el juez de primera instancia, pues tales repeticiones dilatarían gravemente los procesos y llevarían a un caos en la Administración de Justicia.

Ahora bien, hemos señalado que el trámite del recurso de apelación previsto por la LEC es mayoritariamente escrito y no completamente escrito, pues sí se prevé la posibilidad de que existan fases orales, cuando se acepta la práctica de nuevas pruebas –arts. 460 y 461–. En estos casos la celebración de la vista es obligatoria, con lo cual se observa al principio de inmediación que asegura el mejor juzgamiento de los argumentos fundados en las pruebas. También prevé la LEC la posibilidad de que los juzgadores convoquen a una vista de naturaleza argumentativa –no probatoria– en el caso de que consideren útil el escuchar de viva voz los fundamentos de impugnación o de respuesta a la impugnación, o en el evento de que las partes así lo soliciten –art. 464.2–. Al respecto, DE LA OLIVA SANTOS sostiene: “el Tribunal, al acordar la celebración de la vista, puede tener presente la conveniencia de dar ocasión a precisar las pretensiones o sus fundamentos. Tampoco es descartable que la importancia y dificultad del asunto aconsejen al Tribunal disponer de todas las posibilidades que conduzcan a una mejor formación de su criterio.”⁷⁴⁰ En todo caso, la decisión de convocar o no a la vista será siempre privativa del Tribunal.

⁷³⁹ PALOMO VÉLEZ, con vehemencia afirma: “estamos frente de reglas [refiriéndose a la oralidad y a la escritura] y no de verdaderos principios, por tanto, es perfectamente posible que el legislador recoja y concrete combinaciones entre ellas ya que, tratándose de éstas, no será sujeto a imposiciones” (“Apelación, doble instancia y proceso civil oral”, en *Estudios Constitucionales*, Talca, Universidad de Talca, 2010, pág. 478).

⁷⁴⁰ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 799.

Pasando al análisis del caso ecuatoriano, pese a que la interposición o anuncio del recurso debe hacerse oralmente tras la emisión oral de la resolución, es clara la opción del legislador ecuatoriano, al igual que ocurre con el español, por una apelación cuya fundamentación se encuentre claramente determinada por escrito, dando plena oportunidad de contradicción a la parte recurrida, dentro de un trámite expedito. Esto no sería posible concretarlo si la fundamentación del recurso se realizara verbalmente en una vista, por ejemplo. Pese a que la fundamentación oral de la impugnación podría resultar sencilla para el recurrente, el responderla de manera inmediata sería muy complejo para el recurrido. No existiría igualdad de armas pues frente al tiempo que la parte recurrente poseería para la adecuada preparación del caso, la parte recurrida debería dar una respuesta apresurada que ciertamente iría en detrimento de su defensa. La única manera de dar igualdad a las partes sería suspendiendo la vista para que la parte recurrida tuviese el tiempo prudencial para preparar su respuesta. Esto redundaría en un procedimiento largo y engorroso, por lo que la opción de la escritura para la fundamentación y respuesta del recurso es más que adecuada. La opción aquí descrita, identificada con el caso ecuatoriano y con el español, ciertamente se basa en principios jurídico naturales y es aplicable a cualquier sistema procesal occidental inspirado por valores liberales.

Así mismo, el procedimiento ecuatoriano, coincidiendo con el español, prevé la posibilidad de que se actúe prueba nueva en la apelación. Ya nos hemos referido a las falencias del COGEP respecto de la regulación de esta posibilidad desde el aspecto material –III.5.3.c–; no obstante, desde el adjetivo vale reconocer que la ley ecuatoriana dispone que, de ser aceptada la práctica de estas pruebas, se la llevará a cabo en una vista con lo cual se asegura la inmediación que debe caracterizar a este tipo de actuaciones procesales.

La gran diferencia entre el procedimiento de apelación ecuatoriano y el español es la celebración obligatoria de una vista en todos los casos. El legislador ecuatoriano prevé esta fase de manera forzosa aun cuando no se haya solicitado la práctica de prueba nueva. Aunque la posibilidad de que las partes expongan verbalmente sus argumentos previamente expresados por escrito puede aportar mayor claridad a los juzgadores respecto del sentido y alcance de la impugnación, no se puede negar el que tal exposición verbal puede devenir en una mera repetición de los argumentos que en nada abone a los juzgadores y que, por el contrario, demore el procedimiento inútilmente. Pero más allá de esta circunstancia existe un hecho que hace aún más inconveniente a la obligada celebración de la vista y es el deber del juzgador de resolver en la misma audiencia el recurso. Consideramos que este deber puede traer consigo dos eventuales consecuencias: i) Que el juzgador llegue a la audiencia con un prejuicio respecto del caso, considerando que posee el recurso y la contestación por escrito de manera previa y que se vea compelido por la norma a resolver de manera inmediata el caso; así las cosas, la vista resultaría inútil; o, ii) Que el juzgador, sin preparación previa del caso, únicamente recabe elementos de las argumentaciones orales y realice un juzgamiento precipitado por su obligación de resolver de forma inmediata. No negaremos

que también existe la posibilidad de que los juzgadores, sin haberse formado prevención alguna del caso, aprovechen el contacto directo con las partes para confirmar o repensar pareceres surgidos del estudio previo; no obstante, consideramos que tal posibilidad podría ser aprovechada de mejor manera si la celebración de la vista no fuera forzosa y quedara a decisión del juez su convocatoria, en el evento de que la considere útil.

El modelo español, donde justamente queda a discreción del juez el convocar a la vista en la apelación, nos parece una opción adecuada para el mejor trámite del recurso y para la concreción de los principios de celeridad y economía, que dada la naturaleza de la apelación dependiente de una primera instancia oral, deben ponderarse. Ahora bien, las partes también pueden solicitar la celebración de una vista. Este pedido no es vinculante para el juzgador, de allí que su aceptación en mucho dependerá de los argumentos que a su favor exponga el requirente, los cuales podrían dar luces adicionales a las propias de los juzgadores sobre la conveniencia de convocar a las partes para ser escuchadas. Bien comprendidas y aplicada las vistas en estos casos, en nada entorpecerían a la marcha del proceso y, por el contrario, podrían habilitar una importante oportunidad para un eventual mejor resolución del recurso.

Concluyendo nuestro análisis sobre el procedimiento del recurso de apelación que responde a primera instancia oral, valoramos como adecuada la previsión de un trámite mayoritariamente escrito para la segunda instancia, donde el recurso de apelación devenga en un riguroso examen de la actuación del juez inferior respecto a la aplicación del Derecho –sustantivo y procesal–, mas no en un nuevo examen de todas las pruebas actuadas en primera instancia pues no en todos los casos poseerá las condiciones para realizar tal análisis, cosa que no ocurre cuando la primera instancia posee un trámite escrito, donde en la totalidad de los casos el insumo será el mismo, este es, el expediente, según hemos demostrado en párrafos anteriores. La práctica de nueva prueba en segunda instancia debe ser de excepción, debiendo la ley prever las suficientes medidas restrictivas para que no se dé un uso inadecuado a esta posibilidad procesal. Una fase de inmediatez de naturaleza argumentativa puede resultar conveniente para la mejor administración de justicia en apelación, pues acerca a los titulares de la impugnación y a sus argumentos con el juzgador. En cualquier caso, la celebración de la vista no debe ser obligatoria, sino facultativa a decisión del juez, sea por iniciativa propia o sea a instancia motivada de parte. Ecuador se aleja del procedimiento que expresamos y ciertamente requiere ajustes, mientras que España se encuentra mucho más cercana al modelo que proponemos.

III.5.4.c. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento

Como hemos señalado en repetidas oportunidades, existen muchas medidas a implementar cuando se pretende mejorar la administración de justicia civil desde la perspectiva procedimental, medidas que no dimanen de una forma procedimental

determinada, sino de criterios originados en la lógica y en la experiencia y que han sido generalmente aceptados como adyuvantes a dicho mejoramiento –principios del procedimiento–. Prueba incontrovertible de ello es la serie de mejoras que la LEC implementó en busca de celeridad y simplificación dentro de un procedimiento escrito como es el previsto para el recurso de apelación.

Una de las principales reformas “en razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia” como señala la Exposición de Motivos de la LEC, es la imposibilidad de apelar, en la generalidad de los casos, los autos que no sean definitivos, de manera independiente –es decir, sin esperar a que se dicte resolución definitiva–. Esta reforma, a la que ya nos hemos referido en el acápite III.4.4, ha sido instrumentada de manera clara y sencilla por la LEC, al haber dejado por fuera del recurso a las providencias y autos no definitivos –art. 455.1–, como bien refiere GÓMEZ DE LIAÑO.⁷⁴¹ Recordemos que la LEC 1881 permitía la apelación general de las resoluciones, de donde aquellos autos que resolvían, por ejemplo un recurso de reposición, podían ser apelados. En el caso ecuatoriano, el COGEP ha venido a recoger la misma regla –aunque con una terminología que puede inducir a confusión– a base de imponer que las apelaciones contra resoluciones no definitivas tengan “efecto diferido” –esto es, tengan que fundamentarse y tramitarse, en su caso, junto con la apelación contra la resolución que pone fin al proceso–, lo cual va en consonancia con el afán de proscribir dilaciones indebidas y ponderar la celeridad y la economía en los procesos judiciales. De allí que estas reformas –que bien podía haberse instrumentado con mucha anterioridad, pues nada tienen que ver con la oralidad– redunden en un mejoramiento sensible del proceso tanto español como ecuatoriano.

Por otra parte, conocemos que en ocasiones las grandes directrices de las reformas procesales pueden llevar a una colisión entre dos o más derechos. En estos casos corresponde al legislador la ponderación entre los mismos a fin de establecer cuál es el que va a resultar privilegiado. Esta tarea es delicada pues la opción por la tutela de uno de los derechos en contradicción, tendrá como consecuencia el desmedro del otro. En la previsión del recurso de apelación español encontramos uno de estos casos, el cual se refiere específicamente a la improcedencia del recurso respecto de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros –art. 455.1–. En este caso colisionó el derecho a la igualdad jurídica con el derecho a una administración de justicia sin dilaciones indebidas, en relación con el principio de celeridad. En vista de la sobrecarga de casos de menor cuantía y el represamiento que ello ocasionaba en los Tribunales de apelación, se ponderó el interés general de la sociedad por tener una pronta resolución judicial de los conflictos de escasa cuantía, sobre la expectativa de los litigantes en este tipo de procesos a acceder a una segunda instancia. La decisión adoptada por el legislador se identifica

⁷⁴¹ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando y GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Civitas, 2011, pág. 1514.

claramente con los afanes de concretar los principios del procedimiento de manera prudente, pero efectiva. En el caso ecuatoriano no poseemos comparables respecto de esta limitación del recurso de apelación en virtud de la cuantía de las causas. El recurso se encuentra en general previsto para cualquier proceso –sobre todo aquellos de conocimiento, pero también en los de ejecución como hemos estudiado en el acápite III.5.3.b–. En todo caso, no podemos calificar como positiva o negativa la limitación española o la apertura ecuatoriana, pues estas opciones legislativas poseen cargas políticas antes que técnico-jurídicas y responden a circunstancias determinadas de la sociedad a la cual van a responder. En todo caso sí podemos afirmar que una limitación como la que impone la LEC es más fácil de comprender y respetar cuando la primera instancia es oral, considerando el indiscutido protagonismo que posee la primera instancia del proceso así estructurado.

Otra reforma interesante en el caso español, que evidentemente apuesta por la celeridad de la apelación, es aquella contenida en el art. 455.3, norma que dispone la tramitación preferente de “los recursos de apelación legalmente previstos contra autos que inadmitan demandas por falta de requisitos que la ley exija para casos especiales.” Considerando que en estos casos no existe pronunciamiento sobre el fondo del litigio, sino sobre una circunstancia exógena que impidió el inicio del proceso, resulta importante dar preferencia a la tramitación de la impugnación en estos casos pues el error del juzgador de primera instancia, de verificarse su existencia, estaría retrasando ilegítimamente el derecho constitucional del actor a acceder a la administración de justicia. Por otra parte, acorde al mandato legal, también resulta importante tramitar con preferencia estas apelaciones dado que su menor grado de complejidad las hace más sencillas de resolver. Dentro de este parámetro de tramitación preferente del recurso también se encuentran, por expreso mandato legal, las apelaciones que se presenten en contra de autos que denieguen la ejecución provisional –art. 527.4– y de autos que denieguen una medida cautelar –art. 736.1–. En Ecuador este tipo de disposiciones no tienen parangón; si resulta escasa la propia regulación orgánica del recurso, más lo resulta la existencia de previsiones de este tipo.

Respecto de la previsión de una ejecución provisional de la sentencia de condena como regla general –supeditada a la voluntad de la parte beneficiada– y la consecuente supresión del efecto suspensivo que durante tanto tiempo acompañó al recurso de apelación, comprobamos que la LEC se demuestra decidida seguidora de la tendencia contemporánea que privilegia la primera instancia, a través de su fortalecimiento interno y externo. Este particular, que se relaciona directamente con el principio de celeridad procesal en fase de ejecución, lo dejó claramente establecido el legislador español en la Exposición de Motivos, al expresar que: “La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por

sentados.” Se presenta la previsión legal española, en este punto, a la vanguardia del pensamiento procesal; vanguardia que no puede ser observada en todos los casos, pero que en la medida en que pueda ser correctamente aplicada, resulta ciertamente beneficiosa.

El COGEP, pese a implementar la oralidad para la primera instancia, arrastra atavismos del modelo escrito, pues ha confirmado como regla general el efecto suspensivo para la apelación de resoluciones definitivas –art. 261–, cuando lo adecuado habría sido decantarse por un efecto no suspensivo y por un sistema de ejecución provisional de las resoluciones de condena de primera instancia como ocurre en el caso español. Demuestra el legislador ecuatoriano una grave contradicción con el modelo oral que implementa, pues en el recurso de apelación continúa depositando irrestrictamente su confianza en los juzgadores de segunda instancia y no en el de primera. Según hemos analizado, la primera instancia adquiere el verdadero protagonismo del proceso cuando ésta se tramita oralmente, ya desde una perspectiva cuantitativa, por el número de actos procesales que se desarrollan en ella, ya desde una perspectiva cualitativa, dado el contacto inmediato entre el juzgador y las partes, sus pretensiones y pruebas. Por esta razón, ha de depositarse la confianza legislativa y social en la resolución de primera instancia y no tanto en lo que hagan o dejen de hacer los juzgadores superiores, quienes, como ya hemos analizado, poseen poderes limitados por la carencia de conocimiento directo e inmediato del debate. Es así que la ejecución de la resolución de condena de primera instancia deviene en una consecuencia lógica de la aplicación de la oralidad. La opción del legislador ecuatoriano por dotar de efectos suspensivos al recurso de apelación frustra la concreción de uno de los principales postulados de la tutela judicial efectiva: la ejecución de lo decidido. Una reforma sobre este punto resulta imperiosa para superar la grave contradicción en la que ha incurrido el legislador ecuatoriano; reforma necesaria para conseguir un fortaleciendo también desde esta perspectiva de la primera instancia.

Con respecto a otro tema, resulta importante relieves la opción moderada de los legisladores español y ecuatoriano respecto a la capacidad de actuar prueba en segunda instancia –LEC: arts. 460 y 461; COGEP: art. 258–. Esta opción también se relaciona con la observancia del principio de celeridad, pues con ella se evitan las dilaciones propias del *novum iudicium* y, al mismo tiempo, se tutela el derecho a la prueba cuando no haya podido ser ejercido por causas justificadas. Por ello, la práctica de prueba en segunda instancia procede únicamente cuando se dé riguroso cumplimiento a los requisitos que deben encontrarse legalmente tasados para la habilitación de esta posibilidad procesal. Estos requisitos deben concretar la ponderación legislativa de lo justo sobre lo erróneo en unos casos –cuando haya existido una negativa indebida del juez inferior en aceptar la prueba– y sobre lo oportuno en otros –cuando se demuestre la imposibilidad de obtención anterior de la prueba, así como la no responsabilidad de la parte en tal circunstancia–. La puntillosa observancia de los requisitos de procedencia, tanto por las partes cuanto por el juzgador, es la base de la correcta aplicación de esta posibilidad procesal extraordinaria relacionada con

la prueba. Con esta posición moderada se supera también la configuración de la apelación como una estricta *revisio prioris instantiae* –aunque sin llegar a establecer un *novum iudicium*, como hemos dicho–, que en ciertos casos puede llevar a que el recurso no opere por completo en favor de la justicia de los actos de los juzgadores de primera instancia. En lo que hace relación con el caso ecuatoriano, la ligera regulación de los postulados sobre la nueva prueba en segunda instancia resulta censurable; más allá de las referencias a la posibilidad de actuar nuevas pruebas, no se establecen requisitos específicos ni condicionamientos puntuales que se deban observar ni por parte del litigante ni por parte del juzgador. Una oportunidad procesal de esta naturaleza requiere un riguroso desarrollo normativo para evitar los malos usos; sin embargo la ley ecuatoriana se queda en lo meramente enunciativo, particular que debe ser enmendado.

En lo que se relaciona con las nulidades que pueden ser denunciadas y su rectificación perseguida a través del recurso de apelación, el legislador ha consagrado a los principios procedimentales de oportunidad y de convalidación como medio para asegurar la celeridad y la economía, así como la preclusión y la adecuada defensa de los abogados. En su art. 459, la LEC dispone como requisito del escrito de interposición del recurso de apelación, cuando en este se aleguen infracciones de normas o garantías procesales en la primera instancia, la acreditación de la denuncia oportuna de la infracción, si hubiere habido oportunidad procesal para hacerlo. El recurrente deberá cuidar de cumplir solventemente este requisito, pues resulta fácil de rebatir por la contraparte en el evento de que existan falencias en ello. Esta norma deviene en un llamado a los litigantes al ejercicio oportuno de sus derechos procesales, así como una advertencia al litigante de mala fe que pretenda utilizar a la nulidad y al recurso de apelación como un medio de dilación, pues recordemos que una nulidad oportunamente denunciada puede ser oportunamente corregida. Por otra parte, el art. 465.4 LEC, que se refiere a la resolución del recurso de apelación interpuesto por motivos de nulidad, aplica plenamente el principio de convalidación –epígrafe II.8.3–. En efecto, la ley dispone que “no se declarará la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia”. Se aplican criterios lógicos que coadyuvan a la celeridad y economía del procedimiento, evitando que las partes se vean forzadas a tener que repetir el debate en primera instancia, dando de esta manera una solución expedita a una nulidad salvable.

La adecuada regulación española que sobre tema de nulidades acabamos de reseñar, no se encuentra prevista en la legislación ecuatoriana. Vagas son las referencias sobre convalidación o subsanación de vicios *in procedendo* –art. 110– e inexistente el requisito relativo a la denuncia oportuna de la nulidad, como requerimiento para poder argumentarla en apelación. Ya que la materia procesal se enmarca en el Derecho Público, mal hace el legislador ecuatoriano en dejar temas importantes por fuera de la regulación, forzando a los litigantes a recurrir a los principios generales –no positivados– o a la doctrina –no siempre uniforme– para descubrir su tratamiento. Esperemos que la jurisprudencia vaya llenando

estos vacíos normativos para que los litigantes puedan gozar de la seguridad jurídica que respecto a estos temas, no ha satisfecho el legislativo. Esta tónica del COGEP, que en ocasiones anteriores hemos identificado con un “dar por sentado temas”, resulta del todo inadecuada y generadora, sin lugar a dudas, de inseguridad jurídica en el proceso. Otra de tantas tareas pendientes para una reforma urgente a este cuerpo normativo que acaba de nacer.

Llegados a este punto, consideramos conveniente realizar una recapitulación de la apelación frente a los principios del procedimiento pertinentes cuando este recurso responde a una primera instancia oral. Respecto a la inmediación, resulta evidente que este principio no constituye el caracterizador de la segunda instancia. Es más, al igual que ocurre con la casación, según comprobaremos más adelante, en apelación la inmediación cede su protagonismo a principios como el de celeridad y economía, teniendo en cuenta que ante el juez superior ni se va a realizar un debate similar al que se realiza en primera instancia ni se lo va a repetir. El principio de inmediación únicamente debe ser observado en segunda instancia cuando circunstancias no ordinarias se verifiquen; circunstancias tales como la práctica de prueba o la necesidad de una argumentación directa por parte de los litigantes respecto de su impugnación u oposición a la misma. El principio de concentración adopta en segunda instancia la misma dinámica que la inmediación, dada la variación del tipo de debate que se desarrolla ante el juzgador superior respecto al que se desarrolla ante el inferior. Por tanto, en la medida en que puedan reunirse actuaciones procesales, se deberá tender a hacerlo; en específico esto es aplicable cuando exista la celebración de una vista de pruebas o de argumentación en relación con la emisión de la resolución.⁷⁴²

Por lo demás, el trámite escrito deberá responder a su dinámica propia de presentación de documento, puesta en conocimiento de la parte contraria y presentación del documento respuesta. Teniendo en cuenta este trámite, el principio que adopta especial relevancia en apelación es el de celeridad. El procedimiento del recurso debe encontrarse diseñado y debe ser aplicado de tal forma que sea expedito, sin actuaciones innecesarias y proscribiendo en la mayor medida las dilaciones. Esto también redundaría en el cuidado de la economía, otro de los principios del procedimiento que persigue que el proceso en todas sus instancias, resulte lo menos gravoso para el erario público así como para los litigantes. Varias son las regulaciones que contienen las leyes española y ecuatoriana tendientes a dar mayor celeridad y economía al trámite de apelación, lo cual confirma nuestro criterio relativo a que en segunda instancia existen ciertos principios que ceden la primacía que poseen en primera instancia. Esto redundaría en la necesidad de entender de manera distinta a las diferentes fases

⁷⁴² Como hemos analizado, la legislación ecuatoriana lleva al extremo la concentración al exigir al juzgador que resuelva el recurso en la misma vista –art. 260–, particular que ya ha sido por nosotros criticado en vista del disfuncional actuar que podría adoptar el juzgador –llegando prejuiciado a la vista o resolviendo precipitadamente la impugnación–. Como vemos, la observancia de los principios del procedimiento no siempre va a llevar a una mejor regulación procesal, puede también llevar a graves equívocos e inconvenientes.

del proceso, no cerrándose a un tratamiento idéntico para todas, sino por el contrario, determinando la dinámica que cada una de ellas posee con el fin de adecuarlas a un todo coherente llamado proceso.

III.6. El recurso de revisión previsto en la LEC

Según analizamos en el epígrafe II.7.1.1, la LEC habilita a los Letrados de la AJ a emitir ciertas resoluciones, las cuales son las diligencias de ordenación y los decretos. Esta particularidad de la legislación española descansa sobre la desconcentración de las actividades de trámite que han sido desplazadas desde los jueces a sus asistentes principales. Con esto se ha pretendido alivianar la carga procesal de los juzgadores y favorecer que puedan concentrarse en los asuntos fundamentales de la administración de la justicia, cuyo precio ha sido una suerte de “administrativización” de la aplicación de muchas normas procesales,⁷⁴³ que fue objeto de serias críticas por buena parte de la doctrina procesalista española.⁷⁴⁴ El COGEP conserva el modelo tradicional de la antigua ley procesal civil ecuatoriana, donde el juzgador es el encargado de despachar la causa, tanto en los asuntos de trámite como en los de fondo.

Las resoluciones de los Letrados de la AJ, como es lógico, pueden adolecer de infracciones a normas sustantivas y procesales, por lo que el legislador español ha desarrollado un recurso vertical para impugnar a algunas de estas actuaciones. Este medio de impugnación se denomina “recurso de revisión”. La legislación ecuatoriana, al no habilitar a los secretarios judiciales la emisión de resoluciones no prevé este recurso ordinario, por ello hemos decidido estudiarlo al final del capítulo, pese a que lo más adecuado habría sido analizarlo luego de la reposición, pues no podemos realizar un análisis comparado como en el resto de recursos. Ahora bien, autores como DE LA OLIVA SANTOS⁷⁴⁵ o GIMENO SENDRA⁷⁴⁶ también estudian a este recurso después del de apelación, ciertamente no por nuestras consideraciones, sino más bien pensamos que por el carácter devolutivo del medio de impugnación.

⁷⁴³ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, “El proyecto de nueva oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?”, *Diario La Ley*, n.º 7251, 2009.

⁷⁴⁴ Cfr. el documento titulado “Por la unidad y la independencia en la Administración de la Justicia y por las garantías procesales de los ciudadanos. Sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial”, que suscribieron en 2009 casi un centenar de profesores universitarios de Derecho Procesal. El texto del documento puede consultarse en la siguiente web (página consultada el 15 de febrero de 2017): <http://www.forojudicialindependiente.es/2009/02/08/por-la-unidad-y-la-independencia-en-la-administracion-de-la-justicia-y-por-las-garantias-procesales-de-los-ciudadanos/>

⁷⁴⁵ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 303.

⁷⁴⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 601.

III.6.1. Conceptuación

Algunos autores han presentado su extrañeza respecto a la denominación de este recurso, pues consideran que puede llevar a confusiones con otros medios de impugnación, específicamente con la acción autónoma de revisión de sentencias firmes.⁷⁴⁷ Compartimos este criterio, aunque no deja de ser acertado el término utilizado por el legislador en vista de las características y los fines que persigue este medio de impugnación, conforme pasamos a analizar.

La revisión es, como anticipamos, un recurso ordinario y vertical, a través del cual se posibilita someter al titular del órgano jurisdiccional una resolución del Letrado de la AJ, que produce un gravamen o perjuicio a una parte, a fin de que se enmiende tal resolución. El carácter ordinario del recurso se desprende de la ausencia de causales y de técnicas de fundamentación específicas que lo habiliten, de allí que el recurrente podrá motivar su impugnación de manera libre en cuanto a su contenido y forma. Deberá, eso sí, en su escrito de interposición determinar la infracción que denuncia, acorde lo dispone el art. 454 bis.2 de la LEC, en concordancia con el principio dispositivo. El carácter vertical o devolutivo del recurso está determinado por quien va a resolver sobre la impugnación, este es, el juez o Tribunal del mismo órgano judicial al que pertenece el Letrado de la AJ cuya resolución es objetada, sin perjuicio de que quien tramita el recurso es el Letrado. Carece este medio de impugnación de efectos suspensivos, pues su admisión a trámite no posibilita actuar en sentido contrario lo que se hubiese resuelto en el decreto impugnado.⁷⁴⁸

La finalidad específica del recurso de revisión es convertirse en un medio de control de las actuaciones de los Letrados de la AJ, a quienes, sin ser verdaderos miembros del Poder Judicial (y, por tanto, sin gozar de la independencia que se exige a los jueces), se les han confiado ciertas tareas de conducción formal del proceso tan importantes como la decisión de darlo por terminado –en circunstancias legalmente determinadas–; control que, lógicamente, se encomienda a quienes sí son titulares de la potestad jurisdiccional y gozan de independencia en su ejercicio, motivo por el cual tienen legalmente atribuida la “dirección e inspección de todos los asuntos” –art. 165 LOPJ–. En esta línea, el TC (Esp) ha sostenido que:

⁷⁴⁷ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 601. GESTO ALONSO, Blanca, “Recurso de Revisión”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1937.

⁷⁴⁸ Cfr. GESTO ALONSO, Blanca, “Recurso de Revisión”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2011, pág. 1937.

En esta distribución de funciones dentro del proceso, el sistema establecido por la Ley 13/2009, en desarrollo de las previsiones de la Ley Orgánica 19/2003, no elude poner de relieve el lugar preeminente que ocupa el Juez o Tribunal, como titular de la potestad jurisdiccional, con respecto al que corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, como director de la oficina judicial, que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales (art. 435.1 LOPJ). Son los Jueces y Magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE); en última instancia, se pretende garantizar que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso pueda ser sometida al control del Juez o Tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE). El legislador ha plasmado esta garantía de control judicial (...) de modo directo, a través del recurso de revisión contra los decretos del Letrado de la Administración de Justicia que pongan fin al proceso o impidan su continuación (art. 454 bis.1 LEC, párrafo segundo, y el propio art. 102 bis.2 LJCA cuestionado, que viene a reproducirlo).⁷⁴⁹

En efecto, entre otras actuaciones, el recurso permite la impugnación de decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación, esto es, decretos definitivos. Considerando las consecuencias que tales tipos de resoluciones, era necesario que el titular del órgano judicial tuviese la facultad de revisar el acierto o desacierto del proceder de su colaborador, para de esta manera ratificarlo o corregirlo. Teniendo en cuenta la desconcentración de ciertas competencias formales del juzgador hacia el Letrado de la AJ, este recurso constituye un instrumento necesario para la adecuada operación de tal desconcentración.

III.6.2. Resoluciones recurribles

De conformidad con lo dispuesto por el art. 454 bis.1, el recurso de revisión cabe “contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación”, así como contra “los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea.” Entre los decretos que ponen fin al proceso están los que disponen la caducidad de la instancia –art. 237–; entre los que la LEC autoriza expresamente su revisión están:

- El que resuelve la impugnación a la actuación del procurador –art. 23.5–.
- El que acuerda el alzamiento de la suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal –art. 41.3–.

⁷⁴⁹ STC (Esp), 58/2016, de 17 de marzo, FJ 4.

- El que decide sobre la interrupción de plazos en casos de fuerza mayor –art. 134.2–.
- El que aprueba la tasación de las costas –art. 244.3–.
- El que resuelve la impugnación presentada a la tasación de costas –art. 246.3–.
- El que declara la improcedencia de la oposición a la ejecución –art. 528.3–.
- El que suspende la ejecución provisional pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas –art. 531–.
- El que contendrá las medidas ejecutivas concretas para la ejecución correspondiente –art. 551.3 y 5–.
- El que declara la conformidad del dictamen pericial sobre el importe de la deuda –art. 558.2–.
- El que declara la completa satisfacción del acreedor ejecutante –art. 570–.
- El que impone multas coercitivas al ejecutado que no presenta la relación de sus bienes –art. 589.3–.
- El que dispone la entrega de las cantidades embargadas al ejecutante –art. 607.7–.
- El que resuelve la mejora, reducción y modificación del embargo –art. 612.2–.
- El que resuelva la oposición a la cuenta final del administrador –art. 633.3–.
- El que determine la valoración definitiva de los bienes embargados –art. 639.4–.
- El que aprueba el remate –art. 670.4–.
- El que resolverá lo procedente sobre la aprobación o rectificación de las cuentas presentadas por el administrador –art. 678.2–.
- Los que acuerdan el embargo de bienes del ejecutado –arts. 700, 706.2–.
- El que ordena el archivo de las actuaciones en caso de que uno de los cónyuges no confirme su petición de divorcio con mutuo consentimiento –art. 777.3–.
- El que declare la finalización del trámite y suspensión del expediente de adopción, en los casos en que no se hubiere presentado oportuna demanda cuando se necesite de asentimiento en la adopción –art. 781–.

Pese a la restricción que establece el art. 454 bis.1, sobre la procedencia del recurso solamente respecto de decretos, excepcionalmente se permite recurrir en revisión contra determinadas diligencias de ordenación –art. 451.1–, tal es el caso de la diligencia de acuerdo la adecuada tramitación del proceso –art. 254.1–. Para finalizar, recordaremos que si una norma procesal autoriza el recurso de revisión, no será procedente interponer la reposición, debiéndose interponer directamente la revisión, en el caso de estar legalmente autorizada y, en cualquier otro caso, tal solo le queda a la parte agraviada la posibilidad de reproducir su petición en la oportunidad pertinente –arts. 451 y 454bis–.⁷⁵⁰

⁷⁵⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 602. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 743.

III.6.3. Procedimiento

El procedimiento del recurso de revisión es escrito. Se interpondrá la impugnación con la debida determinación de la infracción que se denuncia, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del decreto o diligencia. De no cumplirse con estos requisitos, el Letrado de la AJ podrá el particular en conocimiento del juzgador, para que este, mediante providencia, inadmita el recursos de revisión. De cumplirse con los requisitos y admitido el recurso mediante diligencia de ordenación, el Letrado de la AJ dará traslado a las contrapartes procesales para que en el plazo de cinco días lo “impugnen”, entendemos que con aquel término el legislador español pretendió referirse a que las contrapartes podrán ejercer su contradicción a la revisión interpuesta.

Concluido este plazo, con la contestación o sin ella, el caso pasa a conocimiento del juzgador para que, en el plazo de cinco días, lo resuelva. Vale mencionar que contra las resoluciones de admisión o inadmisión no cabe recurso alguno. Pero contra las de fondo, si ponen fin al procedimiento o impiden su continuación, podrá interponerse recurso de apelación.

Según hemos apreciado, son dos los requisitos de admisibilidad del recurso de revisión: uno temporal, que se concreta en la necesidad de que el recurso se interponga por escrito ante el propio Letrado de la AJ que dictó la resolución, en el plazo legalmente determinado –cinco días–; y otro formal, que consiste en que el recurrente indique en su escrito de interposición la infracción en que el decreto impugnado habría incurrido.⁷⁵¹ Por lo demás, el procedimiento escrito establecido para el recurso de revisión se nos presenta breve, garantiza los derechos a la contradicción y a la igualdad, cumpliendo con el objetivo de la impugnación vertical de control de los actos del inferior.

III.6.4. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento

No por tratarse de un recurso en contra de actuaciones del Letrado de la AJ o por corresponder a una impugnación de apariencia menor, el recurso de revisión carece de importancia para la debida estructuración del trámite del proceso. De hecho, como sostuvimos en el epígrafe III.6.4, la previsión de este medio de impugnación resulta necesaria dentro del sistema de desconcentración de competencias que contiene la LEC, donde se ha permitido que el Letrado de la AJ se ocupe directamente de temas relacionados con la tramitación misma de la causa, permitiendo que el juzgador se ocupe de temas

⁷⁵¹ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 304. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “Los Recursos”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil, Parte General*, cit., pág. 331.

relacionados más con el fondo del caso. El control que pueden realizar los juzgadores respecto a la actuación de sus colaboradores redundará en celeridad y economía, pues una revisión expedita de eventuales errores puede llevar a la oportuna subsanación del equívoco y, con ello, a la correcta continuación del procedimiento. O, por el contrario, la ratificación de la decisión del Letrado de la AJ, provee de certeza definitiva sobre lo resuelto –salvo en aquellos casos donde la resolución del juez sobre la revisión pueda ser apelada, por poner fin al proceso–.

También en relación con la celeridad hace sentido la previsión de plazos cortos para el desarrollo de esta impugnación. En cinco días se ha fijado el plazo general para las distintas fases del recurso –proposición, contradicción y resolución–, por lo que en corto tiempo –menos de veinte días– pudiera dilucidarse la impugnación de asuntos de tanta importancia como la declaratoria de la caducidad de la instancia o el levantamiento de la suspensión del proceso por prejudicialidad. Por estas consideraciones, es nuestro criterio que la celeridad y la economía se encuentran debidamente observadas en el recurso. La preclusión también se encuentra debidamente concretada, por el mandato expreso del art. 454 bis.2, que ordena que si no se ha cumplido con los requisitos de admisibilidad, y uno de ellos es el plazo para interponer el recurso, este será inadmitido.

Ahora bien, podría parecer que este trámite abreviado al que nos hemos referido, también abona a la observancia del principio de concentración; sin embargo, ni este principio ni el de intermediación poseen relevancia en esta clase de impugnación. Con el recurso de revisión de resoluciones de los Letrados de las AJ, se concreta una labor auditora del juzgador respecto de una actuación concreta del inferior, siempre por pedido de la parte. Básicamente nos referimos a temas relacionados con el cumplimiento de requisitos formales establecidos por la norma, los cuales deben ser verificados por el Letrado de la AJ para que se produzca una determinada consecuencia procesal. Más allá de la denuncia formal del equívoco en la actuación del Letrado de la AJ y la posición que respecto de dicha denuncia posea la contraparte, o incluso sin ella, el juzgador está en capacidad de revisar la labor del Letrado y decidir lo que proceda. No es necesario que exista concentración, en cuanto a que el juzgador sea quien dirija el trámite del recurso –particular que, según hemos expuesto, corresponde directamente al Letrado de la AJ cuya actuación se impugna– ni intermediación, pues la materia en discusión, como dijimos, básicamente se refiere al cumplimiento de requisitos formales en la adopción de una consecuencia procesal, particular que no requiere de pruebas que no sean las que se encuentren en el propio expediente ni de argumentaciones que no sean las expuestas a través del recurso escrito.

Al igual que sostuvimos respecto del recurso de apelación –siempre que no exista prueba nueva–, el procedimiento enteramente escrito es la opción adecuada para el mejor juzgamiento de este tipo de impugnaciones, en vista de que el examen se referirá a hechos concretos que se desprenden de las evidencias que constan en el expediente, sin que sea

necesario –salvo en casos de excepción– que las partes repitan de manera verbal lo que ya manifestaron de manera escrita. En el caso del recurso de revisión el razonamiento es el mismo, considerando, de igual manera su naturaleza vertical, donde si se tramitara el recurso de manera oral, ello comportaría una serie de trámites adicionales y demoras que atentarían gravemente el desarrollo del proceso.⁷⁵² Concluimos, en consecuencia, que la ponderación de los principios de celeridad, economía y preclusión, por encima de los de inmediación y concentración, en esta clase de recursos resulta necesaria.

⁷⁵² En efecto, nos resulta inconcebible una tramitación del recurso de revisión donde la parte anuncie su impugnación, se traslade el expediente al superior, el cual debería fijar día y hora para la vista, diligencia que luego de haberse escuchado al recurrente, debería ser suspendida para que la contraparte pueda preparar su respuesta y, finalmente, luego de reinstalada la vista y escuchada la respuesta, se procedería con la resolución del caso. Así mismo, nos resulta inconcebible un recurso donde se lo prepare mediante escritos –recurso y su contestación– y luego, inútilmente se convoque una vista ante el superior, para simplemente repetir los argumentos previamente determinados por escrito, para proceder luego con la resolución del recurso –trámite idéntico al previsto por el modelo ecuatoriano, que ya ha sido materia de nuestras críticas–.

CAPÍTULO IV

LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN EL PROCESO CIVIL ORAL

Sumario: **IV.1.** El recurso de casación *lato sensu*: los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la LEC y el recurso de casación en el COGEP. **IV.1.1.** Aspectos generales. **IV.1.1.a.** Conceptuación. **IV.1.1.b.** Resoluciones recurribles. **IV.1.1.c.** Procedimiento. **IV.1.2.** El recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC. **IV.1.2.a.** Conceptuación del recurso de casación y del recurso extraordinario en la LEC. **IV.1.2.b.** Resoluciones recurribles a través del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC. **IV.1.2.c.** Causales del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC. **IV.1.2.d.** Procedimiento del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC. **IV.1.3.** El recurso de casación en el COGEP. **IV.1.3.a.** Conceptuación del recurso de casación en el COGEP. **IV.1.3.b.** Resoluciones recurribles en casación en el COGEP. **IV.1.3.c.** Causales del recurso de casación en el COGEP. **IV.1.3.d.** Procedimiento del recurso de casación en el COGEP. **IV.1.4.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal. **IV.1.4.a.** Conceptuación. **IV.1.4.b.** Procedimiento. **IV.1.4.c.** Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento. **IV.2.** El recurso de queja o de hecho. **IV.2.1.** Aspectos generales. **IV.2.1.a.** Conceptuación. **IV.2.1.b.** Resoluciones recurribles. **IV.2.1.c.** Procedimiento. **IV.2.2.** El recurso de queja en la LEC. **IV.2.2.a.** Conceptuación del recurso de queja en la LEC. **IV.2.2.b.** Resoluciones recurribles en queja en la LEC. **IV.2.2.c.** Procedimiento del recurso de queja en la LEC. **IV.2.3.** El recurso de hecho en el COGEP. **IV.2.3.a.** Conceptuación del recurso de hecho en el COGEP. **IV.2.3.b.** Resoluciones recurribles en hecho en el COGEP. **IV.2.3.c.** Procedimiento del recurso de hecho en el COGEP. **IV.2.4.** Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el recurso de queja o de hecho. **IV.2.4.a.** Conceptuación. **IV.2.4.b.** Procedimiento. **IV.2.4.c.** Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento.

Considerando la exposición teórica que hemos realizado en los epígrafes III.1 y III.2.2 de este trabajo, procede ahora desarrollar el estudio específico de los recursos extraordinarios previstos por las legislaciones española y ecuatoriana; estos son, en España, el recurso de casación, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de queja; y, en Ecuador, el recurso de casación y el recurso de hecho.

Al respecto anticipamos una circunstancia muy especial, que influye de manera decisiva en el desarrollo de este capítulo. Nos referimos a que, en España, el “recurso extraordinario por infracción procesal” es, en realidad, lo que tradicionalmente se venía denominando un recurso de casación por “quebrantamiento de forma”, es decir, basado una causal de naturaleza procesal; por su parte, el vigente “recurso de casación” español se corresponde con lo que se venía conociendo como recurso de casación por “infracción de ley sustantiva”, es decir, fundado en una causal de naturaleza material. Resulta, así que la vigente LEC ha venido a escindir en dos al tradicional recurso de casación, creando un recurso extraordinario por motivos formales –el “recurso extraordinario por infracción procesal”– y otro por motivos materiales –el “recurso de casación”–. En cambio, en Ecuador

esa escisión no existe, de manera que el COGEP prevé un único “recurso de casación” que puede fundamentarse tanto en causales procesales como materiales.

Por todo ello, analizaremos de manera unificada el recurso de casación ecuatoriano y los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal españoles, en el convencimiento de que los tres recursos se integran en un mismo género que podríamos denominar “recurso de casación *lato sensu*”.

IV.1. El recurso de casación *lato sensu*: los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal en la LEC y el recurso de casación en el COGEP

Como acaba de apuntarse, el recurso de casación –entendido en un sentido amplio– se encuentra previsto por las legislaciones procesales civiles española –escindido en dos– y ecuatoriana.

IV.1.1. Aspectos generales

IV.1.1.a. Conceptuación

Aun cuando se ha pretendido encontrar los orígenes del recurso de casación en el Derecho Romano, sería inútil verificar la concurrencia de todos los elementos caracterizadores del instituto antes del apareamiento de la *demande en cassation* francesa, misma que junto con otros medios de impugnación de resoluciones judiciales, fue instaurada por el *Conseil des Parties*, subdivisión del *Conseil Étroit o Privé*, bajo el reinado de Luis XIV. La *demande en cassation* tenía por objeto, al igual que lo posee el recurso, la denuncia de sentencias que inobservaran expresos mandatos legales. Se sostiene también que el nacimiento del recurso de casación se lo encontraría en las reformas revolucionarias de la Francia de finales del XVIII. No obstante, en esta época más que la creación del instituto – que según acabamos de señalar, ya había sido creado –, lo que se produce es un considerable incremento de su relevancia, en virtud del establecimiento de un sistema de gobierno con plena división de poderes y caracterizado por la independencia de la función judicial. De esta forma, la casación pasa a ser el máximo recurso de conocimiento del *Tribunal de Cassation*, posterior *Cour de Cassation*, a través del cual las sentencias dictadas por los Tribunales inferiores podían ser casadas en el evento de que infringieran las leyes promulgadas por el Parlamento.⁷⁵³

⁷⁵³ Cfr. BORINSKY, Mariano, “La Garantía del Recurso ante un Tribunal Superior”, en DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2001, pág. 455. CABRERA ACOSTA, Humberto, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pág. 297. MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 298 y ss. ORTELLS RAMOS, Manuel,

ROJAS GÓMEZ sostiene que a través del recurso de casación, “el agraviado persigue que una autoridad judicial de una categoría especial examine la providencia o sentencia y corrobore la presencia de errores en su contenido que la hagan directamente contraria al derecho objetivo, con el propósito de corregirlos”, a lo que añade que “la casación tiene que fundamentarse en un contraste que el impugnante debe evidenciar entre lo decidido y lo regulado por la norma jurídica.”⁷⁵⁴ De las definiciones que nos aportan DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁷⁵⁵ y MONTERO AROCA⁷⁵⁶, y prescindiendo de las especificidades propias del Derecho español a las que nos referiremos más adelante –epígrafe IV.1.2–, podemos conceptualizar al recurso de casación como un recurso extraordinario, es decir, que solo cabe contra ciertas resoluciones tasadas y por ciertos motivos tasados, a través del cual se pueden impugnar, en determinados casos, las sentencias dictadas en segunda instancia, cuando a las mismas se les impute una infracción del ordenamiento jurídico sustantivo o procesal, a fin de que se corrija dicha infracción y, en su caso, se unifique o defina la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

Partiendo de las definiciones citadas, tenemos que el recurso de casación se caracteriza por ser vertical –devolutivo–, teniendo en cuenta el desplazamiento de la competencia para el conocimiento y resolución del recurso del juzgador emisor de la resolución impugnada hacia uno distinto, que en la generalidad de los casos es el máximo Tribunal de justicia de un Estado.⁷⁵⁷ Así mismo, el recurso de casación se caracteriza por ser de naturaleza extraordinaria, en vista de que depende de causales que se encuentran legalmente tasadas. A diferencia de lo que ocurre con los recursos ordinarios, donde la *causa impugnationis* es libre, en los recursos extraordinarios –como el recurso de casación– es restringida a los motivos tasados que la norma haya previsto para que opere la impugnación –*numerus clausus*–.⁷⁵⁸

Derecho Procesal Civil, cit., pág. 535. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil*, I. El Proceso de Declaración, Madrid, Editorial Colex, 2010, pág. 605.

⁷⁵⁴ ROJAS GÓMEZ, Enrique, *La Teoría del Proceso*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 200.

⁷⁵⁵ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 280.

⁷⁵⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 297.

⁷⁵⁷ La CC (Ecu) en la Sentencia N° 071-16-SEP-CC, Caso N° 1933-15-EP, del 09 de marzo de 2016, ha señalado esta característica en la competencia del órgano sustanciador de la casación, al advertir: “...el mencionado recurso –casación– se posiciona como un remedio extraordinario, excepcional, riguroso y formal, cuya procedencia se condiciona a los presupuestos previstos en la normativa”.

⁷⁵⁸ El TC (Esp) se ha pronunciado al respecto en la STC 7/2015, 22 de enero, FJ 2, donde advirtió que: “el recurso de casación tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que debe fundarse en motivos tasados –*numerus clausus*– y que está sometido no solo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos,

También se suele señalar que el carácter extraordinario de la casación deviene de la limitación de resoluciones impugnables, es decir, del hecho de que únicamente determinadas resoluciones tasadas pueden ser impugnadas a través de este recurso.^{759, 760} Si bien esto es correcto, no podemos negar que todos los recursos, sean ordinarios o extraordinarios, poseen limitaciones en cuanto a las resoluciones que a través de ellos se puede impugnar. Así, por ejemplo, a través de una reposición no se puede impugnar una sentencia o a través de una apelación no se puede impugnar una resolución de mero trámite –en la generalidad de los casos–. Con esto queremos evidenciar que los recursos ordinarios no se caracterizan por observar un *numerus apertus* en cuanto a las resoluciones que a través de ellos pueden ser objetadas. Por tanto, la limitación de las resoluciones impugnables no parecería ser el parámetro más idóneo para caracterizar lo extraordinario del recurso, a diferencia de la previsión de causales legalmente tasadas que sí distingue inequívocamente a los recursos extraordinarios de los ordinarios.

Otra de las características fundamentales del recurso de casación tiene que ver con sus objetivos; característica identificada por DE LA RÚA como “los fines extraprocesales de la casación”.⁷⁶¹ Según sostiene MONTERO AROCA, el recurso de casación “tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del Derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia.”⁷⁶² En virtud del primero de estos dos objetivos de naturaleza pública, el recurso de casación pretende dilucidar la real existencia de la infracción al Derecho objetivo alegada, mas no repetir una discusión sobre la materia litigiosa original ni realizar una nueva valoración de los hechos o pruebas actuadas en instancias inferiores. Por ello, la causa de impugnación en casación no es libre, sino

relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario...”

⁷⁵⁹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 333. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 280. MALDONADO RAMOS, Jaime, “Recurso de Casación”, en PICATOSTE BOBILLO, Julio, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2009, pág. 482.

⁷⁶⁰ Estas dos consideraciones respecto del recurso de casación –limitación en cuanto a causales y resoluciones impugnables– han sido corroboradas por la CNJ (Ecu) al sostener que: “El recurso de casación es extraordinario por dos motivos: uno, porque procede exclusivamente contra las sentencias definitivas dictadas en los procesos de conocimiento, expedidas por los órganos jurisdiccionales determinados en el Art. 2 de la Ley de Casación; y, dos, porque las causales de su interposición son tasadas, ya que el supuesto debe coincidir con alguno de los previstos en la norma ” CNJ (Ecu), Resolución N° 897-2014, del 25 de febrero de 2014. Este criterio ha sido recogido de igual forma en la Resolución N° 219-2012, del 1 de noviembre de 2013 donde la Corte señala que: “La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de derecho estricto; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio sólo determinadas sentencias.”

⁷⁶¹ RÚA, Fernando de la, *El Recurso de Casación*, Buenos Aires, Editorial Víctor P. de Zavallía, 1968, pág. 40.

⁷⁶² MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 334. En idéntico sentido se refiere ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 359.

rigurosamente tasada y está llamada a ser un medio para la denuncia específica de la inobservancia del Derecho.⁷⁶³ En este sentido, GARCÍA FERAUD sostiene: “la casación surge como un recurso que pretende defender al Derecho objetivo contra cualquier tipo de yerro o abuso del poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional; esa defensa del derecho objetivo ha sido denominada como nomofilaquia, que naturalmente se refiere a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada, pero no desde un punto de vista exclusivamente general, sino de la defensa del derecho objetivo desde una situación subjetiva.”⁷⁶⁴

Esta característica ha llevado a pensar que en la casación existiría una total modificación del *petitum* respecto del original de la causa y que ello, comportaría uno de los particulares elementos caracterizadores de esta clase de impugnación. En efecto, ANDRADE UBIDIA sostiene que el recurso de casación “constituye una verdadera demanda que ha cambiado el objeto del *petitum* y, en lugar de ser la prestación reclamada por el actor al demandado, es el ataque que realiza la parte contra la sentencia que le agravia, siendo ésta una de las características de esta clase de impugnación.”⁷⁶⁵ Explicamos ya en el epígrafe III.2.2, que en toda impugnación existe una modificación del pedido litigioso original, traducido en la denuncia de un vicio material o procesal específico del que adolezca el proceso o su resolución definitiva, de allí que la idea del cambio del *petitum* no pueda tenerse como una característica exclusiva de un determinado medio de impugnación. Consideramos que la idea del cambio del pedido litigioso original, podría haberse exacerbado dado que el recurso de casación, extraordinario como lo es, se encuentra sujeto a causales y formalidades, lo cual hace más sensible el hecho de que el recurrente debe hacer a un lado la defensa de su posición litigiosa para concentrar sus esfuerzos en la denuncia y demostración del vicio jurídico tasado del cual adolecería la resolución impugnada. Sin embargo, y como hemos señalado, no constituye elemento caracterizador del recurso de casación este cambio de la motivación cuando se impugna respecto de cuando se pretende o se excepciona.

La otra finalidad principal de naturaleza pública que persigue el recurso de casación es alcanzar la uniformidad jurisprudencial, es decir, lograr que la interpretación y aplicación de la norma objetiva por parte de los jueces tenga un mismo sentido –función uniformadora

⁷⁶³ Respecto a este punto, la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 020-2011, del 19 de febrero de 2013 ha mencionado que: “La casación no es un medio de defensa del interés privado de los sujetos procesales, su misión va mucho más allá, enmendar el arbitrio, abuso, exceso, o agravio inferido a la Constitución o a la ley en la sentencia.”

⁷⁶⁴ GARCÍA FERAUD, Galo, “La Casación en Materia Civil”, en ALBÁN GÓMEZ, Ernesto (Coord.) *La Casación, Estudios sobre la Ley No. 27*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador - Corporación Editora Nacional, 1994, pág. 45.

⁷⁶⁵ ANDRADE UBIDIA, *La Casación Civil en el Ecuador*, cit., pág. 40.

en defensa del *ius constitutionis*—. ⁷⁶⁶ Recordemos que la unificación de las reglas de convivencia social –Derecho objetivo– es un elemento propio del concepto de Estado, que parte de la unicidad de normas constitucionales y, a partir de ahí, la unificación de las normas jurídicas particulares. ⁷⁶⁷ Si bien puede existir una sola ley vigente y regente de un Estado, “la diversidad de interpretaciones, y la posibilidad de que interpretaciones erróneas adquieran la autoridad de precedentes constantes y admitidos, lleva, por una parte, al peligro de quebrar o desconocer el principio de igualdad ante la ley que la unificación de las normas de derecho positivo procura, y por otra parte, al no menos grave de crear confusión sobre el derecho o a sustituirlo por interpretaciones equivocadas, afectando el principio de la certidumbre jurídica”⁷⁶⁸

La casación se presenta como el medio idóneo para conseguir la certeza respecto de la interpretación y entendimiento que se ha de dar a las normas objetivas, considerando que (i) el máximo Tribunal de justicia de un Estado, único y competente respecto de todo el territorio, es el encargado natural del conocimiento y resolución de esta impugnación;⁷⁶⁹ y (ii) que una de las principales finalidades del recurso es la defensa del Derecho objetivo. Es clara la aptitud de las sentencias de casación para establecer precedentes respecto al sentido en que una norma debe ser comprendida y puesta en práctica, así como para resolver las contradicciones o incoherencias que pudieren existir en cuanto al criterio de juzgamiento de dos o más juzgadores jerárquicamente inferiores.⁷⁷⁰ En palabras de CALAMANDREI, “la

⁷⁶⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 334.

⁷⁶⁷ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, tomo 1, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pág. 66.

⁷⁶⁸ RÚA, Fernando de la, *El Recurso de Casación*, cit. 42.

⁷⁶⁹ En el caso español, en lo que refiriere a la casación por motivos materiales y formales, el máximo tribunal de justicia español no posee la exclusividad en el conocimiento y resolución de este tipo de impugnación. Cfr. LEC art. 478 y DF 16.^a.1.1.^a.

⁷⁷⁰ Respecto a España, su Constitución no ha previsto el carácter de vinculante y obligatorio de la jurisprudencia de casación del Tribunal Supremo. De hecho existe un debate abierto, desde hace unos años, sobre si la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe o no ser vinculante o “de obligatorio cumplimiento” para los tribunales inferiores o si, por el contrario, es una mera guía interpretativa de la ley que sirve a los operadores para aplicar la ley (...). Se ha llegado a presentar un proyecto de ley de reforma de la LOPJ para introducir en la ley un artículo que establezca el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero este no ha llegado a aprobarse, tal vez por la influencia de las críticas de autorizados maestros –De la OLIVA SANTOS, Andrés, “Gobierno del poder judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, *Tribunales de Justicia*, 2002, n.º 10, págs. 1-18; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Jurisprudencia y Seguridad jurídica”, *Diario ABC*, 31 de julio de 2002; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Cambio radical en el sistema jurídico español”, *Diario ABC*, 6 de julio de 2002–. Compartimos la visión de estos maestros, ya que establecer por ley el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sería inconstitucional, puesto que supondría: a) atribuir a los jueces del Tribunal Supremo potestades legislativas o normativas, lo cual atenta contra el principio de separación de poderes y contra el sistema constitucional de reparto de funciones públicas entre órganos del Estado –cfr. arts. 117.3, 66.2, 97, 152.1, párr.1º, y 153.b CEsp–; b) hacer que los jueces estén sometidos a algo más que la “ley”, en suma, quitarles una parcela de su independencia –art. 117.1 CEsp–. Respecto a Ecuador, su Constitución sí prevé el carácter de precedente vinculante o de obligatorio cumplimiento a las resoluciones de casación, siempre que se observe lo siguiente: “Las sentencias

casación se establece también para asegurar en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad del Derecho objetivo, a través de la revisión y de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado. Desde este punto de vista, la Corte de Casación no se limita a destruir, sino que contribuye potentemente a disciplinar y a fijar la fecunda obra de interpretación del Derecho objetivo que se lleva a cabo ininterrumpidamente por la jurisprudencia.”⁷⁷¹

Hemos analizado hasta este punto las finalidades públicas de la casación, las cuales consideramos son las principales del recurso, tal como se lo concibe y se lo regula normativamente. Sin embargo, y como ya lo anticipábamos a través de la cita a GARCÍA FERAUD, la función nomofiláctica⁷⁷² del recurso “naturalmente se refiere a la defensa de la norma jurídica objetivamente considerada, pero no desde un punto de vista exclusivamente general, sino de la defensa del Derecho objetivo desde una situación subjetiva.”⁷⁷³ Así lo concibió CALAMANDREI, para quien la protección de la norma jurídica ante un desconocimiento del Derecho objetivo, redundaría en la tutela del derecho subjetivo particular de uno de los litigantes.⁷⁷⁴ De allí que la casación también posea una finalidad de naturaleza privada, esta es, la tutela del interés concreto del justiciable recurrente –del *ius litigatoris*–;⁷⁷⁵ finalidad que, sin embargo, se encuentra supeditada al cumplimiento de la finalidad

emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.” Según comprobamos, la visión española dista de la ecuatoriana, donde sí se considera al máximo órgano de Justicia como un colegislador ponderando por encima del necesario principio de separación de poderes, el control de legalidad cotidiano que realizan los juzgadores nacionales –supremos–, el cual, estaría en capacidad de interpretar la ley a la luz de las necesidades sociales de manera más expedita que la función judicial. La raigambre de este “sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración” emitidos como resultado de un recurso de casación data de 1993 –LC, art. 19– y como fuente de Derecho no ha variado desde entonces. De tal manera que la casación posee esta relevancia adicional en el Ecuador.

⁷⁷¹ CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, cit., pág. 102.

⁷⁷² Nomofilaquia proviene de los vocablos griegos *nomos*, que se traduce como “ley”; y, *philasso* que se traduce como “cuidado” (Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan, *La Formación del Proceso Civil*, Lima, Palestra Editores, 2004, pág. 623).

⁷⁷³ GARCÍA FERAUD, Galo, “La Casación en Materia Civil”, cit., pág. 45.

⁷⁷⁴ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, cit., pág. 58.

⁷⁷⁵ En relación a este interés privado del recurso, la CNJ (Ecu) Resolución N° 576-2013, del 12 de noviembre del 2014 se ha manifestado en los siguientes términos: “. . . el recurso de casación tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente.”

pública de salvaguardia del Derecho objetivo. Esta afirmación, a los ojos de un privatista de dura línea podría parecer errada, si consideramos la inspiración dispositiva del proceso civil. No obstante, debemos recordar que la casación no fue concebida como un medio adicional de defensa de las partes –la casación, como veremos más adelante no genera una nueva instancia–, sino como un instrumento de control de la legalidad de los fallos, lo cual, si bien no muta la naturaleza del recurso hacia lo inquisitivo, si lo abstrae de lo puramente privado hacia el interés público de la impugnación. DE LA PLAZA se refiere a este punto de la siguiente manera: “El particular que recurre estimulado por su propio interés, se convierte, casi sin darse cuenta, en un instrumento de la utilidad colectiva del Estado, el cual, a cambio del servicio que el recurrente presta a la consecución de un interés público superior, encuentra en la sentencia basada en un error de Derecho, la posibilidad de obtener una nueva resolución favorable a su interés individual.”⁷⁷⁶

Para finalizar este tema, y siguiendo a ANDRADE UBIDIA, anotaremos que el recurso de casación debe operar de tal manera que sirva a las finalidades públicas y privadas, sin que con esto se quiera decir que siempre ha de servir a unas y a otras, ya que en ocasiones ocurre que “la sentencia casada en su parte motiva [sic] o considerativa es errada, pero la resolutive, en cuanto acepta o rechaza la pretensión del acto, está conforme a Derecho, caso en el cual corresponde casar parcialmente el fallo impugnado y corregir los errores en la fundamentación”,⁷⁷⁷ lo cual, de algún modo, implica satisfacer lo público mas no lo privado. Como el mismo autor reconoce, la casación así comprendida podría ser calificada como “platónica” por los seguidores de la teoría privatista del recurso, sin embargo, hemos de recordar que la casación está llamada, antes de nada, a cumplir objetivos públicos, con ocasión, eso sí, de una incidencia privada. Como bien sostiene CALAMANDREI “el objeto de la casación no es tanto enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias, ni el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes.”⁷⁷⁸

La siguiente característica del recurso que analizaremos y que ya habíamos anunciado es que la casación no genera ni constituye una nueva instancia del proceso. No constituye una fase en la que puede dictarse una sentencia que tenga en cuenta, o pueda tener en cuenta, todos los aspectos fácticos y jurídicos del caso.⁷⁷⁹ A diferencia de lo que puede ocurrir con el recurso de apelación, el recurso de casación no apertura una novedosa instancia en la cual

⁷⁷⁶ PLAZA, Manuel de la, *La Casación Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pág. 34.

⁷⁷⁷ ANDRADE UBIDIA, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, cit., pág. 35.

⁷⁷⁸ CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, cit., pág. 102.

⁷⁷⁹ En esta línea se ha pronunciado la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 767-2012, del 25 de junio de 2012 donde manifestó que: “...la casación no abre una nueva instancia, como se ha referido en fallos de triple reiteración, la casación constituye un nuevo e independiente momento que no significa la continuidad de la revisión de la sentencia sino la verificación a través de un examen de aplicación del Derecho...”

se pueda discutir sobre el fondo original de la causa, ni siquiera, como señala ORTELLS RAMOS, “dentro de los límites que deriven del motivo fijado por la ley [causal] y, en concreto, de las infracciones de normas planteadas por el recurrente.”⁷⁸⁰ Quedan proscritas del recurso de casación las alegaciones que, sin ajustarse a los presupuestos de las causales, directamente se refieran a la materia del litigio que generó el proceso, así como la práctica de pruebas nuevas en la generalidad de los casos,⁷⁸¹ aún en el evento de que existieren los justificantes que sí los habilitarían en segunda instancia. Recordemos que la casación fue originalmente concebida como una demanda en contra de una sentencia y aún cuando se ha transformado en recurso, no ha abandonado varios de sus caracteres originarios. De allí que, en casación, las pretensiones y excepciones, sus argumentos y fundamentos, dejan de ser los protagonistas del debate procesal y pasan a ser meros elementos a ser utilizados para sustentar la existencia de la violación del Derecho objetivo que se denuncia.

El hecho de que el recurso de casación no genere una instancia en sentido estricto, redundando en los poderes de las partes y en las potestades del juzgador. Como ya hemos analizado, las partes únicamente están posibilitadas para enderezar su impugnación en el evento de que los vicios jurídicos argumentados se ajusten a alguna de las causales legalmente tasadas. Cualquier argumentación por fuera de aquellas causales se encuentra excluida, así como la práctica de prueba de cualquier tipo. En cuanto al Tribunal de casación, sus poderes están rigurosamente limitados a analizar la impugnación que se hubiere realizado, en el sentido específico en que la misma hubiere sido realizada. De hecho, el juzgador de casación, en el examen y decisión del recurso, no debería examinar errores de la sentencia que el recurrente no hubiere acusado ni causales que la ley no contemple.⁷⁸² El Tribunal de casación no examina la relación sustancial de origen del proceso, sino que examina y decide sobre el juicio de Derecho objetivo contenido en la sentencia, en contraste con la denuncia de vicios realizada.

Respecto a las infracciones que pueden ser perseguidas a través del recurso de casación, estas dependerán de las causales que establezca la ley. En general, la casación es apta para la denuncia de yerros materiales y formales, estos últimos tanto de la sentencia como del trámite; así ocurre con el recurso de casación previsto en la legislación procesal

⁷⁸⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 538.

⁷⁸¹ El legislador español ha considerado conveniente aceptar la procedencia de nuevo material probatorio en el caso de la casación por motivos procesales –llamado “recurso extraordinario por infracción procesal”–, como veremos en el epígrafe IV.1.2.d. Recordemos que el principio de configuración legal del proceso, lo aplica cada legislador según su interpretación particular de las necesidades de administración de justicia de su sociedad, por lo que tiene plena libertad de diseñar los recursos como a bien tenga. De allí que los legisladores no deban necesariamente ceñirse a lo que la doctrina, o parte de ella, opine sobre un recurso, sus requisitos, trámite u otros elementos.

⁷⁸² Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pág. 514.

civil ecuatoriana, el cual sirve como medio para la impugnación de vicios sustantivos y procesales. Sin embargo, como ya hemos adelantado al inicio de este capítulo, la LEC escindió al recurso de casación en dos, manteniendo un recurso con esa denominación – “casación”– para la impugnación de vicios materiales y creando uno nuevo denominado “extraordinario por infracción procesal” para la impugnación de vicios formales; escisión no se ha perfeccionado de forma plena, al prever la DF 16.^a de la LEC que ambos recursos puedan interponerse en un mismo escrito, tramitarse por el mismo procedimiento y resolverse en una misma sentencia dictada por el mismo tribunal –que, como regla general, será el TS (Esp)–.

Sentado lo anterior, ¿qué ocurre una vez que el Tribunal de casación verifica la existencia del vicio y así lo declara? En estricto sentido, la casación culmina al arribarse a este punto o culmina también con la declaratoria de inexistencia del vicio. No obstante, ¿qué efectos produce la casación total o parcial de una sentencia? Podríamos considerar la existencia de tres sistemas de casación que responden,⁷⁸³ acorde a sus postulados propios, a esta interrogante:

- a) El de reenvío general, adoptado por el ordenamiento francés, en que el Tribunal de casación al admitir el recurso, anula la resolución impugnada y, por regla general, devuelve –reenvía– el proceso al Tribunal *a quo*, sea para que este vuelva a sustanciar la causa o emita una sentencia de reemplazo.
- b) El de emisión de resolución de reemplazo por el *ad quem* en todos los casos, fueran estos motivados por infracciones sustantivas o procesales. Consideramos a este sistema desde una perspectiva meramente teórica, pues no conocemos legislación alguna que lo contemple.
- c) El que suprime el reenvío cuando se casa la sentencia por infracciones sustantivas o por infracciones procesales cometidas al dictarse la sentencia, por lo que el Tribunal de casación a más de casar la resolución impugnada, dicta el fallo sustituto; mientras que mantiene el reenvío cuando se casa la sentencia por vicios de procedimiento verificados durante la tramitación de la causa, y no en la sentencia, que provoquen nulidad insanable.

Finalmente, todas las características que hemos analizado hacen que el recurso de casación sea el más formal y riguroso de todos los medios de impugnación, lo cual termina siendo otra de sus características. Se sostiene el carácter formal de la casación en la medida en que la ley impone al recurrente una específica estructuración del recurso, con la cual lo sustenta. Resulta inexorable deber del recurrente el observar todas las exigencias de la

⁷⁸³ Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, cit., pág. 35.

técnica de la casación, a tal punto que una inadecuada interposición del mismo conduce a la frustración del recurso.⁷⁸⁴ Sobre este tema, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ advierte “que el rigor formal característico de los recursos de casación se manifiesta en cuanto a la elección del motivo adecuado. Así, se llega a inadmitir el recurso de casación no sólo si el recurso omite la mención expresa del motivo de casación en que se ampara, sino también si se invoca erróneamente un determinado motivo. Sin embargo, la improcedencia de un motivo no lleva a la inadmisión del recurso cuando se ha invocado correctamente otro motivo en el recurso siendo éste procedente”.⁷⁸⁵

IV.1.1.b. Resoluciones recurribles

Normalmente, el recurso de casación está concebido para impugnar resoluciones definitivas emitidas en recursos de apelación, entendiéndose por tales, tanto a aquellas en las que se hubiere resuelto el fondo del caso, o que hubiere resuelto un vicio procesal verificado durante la tramitación de la primera o segunda instancia. Adicionalmente a la calidad de sentencia impugnada, dada la naturaleza jurídica del recurso, las legislaciones imponen una serie de requisitos extraordinarios, de cuyo riguroso cumplimiento también depende el acceso a la casación.

Por otro lado, es importante señalar que, además de estas resoluciones, pueden existir otras que son susceptibles de ser recurridas en casación, en el evento de que así lo establezca la ley. También resulta necesario recordar que algunas legislaciones mantienen el denominado régimen de casación directo o *per saltum*, en atención al cual existe la posibilidad de que las partes renuncien a la segunda instancia y realicen directamente su impugnación a través del recurso de casación. Sobre este régimen CUEVA CARRIÓN opina: “la casación *per saltum* tiene por objeto acelerar la administración de justicia porque las partes se ahorran toda la instancia que, en la mayoría de los casos, no tiene otro efecto que retardar el curso de los procesos con perjuicio evidente para una de las partes contendientes”.⁷⁸⁶ Vale señalar que este último régimen no se encuentra previsto por las legislaciones objeto de nuestro análisis.

⁷⁸⁴ Cfr. CATTANEO, Luigia Clara, “El Recurso de Casación”, en *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Número Monográfico de Jurisprudencia*, número 40, Quito, Ediciones de la PUCE, 1984, pág. 216.

⁷⁸⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “El Recurso de Casación”, pág. 138, en www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero..., página web consultada el 27 de abril de 2014.

⁷⁸⁶ CUEVA CARRIÓN, Luis, *La Casación en lo Civil*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 1993, pág. 87.

IV.1.1.c. Procedimiento

Iniciamos el análisis de este punto recordando que el recurso de casación no constituye una nueva instancia procesal, pues a través de él no se puede discutir sobre las cuestiones fácticas del fondo del asunto litigioso, sino únicamente sobre determinadas desviaciones jurídicas en las que incurriría la resolución que decidió el caso. En el recurso de casación se discute sobre la infracción cometida por la sentencia en contra del Derecho objetivo, produciéndose una suerte de mutación del *petitum* respecto del original que dio nacimiento al proceso –no se discute directamente sobre los puntos de hecho en los que se trabó la *litis*–. Por este motivo, un cambio del criterio procedimental –abandono de la oralidad– para la tramitación del recurso de casación no sólo resulta válido, sino incluso recomendable a nuestro criterio.

El principal material sometido a examen del juzgador de casación es la resolución definitiva, pasando a un plano meramente accesorio, aún cuando necesario, la demanda, la contestación a la demanda, las actas, grabaciones o pruebas. De la sentencia el Tribunal extraerá los datos e informaciones para comprobar el cumplimiento de los requisitos propios del recurso, tales como la naturaleza del caso, –por ejemplo, a fin de determinar si el proceso fue incoado para la tutela de un derecho fundamental, en el caso español, o si es fruto de un proceso de conocimiento, en el caso ecuatoriano–, su cuantía o para determinar si el caso efectivamente reviste interés casacional –en el caso español–. Según apreciamos, el análisis que corresponde realizar a los juzgadores de casación es meramente documental –expedientes y grabaciones–, y respecto de circunstancias objetivas que se desprenden precisamente de los documentos y grabaciones que obran del expediente. Por estas razones, a las cuales añadimos la formalidad propia de la vía extraordinaria ya estudiada en el epígrafe IV.1.1.b, ponderamos al procedimiento escrito como el idóneo para la tramitación del recurso de casación.

Respecto a la previsión de fases del procedimiento de casación informadas por la oralidad, al igual que ocurre con la apelación, es posible considerarlas como medios accesorios para que las partes logren una mejor comunicación de sus argumentos a los juzgadores. No obstante, el carácter formal de la casación ordena que en el escrito de interposición se hagan constar con claridad todos los extremos de la impugnación, tanto así, que los yerros en la fundamentación pueden ocasionar que el recurso sea inadmitido *in limine*. Ya que una serie de documentos escritos y grabaciones producidas en las instancias inferiores constituyen la materia de estudio del juzgador de casación, resulta totalmente prescindible la repetición de los mismos de forma oral. Ahora bien, de preverse una comparecencia o vista dentro del procedimiento del recurso de casación, esta, al igual que sostuvimos respecto del trámite del recurso de apelación, debería quedar a decisión del juez, siempre que considere útil el contacto inmediato con las partes. En estos casos deberán observarse plenamente los principios de celeridad y concentración, pues de poco serviría una

buena exposición de los argumentos de la impugnación extraordinaria, si ella se diluye en el tiempo por efecto de las demoras en la resolución del recurso.

IV.1.2. El recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC

Como anticipamos al inicio de este capítulo, nuestro estudio del recurso de casación previsto por la LEC posee una característica muy especial, en vista de que el legislador español, el año 2000, decidió escindir en dos al recurso de casación, manteniendo un recurso con la denominación de “casación” para la denuncia de infracciones sustantivas y creando un nuevo recurso para la denuncia de las infracciones procesales, el cual tiene por denominación “recurso extraordinario por infracción procesal”. El legislador español quiso establecer este recurso confiriendo a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para su conocimiento y resolución; sin embargo, a nivel legal orgánico dicho Tribunal nunca ha llegado a poseer tal competencia. En efecto, el Proyecto de Ley de reforma de la LOPJ española que preveía la existencia del recurso extraordinario por infracción procesal y el establecimiento de tal recurso como una de las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, no obtuvo en el Parlamento español la mayoría suficiente para ser aprobado.⁷⁸⁷ Así las cosas, la capacidad de aplicar la previsión normativa del recurso entró en un grave estado de crisis, que se ha perpetuado hasta la actualidad: aunque la LEC sí recogía tal competencia, esta previsión no podía aplicarse, por entrar en colisión con lo establecido en una norma de categoría superior, como era la LOPJ,⁷⁸⁸

La solución que instrumentó el legislador español ante esta circunstancia fue el establecimiento de un “régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios” constante en la disposición final decimosexta de la LEC –en adelante DF 16.^a–. Este régimen trastocó la intención original del legislador de escindir en dos a la casación, pero aseguró, de cualquier forma, la vigencia de la impugnación extraordinaria por motivos procesales. Es así que hasta la presente fecha, se encuentra vigente el régimen denominado legalmente “transitorio”, aunque se ha venido a convertir en definitivo, pues ya cuenta dieciséis años y no da muestras de extinguirse en un mediano plazo. Nótese que, desde que se aprobó la LEC en el año 2000, se han sucedido varios períodos legislativos y no se ha presentado ninguna iniciativa legislativa tendente a cambiar el régimen transitorio. Es más, en el ámbito doctrinal, tampoco existen voces que, con suficiente intensidad, aboguen por derogar el “régimen transitorio” y sustituirlo por el que el que originariamente se ideó en el año 2000.

⁷⁸⁷ Arts. 70 y ss LOPJ.

⁷⁸⁸ Como nos lo recuerda BONET NAVARRO, “la Disposición final decimosexta de la LEC ha establecido un régimen transitorio para la utilización de este recurso extraordinario, como consecuencia de que la reforma de la LOPJ, emparejada en principio a la promulgación de esta LEC, no fue posible por falta de votos favorables en el Congreso de los Diputados” (*Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 171).

Más bien, la doctrina suele dirigir sus críticas a la compleja regulación que, en la actualidad, tienen los recursos extraordinarios en la LEC: su articulado establece un sistema que nunca ha entrado en vigor y el sistema verdadero –formalmente hay dos recursos, pero ambos son compatibles y los resuelve el mismo Tribunal– aparece esbozado en una DF 16.^a de la LEC, cuya aplicación exige remisiones constantes a muchos preceptos del articulado, – los que la propia DF 16.^a no ha suspendido de vigencia–.

Considerando la inaplicabilidad de buena parte de la normativa sobre el recurso extraordinario por infracción procesal, la indiscutible naturaleza casacional que dicho recurso posee y los mandatos de la DF 16.^a de la LEC, que unifica gran cantidad de aspectos del recurso extraordinario por infracción procesal con la regulación del recurso de casación para hacerlo viable, nuestro estudio de estos dos medios de impugnación se realizará así también de forma unificada bajo la perspectiva vigente del recurso de casación, aun cuando en todos los casos realicemos el necesario análisis de los aspectos más relevantes del recurso extraordinario por infracción procesal que poseen vigencia⁷⁸⁹ y también de aquellos que no la poseen, dado nuestro interés en analizar la manera en que el legislativo concibió originalmente a este medio de impugnación. De esta forma, en lo que se refiere a la conceptualización, analizaremos la comprensión española tanto del recurso de casación por motivos materiales, como del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que ambas se encuentran vigentes. En cuanto al tipo de resoluciones recurribles, nos referiremos a la regulación del recurso de casación, ya que es la común y vigente para ambas impugnaciones, pero también expondremos cuál fue la concepción original del legislador español respecto de las resoluciones recurribles a través del recurso extraordinario por infracción procesal. Idéntico estudio realizaremos sobre el procedimiento vigente para estos recursos.

⁷⁸⁹ No debemos confundir a la unificación parcial que el régimen transitorio ha realizado, sobre todo, respecto de los trámites de estos dos recursos, con una unificación total de los mismos. Cada recurso existe por separado y a cada uno, conserva reglas propias y vigentes, por lo que habrá de dárseles su consideración y observancia particular. La creencia de que el régimen transitorio ha reunificado de manera completa a la casación material y formal, puede llevar a equívocos como los que nos presenta el TS (Esp), en su ATS Madrid, Secc. 1, del 16 de noviembre de 2016, rec. 348/2015, FJ 2: “la cuestión que se plantea en el recurso, relativa a la inadecuación de procedimiento, se trata de una materia nítidamente procesal o de Derecho adjetivo, ajena al recurso de casación por ser propia del recurso extraordinario por infracción procesal. A este respecto es preciso recordar que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al objeto del proceso a que alude el art. 477.1 LEC , y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas "al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares", como señala la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, que directamente alude a que "las infracciones de leyes procesales" quedan fuera de la casación, pudiendo ser alegadas, no obstante, ejercitando el correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal. Posibilidad que no ha sido ejercitada por la parte.”

IV.1.2.a. Conceptuación del recurso de casación y del recurso extraordinario en la LEC

- **Recurso de casación**

La LEC, como es normal, no define al recurso de casación, pero sí recoge los distintos elementos que caracterizan su concepto. Respecto a la condición extraordinaria de la casación, ésta queda evidenciada a través del art. 477.1, el cual dispone que “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas [sustantivas] aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.” El legislador español optó por una sola causal para el recurso. Tal manera de normar al recurso se identifica con el denominado “criterio abierto de causales de casación”, en virtud del cual, cabe establecer una definición amplia del motivo casación, con la inclusión de un gran número de posibilidades de impugnación.⁷⁹⁰ No obstante, si bien la única causal de casación, dada su naturaleza abierta, daría cabida a un significativo volumen temático de impugnaciones, el legislador español ha establecido una serie de requisitos para el recurso que limitan severamente el acceso a este medio de impugnación extraordinario. Estos requisitos, que ciertamente hacen relación con el carácter extraordinario del recurso, serán analizados en el epígrafe IV.1.2.b.

Respecto a la naturaleza vertical del recurso de casación, la legislación procesal española prevé que su conocimiento y resolución corresponde a la Sala Primera del TS (Esp) –DF 16.1.1.^a y art. 478 LEC, así como art. 5.4 LOPJ–; Tribunal, que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 123.1 de la CEsp, posee jurisdicción en toda España y constituye el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes –salvo lo relacionado con las garantías constitucionales que corresponden al TC (Esp)–. De esta forma, la legislación española cumple con la reserva del recurso de casación al conocimiento y resolución por parte del máximo órgano de justicia del Estado, en atención a la función nomofiláctica y unificadora del medio de impugnación. Como excepción, cabe señalar que, en virtud de la conformación del Estado español, donde existen regímenes autonómicos –art. 143 CEsp– que pueden tener su propia normativa sobre ciertas materias civiles –arts. 148.1 y 149.1.6.^a y 8.^a–, la LEC concede a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ (Esp), la competencia para conocer “los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución” –art. 478.1 LEC–. Contienen tal previsión los Estatutos del País Vasco, Galicia, Navarra, Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón y Cataluña. Con todo, el art. 5.4 LOPJ

⁷⁹⁰ ANDRADE UBIDIA, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, cit., pág. 46.

señala que, si el recurso se basara en la infracción de un precepto constitucional, la competencia para conocer de él corresponde en todo caso al TS (Esp).

El carácter formalista del recurso se encuentra debidamente previsto en la casación española La LEC, en su art. 481, establece de manera expresa los contenidos que debe contener el escrito del recurso, mismos que se refieren al pulcro cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y a las modalidades de acceso a los que se refiere el art. 477.2 y 3,⁷⁹¹ sobre el cual nos referiremos en párrafos más adelante. En su parte pertinente, el citado art. 481.1 dispone: “en el escrito de interposición se expresará el supuesto, de los previstos por el artículo 477.2, conforme al que se pretende recurrir la sentencia. Igualmente se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista.” Es clara la intención del legislador de establecer un requisito formal en cuanto a la técnica de fundamentación del recurso. Esto ha sido expresamente confirmado por el juzgador supremo español, en los siguientes términos:

A tal efecto se hace conveniente insistir hoy en señalar que el artículo 481.1 de la LEC 2000 establece que en el escrito de interposición del recurso se expondrán con la necesaria extensión, sus fundamentos, y que tal previsión normativa ha de ser puesta en relación con lo dispuesto en el art. 483.4 , primer párrafo, inciso final, de dicha LEC, en el que se contempla la posibilidad de que la causa de inadmisión no afecte más que a alguna de las infracciones legales alegadas, de lo que resulta que cada una de las diversas infracciones legales aducidas en el recurso han de ser objeto de exposición razonada y separada, que haga posible el pronunciamiento individualizado sobre si cada una de las mismas ha de ser admitida por la Sala, desglosándose el recurso en tantos apartados como vulneraciones se denuncien, y ello, naturalmente, en relación con las infracciones legales que en el escrito de preparación del recurso de casación hayan quedado expresadas. Tal exigencia deriva de la propia naturaleza de este recurso y de su carácter especialmente restrictivo y exigente (SSTC 7/89 y 29/93), teniendo así declarado con reiteración esta Sala, en relación al artículo 1707 de la LEC de 1881 , que constituye inadecuada formulación del recurso de casación la falta de claridad manifiesta en su motivación, o el confucionismo en su exposición, que puede venir dado por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos (SSTS 29-6-93, 21-7-93, 11-3-96, 28-5-96, 22-1-97, 26-2-99, 16-3-99, 25-1-2000 y 23-2-2000), por la mezcla indiscriminada de cuestiones de

⁷⁹¹ Este formalismo ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia española. Basta señalar como ejemplo el ATS Madrid (Esp), Secc. 1, rec. 58/2016, del 11 de octubre de 2016, FJ 2, donde el TS (Esp), en relación con la modalidad de recurso llamada “por interés casacional”, manifestó que: “el escrito de interposición del recurso ha de cumplir las exigencias impuestas por el art. 477.2.3o de la LEC , y, por lo tanto, además de indicar la infracción legal que sirve de motivo de recurso, el recurrente debe acreditar desde ese mismo momento la presencia del interés casacional manifestado en alguna de las modalidades que contempla el párrafo tercero del art. 477 LEC, ya sea por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales o por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años.”

hecho (ahora ajenas al recurso de casación y propias del extraordinario por infracción procesal), u otras procesales, y de derecho en un mismo motivo (SSTS 27-11-91, 27-2-92, 22-10-92, 29-6-93, 12-9-96, 18-4-97, 11-5-2000 y 29-5-2000) o, en fin, por la falta de separación entre los motivos invocados, a cada uno de los cuales deben corresponder unos razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación (SSTS 9-12-94, 17-11-95 y 6-10-2000), doctrina que bajo el nuevo régimen de la casación ha de aplicarse al desarrollo en la interposición de cada una de las infracciones legales expresadas en el escrito de preparación, siendo igualmente doctrina constante y reiterada de esta Sala que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, ajena a lo que sería una tercera instancia, no permite la cita masiva de preceptos en un mismo motivo, o apartado en que se articule el recurso, como cuando se utiliza la fórmula "... y siguientes", ni fundar el recurso en la infracción de preceptos heterogéneos (SSTS 2-6-95, 11-3-96, 28-5-96, 22-1-97, 16-3-99, 25-1-2000 y 23-2-2000), no siendo tarea de esta Sala, sino obligación del recurrente, la perfecta identificación de la norma o normas supuestamente vulneradas, sin que en absoluto proceda, so pena de originar un riesgo de indefensión para la parte contraria, subsanar de oficio las manifiestas deficiencias del motivo, y puesto que el recurso de casación no es una tercera instancia el escrito de interposición no puede equipararse a un escrito de alegaciones (SSTS 16-5-95 y 5-3-97 , entre otras muchas), traduciéndose la exigencia de claridad en la formulación del recurso de casación en una obligación insoslayable del recurrente (SSTS. 17-3, 25-4 y 24-5-85 y 9-12-85) sin que quepa ignorar el rigor formal que es exigible en vía casacional, dado el carácter extraordinario del recurso de casación.⁷⁹²

Un error en la fundamentación del recurso de casación constituye un legítimo motivo para que el juzgador rechace la impugnación extraordinaria. El principio *iura novit curia*, si bien aplicable en el recurso de casación, debe poseer un cuidado, acaso mayor que en los recursos ordinarios, respecto a sus límites –art. 218.1–, pues no constituye tarea del juzgador, sino obligación del recurrente, la adecuada fundamentación del recurso, máxime las especiales y rigurosas características de la impugnación extraordinaria. En este sentido, el TS (Esp) ha sido muy claro en determinar que la obligación de fundamentar la casación de manera correcta y adecuada corresponde a la parte que lo interpone; así: “Los recursos de casación han de formularse con claridad. El artículo 481.1 de la LEC 2000 establece que en el escrito de interposición del recurso se expondrán con la necesaria extensión sus fundamentos (...) Tal exigencia responde, por otra parte, a la más elemental e inveterada técnica casacional, que demanda, de acuerdo con doctrina de rancio abolengo en esta Sala, claridad en la formulación del recurso de casación, acorde con la naturaleza extraordinaria de este recurso. (...) no siendo tarea de esta Sala, sino obligación del recurrente, la perfecta identificación de la norma o normas supuestamente vulneradas, sin que en absoluto proceda, so pena de originar un riesgo de indefensión para la parte contraria, subsanar de oficio las

⁷⁹² ATS (Esp), Secc. 1, del 2 de marzo de 2010, rec. 2162/2008, FJ 3.

manifiestas deficiencias del motivo, y puesto que el recurso de casación no es una tercera instancia el escrito de interposición no puede equipararse a un escrito de alegaciones, traduciéndose la exigencia de claridad en la formulación del recurso de casación en una obligación insoslayable del recurrente.”⁷⁹³

El carácter formalista del recurso también ha sido propugnado por los juzgadores supremos españoles en el marco de sus “reuniones para la unificación de criterios”. En efecto, al poco tiempo de haberse publicado la LEC en el BOE, los Magistrados de la Sala Primera del TS (Esp), expedieron los *Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva ley de enjuiciamiento civil*.⁷⁹⁴ Posteriormente, y a raíz de la emisión de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, el Sala Primera del TS (Esp) emitió un nuevo *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*.⁷⁹⁵ Finalmente, con la experiencia obtenida tras cinco años de aplicación de la Ley 37/2011, y considerando la reforma introducida por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la Sala Primera del TS (Esp) emitió una nueva versión de su Acuerdo de 2011, mediante sesión de pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. En este Acuerdo se fija una serie de criterios donde se hace evidente la opción por la solemnidad y el formalismo que se debe guardar en la casación, estableciéndose una serie de condicionamientos formales que han observarse para que el recurso extraordinario pueda ser admitido. De hecho, el Acuerdo vigente expresamente dispone: “El recurso por infracción procesal y el recurso de casación son recursos extraordinarios sujetos a determinadas exigencias técnicas, derivadas de las normas que los regulan y que han sido expuestas en los Acuerdos de esta sala de 12 de diciembre de 2000 y 30 de diciembre de 2011. Es precisamente su carácter extraordinario lo que justifica la exigencia de requisitos más estrictos, e incluso de un mayor rigor formal que en los recursos ordinarios (STEDH de 19 de diciembre de 1997 y STC 37/1995).”⁷⁹⁶

Si bien esta manera de interpretar formalmente al recurso podría ser calificada como una fuerte restricción a su acceso, no debemos olvidar que la casación posee una naturaleza jurídica extraordinaria, con características y requisitos excepcionales, motivo por el cual opera de manera muy distinta a los recursos de naturaleza ordinaria. Dentro de estos caracteres, según hemos analizado, se encuentra el formalismo, en virtud del cual, el

⁷⁹³ ATS (Esp), Secc. 1, del 10 de octubre de 2006, rec. 1806/2003, FJ 3. Este criterio ha sido corroborado en los AATS: ATS (Esp), Secc. 1, del 08 de septiembre de 2008, rec. 2126/2005, FJ 3; ATS (Esp), Secc. 1, del 20 de marzo de 2007, rec. 1944/2003, FJ 3, entre otros.

⁷⁹⁴ Junta General de 12 de diciembre de 2000.

⁷⁹⁵ Junta General de 30 de diciembre de 2011.

⁷⁹⁶ Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 4.

juzgador que va a conocer y resolver una casación, únicamente puede examinar las causales alegadas en el estricto sentido en que éstas fueron realizadas, no pudiendo examinar causales y modalidades no alegadas ni errores no alegados, aunque puedan corresponder a una de las causales y modalidades escogidas por el recurrente.⁷⁹⁷

Pasando a otro tema, según señalamos al inicio de este epígrafe, el sistema de casación español, que únicamente acepta la impugnación de vicios materiales, se complementa con el criterio de emisión de una única sentencia de casación y de reemplazo, en virtud del cual, si el Tribunal estima procedente el recurso de casación, es decir si considera efectivamente producida “la infracción de normas [sustantivas] aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, debe casar la sentencia impugnada y en la misma resolución emitir el fallo de reemplazo que corresponda. De esta manera, el legislador español continúa con la tradición normativa que según recuerda ORTELLS RAMOS, se implantó desde la reforma de 1984, pues antes de ella “el Tribunal Supremo debía dictar dos sentencias, una de casación y otra, formalmente distinta, sobre el objeto del proceso”,⁷⁹⁸ opción que ciertamente no se compadecía con los principios de celeridad, economía procesal y concentración.

Otro de las precisiones del Acuerdo de la Primera Sala del TS (Esp) sobre la conceptualización normativa del recurso, es determinar que la casación no puede considerarse como una nueva instancia, al haber proscrito expresamente la posibilidad de una revisión de las pruebas actuadas en las instancias sobre el fondo del asunto litigioso. La casación, recordemos, persigue principalmente la impugnación de vicios materiales que tornen a la sentencia en antijurídica. Solo como consecuencia de la verificación de tal antijuridicidad material y como efecto reflejo de ello, es que los juzgadores supremos están en capacidad de acordar la solución del caso resolviendo sobre el fondo. Ello implica que la casación no busca enervar el criterio de valoración de la prueba que tuvieron los juzgadores *a quo*, por lo que “los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).”⁷⁹⁹

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en este epígrafe, confirmamos que la legislación procesal civil española dispone de todos los elementos caracterizadores de la casación, salvo por la exclusión de los vicios formales como materia del recurso. El legislador español se ha

⁷⁹⁷ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, cit. pág. 514.

⁷⁹⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 538.

⁷⁹⁹ Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 8.

decantado por el establecimiento de un recurso de casación muy riguroso, lo cual ha sido confirmado y acaso reforzado por la Sala Primera del TS (Esp), a través de sus Acuerdos y de su jurisprudencia. Considerando la opción contemporánea por el reforzamiento de la primera instancia y, sobre todo, los contenidos del principio de recurso legalmente previsto, concluimos que el reducido acceso a la casación no contraviene el derecho de acceso a la justicia. Si bien se podría desear una casación algo más accesible, ha de comprenderse que la naturaleza extraordinaria del recurso no sólo se refiere al *numerus clausus* de sus motivos, sino además a que su verificación en un proceso no debe ser tenida como ordinaria. En efecto, pese a que el ideario común podría hacer pensar que el devenir de un proceso termina con el recurso de casación, en realidad tal recurso no es la meta final de una demanda, acaso lo podría ser la sentencia de segunda instancia, pero la de casación está llamada a ocurrir más bien como excepción a la regularidad. Este razonamiento adquiere especial relevancia cuando nos encontramos frente a una primera instancia oral, que dada la naturaleza del debate que en ella se desarrolla, adquiere el protagonismo indiscutido respecto de las otras instancias o fases del proceso.

- **Recurso extraordinario por infracción procesal**

Según lo refiere DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “el recurso extraordinario por infracción procesal ha sido regulado a imagen y semejanza del antiguo recurso de casación cuando el mismo está basado en motivos procesales (...). No se trata sólo de que el recurso extraordinario por infracción procesal esté configurado sobre las bases –ya centenarias– que impone la *técnica casacional*, sino de que, en realidad, el recurso extraordinario por infracción procesal es propiamente un recurso de casación por motivos procesales.”⁸⁰⁰ De allí que la conceptualización de este recurso no se aleja de la que corresponde a su recurso de origen. Concretamente, como señala ASENSIO MELLADO, el recurso extraordinario por infracción procesal procede por los “motivos establecidos en el art. 469, entre los que es posible distinguir por un lado los vicios procesales cometidos en cualquiera de las dos instancias anteriores y, por otro lado, el control de los derechos contenidos en el art. 24 CE, derechos esencialmente procesales y con gran incidencia en la práctica.”⁸⁰¹ Para GARBERÍ LLOBREGAT, el recurso extraordinario por infracción procesal “constituye un medio de impugnación extraordinario, devolutivo (...) con la finalidad de que [las resoluciones recurridas] sean revocadas sobre la base, única y exclusivamente, de defectos de naturaleza procesal en que aquellas resoluciones hayan podido incurrir”.⁸⁰² Finalmente y en similar sentido, RODRÍGUEZ BAHAMONDE sostiene que, a través de este recurso, se van a conocer

⁸⁰⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Los Recursos Extraordinarios”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 287-288.

⁸⁰¹ ASENSIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 351.

⁸⁰² GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, cit., pág. 375.

con carácter definitivo e irrevocable los vicios procesales en los que incurrieran las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia. Tales vicios tasados se refieren a la infracción de presupuestos procesales, de las normas procesales reguladoras de la sentencia, de las normas que rigen los actos y garantías del proceso⁸⁰³ y la vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución española.⁸⁰⁴

De estas definiciones podemos extraer los elementos caracterizadores del recurso extraordinario por infracción procesal. Primero, se trata de un medio de impugnación extraordinario y esto, como señala BELLIDO, “está fuera de toda duda, y no sólo porque su propia denominación aluda a tal carácter –un primer argumento en pro, pero no definitivo–, sino porque este recurso por infracción procesal sólo puede fundarse en los motivos que expresamente determina el legislador en el art. 469. 1 de la LEC.”⁸⁰⁵ En efecto, únicamente ciertos motivos legalmente tasados habilitan la impugnación de resoluciones judiciales a través de este recurso; resoluciones judiciales que, así mismo, se encuentran específicamente determinadas en la ley.⁸⁰⁶ Habiéndonos referido al *numerus clausus*, recordemos que la materia de impugnación de este recurso son los vicios procesales que atentan contra la validez de la causa por haberse verificado una desviación o apartamiento de los medios señalados por el Derecho Procesal para su dirección.⁸⁰⁷ Como resume VÁZQUEZ IRUZUBIETA, y lo analizaremos a detalle en el siguiente apartado, los cuatro motivos por los que procede

⁸⁰³ Al respecto, el TS (Esp), en la STS, Secc. 1, 792/2012, del 08 de enero, rec. 1224/2010, FJ 2 ha señalado que: “...Correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las "cuestiones procesales", entendidas en sentido amplio, es decir, no reducido a las que enumera el art. 416 de la LEC 2000 bajo dicha denominación -falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus respectivas clases; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio, inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en la petición que se deduzca-, sino comprensivo también de las normas que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de tal modo que las disposiciones relativas a la carga de la prueba, así como la infracción de normas relativas a cuestiones probatorias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados.”

⁸⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa, “El Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 2, cit., pág. 689.

⁸⁰⁵ BELLIDO, Rafael, “Una aproximación a la revisión de la valoración de la prueba civil en la doctrina del tribunal supremo y del tribunal constitucional”, en *Revista Jurídica Valenciana*, número 32, Valencia, Universidad de Valencia, 2014, pág. 2

⁸⁰⁶ No olvidemos, como ya lo anotamos en el epígrafe IV.1.1.a., que el *numerus clausus* constituye en realidad la nota definitoria respecto del carácter extraordinario de un recurso, pues siempre van a existir limitaciones en cuanto al tipo de resoluciones que pueden ser impugnadas a través de un determinado recurso. De allí que dicha circunstancia no pueda considerarse como un aspecto determinante para la categorización de extraordinario para un recurso.

⁸⁰⁷ Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2002, pág. 308.

este recurso se refieren: i) A las normas sobre la jurisdicción y la competencia; ii) A los defectos cometidos con ocasión de dictar sentencia; iii) A las infracciones procesales restantes; y iv) A la vulneración de las garantías constitucionales de orden procesal civil.⁸⁰⁸ Al ser estos motivos de orden taxativo, no pueden ser ampliados por interpretación analógica o extensiva.

Dado que posee naturaleza extraordinaria, el recurso por infracción procesal no genera ni constituye una nueva instancia capaz de provocar una novedosa discusión y examen del asunto controvertido. Esto ha sido claramente identificado por el TS (Esp) al sostener que: “recurso extraordinario por infracción procesal no es una tercera instancia que permita volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio y pretender la completa revisión de la valoración de la prueba.”⁸⁰⁹ En esta misma línea, y como bien señala MONTERO AROCA: “La actividad de las partes y la actuación del Tribunal competente para conocer de él están limitadas al planteamiento y a la decisión, respectivamente, de aquellas específicas cuestiones que afectan a la regularidad y validez del proceso y a la observancia de las garantías que le son propias, sin alcanzar a los hechos materiales.”⁸¹⁰

Otra característica del recurso extraordinario por infracción procesal es su naturaleza vertical o devolutiva. Ya que a través de este recurso extraordinario culmina la sede judicial ordinaria para la impugnación de yerros procesales verificados en sentencias o durante el proceso, y, ya que este recurso constituye “propia mente un recurso de casación por motivos procesales”,⁸¹¹ era de esperarse que el órgano jurisdiccional competente para su conocimiento fuera el máximo del reino español. Sin embargo, al escindir en dos a la casación, la LEC 2000 no sólo creó una nueva denominación para el recurso de casación por motivos procesales, sino que además pretendió modificar al Tribunal que lo conocía, desplazando la competencia del TS (Esp) –juzgador natural de la casación, por ser el de máximo grado– a las Salas de lo Civil y Penal de los diecisiete TSJ que existen en España –órganos de inferior jerarquía–.

Este intento de desplazamiento se justificaba en el interés de “amplia[r] e intensifica[r] la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal”, así como de contribuir a la “seriedad” con que las infracciones procesales se aleguen en los recursos,

⁸⁰⁸ Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Difusión Jurídica Economist & Jurist, 2012, pág. 762.

⁸⁰⁹ STS (Esp), Secc. 1, 445/2014, del 04 de septiembre, rec. 2733/ 2012, FJ 5.

⁸¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, y FLORES MATÍES, José, *Tratado del Juicio Verbal*, cit., pág. 1440.

⁸¹¹ DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Los Recursos Extraordinarios”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 287-288.

según se sostiene en la Exposición de Motivos de la LEC.⁸¹² Más allá de esta justificación del legislativo, DE LA HOZ DE LA ESCALERA identifica razones “políticas y pragmáticas” para el cambio implementado: “de una parte, llenar de contenido las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 152 CE), lo que no obedece tanto a un deseo de que sus magistrados también trabajen, como de dotar de poder a estos órganos; de otra, la necesidad, imperiosa y urgente, de aliviar de trabajo al TS (Esp) y TC (Esp), cuya carga de asuntos y atraso son universalmente reconocidas como obstáculos insalvables al correcto ejercicio de sus funciones.”⁸¹³

La entrega de la competencia para el juzgamiento de un recurso de casación –como de hecho lo es el extraordinario por infracción procesal– a un órgano jurisdiccional distinto del TS (Esp) generó varias críticas en los tratadistas; en especial, preocupaban los inconvenientes que la doctrina jurisprudencial podría sufrir con este cambio. Al respecto, ASENCIO MELLADO sostenía: “este recurso motiva grandes discusiones por entender parte de la doctrina que, dado que existen diecisiete Tribunales Superiores de Justicia, puede generarse una dispersión o falta de uniformidad entre las decisiones de unos y otros, lo que puede traer consigo aplicaciones de la Ley desiguales en una instancia que, precisamente, requiere tal homogeneidad para que los distintos Tribunales inferiores actúen dentro de coordenadas similares”.⁸¹⁴ Por su parte, BONET NAVARRO sostenía: “La doctrina emanada de la Sala Primera del TS (Esp) en materia procesal podía aspirar a ser, si no uniforme, por lo menos única. Con la atribución de la competencia para conocer este recurso extraordinario por infracción procesal a los TSJ (Esp) resultará dificultoso conseguir una uniformidad y unicidad jurisprudencial en materia procesal. Podemos decir que se conseguirá la tutela judicial en relación al caso concreto, pero de modo alguno puede asegurarse –más bien será todo lo contrario– la unidad de doctrina o el tratamiento igual de las cuestiones procesales.”⁸¹⁵ De igual manera, RODRÍGUEZ BAHAMONDE recordaba que una de las finalidades connaturales a la casación de sentencias es la de uniformar la jurisprudencia, con el objeto de salvaguardar el principio de igualdad ante la ley, así como los principios de seguridad y certidumbre jurídica. Esto fundamenta su crítica a la atribución competencial a los diecisiete TSJ (Esp) pues podría provocar “una disparidad en la interpretación de los presupuestos y requisitos procesales, cuyo conocimiento puede ser desconocido por los litigantes foráneos a la demarcación judicial concernida, lo que incrementaría los recursos de amparo ante el TC por violación de esta manifestación del art. 14 CE, si precisamente

⁸¹² Cfr. LEC 2000, Exposición de Motivos, XIV.

⁸¹³ HOZ DE LA ESCALERA, Javier de la, “Reflexiones sobre la Nueva Regulación de los Recursos Civiles”, en *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, número 38, Madrid, Jueces para la Democracia, 2000, pág. 77. En el mismo sentido: GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, cit., pág. 375.

⁸¹⁴ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 351.

⁸¹⁵ BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 99-100.

para garantizar la igualitaria o uniforme aplicación de la ley en todo el territorio nacional nació la casación, que en su doble carácter material y procesal, debe seguir siendo concebida como potestad exclusiva del TS”.⁸¹⁶

Cabe señalar que existen autores que, en sintonía con el espíritu de la Exposición de Motivos de la LEC, entienden adecuada la entrega de la competencia a los TSJ (Esp) para el conocimiento del recurso de casación por razones formales, denominado recurso extraordinario por infracción procesal. Tal es el caso de CORDÓN MORENO quien defendía, primeramente, la constitucionalidad de la escisión del recurso de casación realizada por la LEC, argumentando la procedencia del principio del recurso legalmente previsto, en virtud del cual corresponde al legislador ordinario el diseño de los trámites, fases o instancias del proceso, en lo cual se incluye la previsión de recursos, sus requisitos, finalidades, trámites y, por supuesto, la competencia del juzgador que habrá de conocerlos y resolverlos –ver epígrafe II.3.1–. Respecto de la privación al TS (Esp) de sentar jurisprudencia uniforme sobre las normas de derecho procesal, CORDÓN MORENO argumentaba que la LEC habría solucionado este aparente inconveniente con la implantación de un nuevo instituto llamado “recurso en interés de la Ley [procesal]” “que tiene ahora asignada esa función uniformadora, atribuyéndose la competencia para conocer del mismo al TS y dotándose a sus sentencias de una eficacia vinculante. En definitiva, la función nomofiláctica sobre cuestiones procesales se mantiene en TS.”⁸¹⁷

Si bien es cierto que la LEC previó –en sus arts. 490 a 493, que nunca han estado en vigor, según lo dispuesto en la DF 16.^a.2– un instituto denominado “recurso en interés de la Ley”⁸¹⁸ con el fin de que el TS (Esp) dirimiese las contradicciones entre las sentencias firmes emitidas por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ (Esp) que resolvieran recursos extraordinarios por infracción procesal,⁸¹⁹ no es menos cierto que las bondades de este instituto parecen ser muy limitadas. En efecto, debemos tener claro que, el de interés de la Ley, no es en realidad un recurso pues no constituye un medio de impugnación apto para la denuncia y modificación de situaciones jurídicas concretas dentro de un proceso. De hecho, ni las partes procesales se encontrarían en capacidad de interponerlo, ni su verificación trae

⁸¹⁶ RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa, “El Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 2, cit., pág. 697.

⁸¹⁷ CORDÓN MORENO, Faustino, “Del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2010-2011. Cabe señalar que el citado autor parece confundir, en este pasaje, los fines extraprocesales de la casación, pues el fin nomofiláctico no se refiere a la unificación de la doctrina judicial, como el autor da a entender, sino a la defensa del derecho objetivo que se realiza a través de la casación; ver nuestro epígrafe IV.1.1.a.

⁸¹⁸ Que en realidad no se trata de un recurso, pues no forma parte del proceso al no producir su interposición consecuencia alguna en el mismo.

⁸¹⁹ Cfr. LEC 2000, Exposición de Motivos, XV.

consecuencia alguna al proceso –no constituye ni una instancia ni una fase procesal extraordinaria–, cuya sentencia permanece en firme e inalterada. El “recurso en interés de la Ley” es en realidad una acción prevista por la LEC para que el TS, sobre la base fallos contradictorios expedidos por los Tribunales Superiores de Justicia, emita la doctrina legal que dirima tales divergencias en una dimensión teórica con efectos *erga omnes* a futuro –*ex post facto*– y no *inter partes*. Los únicos legitimados para su presentación serían el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas de Derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, acreditaran interés legítimo en la unidad jurisprudencial.⁸²⁰ Como anotamos, ni la interposición de esta acción ni la creación de jurisprudencia obligatoria modificaría de manera alguna los fallos confrontados y dirimidos, los cuales permanecerían inalterados.

Por estos motivos, buena parte de la doctrina presentó reparos a la efectividad del denominado recurso en interés de la Ley para suplir los efectos del desplazamiento de competencia para el conocimiento y resolución del recurso de casación por motivos procesales. GIMENO SENDRA, por ejemplo, mantenía que “en la configuración de los recursos extraordinarios que realiza la LEC no es que el TS no pueda emitir su doctrina legal procesal, lo que podrá efectuar a través del «recurso» en interés de Ley. El problema es que la experiencia nos dice que no cabe albergar muchas dudas sobre la nula utilización, en la práctica del «recurso» (...) pues al no afectar este «recurso» a situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alagadas, el particular ni siquiera se tomará la molestia de poner su caso en conocimiento de tales personas jurídicas de Derecho público.”⁸²¹ En este sentido, RODRÍGUEZ BAHAMONDE sostenía que “en el nuevo sistema de recursos el TS solo podrá actuar efectivamente como órgano superior en todos los órdenes mediante el llamado recurso en interés de Ley, pero se cuestiona que esta solución sea suficiente para evitar la situación de dispersión doctrinal en materia procesal si se estima que el TS fijará doctrina jurisprudencial desde la inserción de la sentencia en el BOE, pero en ningún caso la decisión del recurso en interés de la Ley afectará a las situaciones jurídicas particulares derivadas de la sentencia de los TSJ alegadas por mantener criterios discrepantes sobre la interpretación de las normas procesales.”⁸²²

Ciertamente la opción del legislador español por la escisión del recurso de casación contó con motivos nada desdeñables: aportar a la seriedad de la denuncia de las infracciones procesales e intensificar la tutela de los derechos procesales, así como descongestionar al TS

⁸²⁰ Cfr. LEC 2000, artículo 491.

⁸²¹ GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso por infracción procesal”, en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), ASENCIO MELLADO, José María, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas, ORTELLS RAMOS, Manuel y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Proceso Civil Práctico*, tomo 6, cit., pág. 192.

⁸²² RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa, “El Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 2, cit., pág. 697.

(Esp) y dotar de mayores competencias a los TSJ (Esp); no obstante, los inconvenientes, tanto conceptuales como prácticos de esta escisión, superan con creces a los beneficios. Así, el otorgar la competencia para el conocimiento y resolución de un recurso de casación a un Tribunal distinto del máximo previsto en la estructura del Estado español –a un tribunal distinto del Tribunal Supremo– mina la naturaleza misma de este recurso extraordinario, pues es a tal Tribunal al que especialmente corresponde la máxima observancia de la existencia de igualdad en la aplicación de la ley, así como de la seguridad jurídica; ambos principios con rango constitucional –art. 14 y 9.3 CE–. Resulta prácticamente imposible que los diecisiete TSJ (Esp) mantengan uniformidad en la doctrina procesal contenida en sus fallos, lo cual redundaría en un efecto totalmente contrario a uno de los connaturales a la casación e inobservaría los mandatos constitucionales antes citados. A esto podemos añadir la conveniencia de tratar ambas temáticas –material y formal– conjuntamente por la estrecha relación que puede haber entre una y otra. En efecto, no son pocas las ocasiones en que una infracción procesal, es el presupuesto previo para la infracción de una norma sustantiva, por ejemplo, casos sobre la valoración de la prueba, sobre carga de la prueba, sobre cosa juzgada, entre otros.

Resumiendo, si, como quiso inicialmente la LEC en el año 2000, el recurso extraordinario por infracción procesal –que constituye un recurso de casación por motivos formales– hubiera sido conocido y resuelto por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ (Esp), hoy existiría una disparidad de criterios en cuanto a la aplicación de las normas procesales. La solución que proponía la LEC para solventar este problema, esto es, la acción denominada en interés de la Ley, no parece suficiente, toda vez que no constituía un medio para la impugnación de un gravamen dentro del proceso. Esto hubiera llevado a una infraaplicación de la acción, con lo cual, como acabamos de señalar, habría resultado más que previsible la coexistencia de una amplia cantidad de fallos contradictorios, con un reducido número de doctrina procesal dirimente y vinculante emitida por el TS (Esp). Es así que, ya desde este punto, no consideramos la mejor de las opciones la escisión en dos recursos de la casación introducida por la LEC el año 2000 y, sobre todo, la pretendida atribución de la competencia para resolver cada uno de ellos a tribunales diferentes.

Sea como fuere, lo cierto es que, como hemos apuntado, hoy día los dos recursos existen y se utilizan de manera diferenciada, si bien, en virtud de lo dispuesto en la DF 16.^a de la LEC, es un mismo tribunal –de ordinario, el Tribunal Supremo; cfr. DF 16.^a1.1.^a y DF16.^a2, párrafo 2.º– quien está llamado conocer, tramitar y resolver ambos recursos de manera conjunta. Sí hubo, por tanto, escisión de la casación en dos recursos formalmente diversos, pero no se consumó la escisión en el terreno de la regulación de la competencia. Como consecuencia, el llamado “recurso en interés de la Ley” ha quedado en una suerte de limbo jurídico, puesto que, a pesar de que sigue estando regulado en el articulado de la Ley –cfr. arts. 490-493–, dicha regulación no resulta aplicable –DF16.^a2, párrafo 1.º–.

IV.1.2.b. Resoluciones recurribles a través del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC

- **Régimen unificado vigente: recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal**

El art. 477.2 determina cuáles son las resoluciones judiciales susceptibles de recurso de casación por motivos materiales, de allí que tal norma constituya el punto de partida de nuestro análisis en este epígrafe. En este punto debemos recordar, que en tanto no se confiera a los TSJ (Esp) la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, por mandato de la DF 16.^a de la LEC, tal recurso procederá “por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477.” De allí que nuestro análisis sobre las resoluciones recurribles en casación, resulta por completo aplicable al recurso extraordinario por infracción procesal.⁸²³

Así, el art. 477.2 de la LEC dispone que las sentencias podrán recurrirse en casación y/o en infracción procesal siempre que hayan sido emitidas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. Quedan por fuera, en consecuencia, las sentencias dictadas por jueces de primera instancia, aun cuando constituyan sentencias de segunda instancia por haberse emitido con motivo de recursos de apelación de resoluciones dictadas por jueces de paz; y las sentencias dictadas en primera y única instancia por Salas de lo Civil de los TSJ (Esp) –art. 73.2 a y b, LOPJ–.⁸²⁴ También quedan por fuera los autos, aun aquellos definitivos que ponen fin a la segunda instancia, toda vez que este tipo de actos judiciales no son aptos resolver sobre el fondo del asunto controvertido.⁸²⁵ Del mismo modo, tampoco son susceptibles de casación y/o en infracción procesal las resoluciones que, debiendo revestir

⁸²³ En este sentido, dice el ATS, Secc. 1, del 26 de octubre de 2016, rec. 3116/2014, FJ 4: “La inadmisión del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, puesto que mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16.^a, apartado 1, párrafo primero y regla 5.^a, párrafo segundo, LEC”; pasaje que se reitera, entre otros, en el ATS, Secc. 1, del 16 de noviembre de 2016, rec. 2340/2014, FJ 5.

⁸²⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, pág. 541 y MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 369-380.

⁸²⁵ Sobre las resoluciones recurribles mediante recurso de casación y el de infracción procesal, el TS (Esp) en el ATS (Esp), Secc. 1, del 18 de noviembre de 2008, rec. 612/2008, FJ 2 ha advertido, de manera general, que solo proceden en las siguientes circunstancias: “El recurso de casación está limitado, al igual que el extraordinario por infracción procesal, a las Sentencias dictadas en segunda instancia, conforme ha establecido el legislador en el régimen transitorio que provisionalmente se regula en la reiterada Disposición final decimosexta de la LEC 2000 . En conclusión, al haberse dictado el Auto, frente al que se intenta el acceso a la casación, en fecha posterior a la entrada en vigor de la LEC 2000, ha de estarse a su actual sistema de recursos, que excluye el medio de impugnación que se intenta.”

forma de auto, la tienen de sentencia, como lo recuerda MUERZA ESPARZA.⁸²⁶ No obstante, también son recurribles, según el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 [también según el Acuerdo de 27 de enero de 2017], “los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras resueltos al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (art. 37.2 y 41), de los Reglamentos CE no. 1347/2000 y no. 44/2001 [hoy, 1215/2012], y de cualesquier otras normas de naturaleza similar, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento.”⁸²⁷

Las sentencias de segunda instancia emitidas por las Audiencias Provinciales, además, deberán encontrarse en alguno de los tres escenarios para que puedan ser impugnadas en casación y/o en infracción procesal: “1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.” Procedemos a analizar cada uno de estos escenarios:

i. Sentencias dictadas en razón de la tutela de derechos fundamentales

El primer caso que se establece en el art. 477.1.1.º LEC, se refiere a las sentencias emitidas dentro de procesos instaurados específicamente para la tutela de los derechos fundamentales distintos de los previstos en el art. 24 CE (esto es, derechos fundamentales “no procesales”). Por tanto, para la admisión de un recurso de casación y/o infracción procesal al amparo del art. 477.2.1.º, el recurrente deberá demostrar que la *causa petendi* original del proceso fue justamente la tutela de un derecho fundamental. Con esto dejamos en claro que la norma no exige que el motivo del recurso sea la vulneración de un derecho fundamental, sino que el proceso hubiere sido promovido para la tutela civil de los derechos fundamentales distintos de los derechos procesales. De no reunirse estas condiciones, el recurso no podría ser admitido, salvo que se lo presente al amparo del punto 2 o del punto 3 del art. 477.2,⁸²⁸ que analizaremos más adelante.

⁸²⁶ Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, MUERZA ESPARZA, Julio, ARMENTA DEU, Teresa, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2044.

⁸²⁷ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 281; BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 217; GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), ASECIO MELLADO, José María, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas, ORTELLS RAMOS, Manuel y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Proceso Civil Práctico*, tomo 6, cit., pág. 259.

⁸²⁸ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 395.

Como hemos dicho, este primer caso se circunscribe a los procesos en los que la demanda inicial tiene como objeto la tutela de derechos fundamentales distintos de los de contenido procesal previstos por el art. 24 de la Constitución española. Ello implica que la eventual vulneración de los derechos fundamentales procesales –si bien puede servir de base para un recurso extraordinario por infracción procesal; cfr. LEC, art. 469.1.4– no convierte *per se* a una resolución en recurrible en casación y/o en infracción procesal.⁸²⁹

ii. Cuantía habilitante del recurso

El art. 477.2.2.º LEC permite recurrir en casación y/o en infracción procesal únicamente aquellas sentencias de segunda instancia emitidas dentro de procesos cuya cuantía excediere los 600.000 euros, siempre y cuando –según la interpretación del Acuerdo de 27 de enero de 2017– el tipo procedimental por el que se tramitó la primera instancia se hubiera fijado “por razón de la cuantía (no de la materia)”.

Para la tramitación de la primera instancia, la LEC prevé dos posibles procedimientos declarativos ordinarios –esto es, previstos para la generalidad de los asuntos civiles y mercantiles–, a saber: el “juicio ordinario” y el “juicio verbal”; y prevé también varios procesos especiales –en materia matrimonial, de filiación, de menores, de división de herencia...–. La procedencia de estos últimos cauces procedimentales especiales depende, lógicamente, de la materia sobre la que versa el litigio. Ahora bien, descartada la necesidad de acudir a un proceso especial por razón de la materia, el futuro demandante debe plantearse si su pretensión ha de tramitarse por los cauces del “juicio ordinario” o por los cauces del “juicio verbal”. Para ello, el legislador español le obliga, de nuevo, a atender a la materia litigiosa –cfr. arts. 249.1 y 250.1 LEC– y, solo si la materia no decanta la elección, el procedimiento adecuado se fijará en función de la cuantía: si es igual o inferior a 6.000,00 euros, procederá el “juicio verbal”; y, en otro caso, será el “juicio ordinario” el procedente –arts. 249.2 y 250.2 LEC–. Pues bien, la interpretación que hace el TS (Esp) sobre el art. 477.2.2.º LEC –relacionándolo con el art. 477.2.3.º– vincula el modo de elección del procedimiento adecuado para la primera instancia con el acceso a los recursos extraordinarios por la “modalidad de cuantía superior a 600.000,00 euros”, de manera que esta modalidad exigiría: 1) que

⁸²⁹ Por ejemplo: si estamos en un pleito en el que el actor reclama una indemnización por intromisión ilegítima en el derecho al honor y la sentencia de segunda instancia es incongruente por omisión, entonces, las partes tienen acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la modalidad del art. 477.2.1 –DF 16.1, *in limine*–, dado que el proceso ha versado sobre el derecho al honor, que es un derecho fundamental que no tiene contenido procesal. Nótese que la incongruencia de la sentencia podría implicar la violación de otro derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva –este sí de contenido procesal–; pero esta violación de este otro derecho, por sí misma, no convierte a la sentencia en recurrible –la sentencia solamente es recurrible porque la demanda versó sobre la tutela del derecho al honor–, aunque sí permite fundamentar el recurso al amparo de la causal del art. 469.1.4 de la LEC.

la primera instancia se haya tramitado por los cauces del juicio ordinario por razón de la cuantía conforme al art. 249.2 –pero no por razón de la materia conforme al art. 249.1); y 2) que la cuantía discutida en la segunda instancia sea superior a 600.000,00 euros.

Por otro lado, la norma establece una *summa gravaminis*, como medio objetivo para restringir el acceso a casación y/o infracción procesal de procesos que posean cuantías menores a las que el legislador ha considerado como el monto económico referencial tutelable. Al respecto se puede preguntar por qué 600.000,00 y por qué no 100.000,00 o por qué no 1.000.000,00; de hecho, recordaremos que la *summa gravaminis* inicial fue 250.000.000,00 pesetas, que convertidas a euros resultaron en 150.000,00 euros. Posteriormente se elevó esta cuantía a 600.000,00 euros por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, “para que el TS (Esp) pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos.” Como respecto a tantísimos otros asuntos en materia de recursos, al legislador le ampara la facultad de determinar, con amplios márgenes de discrecionalidad –pero que, es de esperarse, reposen siempre en parámetros de razonabilidad– los requisitos de la casación y del recurso extraordinario por infracción procesal, pudiendo ser estos rigurosos o laxos.⁸³⁰ En este caso, podría considerarse que la cuantía establecida hace de estos recursos unos medios de impugnación elitistas reservados para litigantes que manejen sumas importantes, dejando por fuera a casos con cuantías que pueden resultar, de igual manera, nada desdeñables y, por supuesto, a los casos de baja cuantía. No obstante, no debemos olvidar que el legislador no ha excluido del todo a los casos de cuantías menores a 600.000,00 euros, pues de revestir aquellos casos de “interés casacional”, sí existe la posibilidad de interponer el recurso extraordinario al amparo de lo dispuesto en la tercera modalidad, a la que nos referiremos más adelante.

Si bien parecería que la modalidad de acceso a la casación y/o al recurso por infracción procesal en razón de la cuantía no reviste mayores dificultades para su aplicación, cabe señalar que existen varios extremos de la misma que ameritan nuestro análisis. Así, el número 2 del art. 477.2, establece el acceso al recurso “siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros”. La redacción es clara al utilizar el verbo

⁸³⁰ Al respecto, el TC (Esp) en la STC 230/1993, de 12 de julio, FJ 2, ha sostenido: “El legislador procesal, siempre que garantice la finalidad esencial de la casación, consistente en asegurar la aplicación uniforme de la Ley por el Tribunal Supremo en todo el territorio nacional (o, lo que es lo mismo, el principio constitucional de «igualdad en la aplicación de la Ley») es libre a la hora de configurar un recurso extraordinario, como es el de casación civil, que normalmente se prepara después de haber recaído dos resoluciones previas en primera y segunda instancia; libertad de configuración que abarca el determinar las resoluciones recurribles y la *summa gravaminis*, los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación; razón por la cual esa misma lógica justifica que el Tribunal Supremo interprete con el rigor que estime necesario tales requisitos procesales, siempre y cuando dicha interpretación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional.”

“exceder”, de ahí que no resulta suficiente que la cuantía sea igual a 600.000,00 euros, siendo “siempre” necesario que superase dicho valor, al menos en un céntimo. No dejando lugar a dudas el texto legal, los juzgadores españoles han actuado en consecuencia, por ejemplo, en el Auto del TS (Esp) del 23 de enero de 2007, dictado dentro del recurso de casación 1878/2004, señala: “por cuanto la cuantía del procedimiento resulta ser igual a 25.000.000 de pesetas en la pretensión principal, de tal modo que el interés económico del litigio no alcanza la cuantía preceptuada, lo que ocurre no sólo en los asuntos con un valor económico inferior, sino también en aquellos en que la cuantía se fijó en la precisa suma de 25.000.000 de pesetas, como es el presente caso.” Si bien este Auto hace referencia a la cuantía expresada en pesetas, antes de la conversión a euros, la regla es exactamente la misma y, por tanto, el criterio de juzgamiento se mantiene inalterado.

Arribados a este punto cabe preguntarnos, ¿los intereses se consideran parte de la cuantía como para aspirar completarla con ellos, en el caso de ser necesario? Para responder a esta interrogante existe una doctrina de la Primera Sala del TS (Esp), en virtud de la cual “para computar como cuantía litigiosa los intereses vencidos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a la regla 16ª del art. 489 LEC [se refiere a la LEC de 1881; hoy, cfr. regla 2.ª del art. 252 de la vigente LEC], no basta con la petición genérica de intereses legales, añadida sin más a la suma reclamada como principal, sino que además es precisa su cuantificación en la propia demanda –SSTS 26-6-96, 22-12-97 y 11-3-98 y AATS 4-2-93 en recurso 1797/92, 11-2-97 en recurso 2773/96, 26-10-99 en recurso 2083/99–.”⁸³¹ Según apreciamos, resulta imprescindible que el actor establezca en su demanda de manera explícita el valor de los intereses que pretende formen parte de la cuantía litigiosa, siendo estos los que se encuentren devengados al momento de presentar la demanda, pues no resulta posible que un interés indefinido o futuro se considere como parte conformante de la cuantía inicial.

Otro tema al cual referirnos es aquel que se presenta cuando la cuantía litigiosa original se ve reducida. Como señala MALDONADO RAMOS, “puede ocurrir que aunque el demandante haya reclamado más de 150.000 euros [en la actualidad 600.000,00

⁸³¹ ATS (Esp), Secc.1, del 29 de diciembre de 2000, rec. N° 3136/2000, FJ . En similar sentido, en el ATS (Esp) 930/2003, Secc. 1, del 28 de enero de 2003, rec. 633/2002, FJ el TS (Esp) sostuvo: “la jurisprudencia de esta Sala viene siendo especialmente rigurosa al interpretar y aplicar dicha regla respecto del acceso a los recursos extraordinarios en función de la cuantía litigiosa, no sólo excluyendo del cómputo los intereses que en la demanda no se especifiquen claramente como vencidos (STS 18-7-97 y AATS 4-3-92, 28-1-93, 24-6-93, 16-9-93, 28-2-95, 15-4-97 y 24-6-97), o no precedidos de una declaración de mora del deudor (STS 11-3-97), sino también -como se ha señalado- los no cuantificados en la propia demanda (STS 26-6-96 y AATS 26-7-90, 4-2-93, 15-4-97, 5-10-99 y 27-6-2000), y, de otro, que, en todo caso, la cuantía de ambas demandas, inicial y reconventional, a tenor de la regla 17ª del citado art. 489 LEC de 1.881, no pueden sumarse sino que han de valorarse por separado (SSTS 22-6-93, 27-5-95, 15-6-95, 22-9-95, 30-7-96, 15-2-97, 11-3-97, 18-7-97, 11-3-98, 23-5-98, 7-4-99 y 6-10-99, entre otras).”

euros], la sentencia de primera instancia conceda una cantidad inferior a esa cifra y el actor se aquiete, recurriendo en apelación únicamente el demandado. En este caso, si la Audiencia provincial confirma la sentencia de primera instancia, el demandado apelante carece de acceso a la casación, porque la reducción del objeto litigioso en la segunda instancia conlleva la correlativa reducción de la cuantía litigiosa, que queda entonces circunscrita a la materia debatida en alzada, con exclusión de aquella que, por una u otra razón, hubiese devenido pacífica.”⁸³² Lo señalado por el autor corresponde a la doctrina del TS (Esp) constante en el Auto 1602/2002, de 1 de octubre, emitido dentro del recurso de queja 800/2002, en cuyo texto pertinente expresa: “La respuesta ha de ser afirmativa porque reclamada en la demanda la suma de 41.648.465 pesetas, la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la parte demandada al abono de 26.109.039 pesetas, sentencia que fue recurrida en apelación únicamente por la parte demandada, dando lugar a la sentencia de fecha 30 de marzo de 2002, la cual estimando parcialmente el recurso interpuesto condenó a la demandada al abono de la cantidad de 23.275.854 pesetas, con la consecuencia de que si bien se produjo una reducción del objeto litigioso como consecuencia de haber condenado la sentencia de primera instancia a la parte demandada al pago de 26.109.039 pesetas, cantidad con la que se aquietó la parte actora, hoy recurrida, al recurrir en apelación únicamente la parte demandada, operando una reducción del objeto litigioso que conlleva la correlativa reducción de la cuantía litigiosa, que queda entonces circunscrita a la materia debatida en la alzada, con exclusión de aquella que, por una u otra razón, hubiese devenido pacífica –Cfr. SSTs 27-2-95, 8-4-95 y 25-2-00, y AATS 16-1-96, 21-10-97, 31-7-2001, 6-11-2001, 28-12-2001 y 12-2-2002, entre otros–.”

El efecto al cual se refiere el Tribunal es claro, pues por una parte el actor, en uso de su derecho a la disposición, puede decidir renunciar a una parte de su pretensión original, y, por otra, la reducción fáctica del *quantum* del litigio nunca podrá perjudicar al demandado, por lo que dicha circunstancia no genera el gravamen imprescindible para la admisibilidad de un recurso. De allí que la admisibilidad del recurso puede verse frustrada en estos casos de reducción de la cuantía original. Ahora bien, caso muy diferente al que hemos analizado ocurre cuando, en primera instancia, la condena es menor a los 600.000,00 euros, pese a que la pretensión del actor es superior a dicha suma y así la mantiene apelando la sentencia. En este caso no se entiende reducida la cuantía –pues la cuantía discutida en la segunda instancia sigue siendo la misma que la discutida en la primera instancia– y queda patente, en consecuencia, la posibilidad de casar la sentencia de segunda instancia, de ser el caso.

⁸³² MALDONADO RAMOS, Jaime, “Recurso de Casación”, cit., pág. 510.

Finalmente, nos referiremos al acceso al recurso de casación y/o de infracción procesal en razón de la cuantía de aquellos casos que poseen cuantía indeterminada. Como su nombre lo indica, aquella cuantía que no es posible de determinar de manera objetiva y exacta, no siendo posible considerarla como superior a los 600.000,00 euros. Tampoco es posible dejar al criterio del juez la valoración de si el interés tutelado en un proceso de cuantía indeterminada supera o no la *summa gravaminis* establecida en la ley, pues ello devendría en una negación del principio de legalidad y reserva de ley. Por tanto y como bien lo ha dictaminado el TS (Esp), a aquellos casos cuya cuantía sea indeterminada y no hubiesen sido tramitados en razón de la materia –que corresponde a la modalidad tercera–, les queda vedada la posibilidad de acceder al recurso de casación y/o de infracción procesal. En este sentido, citamos al Auto 369/2001, de 26 de junio de 2001, emitido dentro del recurso de queja 1557/2001, en el cual se señala: “Así las cosas, resulta innegable, de una parte, que el proceso no presentaba especialidad material alguna que determinase su tramitación por los cauces de un concreto tipo de juicio, sino que, por el contrario, el procedimiento se acomodó a los trámites del de menor cuantía exclusivamente en atención a la cuantía litigiosa, aquí expresamente señalada como indeterminada, como se ha dicho –art. 484-3º LEC 1881–; y, de otra que, siendo así las cosas, la resolución recurrida tiene cerrado el acceso a la casación, pues ni se está ante una sentencia recaída en un proceso tramitado en atención a la materia, ni ante una sentencia dictada en un juicio cuya cuantía supere los veinticinco millones de pesetas, pues, se insiste, se siguió por voluntad de las partes como de cuantía indeterminada.”

iii. Interés casacional

El art. 477.2.3.º LEC dispone el acceso al recurso de aquellos procesos cuya cuantía “no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.”

Se trata de la modalidad “residual” de acceso a los recursos extraordinarios, que se aplica siempre que no estamos en el ámbito de las dos modalidades anteriores. Así, a través de esta vía,⁸³³ acceden al recurso extraordinario las sentencias de segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales en casos en que el procedimiento para la primera instancia se fijó en función de la materia –por ejemplo, arts. 249.1 y

⁸³³ Formalmente, el art. 477.2.3 no regula ninguna “causal” del recurso –las “causales están en el 477.1 -sustantivas- y en el 469.1 –procesales–, sino una condición que ha de cumplir la resolución para tener acceso al recurso extraordinario. Con todo, cabría argumentar que, desde un punto de vista material, el 477.2.3 también está previendo una causal del recurso, a saber: que exista una necesidad de jurisprudencia que interprete de manera uniforme la norma sustantiva violada –art. 477.1–. Nótese que, de acuerdo con la DF 16.1.2.ª, siempre que se accede por la modalidad de “interés casacional” deberá interponerse recurso de casación, lo que equivale a decir que habrá que alegar alguna causal del art. 477.1.

250.1 LEC– o en los casos en que, habiéndose hecho dicha fijación en función de la cuantía, no se superaron los 600.000,00 de cuantía discutida en la segunda instancia; y, así, “la baja cuantía del asunto no opera como impedimento para la admisibilidad del recurso de casación.”⁸³⁴ Por ello, señalábamos en párrafos anteriores que considerar a los recursos de casación e infracción procesal *per se* como unos medios de impugnación elitistas no era del todo correcto.

Como hemos dicho, para que sea posible el acceso al recurso en estos casos, el legislador ha establecido que el asunto deberá poseer “interés casacional”. A criterio de la Primera Sala del TS (Esp), el “interés casacional va encaminado a la fijación de doctrina jurisprudencial”.⁸³⁵ En los recursos fundados en esta tercera modalidad, el interés público por la debida aplicación del Derecho se superpone al interés subjetivo de la parte recurrente, es decir, con esta modalidad “no se trata tanto de tutelar los derechos subjetivos de las partes concretas de un proceso, como de, por su intermedio, contribuir a la unidad del ordenamiento jurídico.”⁸³⁶

Ahora bien, debe advertirse que la “unidad del ordenamiento jurídico” o la “fijación de doctrina jurisprudencial” que se pretende con esta modalidad de recurso está limitada al ordenamiento jurídico *sustantivo*: la lógica del legislador español parece ser que, si el recurso *de casación* español solamente puede basarse en infracciones de Derecho sustantivo, el interés *casacional* también debe referirse solamente al Derecho material; en suma, que los términos “casación” y “casacional” tienen en la LEC una vinculación directa y exclusiva con lo sustantivo. Por tanto, la necesidad de fijar doctrina sobre materias *procesales* no determina, en la LEC española, la existencia de interés casacional de ningún tipo y, por ende, no da acceso ni al recurso de casación ni al recurso extraordinario por infracción procesal. Se explica así que la DF 16.^a.1.2.^a disponga: “Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley.”; y que la DF 16.^a.1.5.^a, párrafo 2.º establezca: “Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3.º del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de

⁸³⁴ Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 30 de diciembre de 2011, pág. 2. Este señalamiento no fue recogido por el Acuerdo de 27 de enero de 2017, sin embargo, la idea de contiene no ha perdido vigencia.

⁸³⁵ Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 8.

⁸³⁶ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 434.

casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.”.

El legislador español ha decidido, acertadamente a nuestro criterio, definir al interés casacional en el art. 477.3 LEC.⁸³⁷ Sobre las ventajas de establecer esta definición, en la Exposición de Motivos de la LEC se señala: “Se establece con razonable objetividad la necesidad del recurso. Esta objetivación del ‘interés casacional’, que aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus abogados, parece preferible al método consistente en atribuir al propio Tribunal casacional la elección de los asuntos merecedores de su atención, como desde algunas instancias se ha propugnado. Entre otras cosas, la objetivación elimina los riesgos de desconfianza y desacuerdo con las decisiones del Tribunal.” Acorde lo hemos anotado, el art. 477.3 LEC determina que el recurso presenta interés casacional cuando: 1) la sentencia sea contradictoria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo [en materia sustantiva]; 2) la sentencia resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales [en materia sustantiva]; o, 3) La sentencia aplique normas [sustantivas] que no lleven más de cinco años en vigor y no exista doctrina jurisprudencial del TS (Esp) relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Respecto del primer caso, hay que puntualizar que la doctrina jurisprudencial en España se integra a través de dos o más sentencias que hayan fallado un punto de Derecho en un mismo sentido –criterio consolidado art. 1.6 CC–.⁸³⁸ En este modo se ha pronunciado el TS (Esp), al disponer que “no cabe invocar, como motivo casacional, la doctrina de una única sentencia, puesto que el concepto de jurisprudencia, se integra al menos por dos sentencias concordes de este Tribunal.”⁸³⁹ En su Acuerdo de 27 de enero de 2017, la Sala Primera del TS (Esp) confirma que “el concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo”.⁸⁴⁰ De allí que al momento de fundamentar la impugnación, la parte ha de citar los dos o más fallos y ha de justificar con claridad el

⁸³⁷ LEC, art. 477.3: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.”

⁸³⁸ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 439.

⁸³⁹ STS (Esp), Secc. 1, 193/1999, del 09 de marzo, rec. 2593/1994, FJ 2.

⁸⁴⁰ Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 10.

cómo la aplicación del Derecho sustantivo que ha llevado a cabo la sentencia recurrida resulta contradictoria con la doctrina consagrada en aquellos fallos. Esta fundamentación, imprescindible en unos recursos rigurosos y en extremo dispositivos como lo son el de casación y el de infracción procesal, únicamente podría aligerarse “cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, [donde] bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión.”⁸⁴¹ Atendiendo estas consideraciones, la Primera Sala del referido TS (Esp) ha establecido que “el recurso no puede ser admitido, entre otros supuestos [entre los que se encuentra, principalmente la falta de acreditación del interés casacional⁸⁴²], si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida;⁸⁴³ si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados.”⁸⁴⁴

Ahora bien, en el Acuerdo de 27 de enero de 2017, la Primera Sala del TS (Esp) realiza un relevante análisis respecto a la posibilidad de que la doctrina sentada a través de la jurisprudencia deba modificarse como resultado de la normal evolución de las necesidades sociales o del pensamiento jurídico. Tal circunstancia ciertamente tendría interés casacional y habría de ser aceptada como fundamento de un recurso. Por ello, la Primera Sala establece la siguiente excepción a los requerimientos regulares de esta modalidad: “Cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende

⁸⁴¹ *Ibidem*.

⁸⁴² Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 14.

⁸⁴³ Al respecto, el TS (Esp) sostuvo: “En este caso, estamos ante una situación equiparable a la pérdida del efecto útil del recurso (SSTS de 9 de marzo de 2010, rec. 456 / 2006, 10 de octubre de 2011, Rec. 1557/2008), pues su admisión indiscriminada basada en el mero cumplimiento de los requisitos formales de acreditación del interés casacional nunca podría llevar a la modificación del fallo; así pues, resulta apreciable la causa de no-admisión concurrente es la prevista en el 483.2.4ª LEC, en relación con el artículo 477.2.3 LEC, de inexistencia de interés casacional de carencia manifiesta de fundamento pues objetivamente contemplada la sentencia recurrida no se contradice con los criterios jurisprudenciales de esa Sala.” ATS (Esp), Secc. 1, del 02 de noviembre de 2016, rec. 1765/2014, FJ 2.

⁸⁴⁴ Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 9.

de su naturaleza. Por ello, el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no considere que su jurisprudencia deba ser modificada.”⁸⁴⁵

El segundo caso de interés casacional nos presenta la necesidad de que el juzgador supremo resuelva, con carácter vinculante, las contradicciones que se hubieren suscitado en la aplicación del Derecho sustantivo por parte de juzgadores inferiores – Audiencias Provinciales–. Las contradicciones no deberán ser aisladas, sino por el contrario, deben constituir “criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales”,⁸⁴⁶ de allí que una causa de inadmisión de un recurso planteado en esta modalidad sea la invocación de “menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una Audiencia, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario.”⁸⁴⁷

Para lograr la admisión del recurso por esta modalidad, la parte ha de cuidar la debida fundamentación, la cual se traduce en “expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada.”⁸⁴⁸

El tercer caso de interés casacional, tiende a satisfacer un vacío de criterios judiciales sobre la aplicación de una nueva norma sustantiva. En este caso, no deben haber mediado más de cinco años entre la fecha de puesta en vigencia de la norma y fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento,⁸⁴⁹ y, además, no debe existir doctrina jurisprudencial del TS (Esp) relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Como lo señala el vigente Acuerdo de la Primera Sala, para justificar la concurrencia de este elemento “se identificará el problema jurídico sobre el que no exista jurisprudencia y que haya sido resuelto o debiera haberlo sido

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, pág. 10.

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

⁸⁴⁸ *Ibidem*.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, pág. 11. Con esta regla, la Sala Primera del Tribunal Supremo parece anunciar un cambio en su interpretación anterior, según la cual el *dies ad quem* del plazo de cinco años previsto en el art. 477.3 LEC no era “la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento” –como ahora dice el Acuerdo de 27 de enero de 2017– sino “la fecha en la que se dictó la Sentencia recurrida” –como decía el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 y recogían las resoluciones del Alto Tribunal; cfr., por ejemplo, ATS, Secc. 1, del 31 de marzo de 2009, rec. 140/2008, FJ 2–.

mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia.”⁸⁵⁰ Bien hace la Primera Sala en determinar como requisito de la fundamentación de esta modalidad, a la identificación del problema jurídico relacionado con la novedosa normativa que adolece de falta de doctrina jurisprudencial. No obstante, curioso resulta que se requiera al recurrente la demostración de la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Demostrar la inexistencia puede resultar en extremo dificultoso –no en vano, suele afirmarse que la prueba de un hecho negativo es una *probatio diabolica*–, por lo que más nos hace sentido que lejos de una obligación del recurrente, tal demostración debería ser una carga del recurrido, como medio para conseguir inadmisión de la impugnación.

Considerando todo lo hasta ahora analizado, confirmamos que el carácter extraordinario de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se encuentra debidamente consagrado por la legislación española. Así, la LEC restringe el recurso a causas legalmente tasadas que respondan a un interés público, además de responder al interés privado. Así mismo se confirma que en el recurso el foco principal de la discusión va a estar sobre los requisitos de acceso al recurso –“modalidades de acceso al recurso”– y sobre la existencia de la(s) causal(es) invocada(s). Lo anterior comporta, así mismo, el que estos recursos en la legislación española no generan *per se* una nueva instancia –otra de las notas características del recurso–. Y, en fin, solo en caso de que el recurso sea admitido, por haberse cumplido con los correspondientes requisitos, los juzgadores supremos podrán entrar a conocer y resolver sobre la(s) causal(es) en que se hubiere fundado.

- **Régimen suspendido del recurso extraordinario por infracción procesal**

Dentro de nuestro análisis sobre cómo el legislador comprendió y previó a los recursos en el sistema oral, consideramos importante el analizar el régimen de resoluciones recurribles a través del recurso extraordinario por infracción procesal que pretendió instaurar la LEC en el año 2000, aun cuando este régimen se encuentre suspendido y tenga plena vigencia para este recurso el perteneciente al de casación por motivos materiales, que acabamos de analizar en el literal inmediato anterior.

Así, el art. 468 de la LEC –cuya vigencia está suspendida; DF 16.^a.2– dispone que el recurso por infracción procesal podría ser interpuesto “contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia”. A diferencia de lo que se previó para el recurso de casación –art. 477.2, que ya hemos analizado–, el legislador español incluyó a los autos como materia del recurso extraordinario por infracción procesal, siempre y cuando tales autos poseyeran la naturaleza de definitivos. No serían impugnables

⁸⁵⁰ Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 10.

a través de este recurso los autos no definitivos, sin perjuicio de la posibilidad de que fueran recurridos en reposición –art. 451.2–. Vale anotar, no obstante, que las causas que motivaron la reposición y que no hubieren sido aceptadas por el juzgador de instancia, podrían servir de fundamento para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal que se interponga en contra de la sentencia o auto definitivo de la segunda instancia.

Respecto al significado de la expresión “que pongan fin a la segunda instancia”, conviene realizar un análisis de manera separada. Primero, el “que pongan fin” no debería ser entendido en sentido estricto, es decir, no se lo habría de entender como un requisito normativo que exigiera el que la resolución a impugnar hubiera decidido el fondo del caso; debería más bien interpretarse en el sentido amplio de que la resolución fuera de carácter definitiva a efectos de la instancia, es decir, que fuera de aquellas que pongan fin al proceso o que imposibiliten su continuación.⁸⁵¹ Segundo, sería necesario que el acto jurisdiccional a impugnar hubiera puesto fin efectivo a la “segunda instancia”, es decir, no bastaría con que la resolución fuera emitida por una Audiencia Provincial, sino que debería haber sido emitida con ocasión de un recurso de apelación presentado en un proceso declarativo. No cabría, consecuentemente, el recurso extraordinario por infracción procesal en contra de sentencias o autos definitivos que dictaran las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación presentados en procesos de ejecución forzosa o respecto de medidas cautelares.⁸⁵²

Quedarían también excluidas de este recurso, en virtud de los contenidos del art. 468 LEC, aquellas sentencias y autos definitivos que pongan fin a la segunda instancia, pero que no hubiesen sido emitidas por las Audiencias Provinciales sino por los Juzgados de Primera Instancia al conocer recursos de apelación interpuestos frente a resoluciones definitivas de Jueces de Paz. Así mismo, por mandato del art. 467 LEC, no podrían ser impugnadas por infracción procesal las sentencias que dictaran de nuevo en segunda instancia las Audiencias Provinciales tras haberse estimado un previo recurso extraordinario por infracción procesal, cuando el motivo de la nueva impugnación fuese el mismo que había sido objeto de la primera.⁸⁵³ Al respecto, en modo alguno debería entenderse que no fuera posible denunciar una infracción cometida al realizar los nuevos actos practicados por el Tribunal de instancia como consecuencia de lo que hubiera ordenado el TSJ (Esp). En efecto, y como señala BONET NAVARRO, “aunque el Tribunal, al realizar el acto que sustituye al anulado, haya incurrido en infracción de la misma norma procesal que dejó de observar en la ocasión

⁸⁵¹ Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, “Del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2012.

⁸⁵² Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Comentario al art. 468”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 806.

⁸⁵³ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, cit., pág. 377.

anterior, la infracción no será la *misma*, sino una nueva: el acto –material y temporalmente– es distinto⁸⁵⁴ y, por tanto, procedería el recurso en contra de este nuevo acto.

Tornando nuestra atención hacia el régimen “transitorio” previsto en la DF 16.^a de la LEC, debemos subrayar lo ya anotado al inicio del literal inmediato anterior, esto es, que ante la incompetencia orgánica de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer y resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, la DF 16.^a LEC entregó –de manera “transitoria”– la competencia de este recurso a la Sala de lo Civil del TS (Esp) en la generalidad de los casos o a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ (Esp) en aquellos casos en que tales juzgadores son competentes para conocer el recurso de casación. Para realizar esta entrega de competencia, el legislador español se sirvió de la naturaleza misma del recurso, esta es, el constituir un verdadero recurso de casación por motivos procesales. Al ser el TS el juzgador nato y orgánico del recurso de casación,⁸⁵⁵ no existió óbice alguno para que, aun con un nombre modificado, el Supremo continuase conociendo y resolviendo la casación fundada en causas formales.

La unificación del órgano que conoce el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal también incidió en las resoluciones que pueden ser impugnadas. Por eso, en la actualidad, y mientras se encuentre en vigencia el régimen “transitorio”, el recurso extraordinario por infracción procesal puede ser interpuesto únicamente en contra de resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 477.2 LEC, es decir, únicamente puede ser interpuesto en contra de sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales.⁸⁵⁶ Al respecto, la Primera Sala del TS (Esp) en su Acuerdo del 27 de enero de 2017 determinó la exclusión del recurso extraordinario por infracción procesal de los autos, las demás resoluciones que no revisten forma de sentencia, las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelvan cuestiones incidentales, así como las que resuelvan nulidades en el trámite.⁸⁵⁷ Queda por fuera, entonces, la posibilidad de recurrir en contra de autos definitivos y, con ello, queda por fuera también el control jurisdiccional de una buena cantidad de casos no resueltos a través de sentencia y que de hecho pudieran adolecer de infracciones de normas procesales.

Adicionalmente y como lo estudiamos en el literal inmediato anterior, las sentencias de segunda instancia emitidas por las Audiencias Provinciales también deberán encontrarse

⁸⁵⁴ BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 178.

⁸⁵⁵ De de conformidad con lo dispuesto por el art. 56.1 de la LOPJ.

⁸⁵⁶ DF 16.^a.1 LEC.

⁸⁵⁷ Cfr. Sala Primera del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 4.

en alguno de los siguientes tres escenarios para poder ser impugnadas en casación y, consecuentemente, por infracción procesal –LEC, art. 477.2–: “1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional [en relación con el Derecho sustantivo aplicable; cfr. DF 16.^a.1, reglas 2.^a y 5.^a].”⁸⁵⁸

Según apreciamos, el régimen “transitorio” implementado por la LEC para superar los conflictos orgánicos existentes respecto a la competencia jurisdiccional, ha trastocado por completo la intención original del legislador respecto al recurso extraordinario por infracción procesal. No sólo que los TSJ (Esp) no han podido asumir el conocimiento y resolución del recurso, sino que, además, se han limitado las resoluciones que podrían ser impugnadas en caso de que adolecieren de los vicios procesales. Recordemos que la LEC, en la regulación general del recurso extraordinario por infracción procesal –capítulo IV, título IV, libro II–, admite su interposición tanto en contra de sentencias como de autos definitivos sin que deba considerarse la cuantía del asunto ni cualquier otra exigencia que puedan entorpecer la revisión de la resolución que ponga fin a la segunda instancia y que contenga defectos procesales. El régimen establecido por la DF 16.^a, en cambio, restringe esta generalidad limitando el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal únicamente a las sentencias de segunda instancia y siempre que logren identificarse con alguno de los tres supuestos del art. 477.2 LEC a los que nos hemos referido en el literal inmediato anterior.

IV.1.2.c. Causales del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC

- **Recurso de casación**

Para el recurso de casación, el legislador ha previsto una única causal para la impugnación, en los siguientes términos: “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” –art. 477.1–. La redacción normativa de la causal podría parecer poco exhaustiva, sobre todo si la comparamos con la ecuatoriana que prevé un catálogo de tres detalladas causales para la casación por motivos materiales; no obstante, el cuidado que el legislador ha tenido en la selección de los términos utilizados habla de una plena suficiencia en la previsión de la causal. Así, se usa el concepto “infracciones” de normas, el cual resulta un genérico respecto del cual podemos identificar las varias conductas lesivas a la debida

⁸⁵⁸ LEC, art. 477.2

observancia de un mandato legal, tales como la falta de aplicación, la errónea interpretación o la interpretación indebida.

Luego, identifica a las normas infringidas con aquellas relativas a la resolución del objeto del proceso. Con esto quedan incluidas todas aquellas normas sustantivas –entendido el término norma como toda fuente de Derecho– pertinentes al asunto litigioso. De esta manera comprobamos que no resulta necesario que el legislador realice un extenso catálogo descriptivo de motivos de impugnación, cuando una fórmula genérica bien concebida puede identificar a los distintos casos de impugnación. Como DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ sostiene: “el motivo es, pues, de máxima amplitud y abarca cualquier infracción del ordenamiento civil y mercantil, cualquier que sea la naturaleza de la vulneración del mismo y cualquiera que sea la fuente del ordenamiento jurídico aplicable.”⁸⁵⁹

Ahora bien, el texto normativo del art. 477.1 que dispone que “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único”, no significa que la parte posea una única oportunidad de impugnación, es decir, un solo posible argumento o línea de ataque. El recurrente podrá realizar cuantas denuncias de cuantas infracciones normativas considere en que ha incurrido la resolución. Al respecto, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ sostiene que, “al amparo de este genérico *motivo único* cabe articular tantos motivos concretos cuantas infracciones se quieran enunciar, siguiendo la habitual técnica casacional de estructurar el escrito en motivos de casación.”⁸⁶⁰ En otras palabras, como ha señalado el TS (Esp) “el que exista un motivo único no debe hacer olvidar que la interposición exige desarrollar cada infracción legal de un modo separado y concreto, como la técnica casacional comporta, explicando con precisión en qué sentido se ha producido la vulneración de la norma, sin apartarse de los hechos probados.”⁸⁶¹

- **Recurso extraordinario por infracción procesal**

Con relación a los motivos en atención de los cuales se puede presentar el recurso extraordinario por infracción procesal, su regulación original se encuentra plenamente vigente, pues ella no está involucrada en las suspensiones de la DF 16^a. Así, el art. 469.1 LEC prevé cuatro causales en las que se puede fundar el recurso, a saber: “1. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional; 2. Infracción de las normas

⁸⁵⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 284.

⁸⁶⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Art. 477”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 827-828.

⁸⁶¹ ATS (ESP), Secc. 1, del 02 de marzo de 2010, rec. 2162/2008, FJ 4; ATS (Esp), Secc. 1, del 20 de marzo de 2007, rec. 1944/2003, FJ 4; entre otras.

procesales reguladoras de la sentencia; 3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; y 4. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.” Conviene realizar algunos comentarios respecto a cada una de estas causales.⁸⁶²

i. Causal primera: Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional

Son denunciables a través de esta causal los vicios relativos a la jurisdicción, bien por el conocimiento indebido de la causa o bien por la inhibición del conocimiento de la causa, así mismo indebida. Recordemos, como sostiene CORDÓN MORENO, que “la jurisdicción es un presupuesto o requisito procesal que afecta siempre al orden público”⁸⁶³ por lo que su control de hecho puede realizarse en cualquier instancia del proceso y, ciertamente, a través del recurso de nuestro análisis, aún incluso de manera oficiosa por parte del juzgador (art. 240.2, párrafo 2.º LOPJ y art. 227.2, párrafo 2.º LEC). En este caso podríamos enfrentarnos, por ejemplo, a casos en los cuales los juzgadores conocieron cuestiones reservadas a la Administración Central; cuando los juzgadores civiles conocen de cuestiones reservadas a órganos judiciales integrados en diferente orden de la jurisdicción –penal, social, o administrativo– o a jurisdicciones

⁸⁶² Como se ha reiterado a lo largo de este capítulo, la interposición de un recurso extraordinario demanda una atención especial a la fundamentación que se le pretenda dar. Así lo ha entendido la jurisprudencia española en el caso del recurso ordinario por infracción procesal, que dada su naturaleza extraordinaria obliga a los recurrentes a ser muy precisos en su escrito de interposición. Por citar un ejemplo de lo expuesto, tomamos la STS (Esp), Secc. 1, 150/2012, del 28 de marzo, rec. 349/2009, FJ 2 emitida por el TS (Esp), donde menciona: “No se agotan en lo anterior, sin embargo, los defectos del recurso, pues mayor importancia tiene todavía su absoluta falta de precisión en cuanto al amparo legal de cada motivo en el ordinal 2º o en el 3º del art. 469.1 LEC y en cuanto a la norma procesal que en cada motivo se considera infringida. Esto supone un patente incumplimiento del art. 469 LEC tipificado como causa de inadmisión en su art. 473.2-1º, pues es carga del recurrente identificar con precisión tanto el cauce legal de cada motivo como la norma procesal que se considere infringida y no tarea de esta Sala encuadrar cada motivo en uno de los dos ordinales del art. 469.1 LEC citados de forma general ni intuir o adivinar cuál de los cuatro artículos de la misma ley, tres de ellos además con varias normas contenidas en sus distintos apartados, se consideran infringidos en cada motivo (así, p.ej., ATS 1-2-11 en rec. 663/10). Por último, la falta de precisión se acrecienta, de un lado, por la incompatibilidad del art. 217 LEC , que contiene las reglas sobre carga de la prueba, con el art. 326 de la misma ley , sobre la fuerza probatoria de los documentos privados, ya que la carga de la prueba tiene que ver con las consecuencias de la falta de prueba y no con la valoración de la prueba practicada; y de otro, por la mezcla, en los motivos segundo y sexto, de la falta de motivación y congruencia con el error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba, infracciones de naturaleza muy diferente. En suma, la parte recurrente no ha cumplido el requisito básico o primigenio de todo recurso extraordinario por infracción procesal, que es la identificación clara y precisa de la norma que en cada motivo se considere infringida, y esta Sala no puede suplir de oficio tal defecto sin quebrantar la naturaleza extraordinaria del recurso por infracción procesal y sin generar un grave riesgo de indefensión para las partes recurridas.”

⁸⁶³ Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, “Del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2015.

especiales –militar–; cuando los juzgadores civiles conocen de asuntos sometidos, por voluntad de las partes, a la decisión de un árbitro; o cuando los juzgadores domésticos conocen asuntos de jurisdicción internacional.⁸⁶⁴

Así mismo son denunciables a través de esta causal los vicios relativos a la competencia, tanto la *objetiva* –se refiere al “determinado ámbito de válido ejercicio de la jurisdicción por razón del objeto, que, para cada clase de Tribunales, se establece, teniendo en cuenta distintos factores [la materia o la cuantía] y con referencia a la sustanciación y decisión de casos en primera instancia y excepcionalmente en única instancia.”⁸⁶⁵– como la *funcional* –esta competencia “es otorgada por la ley, a partir de la competencia objetiva para la primera (o única) instancia, para conocer de incidencias, recursos, así como de medidas cautelares y de la ejecución de las sentencias”–⁸⁶⁶. Si bien la norma no establece que sean recurribles infracciones de la competencia territorial, en general la doctrina defiende la posibilidad de recurrir extraordinariamente en infracción procesal en aquellos casos en que los juzgadores actúen sin poseer competencia respecto a la circunscripción en la que correspondía ser dilucidada una causa cuando las normas de competencia inobservadas sean imperativas pues así lo prevé el art. 67.2 LEC.^{867, 868}

ii. Causal segunda: Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia

⁸⁶⁴ Cfr. MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “Notas breves sobre los motivos que dan acceso al recurso extraordinario por infracción procesal introducido por ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, año 1998-1999, Vol. VIII, 2000, pág. 360. En: http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6337/Notas_Mart%C3%ADn_AFDUA_1998_1999.pdf?sequence=1, página web consultada el 27 de agosto de 2016; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 351.

⁸⁶⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 385.

⁸⁶⁶ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 390.

⁸⁶⁷ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 289; MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José, *Tratado del Juicio Verbal*, cit., pág. 1450; CORDÓN MORENO, Faustino, “Del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2017. ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 353; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, cit., pág. 376; BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 180; MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “Notas breves sobre los motivos que dan acceso al recurso extraordinario por infracción procesal introducido por ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, cit., pág. 361.

⁸⁶⁸ En nuestra investigación únicamente hemos encontrado a un autor que niega la posibilidad de recurrir en infracción procesal motivando la impugnación en un vicio de competencia en razón del territorio, en virtud de no encontrarse tal posibilidad prevista expresamente por el art. 469.1 LEC. Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 351.

Han de considerarse como normas procesales de la sentencia, cuya vulneración habilita la impugnación vía recurso extraordinario por infracción procesal, a las siguientes: la que fija las “reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias” –art. 209 LEC–, la que establece el deber de claridad, precisión, exhaustividad y congruencia de las sentencias –art. 218.1 LEC–; la que regula el deber de motivación de la sentencia –art. 218.2 LEC–; las que regulan la votación y fallo de los asuntos –art. 194 y ss. LEC–; las que regulan la forma y contenido de la sentencia, así como su invariabilidad –art. 216 y 222.1 LEC–; las que regulan en qué casos cabe pronunciar condenas con reserva de liquidación y condenas de futuro –art. 219 y 220 LEC–; las que regulan el posible contenido de las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios –art. 221 LEC–; las que regulan la existencia, el ámbito y los límites de la cosa juzgada material –art. 222 LEC–; las que regulan la carga de la prueba –art. 217 LEC–;⁸⁶⁹ la que regula el principio de justicia rogada –art. 216 LEC–.⁸⁷⁰ Concordante con las disposiciones de la LEC que hemos citado, la LOPJ regula la sentencia ordenando que deberán formularse expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo, documento que deberá estar firmado por el juzgador –art. 248 LOPJ–.⁸⁷¹

- iii. Causal tercera: Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

Como bien señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, esta causal constituye un motivo genérico que actúa como causal residual o cláusula de cierre, en virtud de que en ella se puede entender comprendido cualquier vicio procesal relevante a ser impugnado.⁸⁷² Debemos considerar que este motivo posee dos diferentes supuestos que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia: la infracción determinante de nulidad conforme a la ley y la posibilidad de producir indefensión. En cuanto al primer supuesto, se trata

⁸⁶⁹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José, *Tratado del Juicio Verbal*, cit., pág. 1451-1459; OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 289-290.

⁸⁷⁰ Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 764.

⁸⁷¹ Sobre esta causal del art. 469.1.2 LEC, la Sala Primera del TS (Esp), en su *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, de 27 de enero de 2017, pág. 2, afirma: “ (...) únicamente podrá fundarse este motivo de recurso en la infracción de los arts. 209 y 214 a 222 LEC. Cuando se alegue infracción del art. 217 LEC, será imprescindible que la sentencia recurrida haya aplicado las normas de atribución de la carga de la prueba previstas en dicho precepto.”

⁸⁷² Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 290-291.

de un mandato de remisión a todas aquellas normas que establecen algún tipo de invalidez de los actos procesales –cfr. LEC, arts. 225 y siguientes–. Ha de tenerse en cuenta que la mera infracción de normas que rigen los actos y las garantías del proceso no constituye, sin más, motivo del recurso; resulta necesario que dicha infracción se encuentre calificada por la ley como productora de nulidad para habilitar la impugnación a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

Recordaremos que en materia de nulidades identificamos a las de pleno Derecho, “cuya producción implica sin más su posible apreciación, aunque requiriendo en determinados casos la concurrencia de indefensión efectiva”; y las anulabilidades, “que precisan para su apreciación el que con ellos se impida la consecución del fin para el cual se ha previsto ese acto o, en su defecto, que comporte una real indefensión”.⁸⁷³ De hecho, la verificación de un motivo de nulidad legalmente tasado, no comporta por sí mismo un gravamen, pues deben necesariamente confluír los elementos de no convalidación, y protección de derechos para que la nulidad se configure efectivamente en un agravio impugnable –ver epígrafe II.8–.

Respecto al segundo supuesto –que la infracción de las normas procesales “hubiere podido producir indefensión”–, es conveniente referirnos de inicio al concepto determinante de la causal. Siguiendo a MARTÍN BRAÑAS, diremos que la esencia del sistema público de resolución de los conflictos de particulares, está basado en la posición de equilibrio de las partes –contradicción e igualdad, entendidos como principios jurídico naturales–. La indefensión conlleva la ruptura de ese equilibrio, sin importar la forma en que se produzca, siempre que una de las partes vea reducidas con respecto a la otra sus posibilidades de ataque y defensa. Se debe aclarar que no solo se produce indefensión cuando las posibilidades de defensa quedan eliminadas de forma absoluta, sino que será suficiente para entender su producción, cuando resulten simplemente disminuidas cualitativa o cuantitativamente.⁸⁷⁴ Así como existen supuestos condicionantes a la mera especificación legal de la nulidad para que se constituya en gravamen, el citado autor también identifica los condicionantes para que la indefensión devenga en un legítimo argumento de impugnación, los cuales poseen una naturaleza muy similar a los pertenecientes a la nulidad, por evidentes razones; así: la necesaria existencia de una infracción previa de norma procesal; exigencia de perjuicio para la parte que alega la indefensión; que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la alega; que la situación de indefensión alegada sea presente, y nunca futura o hipotética; que la indefensión sólo puede ser alegada por la parte afectada; que no exista la posibilidad de subsanar la falta productora de

⁸⁷³ Cfr. MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “Notas breves sobre los motivos que dan acceso al recurso extraordinario por infracción procesal introducido por ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, cit., págs. 370-371.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, págs. 372-373.

indefensión; y, finalmente, la necesidad de haber intentado otras acciones de manera previa.

Ahora bien, es importante señalar que el art. 469.1.3 LEC, no prevé como requisito que la infracción a la norma procesal haya producido indefensión, sino que hubiere podido producir indefensión. No se trata, entonces, de alcanzar un juicio de certeza sobre la privación o restricción de medios de defensa derivados de la infracción procesal –no imputable al justiciable–, sino de un juicio hipotético *a posteriori*, de un juicio de probabilidad de la existencia del perjuicio.⁸⁷⁵ Es decir, “el prescindir de las reglas esenciales de procedimiento es motivo de nulidad cuando existe *riesgo* de indefensión, sin que sea exigible, por tanto, que la indefensión se haya producido de manera *efectiva*. Ocurre entonces que, para determinar si hay o no nulidad, el juzgador debe hacer un juicio hipotético, a saber: si el prescindir de la norma esencial podría producir indefensión. Si la respuesta fuera afirmativa habría nulidad; si fuera negativa, no”.⁸⁷⁶ Es claro que la norma amplía el objeto de impugnación y no lo reduce únicamente a aquellas violaciones procesales que efectivamente hubieren producido indefensión en una parte procesal, todo esto dentro de un efectivo sistema de tutela de derechos procesales.

Como tema final dentro de nuestro análisis de esta causal, conviene dilucidar si los dos supuestos de la misma han de ser considerados como confluyentes o si se los puede argumentar de manera separada. Para ASENCIO MELLADO, “se requiere que dicho defecto sea determinante o produzca nulidad y que, además, genere indefensión”;⁸⁷⁷ evidentemente este autor entiende que los dos supuestos han de verificarse conjuntamente para estar en capacidad de impugnar la infracción de normas

⁸⁷⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Comentario al art. 469”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 811.

⁸⁷⁶ VALLINES GARCÍA, Enrique, *La Preclusión en el Proceso Civil*, cit., pág. 392 (nota 654). Con todo, añade el mismo autor: “Las dudas surgen en este punto, porque (...) la existencia de indefensión efectiva depende de que se haya contestado afirmativamente a otro juicio hipotético distinto –que llamábamos «juicio de incidencia»–, a saber: si una limitación en los medios de defensa no imputable al justiciable puede tener «influencia en el fallo». Así las cosas, la literalidad del artículo 238.3.º de la LOPJ aboca al juzgador a realizar un esfuerzo intelectual algo complejo, pues tendría que hacer un juicio hipotético sobre otro juicio hipotético, es decir, debería plantearse si hubiera podido producirse una privación de medios de defensa no imputable al justiciable que hubiera podido tener influencia en el fallo. Sin embargo, bien mirada, la labor intelectual del juez no ha de ser tan difícil. Desde una perspectiva teleológica, cabe entender que el hecho de que el art. 238.3.º de la LOPJ haya supeditado la existencia de un motivo de nulidad a que «haya podido producirse indefensión» tiene como finalidad establecer que se da dicho motivo cuando se ha prescindido de una «norma esencial del procedimiento» y se ha dado *alguno* –no todos necesariamente– de los elementos que integran el concepto de indefensión. Con ello, el legislador estaría señalando, muy especialmente, que no es relevante que haya «influencia en el fallo» para apreciar nulidad absoluta por este motivo, resaltando así la trascendencia que *per se* tendría la infracción de normas procedimentales esenciales en el curso del proceso jurisdiccional.”

⁸⁷⁷ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 353.

procesales. Sin embargo, no se debe olvidar “que pueden existir vicios que afecten a la esencia de los actos procesales y que son determinantes de su nulidad sin necesidad de que se produzca, además, indefensión para alguna de las partes... [ha de destacarse, además,] que no toda norma procesal tiene la finalidad de garantizar la defensa, por lo que exigir en todo caso aquel requisito de la indefensión dificulta injustificadamente el acceso a la infracción procesal de ciertas nulidades procesales.”⁸⁷⁸ Esta posición, defendida por MONTERO AROCA, no solo que descansa en la realidad de los institutos jurídicos a los que se refiere la materia de nulidades, sino que además se compadece con la redacción misma de la norma, la cual utiliza la conjunción disyuntiva “o” y no la copulativa “y” al referirse a los dos supuestos. Por tanto, bien se puede perseguir la nulidad de un acto procesal que no contenga todos los requisitos de su validez, aun cuando este no haya dejado en indefensión a las partes.

iv. Causal cuarta: Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución

Los derechos procesales reconocidos por el art. 24 de la Constitución española se refieren al derecho a la tutela judicial efectiva, en el que se incluye el derecho a acceder a la justicia, a la realización del proceso, a que se dicte sentencia motivada, a los recursos previstos en la ley y a la ejecución; el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley; el derecho a un proceso público; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; el derecho a un proceso con todas las garantías; el derecho a la utilización de medios de prueba pertinentes para la defensa; y el derecho que garantiza la interdicción de la indefensión.

Es claro que únicamente estos derechos constitucionales que son aplicables a la materia civil pueden comportar motivos para recurrir extraordinariamente en infracción procesal, pues existen en el citado art. 24 ciertos derechos que son aplicables en exclusiva al proceso penal (derecho a ser informado de la acusación, derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable y derecho a la presunción de inocencia) y que, por tanto, resultan ajenos al civil. Luego, se debe considerar que muchas infracciones que pueden ser denunciadas a través de esta causal, lo pueden también ser a través de otras, siendo una u otra argumentación válida en virtud del principio *pro actione*. En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ sostiene: “Debe tenerse en cuenta que en no pocos casos la vulneración de alguno de los derechos fundamentales garantizados en el art. 24 CE derivará de una infracción legal que también sería denunciable al amparo de algún otro de los motivos del art. 469.1 LEC. Por ejemplo, las vulneraciones del derecho fundamental a no padecer indefensión también serán incardinables por definición en el motivo tercero del art. 469.1 LEC.

⁸⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José, *Tratado del Juicio Verbal*, cit., pág. 1460.

Debería rehuirse cualquier formalismo a este respecto y, por tanto, debería considerarse irrelevante que el recurso esté fundado en un motivo u otro.⁸⁷⁹

En este punto, y para finalizar, debe considerarse que la violación de derechos constitucionales de naturaleza material no puede denunciarse a través de este recurso, sino a través del de casación.⁸⁸⁰

IV.1.2.d. Procedimiento del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal en la LEC

- **Régimen unificado vigente: recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal**

Como punto de partida para analizar el procedimiento del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal, conviene hacer dos precisiones previas. En primer lugar, la DF 16.^a, impone a los litigantes que deseen interponer el recurso por infracción procesal, la observancia de las reglas de admisibilidad del recurso de casación. De hecho, y en contra de lo que dispone el suspenso artículo 466.2 LEC, mientras se encuentren en vigencia los mandatos de la DF 16.^a de la LEC, una misma parte procesal puede interponer en contra de una misma resolución el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación conjuntamente en un mismo escrito, para que se tramiten también en un mismo procedimiento y se resuelvan en una misma sentencia. Así, en el evento de que se haya recurrido por infracción procesal y por casación a una misma resolución, hubieren o no sido presentados tales recursos por una misma parte procesal, la tramitación de ellos se acumulará –“se tramitarán ambos [recursos] en un mismo procedimiento”, dice la DF 16.^a.1.4.^a–. En todos los casos el Tribunal analizará, de inicio, si la resolución impugnada es susceptible de recurso de casación. Si no lo fuese, no se admitirán los recursos interpuestos; en el caso de que sí lo fuese, se admitirán los recursos a trámite. Se resolverá en primer lugar el extraordinario por infracción procesal y, sólo si éste es desestimado, se examinará y resolverá el recurso de casación; en todo caso, “la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.”⁸⁸¹

⁸⁷⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 291.

⁸⁸⁰ Cfr. BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 186-187.

⁸⁸¹ Hace mucho sentido este mandato del número 6 de la DF 16.^a, pues los juzgadores deben analizar primeramente las denuncias que sobre la validez de la resolución recurrida hayan sido formuladas; de nada sirve analizar el fondo de una sentencia si ella misma resulta inválida.

En segundo lugar, esta interposición conjunta del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser forzosa si la resolución impugnada tiene acceso al recurso extraordinario por poseer interés casacional, de conformidad con lo dispuesto por el número 3 del apartado segundo del artículo 477 LEC; o, dicho de otro modo, no cabe interponer un recurso por infracción procesal autónomo –sin simultánea casación– al amparo de la “modalidad” de interés casacional, pues, como apuntábamos en el epígrafe IV.1.2.b, en la LEC, el interés casacional viene a identificarse con la necesidad de fijar doctrina jurisprudencial sobre la interpretación y aplicación de las normas sustantivas –pero no de las procesales–. No obstante, si la resolución impugnada por infracción procesal es de aquellas susceptibles de casación en virtud de lo previsto por números 1 y 2 del apartado segundo del citado artículo 477 LEC,⁸⁸² la interposición del recurso por infracción procesal puede ser autónoma, sin importar si se endereza o no el recurso de casación.⁸⁸³ De esta forma, y siguiendo a BONET NAVARRO, decimos que “se alzan como causas de inadmisión del recurso algunas que son consecuencia de haber unido la suerte de este recurso extraordinario por infracción procesal a la del recurso de casación.”⁸⁸⁴

Sentado lo anterior, pasamos a exponer el trámite del recurso –o de los recursos, si es que se interponen conjuntamente el de casación y el de infracción procesal–. Dicho trámite inicia con la interposición escrita que del mismo realice la parte, dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia –arts. 470.1 y 479.1–. El escrito formal, como sabemos, ha de evidenciar el cumplimiento riguroso de los requisitos que establece la LEC, a saber: 1) se expresará el supuesto de los previstos por el artículo 477.2, conforme al que se pretende recurrir la sentencia, en este sentido, se acompañará la certificación de la sentencia impugnada, así como las sentencias de las que se desprendan

⁸⁸² “1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. 2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.”

⁸⁸³ Como no podía ser de otra forma, estas disposiciones legales han sido expresamente confirmadas por la Sala Primera del TS (Esp) a través de su *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, de 27 de enero de 2017, donde se dispuso que “El cuerpo del escrito deberá estructurarse en dos partes perfectamente diferenciadas. En la primera, la parte recurrente deberá precisar la norma que le habilita para interponer el respectivo recurso: (i) si se trata de un recurso de casación, se identificará de forma precisa el supuesto, de los tres previstos en el art. 477.2 LEC, que permita el acceso a dicho recurso (art. 481.1 LEC); (ii) si se trata de un recurso extraordinario por infracción procesal autónomo –sin recurso de casación conjunto–, se expresará la modalidad que lo permita (proceso seguido para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales o tramitado por razón de la cuantía, si ésta excede de 600.000 €); (iii) si se trata de un recurso por infracción procesal interpuesto conjuntamente con recurso de casación por interés casacional y subordinada su admisión a la de este último (DF 16ª LEC), se ha de indicar así de forma expresa.”

⁸⁸⁴ BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 197.

las contradicciones en el criterio de juzgamiento –interés casacional–, o se manifestará “razonadamente” los extremos referidos a la inexistencia de doctrina jurisprudencia y al tiempo de la vigencia de la norma infringida, cuando pretenda acceder al recurso a través de esta modalidad; 2) se expondrá la fundamentación respecto de las infracciones de normas que se aleguen como causales del recurso, lo cual se articulará en motivos numerados correlativamente, de manera que “cada una de las infracciones debe ser formulada en un motivo distinto”;⁸⁸⁵ y, 3) en el caso de interponerse recurso extraordinario por infracción procesal, se habrá de acreditar que las infracciones procesales alegadas se denunciaron en la instancia en que se produjeron, que se dicha denuncia se reprodujo, en su caso, en la segunda instancia y que, además, “si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable”, se pidió la subsanación en la instancia o instancias oportunas. –art. 469.2–.

La necesidad de una oportuna denuncia del vicio procesal que demanda el art. 470.2,⁸⁸⁶ constituye, como lo señala MONTERO AROCA, “una concreta aplicación del régimen establecido con carácter general en la LEC para el control de las infracciones procesales, que se confía, en principio, a las partes, debiendo denunciarse por éstas tan pronto como se produzcan, bien mediante la formulación de una protesta en los actos orales, bien en la tramitación escrita, mediante la interposición del recurso que fuere procedente contra la resolución en la que se cometa o en la que se consienta la infracción.”⁸⁸⁷ Con la denuncia oportuna del vicio procesal se trata de conseguir que se verifiquen los mandatos del principio de convalidación, en virtud del cual, las nulidades procesales pueden ser subsanadas por el consentimiento expreso o tácito de la parte perjudicada por el acto viciado, si no es solicitada su anulación oportuna o debidamente.⁸⁸⁸ En efecto, “el litigante tiene la carga de utilizar y hasta agotar las posibilidades de denuncia y, en su caso, subsanación de las infracciones procesales. En caso contrario, las consiente.”⁸⁸⁹ Este tipo de convalidación tiene directa relación con el principio de preclusión que, según conocemos, determina la pérdida de un poder procesal cuando éste no es ejercido de manera oportuna. En el caso concreto, de no denunciarse la infracción procesal en su debido momento, es decir cuando esta se produce o cuando la parte llega a tener conocimiento de ello, se ocasiona la pérdida del derecho a dicha

⁸⁸⁵ Primera Sala del TS (Esp), *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 5.

⁸⁸⁶ Como señalamos con anterioridad, este requisito es expresamente confirmado por la Primera Sala del TS (Esp) al establecer como uno de los requisitos del encabezado del recurso, la descripción del “ intento de subsanación de la infracción en la instancia o instancias correspondientes, cuando haya sido posible, y el resultado de dicho intento.” (*Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, 27 de enero de 2017, pág. 6).

⁸⁸⁷ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 1451.

⁸⁸⁸ Cfr. MAURINO, Alberto Luis, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 63.

⁸⁸⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 812.

denuncia y la consecuente convalidación del yerro procesal. Esta regulación, al tratarse de un régimen común para las nulidades procesales se mantiene vigente.^{890, 891}

En el escrito de interposición del recurso también se podrá solicitar la celebración de una vista y, respecto del recurso por infracción procesal que se interponga –no del de casación–, “también se podrá solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida” –arts. 471 y 481–. Constituye una gran novedad la posibilidad de actuar prueba dentro de la concepción clásica del recurso de casación por motivos procesales. El objeto de la prueba en este recurso ha de ser restrictivo y su admisión rigurosamente excepcional, pues en la inmensa mayoría de los casos bastará con el examen de las actuaciones. En todo caso, la prueba que se solicite y mucho más la que se ordene, únicamente deberá encaminarse a demostrar la existencia del vicio procesal, así como su oportuna denuncia y los perjuicios objetivos por él ocasionados.⁸⁹² En cuanto a los medios de prueba que el recurrente pueda solicitar, no existe

⁸⁹⁰ Respecto a lo señalado el TC (Esp) sostuvo que la falta de denuncia de un vicio, o falta de precisión en su detalle constituye causal de inadmisión pues se trata de un recurso riguroso que demanda que los recurrentes hayan accionado en el momento debido la infracción que se alega, pues de otra manera se estaría convalidando sus efectos. Así, en la STC (Esp) 242/2015, de 30 de noviembre, FJ 5 el Tribunal expresó: “Esta falta de denuncia de la vulneración también constituye una causa de inadmisión del recurso de casación pues, como ya hemos indicado, no cabe el planteamiento en esta instancia de “cuestiones nuevas” no tratadas con anterioridad. Causa de inadmisión que se une a la ya señalada en sendos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid y del Tribunal Supremo, al haberse utilizado el cauce previsto en el art. 477.2.1 LEC, en vez del recogido en el art. 477.2.3 LEC, como habría sido procedente y cuyo defecto de interposición la demanda de amparo no cuestiona, prescindiendo de dar argumentos que permitan justificar la procedencia de su recurso, por lo que, además de la falta de invocación del derecho, debemos aplicar la doctrina fijada en el Auto 198/2010, de 21 de diciembre, FJ 2, al haber utilizado un cauce erróneo de casación.”

⁸⁹¹ Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y esto resulta muy interesante, la no alegación y acreditación en el escrito de recurso de haber realizado la denuncia oportuna del vicio que motiva la impugnación extraordinaria deviene en un requisito subsanable, es decir, que podría ser cumplido por el recurrente *a posteriori*, acaso dentro del plazo de diez días que el Tribunal otorga cuando encuentra un óbice para la admisibilidad del recurso. A fin de que no exista confusión con los términos, conviene aclarar que lo único que sería subsanable para el citado autor, es la no alegación o acreditación en el escrito de recurso de la denuncia oportunamente realizada respecto del vicio procesal, mas no en sí la falta de la denuncia oportuna en las instancias respectivas. Ahora bien, el mismo DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ reconoce que “la exigencia de *técnica casacional* trata y sanciona como insubsanables defectos que, por su naturaleza, son subsanables” (Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 293). En el sentido de esta reflexión se pronuncia BONET NAVARRO, quien sostiene que no es posible permitir que las alegaciones que el Tribunal deja realizar a las partes con motivo del examen de admisión, se conviertan en una ampliación de la fundamentación inicial del recurso, pues ello pugnaría con la regulación legal de los recursos cuyos motivos han de exponerse por entero en el escrito de interposición (BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 198). De allí que quede confirmada nuestra posición respecto al puntilloso cumplimiento de los requisitos materiales y formales del recurso extraordinario por infracción procesal, considerando su esencia casacional, al momento mismo de interponerlo.

⁸⁹² En relación a lo señalado, debemos insistir en que la posibilidad de actuar prueba en este recurso, no tiende a una nueva valoración del material probatorio tendiente a justificar una u otra posición litigiosa. Sobre este último punto, el TS (Esp) en el ATS, Secc. 1, del 16 de noviembre de 2016, rec. 1483/2013, FJ 3, se expresó en los siguientes términos: “...así pues, la invocación de este principio no ampara una revisión de la valoración de la prueba, ya que el recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia. Es

limitación legal alguna al respecto. Sí existe, empero, la disposición normativa que ordena que la prueba deba poseer el carácter de “imprescindible” para la demostración del yerro formal denunciado. Como sostiene MONTERO AROCA, esta exigencia legal se añade a los requisitos de utilidad y pertinencia comunes para la prueba en cualquier proceso,⁸⁹³ tratando de dar coherencia, en nuestro criterio, a la fase probatoria de este recurso con el carácter formalista y limitado de las impugnaciones extraordinarias.

Conviene señalar que opiniones como las de GIMENO SENDRA han calificado como “desafortunada” a la posibilidad de actuar pruebas en el recurso, justamente por la naturaleza casacional del mismo.⁸⁹⁴ Ciertamente el recurso de casación no ha sido concebido como una instancia, en la cual los juzgadores puedan pronunciarse sobre el fondo del asunto litigioso y para ello, puedan valorar las pruebas que las partes hubiesen aportado al proceso. La casación constituye básicamente un recurso dirigido en contra de la sentencia, a través de la cual se denuncian yerros en el juzgamiento, los mismos que pueden ser tanto materiales como formales. Es así que en la casación existe una suerte de modificación de los *petita* originales de la causa; ya no se solicita directamente que se acepte la pretensión de la demanda o la excepción de la contestación; se solicita que se corrija un vicio en la sentencia, una falta de aplicación, errónea interpretación o indebida aplicación de una norma objetiva. De allí que no sea congruente con la naturaleza de la casación el que se vuelvan a valorar o se produzcan nuevas pruebas sobre el asunto litigioso de origen. No obstante, esta circunstancia es distinta a lo que la LEC ha regulado respecto a la prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal. En efecto, el legislador español ha sido cuidadoso en establecer con claridad la temática de la prueba en el recurso extraordinario. Así, y como ya hemos anticipado, el artículo 471 prevé que “se podrá solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida”. En consecuencia, la prueba que puede actuarse en el recurso por infracción procesal no ha de referirse al litigio resuelto por la sentencia impugnada, debe exclusivamente referirse a la infracción procesal denunciada y debe guardar la característica de “imprescindible” para que

cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4.º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero). Pero, como también recordábamos en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre, la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida, pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial.”

⁸⁹³ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 548.

⁸⁹⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), ASENCIO MELLADO, José María, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas, ORTELLS RAMOS, Manuel y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Proceso Civil Práctico*, cit., pág. 264.

pueda ser considerada, como hemos anotado. No atenta, por tanto, la posibilidad de actuar pruebas en el recurso extraordinario por infracción procesal a su naturaleza jurídica, dada la forma en que tal posibilidad se encuentra prevista en la LEC.

Regresando al trámite del recurso, el escrito de interposición se presentará ante el órgano jurisdiccional de segunda instancia, cuyo Letrado de la AJ tendrá por interpuesto el recurso de habérselo realizado con cumplimiento de los requisitos exigibles. De no, pondrá el particular en conocimiento del Tribunal para que resuelva sobre la admisión del recurso. El Tribunal de segunda instancia decidirá sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, no cabiendo recurso alguno de la decisión favorable; de la desfavorable, en cambio, cabe el recurso de queja –arts. 470.2 y 479.2–. Admitido a trámite el recurso, corresponde al Letrado de la AJ del Tribunal inferior la remisión de los autos originales al Tribunal de casación, con emplazamiento a las partes por el término de treinta días. De no verificarse la personación del recurrente dentro del término señalado ante el juzgador *ad quem*, la LEC dispone que “el secretario judicial [hoy, Letrado de la AJ] declarará desierto el recurso y quedará firme la resolución recurrida” –arts. 472 y 482–. Respecto de la consecuencia que la ley ha dispuesto para la falta de personación, ORTELLS RAMOS expresa su disconformidad en el siguiente sentido: “Es problemática la consecuencia de la falta de personación del recurrente. A mi juicio no puede ser la de deserción del recurso, porque no puede sostenerse que hay un desistimiento tácito cuando el recurso ya ha sido dotado de objeto y fundamentado por el recurrente.”⁸⁹⁵ Según hemos analizado en el epígrafe III.5.4, cuando tratamos el emplazamiento de personación en el recurso de apelación, nosotros consideramos a esta actividad procesal como necesaria en virtud de la escisión procedimental –modificación de la sede–. Ahora bien, que aquella necesidad justifique un efecto como la deserción del recurso en el evento de no ser satisfecha parecería excesiva. Hemos citado una opinión doctrinal en este sentido, pero también se podría argumentar que las características de la impugnación extraordinaria exigen del recurrente un especial cuidado en el litigio, criterio por el cual se ha decantado la LEC.

Por lo que se refiere al recurrido, en su escrito de personación ante el Tribunal *ad quem*, podrá hacer las alegaciones que considere oportunas en orden a la inadmisión a trámite del recurso planteado (art. 479.2, párrafo 3.º LEC); alegaciones que podrán ser tenidas en cuenta más adelante por el Tribunal *ad quem* en el marco del posterior trámite de admisión. Arribados los autos al Tribunal de casación, éste verificará su competencia para conocer el recurso. De no ser competente, remitirá el expediente al órgano judicial que a su criterio resulte competente, con el respectivo emplazamiento a las partes –art. 484.1 y DF 16.ª.1, regla 1.ª–. Si el Tribunal resuelve ser competente para el conocimiento y resolución del caso, ha de proceder con un control de la admisibilidad del recurso, adicional al ya realizado por el Tribunal *a quo*. Así, el Tribunal superior evaluará tanto aspectos formales como materiales

⁸⁹⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, pág. 552.

del recurso planteado –o de los recursos planteados, si conjuntamente se presentaron los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal– y declarará la inadmisibilidad del recurso: si la resolución no es recurrible conforme al art. 477.2; si el recurso adolece de un defecto no subsanable; si el escrito de interposición del recurso no cumple con los requisitos establecidos; o, en fin, si el recurso carece manifiestamente de fundamento o se hubiesen resuelto ya en el fondo otros recursos sustancialmente iguales –art. 473.1 y 2 y art. 483.1 y 2–. Importante es destacar que la LEC observa debidamente el derecho a la defensa en esta fase de la tramitación, pues dispone que “la Sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto mediante providencia la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes” –arts. 473.2 y 483.3–. Como vemos, si bien pudo establecerse la potestad del Tribunal para resolver directamente respecto de la inadmisión del recurso de casación, el legislador español ha preferido dar la oportunidad a la parte para defender su recurso, ante la posibilidad de una inadmisión insinuada por el Tribunal. Consideramos que esta oportunidad conferida por la ley al recurrente logra sintonizar lo riguroso del recurso de casación con los anhelos de acceso a la justicia en esta fase del proceso.⁸⁹⁶

Agotado el plazo de diez días, el Tribunal decidirá sobre la admisión o inadmisión del recurso. La norma prevé que “si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie” –arts. 473.2 y 483.4–, disposición a la que también consideramos de naturaleza *pro actione*. Una vez que el Tribunal *ad quem* confirme la admisión del recurso, el Letrado de la AJ debe notificar tal circunstancia a la parte o partes recurridas para que ejerzan su derecho a la contradicción en el plazo de veinte días; contradicción que puede versar tanto sobre los fundamentos del recurso, cuanto sobre su admisibilidad –“se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal”–. Adicionalmente, dentro del escrito de oposición al recurso, las partes recurridas pueden manifestar si consideran necesaria la celebración de una vista y, respecto del recurso extraordinario por infracción

⁸⁹⁶ CORDÓN MORENO considera excesivo el dar audiencia a la parte recurrida en esta fase del procedimiento, teniendo en cuenta que ya tuvo la oportunidad para realizar su oposición a la admisibilidad del recurso ante el Tribunal *ad quem* y que volverá a tenerla si el recurso resulta admitido (Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, “Del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2027), como veremos más adelante. Si bien el criterio del autor citado se presenta como válido, no consideramos que entorpezca el trámite ni lo dilate, el que se dé audiencia a la parte recurrida para sustentar la inadmisibilidad del recurso interpuesto, en la medida en que tal actuación procesal se produce en el mismo tiempo que posee la parte recurrente para defender la admisibilidad de su impugnación –el termino es común–. Es más, ya que en su providencia Tribunal *ad quem* deberá identificar los motivos por los cuales el recurso podría considerarse inadmisibile, la parte recurrida tendría la oportunidad de aportar elementos que coadyuven a tal juicio específico y que, de hecho, pueden ser distintos a los que argumentados previamente. Si bien en algunos casos el contenido de la actuación de la parte recurrida puede ser repetitivo, en otros puede resultar novedoso y ciertamente útil para la formación del criterio de juzgamiento.

procesal –pero no del de casación–, “solicitar las pruebas que se estimen imprescindibles” – arts. 474 y 485–.

Una vez transcurrido el plazo de diez días, contándose o no con la oposición de los recurridos, la LEC dispone que si, respecto de los motivos de casación –no de infracción procesal–, “todas las partes hubieren solicitado la celebración de vista” o si, respecto de algún motivo de infracción procesal –no de casación–, “se hubiere pedido y admitido la práctica de alguna prueba”, el Letrado de la AJ señalará día y hora para su celebración; de igual modo se procederá cuando el Tribunal considere la celebración de vista “conveniente para la mejor impartición de justicia” –arts. 475.2 y 486.1–. Según hemos señalado en el epígrafe anterior, en nuestro criterio la celebración de una vista en un recurso escrito y formalista como lo es el de casación o el de infracción procesal puede resultar prescindible; sin embargo, su previsión normativa no comporta un error, por cuanto puede contribuir a que la Sala adquiriera un mejor conocimiento de los motivos del recurso cuando éstos tienen un alto grado de complejidad o, en el caso, de los motivos de infracción procesal, cuando se requiera una prueba oral para su acreditación.

Llama poderosamente la atención, eso sí, que el legislador español haya otorgado fuerza vinculante a la solicitud unánime que realicen las partes para la celebración de una vista en la que se discutan los motivos de casación. Esta facultad prevista a favor de las partes por el art. 486.1 de la LEC resulta ciertamente extraña dentro de la tramitación de un recurso donde la oralidad no juega el rol protagónico que sí juega en la primera instancia; y, además, contrasta con la regulación que posee la vista en apelación, donde la solicitud de las partes para su celebración, aun cuando sea unánime, no es vinculante para el juzgador, quien posee plena libertad para decidir si la convoca o no. En nuestro criterio, la previsión de una vista para la discusión de los motivos de casación tal y como consta en la LEC, específicamente en lo que se refiere a la vinculación del tribunal a la iniciativa de las partes, no resulta adecuada. Si bien es loable la intención de procurar la intermediación del juzgador, las partes y sus argumentos de impugnación, no debemos olvidar que en esta fase procesal dicho principio no posee la importancia que sí reviste en la primera instancia. La iniciativa para la celebración de la vista en este recurso debería ser exclusiva potestad del Tribunal y habría que destinarla para algo distinto que para la mera repetición de los argumentos constantes en el escrito del recurso. Su función debería ser exclusivamente la absolución de dudas que pudieran haber surgido en el Tribunal para la satisfacción de sus necesidades de juzgamiento.

Por lo que se refiere a la vista para la discusión de los motivos de infracción procesal, cabría hacer la misma crítica si no fuera porque, en este caso, el art. 475.2 LEC no otorga

fuerza vinculante a la petición de ambas partes.⁸⁹⁷ Ahora bien, como hemos señalado, si se hubiere admitido prueba oral para acreditar algún motivo, el tribunal sí tendrá el deber de convocar vista. Lo que ciertamente no está en discusión es la capacidad del juzgador de convocar oficiosamente la celebración de la vista, cuando ello le suponga una oportunidad para reunir mayores elementos para la mejor impartición de la justicia. GARBERÍ LLOBREGAT no encuentra “la finalidad de una vista oral en la que, bien por no haberse propuesto prueba, o bien por haber sido inadmitida toda la prueba propuesta, no va a tener lugar la práctica de prueba alguna”.⁸⁹⁸ Pero no debería olvidarse que la oralidad y la inmediación no informan únicamente a la etapa probatoria, sino a todo el proceso, toda vez que no sólo benefician la comprensión por parte del juzgador de los medios de demostración de los argumentos, sino la comprensión de los argumentos en sí mismos. No consideramos, por tanto, inútil la posibilidad de que el juzgador oficiosamente convoque a una vista, si con ello considera que puede reunir mejores elementos para resolver la impugnación, más aún cuando al momento de dictar la providencia oficiosa acordando la celebración de la vista, el juzgador debería señalar a las partes sobre qué aspectos considera que debe ser ilustrado, tal como lo sostiene Díez-Picazo Giménez.⁸⁹⁹

Un tema que “queda en el aire”⁹⁰⁰ en la LEC es el acto jurisdiccional de calificación y admisión de prueba solicitada para la acreditación de algún motivo de infracción procesal. Los artículos 471, 474 y 475 del cuerpo legal se refieren a la solicitud de prueba y a la convocatoria a vista en la que se puede actuar la prueba, mas nada refieren a la resolución relativa a la admisión de la prueba requerida. Ha de sobreentenderse que dicha resolución, que ha de revestir forma de auto – art. 206.1.2.^a–, coincide con la resolución a través de la cual el Tribunal ordena la celebración de la vista –art. 475.2–. Sin embargo, en el caso de que el juzgador no acepte la práctica de prueba solicitada, ha de entenderse que el Tribunal está en la obligación de emitir un auto denegatorio expreso y motivado. Estas circunstancias, como anotamos, han de entenderse o sobreentenderse pues nada refiere sobre ellas la LEC. Ahora bien, considerando, como queda dicho, que la inadmisión de las pruebas solicitadas ha de resolverse a través de un auto, nos preguntamos: ¿cabe la impugnación, al menos en

⁸⁹⁷ Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, Díez-Picazo Giménez, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 294; BONET NAVARRO, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 202. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 774. Para todos estos autores, el Tribunal posee poderes discrecionales para convocar o no a la vista aun cuando exista solicitud unánime de los personados; lectura de la norma a la que nos adherimos, llegando a la conclusión de que la vista se encuentra regulada de manera totalmente distinta dentro del trámite del recurso de casación y del recurso por infracción procesal.

⁸⁹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, cit., pág. 381.

⁸⁹⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, Díez-Picazo Giménez, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 822.

⁹⁰⁰ DORADO, Vicente, GUZMÁN, Carlos, DORADO, Domingo, TOMÉ, Rosa, *Manual Práctico de Procedimientos Civiles*, Madrid, Grupo Editorial El Derecho, 2011, pág. 782.

reposición, de la negativa de la admisión de pruebas en el recurso extraordinario por infracción procesal? Pues la respuesta, a nuestro criterio y considerando las reglas del sistema abierto de recurso que es consagrado por la LEC,⁹⁰¹ es que sí.

Siguiendo con la tramitación del recurso, si el tribunal hubiere acordado la celebración de vista, ésta se celebrará ante los Magistrados del tribunal *ad quem* –arts. 137.1, 137.2 y 289– y “comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida”; “si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias” –art. 486.2–; finalmente, si hubiere que practicar alguna prueba para acreditar algún motivo de infracción procesal, se procederá observando “lo dispuesto en la ley para la vista de los juicios verbales” –art. 475.3–. Adviértase que, en todo caso, la “tramitación en un único procedimiento” prevista en el DF 16.^a.1.4.^a de la LEC obliga a que solamente pueda celebrarse una única vista para discutir los motivos de casación y/o infracción procesal, así como para, en su caso, practicar pruebas sobre los motivos de infracción procesal; no está, por tanto, permitida la posibilidad de convocar a dos vistas por separado –una para los motivos sustantivos y otra para los procesales–.

Celebrada, en su caso, la vista, el procedimiento culmina con la reunión de los magistrados para discusión, votación y fallo. Resta que los juzgadores dicten la resolución de la impugnación, para lo cual poseen un plazo de veinte días a partir del día de finalización de la vista o al señalado para la votación y fallo, en caso de que no se hubiese procedido a la celebración de vista –arts. 476.1 y 487.1–. La DF 16.^a.1.6.^a de la LEC dispone que “se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.”

El art. 476.2 ordena que “si el recurso se hubiese fundado en la infracción de las normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional, se examinará y decidirá sobre este motivo en primer lugar”. Si el tribunal apreciara una infracción procesal ocurrida durante la tramitación de la primera o segunda instancia, “la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración” –art. 476.2, último párrafo–. Pero la DF 16.^a.1.7.^a precisa que, si el Tribunal acepta un recurso extraordinario por infracción procesal cuyo fundamento hubiese sido la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia

⁹⁰¹ Entendemos por *sistema abierto de recursos* a aquel donde siempre que la Ley no niegue expresamente un recurso, se entiende que lo concede. Cfr. AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, “Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador”, en *Iuris Dictio*, año 13, volumen 15, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2013, pág. 116.

–artículo 469.1.1.º–, deberá emitir un fallo de reemplazo en mérito de autos y teniendo en cuenta, si lo hubiere, lo alegado como fundamento del recurso de casación. También el Tribunal deberá emitir un fallo de reemplazo en el evento de que se “estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia.”

Sobre el alcance de la resolución estimatoria de algún motivo de casación, el art. 487 dispone que “si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1 y 2 del apartado 2 del artículo 477,⁹⁰² la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida” y entrará a resolver sobre el caso –esto último no lo dice la ley de manera expresa pero constituye la práctica habitual consolidada del TS (Esp)–. Por otra parte, “cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3 del apartado 2 del artículo 477,⁹⁰³ si la sentencia considerara fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia” Finalmente, conservando la plena observancia del principio dispositivo, la LEC expresamente dispone que las resoluciones a las que arriben los juzgadores de casación en sus fallos, de ninguna manera podrán afectar las situaciones jurídicas creadas por las sentencias recurridas, que no hayan sido expresamente impugnadas –art. 487–.

Hasta aquí el trámite vigente para los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal. Sobre él, nos parece importante ratificar que, salvo la posibilidad de actuar prueba en el extraordinario por infracción procesal y el tratamiento parcialmente disímil que se da a la posible vista de los dos recursos, en esencia, el trámite del recurso extraordinario por infracción procesal es el mismo que el del recurso de casación.⁹⁰⁴ Por eso, el trámite es sustancialmente idéntico tanto si solamente se interpone infracción procesal como si únicamente se interpone casación; y, por eso, si los dos recursos interponen conjuntamente, no existen problemas para que se tramiten “ambos en un único procedimiento”, como ordena la DF 16.^a.1.4.^a de la LEC.

Para terminar, hay que señalar que, considerando que estos medios de impugnación agotan la vía jurisdiccional ordinaria, el punto octavo de la DF 16.^a de la LEC ordena que

⁹⁰² “1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.”

⁹⁰³ “3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.”

⁹⁰⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, cit., pág. 292. De hecho, autores como MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, estudian y exponen conjuntamente, como si fuese un solo procedimiento, el correspondiente a la casación y al extraordinario por infracción procesal, evidenciando, sobre la marcha, las escasas diferencias que existen en los trámites (Cfr. José, *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, cit., pág. 1488 y ss).

“contra las sentencias dictadas resolviendo recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación no cabrá recurso alguno.”

- **Referencia al régimen suspendido del recurso extraordinario por infracción procesal**

Como se ha dicho, hemos expuesto la regulación vigente sobre los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal, tal y como se configura en la DF 16.^a de la LEC. Con todo, dado que sigue constando en el articulado de la LEC, nos vamos a detener un instante en describir las peculiaridades del recurso extraordinario por infracción procesal que se habrían aplicado de haberse implantado el sistema ideado por el legislador en el año 2000. De esta manera somos consecuentes con la naturaleza de nuestra investigación, que se refiere específicamente a la comprensión y regulación legislativa de los institutos en estudio.

En este punto, el art. 466 LEC contendría la nota de inicio para el análisis del trámite del recurso extraordinario por infracción procesal. Según esta norma, “contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación” –los cuales, recuérdese, se encomendaban a tribunales distintos–; y que “si se preparasen por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos a que se refiere el apartado anterior, se tendrá por inadmitido el recurso de casación.” Es así que el legislador español, atendiendo la nueva estructura del recurso de casación por motivos procesales y ponderando el especial cuidado que se debe otorgar a la validez del proceso, quiso disponer la improcedencia de la interposición conjunta de un recurso de casación por motivos formales y materiales. De allí que compelió a la parte a decidir por qué vía impugnar la resolución, si buscando su anulación o buscando la modificación de su contenido. Se previó, sin embargo, la posibilidad de que varios litigantes de un mismo proceso optaran por distinto medio de impugnación extraordinaria contra la resolución, a saber, unos podrían optar por interponer un recurso de casación y otros por uno de infracción procesal. En este caso, la tramitación del recurso de casación quedaría suspendida mientras se resolviera el de infracción procesal y solo en el evento de que éste no fuera estimado, aquel podría tramitarse.⁹⁰⁵

En lo demás, el trámite que se previó para el recurso extraordinario por infracción procesal no difiere del que hemos expuesto más arriba, con la única peculiaridad de que, dejando a un lado los supuestos de apreciación de falta de competencia, el reenvío previsto en el último párrafo del art. 476.2 LEC habría de ser el efecto ordinario de todas las sentencias estimatorias, incluso de aquellas que constaban vicios procesales cometidos al

⁹⁰⁵ LEC, art. 466.3 y 488

dictarse Sentencia (reenvío que, con el régimen vigente, no se produce cuando el recurso se estima por este tipo de vicios; cfr. DF 16.^a.1.7.^a y DF 16.^a.2).

IV.1.3. El recurso de casación en el COGEP

IV.1.3.a. Conceptuación del recurso de casación en el COGEP

Ante la ausencia de conceptualización por parte del COGEP, debemos recurrir a la previsión normativa a fin de determinar la manera en que el legislador ecuatoriano ha comprendido al recurso de casación. Así, el carácter extraordinario de la casación está claramente determinado por la previsión de causales para la impugnación. Se trata de cinco motivos a través de los cuales se puede fundamentar el recurso, previstos por el art. 268 del COGEP, a los cuales nos referiremos en el epígrafe IV.1.3.c.

De igual manera, el carácter formalista del recurso se encuentra debidamente previsto en la legislación ecuatoriana. A diferencia de lo que ocurre con los recursos ordinarios, el COGEP establece expresamente los contenidos que el recurso de casación debe reunir, señalando el carácter obligatorio de su observancia. Estos requisitos se refieren a la identificación de la resolución impugnada, con especificación del juzgador, el proceso y la fecha en que fue notificada; la determinación de las causales en que el recurso se funda; las normas de Derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hubieren omitido y la exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso. Ha de señalarse de manera clara y precisa y el modo en el que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada –art. 267–. El carácter riguroso de la casación es confirmado por el COGEP al establecer que, de no reunir el escrito del recurso los requisitos formales que acabamos de señalar, la impugnación será inadmitida de plano por los juzgadores supremos –art. 270–. Respecto al contenido del escrito de casación debemos señalar que la jurisprudencia ecuatoriana ha sido reiterativa en cuanto a los requisitos que éste debe poseer. Así, la CNJ (Ecu) ha señalado:

El recurso de casación es un recurso extraordinario, de estricto cumplimiento formal, en el cual el recurrente debe determinar con absoluta precisión y claridad las normas de derecho infringidas, así como la causal o causales que prescribe el artículo 3 de la Ley de Casación [hoy art. 267, COGEP] y, luego establecer los fundamentos que le inducen a sostener que en la sentencia se han infringido las normas precisadas por dicho recurrente. Cabe resaltar que en el recurso debe existir la necesaria interconexión entre las causales y la determinación de las normas jurídicas violadas, por lo que no basta enunciar que el fallo de instancia ha transgredido una o muchas disposiciones legales; y que se halla incurso en una o varias de las casuales de casación, sino que, para que el recurso de casación prospere, es indispensable que se realice una exposición concreta de los fundamentos en que este se apoya, y que, una por una, se vayan desarrollando las

causales del artículo 3 de la Ley de Casación [hoy art. 267, COGEP] que se hayan invocado, correlacionándolos con las normas o los precedentes jurisprudenciales obligatorios que se hayan precisado y con los enunciados del fallo objeto del recurso en los que el recurrente considere que se hayan infringido tales preceptos.⁹⁰⁶

En mérito de la cita que antecede, podemos observar cómo la fundamentación en el recurso de casación es técnica y rigurosa, pues demanda que el recurrente exponga a detalle las infracciones normativas denunciadas y realice una exhaustiva demostración de cómo se dio tal infracción; de esta labor dependerá en gran medida la admisibilidad del recurso. Respecto a la especial fundamentación del recurso de casación, la CNJ (Ecu) ha indicado que “la fundamentación, es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado... la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción.”⁹⁰⁷

Como podemos observar esta fundamentación es crucial para que el juzgador de casación pueda observar el yerro que se acusa; pues además de que es un requisito indispensable para la admisión del recurso, la fundamentación determina la materia de examen competencia del Tribunal. Debemos recordar que el recurso de casación en materia civil opera en estricto sentido bajo el principio dispositivo, esto significa, que aun cuando el juez pueda advertir la presencia de una infracción, si esta no fue expresamente alegada por la parte interesada, deberá hacer caso omiso de aquel –salvo que se trate de una nulidad de pleno Derecho–. Bajo esta línea argumentativa, la CC (Ecu) ha señalado que “es importante recordar que la fundamentación que se exige a los recurrentes es de relevancia jurídica, toda vez que delimita el análisis de los jueces de casación a los puntos fehacientemente cuestionados, que por principio dispositivo no se encuentran facultados para suplir las deficiencias en que haya incurrido el recurrente.”⁹⁰⁸

Continuando con nuestro análisis de los caracteres del recurso de casación y su previsión en el COGEP nos referiremos a su verticalidad. El art. 266 de la ley procesal ecuatoriana dispone que el recurso de casación se interpondrá contra sentencias y autos definitivos dictados por las Cortes Provinciales de Justicia, que en Ecuador son los

⁹⁰⁶ CNJ (Ecu), Resolución de fecha 20 de febrero del 2009.

⁹⁰⁷ CNJ (Ecu), Resolución del 12 de febrero de 2013.

⁹⁰⁸ CC (Ecu), Sentencia N° 112-16-SEP-CC, Caso N° 0800-14-EP, del 06 de abril del 2016.

Tribunales de segunda instancia.⁹⁰⁹ En concordancia, el art. 269 prevé que el recurso de casación es de competencia de la CNJ (Ecu), máximo Tribunal de la administración de justicia ordinaria del Ecuador. En este sentido, el COGEP consagra expresamente el carácter vertical del recurso extraordinario de casación, dando la competencia para su conocimiento, como acabamos de anotar, al máximo Tribunal de justicia ecuatoriano. De esta forma se garantiza la concreción de uno de los principales objetivos de la casación ecuatoriana, que es la unificación de los criterios de juzgamiento a través de la jurisprudencia vinculante emitida por la cabeza de la Administración de Justicia. Respecto de la jurisprudencia, el Ecuador ha pretendido dar un paso adelante buscando lograr su auténtica unificación, pues, en el pasado, era común encontrar criterios jurisprudenciales disímiles, dada la existencia de tres salas en el máximo Tribunal que conocían la materia civil –entonces ocurría algo similar respecto de otras materias–. Esta circunstancia pretende ser superada con el nuevo procedimiento para la emisión de jurisprudencia vinculante contenido en el art. 185 de la Constitución ecuatoriana del año 2008. En virtud de esta norma constitucional, corresponde a la CNJ (Ecu), reunida en pleno, emitir una resolución que contenga el criterio jurisprudencial obligatorio, previo estudio de las sentencias de las salas que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto.

Según apreciamos, la regulación de COGEP denota su correcta comprensión de los caracteres extraordinarios del recurso de casación, como mecanismo de control de la legalidad material y formal de las sentencias de segunda instancia. Su opción por un riguroso formalismo ha llevado a que se elija un sistema detallado de causales, lo cual implica un mayor esfuerzo del recurrente en subsumir en debida forma los elementos de su impugnación en los restrictivos postulados de las causales. Si bien una de las garantías contemporáneas propugna que no se debe sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades,⁹¹⁰ el caso de los recursos de naturaleza extraordinaria podría llegar a constituir una excepción a tal principio. Ahora bien, lo aquí sostenido no debe ser exacerbado, pues no es recomendable que, a pretexto del formalismo del recurso de casación, se extralimite dicha circunstancia al punto de denegar ilegítimamente el acceso al mismo. Es decir, los jueces deben examinar que se cumplan con todos los requisitos y formalidades propias de la naturaleza del recurso, pero no exigir requisitos o elementos en la fundamentación del recurso que no se encuentren previstos en la legislación, pues aquello deviene en una franca violación al principio de legalidad y al de seguridad jurídica. Sobre este punto, la CC (Ecu) ha sido enfática en recalcar que:

...al ser el Tribunal de Casación un organismo cuya competencia se halla limitada por la Constitución y la ley, no debe pretender, a pretexto de tratarse de un recurso

⁹⁰⁹ COFJ “Art. 208.- Competencia de las salas de las cortes provinciales.- A las salas de las cortes provinciales les corresponde: 1. Conocer, en segunda instancia, los recursos de apelación...”

⁹¹⁰ En el caso ecuatoriano, este principio se encuentra previsto de manera expresa por el art. 169 de la CEcu.

extraordinario y sujeto a solemnidades específicas, ampliar su control de admisibilidad bajo parámetros estrictos de argumentación que deba cumplir el recurrente; sino basarse en la verificación propia de los requisitos de admisibilidad regulados por la ley. Ahora bien, no por esto la Corte Constitucional pretende desconocer la presencia de requisitos legales necesarios para la admisibilidad del recurso de casación, ni que estos sean pasados por alto so pretexto de garantizar un libre acceso a la justicia o el derecho a recurrir, sino dejar sentado la importancia y necesidad que el examen de admisibilidad que efectúen los jueces de casación, se ampare bajo la estricta aplicación y al tenor literal de lo que estable la ley como requisitos para la admisión del recurso, respetándose de esta manera el derecho al debido proceso. Así como también, garantizar que la inobservancia e incumplimientos en los que incida el recurrente, sean alertados por el Tribunal de manera clara, razonable y sustentada, y estos a su vez, sean plenamente comprendidos por el recurrente, pues solo de esa manera se garantiza un respeto al debido proceso y en particular a la garantía de la motivación.⁹¹¹

Para finalizar debemos referirnos al tema polémico respecto de la conceptualización del recurso de casación ecuatoriano. La teoría generalmente aceptada dispone que los recursos son medios de impugnación que impiden que una resolución definitiva adquiera firmeza, aun cuando no se los conceda con efecto suspensivo. En efecto, DE LA OLIVA SANTOS sostiene que “el efecto constante de cualquier recurso es impedir la firmeza de la resolución que se recurre”,⁹¹² en igual sentido, PICATOSTE BOBILLO señala que “lo que caracteriza al recurso es la finalidad de impugnar una resolución judicial recaída en el curso del proceso que aún no ha producido el efecto de cosa juzgada”,⁹¹³ por su parte, BANACLOCHE PALAO al referirse a la importancia de la oportuna interposición del recurso, sostiene que “el tercer presupuesto que debe estar presente en todo recurso es la temporalidad, es decir, que se presente antes de que haya transcurrido el plazo previsto por la ley para formularlo. De lo contrario, la resolución pasará en autoridad de cosa juzgada, convirtiéndose en firme y no impugnabile por vía de recurso”.⁹¹⁴ Podríamos continuar la cita de tantísimos autores que mantienen el mismo sentido, pues como hemos señalado, es un criterio generalmente aceptado que los recursos operan respecto de resoluciones no firmes.

⁹¹¹ CC (Ecu), Sentencia N° 203-14-SEP-CC, Caso N° 0498-12-EP, del 13 de noviembre de 2014.

⁹¹² OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 297.

⁹¹³ Cfr. PICATOSTE BOBILLO, Julio, “Disposiciones Generales sobre los Recursos”, cit., pág. 25.

⁹¹⁴ BANACLOCHE PALAO, Julio, “De los recursos”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 775.

Sin embargo, el legislador ecuatoriano rompe con este criterio jurídico prácticamente universal, al disponer en el art. 266 del COGEP que el recurso de casación “se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia”. Resulta sorprendente cómo de manera expresa el legislador ha desnaturalizado a la casación, previendo para ella un tratamiento propio de una acción autónoma de impugnación⁹¹⁵ y no de un recurso, que es el que corresponde a este medio de impugnación. En efecto, según estudiamos en el epígrafe II.12.3, las acciones de impugnación cuestionan resoluciones judiciales que han adquirido firmeza y, por tanto, han producido los efectos de la cosa juzgada, generando un nuevo proceso distinto del que dio origen a la resolución firme impugnada,⁹¹⁶ mientras que los recursos, como señalamos en el párrafo precedente, atacan resoluciones no firmes con lo cual, conservan la unidad del proceso habilitando simplemente nuevas fases, ordinarias o extraordinarias, del mismo.

Conforme hemos analizado en el presente epígrafe, los demás caracteres de la casación se identifican plenamente con su naturaleza de recurso, así como el resto de su regulación, a la cual nos referiremos en los siguientes acápite. Por tanto, resulta del todo inadecuado que el COGEP haya confundido una de las reglas connaturales de una acción autónoma de impugnación con la del recurso, confusión que genera una gravísima incoherencia a nivel conceptual del instituto. Esta incoherencia se agrava cuando consideramos que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 101 del propio COGEP, la “sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso” y al mismo tiempo, el art. 266 del COGEP dispone que son susceptibles de recurso de casación las sentencias que se encuentren ejecutoriadas. Es decir, por una parte el COGEP otorga la calidad de irrevocable a la resolución ejecutoriada y por otra dispone que solo cuando una sentencia se encuentre ejecutoriada puede ser susceptible del recurso de casación que la puede revocar. Este círculo vicioso es otra confirmación del ligero, por decir lo menos, proceder legislativo ecuatoriano en el COGEP.

Cabe aclarar, por si llegare a suscitarse alguna duda respecto a la naturaleza jurídica extraordinaria de la casación con la equívoca regulación del art. 266 del COGEP, que los recursos extraordinarios, al igual que los ordinarios, son medios de impugnación intraprocesal; tanto los unos como los otros operan respecto de resoluciones no firmes. La diferencia entre los recursos ordinarios y extraordinarios básicamente radica en la previsión de causales tasadas y en el formalismo que estos últimos deben observar, pero en nada se

⁹¹⁵ Entre los autores ecuatorianos que han entendido, en cierta manera, a la casación como una acción está ANDRADE UBIDIA, para quien este medio de impugnación “se trata de una acción del particular contra el Estado con ocasión del gravamen que le causa el fallo definitivo y ejecutoriado, dotado de la fuerza de cosa juzgada material, a fin de que esa cosa juzgada se destruya y sea reemplazada por un fallo ajustado a derecho” (*La Casación Civil en el Ecuador*, cit., pág. 40).

⁹¹⁶ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José y CASERO LINARES, Luis, *Los Procesos Civiles*, tomo 2, Barcelona, Editorial Bosch, 2010, pág. 1700.

diferencian respecto del estado no firme de las resoluciones que impugnan. Teniendo en cuenta todo lo anotado, resulta evidente el error del legislador ecuatoriano al disponer que un recurso proceda respecto de resoluciones ejecutoriadas; error que urge sea enmendado.

IV.1.3.b. Resoluciones recurribles en casación en el COGEP

Según acabamos de anticipar, el art. 266 del COGEP dispone que el recurso de casación procederá contra las sentencias y autos ejecutoriados que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia. Igualmente prevé su procedencia respecto de las providencias expedidas por dichas Cortes en procesos 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. Conocemos que la sentencia es la decisión del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso⁹¹⁷ y que el auto interlocutorio es aquella providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. En el caso ecuatoriano, a diferencia del español, son susceptibles de recurso de casación además de las sentencias, los autos que ponen fin al mismo por cuestiones formales. Por tanto, los autos definitivos sí son susceptibles de adolecer de infracciones a normas procesales que pueden ser denunciados vía casación acorde el COGEP.

Tres son los requerimientos extrínsecos que las sentencias y autos deben cumplir para poder ser impugnados en casación. El primero de ellos, haber sido emitidos por las Cortes Provinciales de Justicia, es decir, ser el resultado de un recurso de apelación. Acorde con lo señalado en el acápite IV.1.1.b., en el Ecuador no está prevista la figura de la casación *per saltum*, motivo por el cual los litigantes deberán agotar la vía ordinaria –recurso de apelación– para poder acudir a la extraordinaria –recurso de casación–. Para aquellos casos en que se encuentra proscrito el recurso de apelación, como, por ejemplo, los procesos denominados por el COGEP “sumarios” por controversias entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, el recurso de casación también se encuentra vedado, precisamente por la imposibilidad de contar con una sentencia emitida por las Cortes Provinciales. El segundo de los requisitos extrínsecos es que la resolución sea definitiva y se encuentre ejecutoriada. El tercer requisito extrínseco es que la sentencia impugnada haya sido dictada en un proceso de conocimiento. Para VÉSCOVI el proceso de conocimiento es aquel que tiene por finalidad producir una declaración de certeza sobre una situación jurídica.⁹¹⁸ Para COUTURE los

⁹¹⁷ La Sentencia, ha sido definida por parte de la CNJ (Ecu) en la Resolución del 13 de febrero de 2013 como “La sentencia es una decisión que desarrolla el juzgador, en la que declara el derecho de los litigantes en base a los hechos expuestos en su demanda y contestación, así como en las pretensiones deducidas por el accionante y excepciones alegadas por el accionado en el pronunciamiento definitivo, que a través de la resolución emite el juez”

⁹¹⁸ Cfr. VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General...*, cit., pág. 112.

procesos de conocimiento son aquellos que, sobre la base del *cognitio*, se procura la declaración o determinación del derecho.⁹¹⁹ Solo procede el recurso de casación, entonces, en las sentencias declarativas o constitutivas de un derecho, mas no aquellas que vayan a ejecutar una situación jurídica previamente determinada.

Por regla general, no procede el recurso de casación respecto de sentencias emitidas dentro de procesos de ejecución, en la medida en que no se dirijan “a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos o en títulos de tal fuerza que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea, desde luego entendido”, como sostiene De VICENTE CARAVANTES.⁹²⁰ Ahora bien, conforme a lo previsto por el art. 266 del COGEP, procede el recurso de casación respecto de autos expedidos por las Cortes Provinciales en procesos 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. Se trata de aquellos casos en los cuales se hayan impugnado en apelación sentencias que acepten determinadas excepciones al proceso de ejecución –excepciones distintas a las argumentadas durante el proceso de conocimiento de origen–, siempre y cuando en el trámite de las excepciones se hubiese actuado prueba, como lo sostiene ANDRADE UBIDIA.⁹²¹

IV.1.3.c. Causales del recurso de casación en el COGEP

A diferencia de lo que ocurre con la legislación española, la ecuatoriana prevé cinco causales para el recurso de casación. Dos tienden a la denuncia de vicios formales; otras dos, de vicios materiales; y una constituye una causal compuesta por un vicio procesal conector a uno material, así:

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

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.
2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

⁹¹⁹ Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2002, pág. 81.

⁹²⁰ VICENTE CARAVANTES, José de, *Tratado de los Procedimientos Judiciales*, Tomo III, México DF, Ángel Editor, 2000, pág. 344.

⁹²¹ Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, cit., pág. 94.

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.

No existe novedad en los motivos que habilitan el acceso al recurso de casación previstos por el art. 268 del COGEP, respecto de los que disponía el art. 3 de la derogada LC ecuatoriana de 1993,⁹²² salvo el orden en el que se encuentran enlistados. La causal primera tiende a impugnar vicios de nulidad verificados durante la tramitación del proceso, bajo los condicionamientos de que la nulidad no hubiese sido subsanada, hubiese causado indefensión y haya influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa. La causal segunda tiende a impugnar vicios de nulidad de la sentencia, sea por no contener los requisitos previstos en la ley, en especial el requisito de motivación, o sea por adoptar su parte dispositiva decisiones contradictorias. La tercera causal también busca denunciar la nulidad de la sentencia, en los casos de vicios de incongruencia *extra petita*, *plus petita* o *citra petita*.⁹²³ La causal cuarta tiene a impugnar vicios formales relacionados con la labor del juez al momento de valorar la prueba –no el sentido de la misma– y su incidencia en la inobservancia de normas de Derecho sustantivo en la resolución. La quinta causal, finalmente, busca la denuncia directa de infracciones de normas sustantivas de los que adolezca la resolución impugnada. Según se aprecia, el legislador ecuatoriano se decanta por el desarrollo de la casuística del recurso de casación,⁹²⁴ determinando con especificidad los yerros formales y materiales que habilitarán el examen extraordinario.

⁹²² R.O. 192, 18 de marzo de 1993.

⁹²³ Respecto a estos vicios, la CNJ (Ecu) en la Resolución N° 315-2009 del 02 de julio de 2012 se ha pronunciado indicando que: “Esta causal recoge los vicios de *ultra* y *extra petita*, así como los de *citra petita* o *mínima petita*; vicios que implican incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. El principio de la congruencia delimita el contenido de la sentencia en tanto cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (*plus* o *ultra petita*); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*)...”

⁹²⁴ Como señalamos con anterioridad, no existe novedad entre las causales de la Ley de 1993 y las del 2015. De allí que desde 1993, año en que se implementó la casación para el contencioso civil ecuatoriano, pues hasta entonces se aplicaba la tercera instancia, el legislador ecuatoriano haya optado por la previsión a detalle de los motivos de casación.

Tres de las cinco causales –la primera, cuarta y quinta– utilizan la fórmula “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación” para determinar con mayor precisión al vicio del que adolecería la resolución recurrida. Estas tres fórmulas se refieren a su modo, a tres eventuales errores lógicos en la tarea intelectual del juzgador al momento de resolver el caso. Al respecto, CALAMANDREI recomienda no olvidar que cuando se desarrolla una actividad de carácter jurisdiccional, se produce necesariamente una vinculación entre la lógica y el Derecho y, por lo tanto, estamos frente al silogismo jurídico, que es una clara respuesta de identificación con lo que sería un proceso lógico en la determinación y formulación de la última de las formas de pensamiento, que es el razonamiento. Por “aplicación indebida” se entiende el uso de una norma impertinente al asunto materia de decisión. Como señala GARCÍA FALCONÍ “esto sucede cuando entendida rectamente la norma en su alcance y significado, se la hace actuar en un asunto que no le es propio por no corresponder a su regulación. Ocurre cuando hay la creencia equivocada del juez de que el precepto sí era aplicable al caso, sin realmente serlo. Como queda manifestado, el juez entiende bien la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, esto es, se hace obrar la norma aplicándola a una situación no prevista o regulada por ella.”⁹²⁵

Cuando se acusa a la resolución de “falta de aplicación”, se entiende que existe una norma pertinente al caso concreto que el juzgador inferior no consideró al momento de emitir su fallo. La ausencia de análisis de los mandatos de una norma que resulta pertinente dentro de la formación del criterio judicial puede traducirse en la obtención de una conclusión errada y ello es lo que se impugna bajo esta modalidad. Es importante entonces demostrar la diferente conclusión a la que se llegaría si los mandatos de la norma olvidada fueran considerados. En palabras de SÁNCHEZ-PALACIOS: “El Juez ha ignorado, desconocido o soslayado la norma pertinente. Este error se comete en la premisa de derecho y generalmente se correlaciona con la aplicación indebida, pues si la norma aplicada es impertinente a la relación fáctica, es muy probable que el Juez también haya dejado de aplicar aquella norma que es precisamente, la adecuada”.⁹²⁶ Esta última reflexión resulta importante de comentar, pues ciertamente puede existir la conexión entre la aplicación de una norma impertinente que haya desplazado a la pertinente en el análisis del juzgador. En esta circunstancia, el recurrente deberá acusar los dos vicios por separado en su recurso, apoyados cada uno de ellos en causales y fundamentos diferentes, no dejando de establecer la vinculación de los mismos.

⁹²⁵ GARCÍA FALCONÍ, José, *Casación civil referente a la legislación ecuatoriana*, Quito, Ediciones Rodin, 1998, pág. 158.

⁹²⁶ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel, *El recurso de casación civil*, Lima, Praxis Editores, 1999, pág. 62.

Finalmente, existirá “errónea interpretación” cuando, en su resolución, el juzgador otorgue a una norma pertinente al caso un sentido que no tiene y aplique tal errado sentido en su juicio.⁹²⁷ Existe en el juzgador una equivocación sobre el significado de la norma y, por tanto, una interpretación defectuosa de sus postulados. Por tal circunstancia, “el quebranto de una norma de derecho por interpretación errónea excluye la falta de aplicación de la misma y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico, se aplica la disposición legal que corresponde pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se aplica el concepto que no corresponde al caso litigado.”⁹²⁸ El adecuado sustento de la denuncia de este vicio implica la demostración de cuál sería la adecuada interpretación de la norma y cuál la conclusión a la que se llegaría aplicando tal adecuada interpretación, conclusión que debiera ser diferente a la constante en la resolución impugnada.

La CNJ (Ecu) ha comprendido las tres fórmulas referidas –aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación– en la misma manera a la que hemos expuesto; así: “Cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste, una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por 'falta de aplicación' (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por "aplicación indebida" de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación" (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consistiría, por tanto, en "un error de existencia"; la aplicación indebida entrañaría "un error de selección"; y, la errónea interpretación equivale a "error del verdadero sentido de la norma".”⁹²⁹

⁹²⁷ Cfr. CARRIÓN LUGO, Jorge, *El recurso de casación*, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY, 2003, pág. 218.

⁹²⁸ GARCÍA FALCONÍ, José, *Casación civil referente a la legislación ecuatoriana*, cit., pág. 159.

⁹²⁹ CNJ (Ecu), Resolución N° 1013-2016, del 1 de septiembre de 2016. En idéntico sentido, la Corte ha manifestado que: “Cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva, se debe subsumir adecuadamente los hechos dentro de la hipótesis normativa a que corresponde, porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, porque no se ha aplicado la que corresponde, o porque aplicando la que corresponde se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo. Por tanto, se trata de tres tipos de transgresión, esto es, a) aplicación indebida que se configura cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero no corresponde al caso concreto; b) falta de aplicación, se produce en el momento que quien juzga no aplica la norma que corresponde al caso que se está litigando, por lo que se conoce a este error como de omisión; y, c) errónea interpretación, que tiene lugar cuando siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, quien juzga le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley.” Resolución N° 1744-2012, del 13 de noviembre de 2012.

IV.1.3.d. Procedimiento del recurso de casación en el COGEP

Una vez notificada la resolución definitiva de apelación en medio escrito, se deberá esperar que esta se ejecutoríe, lo cual ocurre al tercer día de la notificación –nuestra crítica a esta regulación, en el epígrafe IV.1.3.a–. Una vez ocurra esta circunstancia, empieza a correr el plazo de 10 días que el recurrente posee para la interposición del recurso por escrito –art. 266–. El recurso deberá contar con la rigurosa fundamentación a la que nos hemos referido en el epígrafe IV.1.3.a., misma que deviene en la base de la admisibilidad de la impugnación. Recibido el escrito del recurso por parte de los juzgadores de segunda instancia, ellos realizarán un análisis de la temporalidad del mismo y, de haber sido presentado dentro del tiempo debido, dictarán auto calificando el recurso como oportuno y remitirán el expediente de inmediato a la CNJ (Ecu), obteniendo las copias de las piezas procesales necesarias para la ejecución de la sentencia impugnada; esto considerando que el recurso de casación no posee efectos suspensivos –art. 269–. No obstante, la legislación ecuatoriana prevé un medio para que el recurso de casación pueda aceptarse con efecto suspensivo. El art. 271 del COGEP establece que el recurrente puede solicitar, al interponer el recurso, que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte. Los juzgadores de segunda instancia establecerán 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.”

Esta orden de ejecución es, según se aprecia, oficiosa, con base en la condición de ejecutoriada que posee la resolución impugnada en casación. El legislador ecuatoriano ha olvidado que en un sistema dispositivo, aun las sentencias ejecutoriadas requieren que la parte solicite expresamente su ejecución. De allí que esta orden oficiosa es altamente contradictoria con el principio jurídico técnico que inspira al sistema. Para abundar en esta crítica, señalaremos que el legislador no previó la posibilidad de que a la parte recurrida no le interese la ejecución del fallo impugnado mientras se tramita la casación, circunstancia que comúnmente podría ocurrir. De hecho, desde el mandato normativo se obliga a una ejecución, que pese a no ser solicitada por la parte recurrida, podría generar perjuicios el evento de que la casación prospere; perjuicios que deberían ser resarcidos por la parte recurrida a pesar de que ella no solicitó la ejecución, pero que fue legalmente obligada a aceptarla. No podemos sino calificar como lesiva a la previsión de orden oficiosa de ejecución de la resolución impugnada en casación; lesiva de la necesaria coherencia del sistema procesal informado por el principio dispositivo; y, lesiva para los derechos de las partes, tanto de la recurrente, que puede sufrir un perjuicio evitable, como del recurrido, que podría verse forzado a indemnizar por una ejecución que no fue por él requerida. Una

reforma de esta disposición del art. 266 del COGEP resulta imprescindible para encausarla hacia la vía dispositiva.

De vuelta al análisis del procedimiento, señalaremos que la comprensión de la ley ecuatoriana respecto a la caución, “permite al justiciable que considere que el inferior hubiere cometido injusticia contra él, mantener las cosas en el estado en que se encontraban al momento de iniciar la contienda legal hasta que el asunto quede totalmente definido; es decir la caución impide la variación jurídica anticipada de los bienes y de los derechos de los justiciables; con ella esta variación se da por una sola y definitiva vez; de no mediar la caución, la variación se produce con la sentencia del inferior y si la Corte Suprema de Justicia [hoy CNJ (Ecu)] concediere la razón a quien hubiere interpuesto el recurso de casación, nuevamente debe producirse otra variación del titular de bienes y derechos, lo cual se pretende evitar, como queda dicho, con la caución.”⁹³⁰ Adicionalmente, la caución en Ecuador está pensada para indemnizar los perjuicios que la parte recurrida pueda sufrir por el retraso en el cumplimiento de lo dispuesto por el juez inferior, en el caso de que el recurso no prospere. Por esta circunstancia, la caución debe tener la potencialidad de eliminar los daños sufridos por la postergación de dicha ejecución, de allí que el cálculo del monto a caucionar debería tomar en cuenta el daño y perjuicio que pudiera causarse, los intereses, las mejoras, los frutos y, además, valorarse la situación subjetiva de las partes.⁹³¹

La gran problemática respecto a la caución es que el legislador ecuatoriano no ha establecido los parámetros concretos para la determinación del valor de la caución, quedando a plena discreción del juez de segunda instancia el fijar el monto que libremente considere. En la LC de 1993, el legislador ecuatoriano dispuso que la Corte Suprema de Justicia, hoy CNJ (Ecu), debía dictar un instructivo de obligatoria observancia para la fijación del monto de la caución en consideración de la materia y el perjuicio de la demora –art. 11–; sin embargo, el máximo Tribunal de justicia ecuatoriano nunca emitió tal instructivo. Por su parte, el COGEP confirmó la inadecuada situación fáctica por la que atravesaba el país desde 1993 y dispuso de manera expresa que “el Tribunal correspondiente [juzgador de segunda instancia] establecerá el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso” –art. 271–. Consideramos como inadecuado el que los juzgadores de segunda instancia, y cualquier juzgador en general, posea plena libertad para determinar el monto de una caución de cuyo cumplimiento depende el otorgamiento del efecto suspensivo a un recurso. Esta libertad puede llevar a aupar a la arbitrariedad como sucedería si, por ejemplo, se fijaran montos mínimos en caso de amistad, temor o recompensa, o montos desmesurados, en caso de enemistad o presiones externas.

⁹³⁰ CUEVA CARRIÓN, Luis, *La casación en materia civil*, Quito, Editorial Ecuador, 1993, pág. 104.

⁹³¹ NARANJO GODOY, Lorena, “Consecuencias de la ejecución de la sentencia que ha sido impugnada en casación”, cit., pág. 115.

Adicionalmente, existe disconformidad en los criterios de los juzgadores de segunda instancia para determinar el monto de la caución: algunos optan por fijar un porcentaje en función de la cuantía de la demanda, otros calculan un monto sobre la base de los intereses que generaría el valor de condena durante el plazo promedio que tarda en resolverse la casación, otros, simplemente, fijan una cifra sin referencia alguna. En fin, cada juzgador de segunda instancia es libre de determinar como a bien tenga el monto de la caución cuando esta se solicite para que el recurso de casación sea aceptado a trámite con efecto suspensivo, particular que a nuestro criterio ha generado y genera grandes inconvenientes por atentar contra los principios de seguridad jurídica e igualdad, así como por prestarse para el cometimiento de arbitrariedades. La necesidad de una reforma del COGEP en este punto nos resulta clamorosa; consideramos imprescindible que la ley disponga, con criterios uniformes y generales, los parámetros que se observarán al momento de fijar el monto de la caución en el recurso de casación.

Continuando con nuestro análisis del procedimiento del recurso de casación previsto por la legislación procesal ecuatoriana, una vez que se hubiera rendido la caución fijada por el juzgador de segunda instancia o, en el evento que no se la hubiera solicitado, será remitido el proceso a la CNJ (Ecu). Recibido el expediente, se designará por sorteo a uno de sus conjuces,⁹³² quien en el término de quince días examinará si el recurso cumple o no con los requisitos formales, de lo cual dependerá su admisión. De no cumplirse con todos los requisitos formales, el conjuce inadmitirá el recurso y ordenará la devolución del proceso al órgano judicial respectivo –art. 271–. Consideramos que este auto de inadmisión debería ser impugnabile a través del recurso de hecho –recurso de queja a efectos españoles–, medio de impugnación que estudiaremos en el epígrafe IV.2. En nuestro criterio, vía recurso de hecho la resolución de inadmisión del conjuce pasaría a conocimiento del juzgador principal de casación, el cual, decidiría sobre la corrección o incorrección de la labor del conjuce. De esta manera quedaría satisfecho el criterio de verticalidad que requiere la impugnación de hecho y podrían corregirse yerros de valoración en la fase de admisión formal del recurso – recordemos que el juez de segunda instancia únicamente realiza una verificación de la oportunidad de la presentación del recurso, mas no del resto de requisitos formales de admisión–. La posibilidad aquí planteada posee pleno asidero en lo dispuesto por el art. 278

⁹³² COFJ “Art. 200.- Número y requisitos.- El número de las o los conjuces de la Corte Nacional de Justicia y la Sala especializada a la cual serán asignados, será determinado por el Consejo de la Judicatura en coordinación con el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Las y los conjuces provendrán del concurso de selección de las y los jueces de la Corte Nacional que no fueron titularizados de acuerdo con la nota obtenida. En caso de que no se cuente con el número suficiente del banco de elegibles de conjuces y conjuces de la Corte Nacional, se procederá a designar a las y a los jueces a partir del nivel octavo de la carrera judicial...”; “Art. 201.- FUNCIONES.- A las conjuces y a los conjuces les corresponde: (...) 2. Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho...”

del COGEP,⁹³³ pese a lo cual, funcionarios del Consejo de la Judicatura ecuatoriano –órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial⁹³⁴– han “instruido” sobre la improcedencia de esta impugnación, en capacitaciones a funcionarios judiciales.

Así como el conjuer puede inadmitir el recurso, también puede admitirlo. En este caso remitirá de inmediato el expediente a la Sala especializada de la CNJ (Ecu), la cual convocará a una vista a las partes –art. 272–. El COGEP no establece la finalidad de esta vista, señalando únicamente que en ella se observarán las reglas generales de las comparecencias, es decir, intervendrá primero el recurrente, luego el recurrido y existirá la posibilidad de réplica para ambas partes; el fallo deberá ser emitido por el juzgador de casación al final de la vista.

La sentencia del recurso de casación, según el vicio que hubiese sido denunciado y se haya aceptado, aplicará uno de los sistemas por los que el legislador ecuatoriano se ha decantado. Así, cuando se trate de casación por la causal primera, el Tribunal 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 –sistema de reenvío–. Cuando se trate de impugnación por las otras causales, el Tribunal casará⁹³⁵ la sentencia o el auto recurrido y en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda. Considerando la óptica pública del recurso de casación, el COGEP expresamente dispone que el Tribunal 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,

⁹³³ COGEP “Art. 278.- Procedencia. El recurso de hecho procede contra las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación, a fin de que la o el juzgador competente las confirme o las revoque.” Cabe señalar que este artículo adolece de un grave error en su redacción pues señala la procedencia de la impugnación respecto de “las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación”, cuando debería referirse a las providencias que niegan “la admisión” de un recurso de apelación o casación. DE hecho, aun mejor sería si en lugar de utilizar el genérico “providencias” utilizaría el específico “auto interlocutorio”.

⁹³⁴ CEcu “Art. 181.- Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley: 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial. 2. Conocer y aprobar la proforma presupuestarla de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos. 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas. 4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial. 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial. Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán con el voto conforme de cinco de sus vocales, salvo las suspensiones y destituciones que requerirán el voto favorable de siete de sus integrantes.”

⁹³⁵ Respecto del recurso de casación, el legislador abandona los conceptos de “revocatoria” y “reforma” como remedios jurídicos de la impugnación y adopta el concepto “casar”, usándolo indistintamente para vicios formales o materiales.

corrigiendo dicha motivación –art. 273–. En la sentencia también se resolverá sobre la caución en el evento de que se la hubiera rendido. La caución será devuelta por el juzgador de instancia si el recurso es aceptado totalmente por la o el juzgador de casación. En caso de aceptación parcial, el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora. Si el fallo rechaza el recurso totalmente, el juzgador entregará el valor total de la caución a la parte perjudicada por la demora –art. 275–. Finalmente, si se ha ejecutado el fallo que es casado, el juzgador 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 –art. 276–.

En este punto se agota el procedimiento del recurso de casación previsto por el COGEP. Como resulta evidente, la legislación procesal ecuatoriana no regula la manera en que la parte recurrida conoce el contenido de la impugnación de manera previa a la vista, ni prevé la posibilidad de que presente de manera escrita su oposición al recurso interpuesto por la contraparte.⁹³⁶ De hecho, tal como se encuentra dispuesto el trámite, donde únicamente se ordena la notificación a las partes de la admisión del recurso, mas no se dispone que se ponga en su conocimiento o corra traslado con el escrito del recurso, el recurrido se enteraría del contenido de la impugnación recién en la comparecencia, donde, además, debería responder de forma inmediata a los argumentos del recurrente. Esto coloca a las partes en un terrible estado de desigualdad, pues mientras el recurrente posee trece días para elaborar su impugnación, el recurrido no tendría sino minutos para preparar su defensa. Una regulación de este tipo, como queda señalado, vulnera el principio de igualdad y el derecho constitucional a “contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa” –art. 76.7.b–.

Es nuestro criterio que el legislador ecuatoriano no pretendió establecer tan lesivo procedimiento, sino que, el presente, es otro de tantos casos de sus ligerezas en los cuales “dio por sentado” que conjuntamente con una de las actuaciones del juzgador de segunda instancia –por ejemplo, junto con el auto de admisión temporal del recurso– o del conjuer de la CNJ (Ecu)–por ejemplo, junto con el auto de admisión formal del recurso–, se correría traslado a la parte recurrida con el escrito del recurso de casación. Sin embargo, la ley no lo establece así de manera expresa, de hecho, ni siquiera prevé la obligación de las partes de personarse ante el juez superior. Para evitar la aplicación literal de la norma, misma que comportaría vicios insubsanables al proceso, urge reformar el COGEP a fin de que se establezca el oportuno momento procesal en que el recurrido sea puesto en conocimiento del contenido de la impugnación y tenga plenas oportunidades para preparar su defensa.

⁹³⁶ Particular que sí es regulado en el trámite de la apelación, que constituye el otro recurso vertical –no devolutivo– previsto en el COGEP –art. 258–.

IV.1.4. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal

IV.1.4.a. Conceptuación

Tanto la LEC como el COGEP prevén los elementos que caracterizan al recurso de casación por motivos materiales y formales como uno de naturaleza extraordinaria y que identifican sus finalidades. La competencia del máximo órgano de justicia –si bien en España en ciertos casos concretos este recurso puede ser conocido por otros Tribunales, LEC arts. 478 y DF 16.^a.1.1.^a–, la examinación de estricto Derecho, el interés público que la impugnación persigue, la previsión de causales y la rigurosidad en el cuidado de las formas que este tipo de recurso exige, son elementos consustanciales de la casación que se encuentran adecuadamente desarrollados por las legislaciones procesales española y ecuatoriana.

Adicional a estos elementos, también resulta connatural a la casación el constituir un medio de impugnación de vicios materiales y formales, particular que conecta con otra de las finales del recurso: la unificación de los criterios judiciales de aplicación de la ley sustantiva y adjetiva. Sin embargo, respecto a este punto la legislación española presenta un tratamiento que se aleja de los cánones ordinarios de la casación, pues como hemos estudiado, ha escindido al recurso conservándolo para la impugnación extraordinaria de errores sustantivos y ha creado uno nuevo, denominado extraordinario por infracción procesal, mismo que según su autodefinición, persigue la denuncia de errores adjetivos. Esta escisión no hace relación tanto con el trámite, cuanto con el juzgador competente para conocer y resolver el recurso de casación por motivos formales.

Esto se explica analizando los dos grandes motivos –uno social y otro procesal– por los que se optó por esta ruptura del recurso de casación. Desde lo social, apremiaba dar una solución a la tardanza en la atención de los recursos de casación, producida, entre otras razones, por la acumulación de los mismos en el TS (Esp). Se pretendió atender la demanda social dotando de celeridad a las impugnaciones extraordinarias. Desde lo procesal, constituía un tema pendiente a solucionar la disfuncional interposición de impugnaciones extraordinarias por motivos formales, particular que se había tornado en una práctica no poco frecuente. Se buscó contribuir a la seriedad con la que se deben alegar las infracciones procesales, así como ampliar e intensificar la tutela judicial ordinaria de derechos fundamentales de índole procesal. Si bien resultan loables estos afanes del legislador, cabe preguntarse si resulta beneficioso el haber “creado” un nuevo instituto de naturaleza casacional o si, por el contrario, resulta más conveniente el mantener un solo recurso para la impugnación extraordinaria, tanto de yerros materiales como formales de una sentencia, tal como lo prevé la legislación ecuatoriana.

Respecto a las demandas sociales, la apuesta de la escisión fue por la celeridad, como queda anotado. Empero, ¿cómo se instrumentó esta apuesta? La respuesta no se la buscó en el diseño del trámite o en fórmulas para lograr una observancia de los tiempos legales por parte de los juzgadores o en mecanismos para mitigar la congestión judicial. El legislador español optó por una solución competencial para la demanda de celeridad. Dentro de esta opción, una vía era el incrementar el número de juzgadores supremos –Salas– que conocerían del recurso, y, otra vía, acaso la menos esperada y menos prudente, era el modificar al juzgador competente para el conocimiento y la resolución del recurso de casación por motivos formales; el legislador español se decantó por esta última opción. “La finalidad buscada por el legislador con la implementación es más que evidente. Se intenta aminorar el volumen de litigiosidad que pesa sobre la Sala de lo Civil del TS para trasladar parte del mismo a las hasta ahora infrautilizadas Salas de lo Civil (y Penal) de los TSJ (Esp) mediante una artificiosa distinción entre lo procesal y lo materia para repartirla entre ambos órganos”.⁹³⁷

La búsqueda de celeridad a través de la entrega a los TSJ (Esp) de la competencia para el conocimiento y resolución del recurso de casación por motivos formales, da al traste con uno de sus principales caracteres connaturales: la competencia natural del máximo órgano de justicia del Estado –como regla general, pues ya señalamos que en España existen casos específicos en que la competencia del recurso de casación no corresponde al juzgador supremo sino al superior; art. 478.1 –. La casación constituye una fase procesal de excepción que reviste un especial interés público –proscripción de sentencias que vulneren el Derecho objetivo–, más allá del interés privado que mueve a la parte a interponerla. Adicionalmente, consustancial a la casación, es la función unificadora del criterio judicial respecto de la interpretación y aplicación del Derecho objetivo –jurisprudencia–. Por estos motivos, a los que añadimos el orden jerárquico propio de la Administración de Justicia, es que al máximo Tribunal de justicia de un Estado corresponde, en la generalidad de los casos, el juzgamiento del recurso de casación. El haber arrebatado la competencia natural del TS (Esp) para el conocimiento de la casación por motivos formales atenta contra la esencia misma del recurso, disminuyéndolo al punto de desnaturalizarlo. Los Tribunales Superiores de Justicia al no poseer jurisdicción en todo el reino⁹³⁸ no pueden considerarse legitimados para cuidar el interés público general en la misma medida en que sí se encuentran legitimados los juzgadores supremos, cuya jurisdicción se extiende a lo largo y ancho del Estado español.⁹³⁹

⁹³⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, cit., pág. 375.

⁹³⁸ LOPJ “Artículo 71. El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de esta.”

⁹³⁹ CEsp “Art. 123. 1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.” LOPJ “Artículo 53. El Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías Constitucionales. Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo.”

En el mismo sentido, los fallos de los TSJ (Esp) no son susceptibles de constituirse en jurisprudencia que unifique los criterios de interpretación de la norma en todo el reino,⁹⁴⁰ toda vez que, dado que existen diecisiete Tribunales Superiores de Justicia –cada uno con una jurisdicción limitada al territorio de una Comunidad Autónoma y todos ellos independientes y sometidos exclusivamente a la ley, mas no a las opiniones o interpretaciones de sus pares–, nada impide que cada Tribunal pueda desarrollar sus propios criterios interpretativos respecto de las normas procesales. De hecho, desde el apareamiento de la casación contemporánea en la Francia del siglo XVII, la jurisdicción nacional del órgano competente fue una de las principales notas caracterizadoras de la entonces acción, hoy recurso.⁹⁴¹ El que se quisiera arrebatar al máximo órgano de justicia española la competencia del recurso de casación por motivos formales tiene por grave consecuencia la imposibilidad de que se emita verdadera jurisprudencia uniforme respecto a la materia procesal.

La propuesta del legislador español para solventar esta circunstancia fue crear una acción a la que se denominó “recurso” en interés de la Ley –procesal–. Esta acción no es un recurso pues no opera dentro del proceso y no es susceptible para modificar de modo alguno lo resuelto en él. Se trata de una acción autónoma creada para unificar criterios de juzgamiento frente a sentencias contradictorias. Lo resuelto en esta acción posee una dimensión meramente teórica pues solo va a dirimir la disonancia entre las sentencias, pero no posee ninguna relevancia práctica en relación a los procesos cuyas sentencias fueron contrastadas, pues, aun cuando en interés de Ley se decante por uno de los dos criterios, la sentencia cuyo criterio no imperó se mantiene inalterada y lo resuelto en ella prevalece totalmente en firme y llamado a ejecutarse. Por esta circunstancia, la acción en interés de Ley poseería una reducida aplicación práctica. De hecho, los justiciables directamente relacionados con el caso ni siquiera poseen legitimación para iniciar la acción, la cual

⁹⁴⁰ Según hemos sostenido, la función nomofiláctica de la casación, le faculta no solo a casar aquellas resoluciones judiciales que infrinjan la Ley, sino también a interpretarla de una manera uniforme mediante la emisión de la doctrina legal. Como recuerda GIMENO SENDRA “Esta función que tradicionalmente, y a través de la casación, han asumido la totalidad de los Tribunales Supremos europeos, encuentra su fundamento constitucional en la puesta en relación del art. 24 con los arts. 14 y 9 de nuestra Ley fundacional, es decir, en la integración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías con los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica. Y es que, si el derecho a la tutela judicial efectiva, interpretado de conformidad con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, conlleva la exigencia de obtención de una resolución judicial motivada, razonada y fundada en Derecho, no se respetaría dicho derecho fundamental si las Sentencias fueran arbitrarias, si, tratándose de la aplicación de una misma norma a una idéntica situación de hecho, los fallos de las Sentencias fueran distintos, cuando no contradictorios.” (“El recurso español de casación civil: perspectiva de reforma”, pág. 2, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c5gim.pdf>, página web consultada el 28 de noviembre de 2015).

⁹⁴¹ Cfr. MORALES SUÁREZ, Hugo, “La casación civil en España”, en *Revista Jurídica*, Puebla, Editorial Escuela de Derecho, 1998, pág. 100 – 101.

corresponde en exclusivo al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo y a las personas jurídicas de Derecho público que, “por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones.” –art. 491–. Muy difícil nos resulta imaginar que algún justiciable considere perder tiempo y dinero en promover que uno de los organismos antes señalados, inicie una acción de la cual, como queda dicho, tal justiciable ningún beneficio concreto podría obtener. De allí que la opción del legislador español para superar los graves óbices generados con la imposibilidad de emisión de jurisprudencia sobre temas procesales, no resulte eficiente.

Por todos estos motivos, es nuestro criterio que la escisión del recurso de casación que quiso implantarse con la LEC de 2000 conlleva una falencia respecto de la conceptualización del mismo y, en este aspecto, lo desnaturaliza. Con todo, como hemos expuesto, aunque el legislador sí llegó a aprobar el nuevo sistema en el articulado de la LEC, la votación sobre la reforma de la LOPJ que establecía la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal no superó la mayoría necesaria. Se introdujo entonces la tantas veces citada DF 16.^a LEC, reguladora del “régimen transitorio en materia de recurso extraordinarios”, que, aunque mantiene formalmente la existencia de dos recursos distintos, concentra la competencia para conocer de ambos en un mismo tribunal que, de ordinario, es el Tribunal Supremo (art. 478 y DF 16.^a1.1.^a). Se han sorteado, así, los inconvenientes que hemos expresado, aunque no por ello deja de ser cierto que la opción principal del legislador español en el año 2000 fue la división de la casación y su atribución a dieciocho tribunales distintos –el Tribunal Supremo, para lo sustantivo, y los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia, para lo procesal–, particular que, insistimos, nos parece inadecuado.

Por su parte, la legislación ecuatoriana conserva a la casación íntegra, sirviéndose de ella tanto para la denuncia de vulneraciones a las normas sustantivas y procesales. Habiéndonos referido al tema de las causales, conviene advertir que, bien mirado, las causales de la casación ecuatoriana⁹⁴² pueden tener encaje en las causales de los recursos

⁹⁴² COGEP “Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia 4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto. 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

españoles de casación e infracción procesal,⁹⁴³ y viceversa. Así las cosas, existe una importante semejanza entre la causal del art. 268.1 del COGEP y la del art. 469.1.3.º de la LEC; incluso, en esta misma causal del art. 268.1 del COGEP cabría incardinar la “infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional”, que contempla el art. 469.1.1.º de la LEC; las causales previstas en los apartados 2 y 3 del art. 268 del COGEP podrían fácilmente encuadrarse dentro de las “infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia” a las que alude el art. 469.1.2.º de la LEC; la causal del art. 268.5 del COGEP es coincidente con la de la casación española del art. 477.1 de la LEC; y, en fin, la causal del art. 268.4 del COGEP equivaldría a un “error patente” en la valoración de la prueba, que es materia de la causal del art. 469.1.4.º de la LEC –por cuanto viola el derecho a la tutela judicial efectiva–, sumado a una infracción de alguna norma sustantiva, esto es, a la causal casacional del art. 477.1 de la LEC.

Respecto del modo de describir las infracciones materiales de la casación –cfr., sobre todo, art. 268.5 del COGEP y art. 477.1 de la LEC–, advertimos que la única diferencia es la utilización de genéricos en el caso español y de una redacción más detallada en el ecuatoriano. De allí que el litigante español, dentro del género, deberá especificar el tipo del vicio –falta de aplicación, errónea interpretación o aplicación indebida–, mientras que el ecuatoriano deberá subsumir su impugnación en una de las modalidades preestablecidas a detalle en la ley. Pero, en ambos casos, resulta evidente la limitación de acceso al recurso, característica propia de la casación, por lo que no encontramos inconveniente alguno ni en la opción española ni en la opción ecuatoriana. Finalmente, también son semejantes las regulaciones sobre el contenido de la sentencia estimatoria. En este punto, el COGEP establece el sistema de emisión de fallo de reemplazo en el caso de infracciones materiales o procesales en la resolución, así como también el sistema de reenvío en el caso que la infracción procesal se hubiere cometido durante la tramitación de la causa. Y algo equivalente hace el régimen vigente de la LEC: se prevé el reenvío si se estima el recurso por infracción procesal por infracciones procesales cometidas durante la tramitación y, para la estimación del resto de causales –las infracciones procesales cometidas en la sentencia o las infracciones del Derecho sustantivo– se prevé la emisión del fallo de reemplazo.

Concluyendo, la comprensión general de la conceptualización del recurso de casación por parte del COGEP la evaluamos como correcta y completa, mientras que, en el caso español, constituye un grave inconveniente la disminución temática –restricción de la casación a

⁹⁴³ LEC, art. 477.1: “El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”; y art. 469.1: “1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: 1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. 3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. 4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.”

temas sustantivos– que se introdujo en el año 2000, no obstante lo cual, la comprensión conceptual de la casación por motivos formales, aun cuando separada, resulta adecuada. A parte de esto, la comprensión de los otros elementos connaturales y caracterizadores del recurso resultan adecuadamente regulados por la LEC.

IV.1.4.b. Procedimiento

Nos resulta muy complejo imaginar que un procedimiento oral pueda responder a las características y necesidades del recurso de casación. Considerando que este recurso constituye un medio de impugnación de excepción, el acceso al mismo por definición ha de ser riguroso y formalista. De allí que la denuncia oral de los vicios de la sentencia, aun cuando en su fondo sea correcta, puede resultar menos precisa –en el mejor de los casos– que la realizada por escrito. Una poca lustrosa exposición oral de la impugnación por parte del letrado, aun cuando le asista la razón, podría llegar a frustrar la casación; recordemos que cualquier yerro o imprecisión en la fundamentación del recurso puede devenir en causa de su inadmisión o rechazo. Adicional a esto, muchos inconvenientes se producirían al tiempo de contestar el recurso por la parte recurrida, pues se vería forzada a responder de manera inmediata –en evidente desigualdad respecto del recurrente que tuvo tiempo para preparar sus argumentos–, o se le debería conceder un tiempo adecuado para la preparación de su respuesta mediante la suspensión de la vista –con las consiguientes dilaciones e inobservancias del principio de concentración–. Por estas razones, la interposición y fundamentación del recurso, así como su conocimiento y contestación por la contraparte, deben responder a un trámite escrito. La escritura otorga mayor precisión para establecer los extremos de una impugnación formal como lo es la de naturaleza extraordinaria. Conviene al recurrente que su argumentación sea clara y precisa, pues el juzgador de casación únicamente puede analizar las causales y modalidades argumentadas y en el estricto sentido en que estas fueron planteadas; los mismos razonamientos son aplicables para el recurrido y su contestación a la impugnación.

En este punto, la escritura no solo beneficia a las partes, sino también al juzgador. No debemos olvidar que, para el análisis de admisibilidad y, posteriormente, para el detenido examen que realizará sobre la sentencia, resulta conveniente al juzgador contar con el contenido del recurso. Lo contrario, es decir, la sola escucha del recurso y su contestación puede llevar a equívocos por deficiencias en la percepción, apreciación o entendimiento de la exposición oral del recurrente y del recurrido. Cosa similar puede ocurrir si se compele al magistrado a escuchar una y otra vez la grabación audiovisual de una vista de fundamentación, de la cual seguramente terminará tomando notas, mismas que pueden adolecer de imprecisiones –subjetividades–.

A partir de este punto, cabe realizar una distinción en cuanto al trámite de la casación. Cuando a través de ella se denuncian infracciones de normas sustantivas, la labor del

Tribunal es verificar si la sentencia recurrida adolece o no de la infracción que ha sido denunciada, por lo que es claro que el análisis posee un objeto estrictamente documental – contraste del fallo con el Derecho–. El Tribunal se servirá, como hemos señalado en el acápite IV.1.1.c, principalmente de la sentencia para su estudio y, en su caso, de otros documentos como la demanda, la contestación y precedentes jurisprudenciales, entre otros medios escritos. En estos casos resulta evidente la imposibilidad de actuar prueba pues esta impugnación no genera una instancia, sino una fase extraordinaria de verificación de la legalidad del fallo. Tanto la LEC como el COGEP proscriben la posibilidad de actuar prueba en el recurso de casación cuando obedece a motivos materiales. De lo anotado es clara la conveniencia de la tramitación escrita de la casación por infracción a normas materiales, al no existir, *per se*, necesidad de contactos inmediatos entre juzgadores y litigantes.

Cosa distinta ocurre cuando se trata de una casación por motivos procesales. En estos casos, si bien la labor del juzgador se circunscribirá al análisis documental, también podrá requerir de elementos de juzgamiento adicionales, que no han sido producidos en momento procesal alguno hasta ese punto, para comprobar si los vicios denunciados existen o no. Por ello, puede justificarse que, por excepción y según como se encuentre concebido legislativamente el recurso y sus motivos, se acepte la práctica de prueba nueva, única y exclusivamente ligada a la comprobación de la causal argumentada. En estos casos, el adecuado procedimiento mayormente escrito de la casación, debería contar con una fase de intermediación, traducida en una vista en la que se practicaría la prueba. Por ejemplo, puede darse el caso que después de dictarse sentencia, sale a la luz una información periodística que evidencia la falta de imparcialidad de los magistrados de segunda instancia. En todo caso, la posibilidad de que se prevea una fase probatoria en este tipo de impugnación, queda a criterio del legislador al momento de diseñar el proceso. En España, se tendría que plantear un recurso extraordinario por infracción procesal con base en la causal del art. 469.1.4 –pues en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CEsp se incluye el derecho al juez imparcial–; y, para acreditar esa causal, se tendrían que aportar pruebas –por ejemplo, copia de las informaciones periodísticas, proponer declaraciones testificales, etc.– que, evidentemente, no obran en el expediente. Por su parte, en Ecuador, la actuación de pruebas ha sido proscriba en el recurso de casación por motivos formales, al igual que lo es en la casación por motivos materiales.

Conforme hemos analizado en el acápite IV.1.2.d, la legislación procesal civil española prevé un trámite principalmente escrito para el recurso de casación por motivos materiales, de allí que no existan reparos al respecto. La previsión de una serie de fases procedimentales, caracterizadas por la presentación de escritos y notificaciones a las contrapartes es algo propio de la forma procedimental escrita y de la observancia del derecho a la contradicción. En el caso ecuatoriano, la tramitación del recurso de casación, tanto por motivos materiales, como por motivos formales, es mayoritariamente oral. Si bien el recurso se lo interpone y admite por escrito, el resto de la tramitación del recurso es oral, a través de

la obligatoria celebración de una vista en la que incluso, el juzgador debe resolver el recurso. Según hemos sostenido, considerando la naturaleza propia de la casación, lejos de aportar beneficios, la celebración de una vista como parte obligatoria del trámite, puede resultar lesiva. Primero, al no ser consecuencia de una necesidad de los juzgadores ni de la necesidad de actuar nueva prueba, esta vista puede devenir en un mero acto de repetición de los argumentos ya planteados de manera previa por escrito, con lo cual, nada se consigue con ella más que una dilación de la causa. Luego, conforme hemos analizado en el epígrafe IV.2.3.c, el COGEP ordena al juez de casación resolver la impugnación en la misma vista, con lo cual se pueden prever varias consecuencias, a las que ya nos hemos referido en el análisis de la apelación y de la casación ecuatoriana, mismas que son:

- i) Que el juzgador estudie el caso de manera previa para estar en capacidad de dictar su resolución en la vista, con lo cual la existencia de este prejuicio confirma la inutilidad de la vista. Sin perjuicio de lo anotado, este escenario no podría verificarse, pues recordemos que el trámite ecuatoriano no prevé de manera expresa la oportunidad para que la parte recurrida conozca el texto escrito del recurso ni para que presente su contradicción, así mismo por escrito. En estricto mandato del COGEP –arts. 296 y 270–, la parte recurrida únicamente conocería el contenido de la impugnación al momento de la audiencia y solo entonces, en evidente desigualdad, podría presentar su contradicción. En este punto, el trámite del recurso de casación, según hemos afirmado, es altamente violatorio de los principios jurídico naturales del proceso, que poseen rango de derecho constitucional –CEcu, art. 76.7.a, b y c–;
- ii) Que, teniendo en cuenta la obligación legal de resolver en la vista, el juzgador dilate la fecha de la celebración de la misma hasta estar en capacidad temporal de preparar el caso, lo cual podría dilatar la resolución final del recurso;
- iii) Que el juzgador no prepare el caso y extraiga únicamente de la vista los elementos de convicción para la resolución del caso, proceder impropio del detenido juzgamiento documental que corresponde a la casación, a lo cual se deben añadir los altísimos riesgos negativos del juzgamiento precipitado.
- iv) Que el juzgador prepare el caso de forma previa sin llegar a juicios absolutos y que, a través de una sesuda evaluación de las exposiciones de las partes, confirme pareceres previos o los deseche, llegando a un juzgamiento más cabal. Este positivo proceder nos resulta conveniente en apelación dada su naturaleza ordinaria; no obstante, no en casación, donde el detenido estudio del expediente con el fin de comprobar la existencia de yerros en la sentencia podría verse influenciado y hasta sesgado por las dotes oratorias del letrado.

En cualquier caso, nos parece inadecuada la previsión de una vista obligatoria en el trámite del recurso de casación ecuatoriano. Más allá de los reparos teóricos que hemos expuesto, nos es previsible que el trámite por el que ha optado el COGEP generará dilaciones en lugar de aportar a la celeridad procesal y a la inmediación que a través de la forzosa vista se obtiene, en muy poco podrá ayudar para un mejor juzgamiento de la casación. Una reforma en el sentido de proscribir la obligatoriedad de la vista en casación y conservarla únicamente para ellos casos en los que la sana crítica del juzgador le lleve a considerar conveniente su práctica, resulta imperiosa –idéntica reforma a la que sostuvimos para el recurso de apelación en este tema–.

Habiéndonos referido a la vista regulada por la legislación ecuatoriana, conviene nos refiramos a la regulada por la legislación española. Como se ha anotado, en nuestro criterio la naturaleza de la impugnación casacional implica principalmente un estudio por parte del juzgador de piezas procesales escritas, por lo que la previsión de fases orales en el trámite no son, *per se*, necesarias. Sin embargo, el hecho de que se la prevea tampoco comporta un equívoco, siempre y cuando cumpla el objeto de servir al Tribunal como medio para aclarar dudas que hubieran podido surgir respecto a la impugnación o al caso en concreto, es decir, como medio para recabar mayores elementos de juicio –“mejor impartición de la justicia”, como bien dispone el art. 486.1 LEC–. La vista en casación por motivos materiales no debe ser utilizada para que las partes recurrente y recurrida simplemente repitan los argumentos constantes en sus respectivos escritos de recurso y oposición, o los pretendan modificar o enmendar. La aparente inmediación que se conseguiría con esta repetición posee poca sintonía con los rigurosos caracteres de la casación, donde, como hemos dicho, han de ponderarse los principios de celeridad y concentración que adquieren en este recurso un especial protagonismo. De no tutelar a estos principios, la celebración de una vista hasta podría resultar perjudicial en la tramitación del recurso, en la medida en que dilataría el procedimiento sin beneficios para el juzgamiento.

En el caso español, nuestra lectura literal del art. 486.1 de la LEC nos hace concluir que la celebración de la vista queda no solo supeditada a la decisión del juzgador, como debería ser, sino también a la decisión de las partes en el evento de que solicitaran su práctica de manera unánime. En efecto, la norma antes referida dispone: “Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, háyanse presentado o no los escritos de oposición, si todas las partes hubieran solicitado la celebración de vista, el Secretario judicial [hoy, Letrado de la AJ] señalará día y hora para su celebración.” El carácter vinculante de la solicitud unánime de las partes para la celebración de la vista resulta inequívoco y a nuestro criterio errado. Según acabamos de sostener, la vista en casación por motivos materiales únicamente debe constituir una herramienta al servicio del juzgador en el evento de que requiera, para mejor proveer, elementos que a su criterio puedan ser extraídos del diálogo directo con los justiciables. El que se permita que las partes puedan concitar una vista en casación abre la posibilidad de que ella se torne en un óbice a la celeridad o, también, para que a través de

ella se pretenda ampliar o enmendar argumentaciones, lo cual contradice del todo la naturaleza formal del recurso, resultando realmente inútiles dichos intentos y, por tanto, inútil la vista. Una reforma a la LEC en el sentido de vetar la iniciativa vinculante de las partes para la celebración de la vista en casación y dejar únicamente en criterio del juzgador el convocarla, nos parece necesaria.

En lo que respecta al recurso extraordinario por infracción procesal, como anticipamos párrafos atrás, resulta muy importante referirnos a la posibilidad de que se actúe prueba nueva en el recurso por infracción procesal, la cual vaya dirigida a demostrar la realidad del vicio que se denuncia. Pese a las críticas que parte de la doctrina ha realizado a esta posibilidad de actuar pruebas en el recurso, justamente por la naturaleza casacional del mismo,⁹⁴⁴ nosotros consideramos que el legislador español ha sido cuidadoso en establecer con claridad la temática de la prueba en el recurso extraordinario, así como su carácter excepcional. De conformidad con el art. 471, la prueba que puede actuarse en el recurso por infracción procesal no ha de referirse al litigio resuelto por la sentencia impugnada, debe exclusivamente referirse a la infracción procesal denunciada y debe guardar la característica de “imprescindible” para que pueda ser considerada. En cualquier caso, la posibilidad de actuar prueba se encuentra legalmente prevista; y, si fuera necesaria una vista para su práctica, la acordará el tribunal siguiendo los trámites previstos para los juicios verbales – art. 475.3–. En lo que se refiere al resto del trámite vigente del recurso extraordinario por infracción procesal no poseemos comentarios pues, en esencia, se observa el procedimiento común a cualquier impugnación de casación. En este punto debemos recordar que la legislación ecuatoriana no prevé la posibilidad de que se actúen pruebas en el recurso de casación, ni aun cuando este se funde en motivos formales. Este particular puede dificultar la tutela de derechos procesales inobservados con motivo, por ejemplo, de hechos o noticias subsecuentes a la emisión de la resolución y que ameriten ser demostrados para sustentar la causal de impugnación. La legislación española constituye en este punto un importante referente para iniciar un debate en el foro ecuatoriano respecto a la conveniencia o no de una reforma en este sentido.

Para finalizar, debemos referirnos a la más imperiosa reforma que urge al trámite del recurso de casación ecuatoriano, la misma que se traduce en la necesidad de implementar una rigurosa observancia de los derechos a la contradicción y a la igualdad, hoy por hoy gravemente inobservados en la etapa inicial del recurso. Según lo hemos anticipado en párrafos anteriores y en el epígrafe IV.1.3.d, el COGEP no prevé de forma expresa que la parte recurrida será notificada con el contenido del recurso de casación interpuesto, ni que tendrá la oportunidad de presentar por medio escrito su respuesta al mismo. Por el contrario, de la regulación de los arts. 269 y 270, se concluye que la parte recurrida únicamente

⁹⁴⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), ASENSIO MELLADO, José María, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas, ORTELLS RAMOS, Manuel y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Proceso Civil Práctico*, cit., pág. 264.

conocerá del contenido de la impugnación en la celebración de la vista y solo entonces, sin la debida oportunidad de preparar de manera adecuada su defensa, la deberá presentar de manera inmediata. Esta lesiva regulación debe ser modificada, la vulneración a principios y derechos naturales resulta inadmisibles, por decir lo menos. En este sentido, el trámite debería disponer que una vez acordada la admisión del recurso por parte del juzgador *a quo*, este debería correr traslado del mismo a la parte recurrida, para que en un plazo de 10 días –plazo similar al que tuvo el recurrente para interponer su recurso– se pronuncie al respecto, esto es, ejerza su derecho a la defensa. Concluido este plazo, con la contestación o sin ella –en el evento de que la parte recurrida haya decidido no responder a la impugnación–, el *a quo* debería elevar el expediente a la CNJ (Ecu) para que el trámite continúe en dicha sede. La reforma que sostenemos es sencilla y de sentido evidente, por lo que el legislador ecuatoriano debería con extrema urgencia implementarla.

La lesiva regulación ecuatoriana vigente contrasta con la adecuada previsión que respecto a estos temas consagra la LEC. En efecto, dentro del trámite del recurso de casación de manera expresa se establece que “admitido el recurso de casación, el Secretario judicial dará traslado del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte o partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista. En el escrito de oposición también se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal.” –LEC, art. 485–. Resulta evidente la tutela de los derechos de contradicción e igualdad que prevé la norma española, haciendo expresa la posibilidad que posee la parte recurrida de oponerse no solo al fondo del recurso, sino también a sus formas en materia de admisibilidad.

Para finalizar esta reflexión anotaremos que autores como MONTERO AROCA –a quien le asiste, además de los conocimientos teóricos, la experiencia de haber ejercido la jurisdicción–, son más bien favorables a la celebración de la vista en casación. Así, el citado autor sostiene: “No debe olvidarse que en un órgano colegiado a veces la celebración de vista es la mejor manera de que los demás magistrados tomen conocimiento del asunto y el asunto no acabe decidiéndose sólo por el ponente.”⁹⁴⁵ Resulta, desde una perspectiva estrictamente práctica, loable el pensamiento de MONTERO AROCA; no obstante, desde la teoría, esperaríamos que los juzgadores –más aún los colegiados que suelen corresponder a las encumbradas judicaturas– cumplan siempre en forma debida y responsable su altísima función. De allí que el correcto juzgamiento de la casación, requiera un profundo estudio de las piezas procesales en discusión, siendo la sentencia la principal de ellas y protagónica de este tipo de impugnación.

⁹⁴⁵ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *El Recurso de Casación Civil*, cit., pág. 434.

IV.1.4.c. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento

Si bien en primera instancia la inmediación posee una primacía indiscutida, en el recurso de casación –así como en apelación– este principio se despoja de dicho protagonismo. Esto ocurre a causa de los caracteres jurídicos de la casación, especialmente por su formalismo y la necesidad de un riguroso estudio de la sentencia escrita. Como conocemos, la casación es un recurso riguroso en cuanto al cumplimiento de sus requisitos, tanto los materiales como los formales. Entre los formales está la necesidad de dotar de una debida y ciertamente puntillosa fundamentación a la impugnación que determinará y agotará el universo de la competencia del juzgador. Por tanto, la parte recurrente ha de cuidar la especificación inequívoca de la causal o motivo de casación y la explicación demostrativa de la misma, o la especificación de la modalidad de acceso al recurso y la explicación demostrativa de la misma, entre otras que establezca la norma. De la correcta exposición que de estos requisitos se realice en el recurso de casación dependerá tanto la admisibilidad del mismo, como su procedencia final.

Considerando la exigente manera en que debe elaborarse y presentarse un recurso de casación, más que un contacto directo entre la persona del juzgador y la persona del recurrente, lo que se pondera en este caso es un contacto preciso del juzgador con los argumentos del recurrente. Este particular puede conseguirse en mejor manera aplicando el principio de mediación, en virtud del cual la comunicación del recurrente con el Tribunal se puede realizar de forma más cauta, razonada y, sobre todo, precisa. Así mismo, considerando que el recurso de casación persigue un control de legalidad de las sentencias, sin constituir una nueva instancia del proceso, no existe posibilidad de actuar nuevas pruebas bajo ninguna consideración cuando se trate de la denuncia de infracciones a normas sustantivas, pudiendo sí existir esta posibilidad en el caso de que sean normas procesales las infringidas. Este es otro de los motivos por los cuales la inmediación posee una limitada relevancia en el recurso extraordinario de casación. De hecho, ya que la actividad del Tribunal se limita al examen contrastado de la sentencia y los vicios denunciados por el recurrente –análisis eminentemente documental–, los postulados de la inmediación resultan de hecho muy poco aplicables, salvo, como queda dicho, cuando sea necesario demostrar circunstancias directamente ligadas con la violación de derechos de naturaleza procesal.

Si el principio de inmediación se ve disminuido en el recurso de casación, los principios de concentración, celeridad, publicidad, preclusión y economía se mantienen inalterados. Especial relevancia adoptan los principios de concentración y celeridad en el recurso de casación cuando en su tramitación se prevé la celebración de una vista. Como hemos venido sosteniendo de manera insistente, solo podrá considerarse adecuada la previsión de una vista si su realización depende exclusivamente de la decisión del juzgador, como medio para mejor administrar justicia. En estos casos se ha de cuidar que la

comparecencia no dilate la tramitación de la causa –observancia del principio de celeridad–; así mismo, una vez escuchadas las partes, los juzgadores han de aprovechar al máximo lo extraído de este contacto resolviendo la impugnación de una manera expedita –observancia del principio de concentración–. Como sabemos, de nada sirve la fase oral si ella entorpece la debida marcha del trámite o si los beneficios que de ella se pudieren obtener se diluyan con el paso del tiempo.

Respecto a la observancia del principio de concentración y celeridad en casación, a lo cual nos acabamos de referir, el caso español da materia para la reflexión. Primero, el hecho de que se haya otorgado a las partes el poder de convocar a una vista en casación –art. 486.1–, sin que medie la necesidad judicial de ello, a nuestro criterio, contraría gravemente al principio de celeridad. La utilidad de establecer un contacto con los justiciables que valide la dilación de la resolución del recurso, debe ser potestad soberana del juzgador de casación. El que se celebren vistas por mera voluntad de las partes puede devenir en una aglomeración de comparecencias sin utilidad alguna, motivadas solo por el afán de las partes de ser escuchados por los jueces, afán más que legítimo en primera instancia, pero que en una fase técnica como la casación resulta innecesario y hasta perjudicial. Más allá de que *de facto* los jueces supremos españoles no acepten las solicitudes de vista en casación, el texto del art. 486.1 nos resulta incontrovertible y por ello la necesidad de su reforma que ya hemos argumentado, con el fin de no atentar contra los mandatos del principio de celeridad.

En lo que refiere al caso ecuatoriano, la forma en que el legislador ha concebido al trámite del recurso de casación ciertamente inobserva el principio de celeridad y malentiende al principio de concentración. La celebración forzosa de una vista en el recurso, en tanto en cuanto no será de utilidad para una mejor tarea de juzgamiento de una impugnación extraordinaria y formal como la casación, dilata indebidamente la tramitación. Además, considerando que en cada recurso aceptado a trámite habrá que celebrar esta diligencia, las agendas de los juzgadores nacionales se irán congestionando siendo necesaria la fijación de fechas cada vez más distantes para la celebración del acto procesal. Todo esto redundará en la inobservancia del principio de celeridad, que, de haberse establecido un trámite escrito para el recurso, con una fase oral de excepción, sí habría sido observado o al menos, su observancia habría sido mejor que la actual.

En otro tema, la LEC ha otorgado a los juzgadores supremos veinte días para sentenciar el recurso, contabilizados a partir del día siguiente al que se celebró la vista, de haber sido convocada. Veinte días parecería un plazo prudente;⁹⁴⁶ es el mismo plazo que la LEC

⁹⁴⁶ Conocemos que no existen principios o reglas inmutables o preestablecidas sobre plazos o montos de la cuantía para el acceso a un recurso. La decisión sobre su medida es plena potestad del legislador, dentro de su libertad de configuración de los procesos. Habrá sí que verificar, en cada caso concreto, los criterios de razonabilidad que se hubieren considerado al momento de la regulación de estos plazos o montos para concluir si la labor del legislador fue adecuada o no

concede el juzgador de primera instancia para sentenciar –art. 434–. No obstante, llama la atención que en el caso del proceso verbal –art. 447– o del recurso de apelación –art. 465–, los cuales se caracterizan por tener trámites expeditos al igual que la casación, la LEC haya otorgado a los jueces el plazo de diez días para dictar sentencia. Puede pensarse que el legislador español ponderó la importancia que posee la casación y por ello, dispuso a favor de los Tribunales un tiempo mayor para que realicen su delicada labor de juzgamiento; de seguro esto fue así. No obstante, teniendo en consideración estructura procedimental del recurso de casación, el estudio previo del caso que los juzgadores deben realizar al momento de resolver sobre la admisibilidad y, aún más, la eventual celebración de la vista, parecería que los veinte días no estarían del todo sintonizados con las aspiraciones de concentración y celeridad. Más allá de aquello, conocemos que los plazos legales son inobservados pues a la realidad le resulta imposible ajustarse a las aspiraciones del legislador respecto a los tiempos en los cuales los procesos habrían de culminarse. Por tanto, la observancia de la concentración y la celeridad es tarea de los juzgadores, quienes deberán colocar sus mejores esfuerzos para cumplir de la mejor manera con el cometido.

El legislador ecuatoriano, por su parte, comprende mal al principio de concentración al compeler al juzgador de casación a resolver el recurso en la misma vista que forzosamente debe celebrarse. Nos hemos referido ya a los riesgos que implica esta obligación impuesta al juzgador y que tienen relación con el prejuicio o la improvisación al momento de sentenciar, pero, más allá de aquello, es necesario en este punto recordar cuál es el auténtico contenido del principio de concentración, que, como queda dicho, consideramos malentendiendo el legislador ecuatoriano.

Iniciamos señalando que uno de los postulados rectores más relevantes de este principio se refiere a la exigencia de que el juzgador resuelva la causa a la mayor brevedad posible una vez concluidas las fases de contacto directo con las partes. Recordemos que los beneficios de la inmediación se traducen en las especiales impresiones y conclusiones a las que llega el juzgador en los diálogos directos con las partes; pero estos beneficios pueden borrarse o desaparecer de la mente del juez en la medida en que sea dilatado el tiempo que transcurra entre la práctica de las pruebas y la resolución judicial. De allí la necesidad del pronunciamiento de la sentencia en un corto plazo.⁹⁴⁷ Con esto queremos expresar que la fase de deliberación interna del juez, elaboración y emisión del fallo también debe ser concentrada respecto al resto del procedimiento. Como señalamos al final del apartado anterior, en el cual sostuvimos la íntima relación e incluso dependencia del principio de inmediación para con el de concentración, poco importa que todo el procedimiento haya sido realizado sobre la base del diálogo directo entre partes y juez –inmediación–, si éste tarda en emitir su sentencia –dispersión de la fase procedimental de resolución, proscrita por el principio de concentración–.

⁹⁴⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., pág. 52-53.

No obstante lo anterior, no se consigue concentración obligando al juzgador a sentenciar de manera inmediata y oral en la misma vista, como parece supone el legislador ecuatoriano. Un juzgamiento preconcebido o atolondrado jamás se compadecerá con las aspiraciones de la concentración, por más que sea emitido en unidad del acto de comparecencia. La reforma al trámite del recurso de casación ecuatoriano, en la línea en que nos hemos referido en los acápite anteriores, nos resulta imperiosa, pues en nada se sintoniza la supuesta implementación de la oralidad en esta fase con los postulados de los principios del procedimiento generalmente aceptados para una adecuada admiración de justicia desde lo adjetivo.

Finalmente, consideramos importante referirnos, dada la naturaleza de esta tesis, a la forma en la que el legislador español pretendió regular originalmente a la casación por motivos procesales, regulación que si bien suspendida, nos presenta la particular observancia de los principios del procedimiento en el recurso extraordinario por infracción procesal. Es claro que con la escisión del recurso de casación, el legislador español pretendió dotar de mayor celeridad a la casación, pero su opción no fue adecuada, pues no son pocos los inconvenientes que ya hemos analizado y ninguna garantía concreta respecto a que el despacho de las causas efectivamente se acelere. De hecho, un alto costo debería pagarse por la teórica celeridad, mismo que en nuestro criterio no justifica la ponderación de una eventual expedita administración de justicia por encima de la seguridad jurídica que proporciona una única interpretación del Derecho objetivo a través de la jurisprudencia.

Referirnos a la inmediación, concentración o economía, dada la escisión del recurso de casación, consideramos que carece de especial relevancia. Si bien la inmediación es observada por el legislador español al haber diseñado un trámite que posee la celebración de una vista forzosa en el caso de que se actúen pruebas –lo que, como sabemos, solo permite para la acreditación de causales de infracción procesal–, o la concentración que así mismo es observada por la LEC en la medida en que contiene mandatos que ordenan la expedición próxima de la resolución una vez celebrada la vista, nos parece que esas reglas no logran equiparar lo negativo del rompimiento de la casación concitado con el apareamiento del recurso extraordinario por infracción procesal y su pretendida encomienda a diecisiete Tribunales Superiores de Justicia diferentes. De allí que, a nuestro criterio, constituye un desacierto del legislador español del año 2000 dicho rompimiento, que, si bien motivado por afanes propios de una reforma positiva de la administración de justicia desde lo procedimental, terminó con un extraño experimento que ya solo desde la teoría se hace acreedor de importantes críticas.

Si bien, como sabemos, esta reforma no ha sido llevada a la práctica dados los óbices que impiden a los Tribunales Superiores de Justicia de España asumir una competencia que no poseen según la LOPJ, su implementación en la LEC no ha estado exenta de la generación de inconvenientes. Aun aplicando el régimen “transitorio” de la DF 16.^a, ya del todo

permanente a estas alturas, temas como la sujeción de la impugnación extraordinaria por motivos formales a la rigurosidad del acceso a la impugnación por motivos materiales limitan fuertemente el acceso al recurso que fue concebido en este punto de modo más lato. Así mismo, la proscripción de la impugnación de autos definitivos elimina, injustificadamente a nuestro criterio, la posibilidad de que dichas resoluciones sean examinadas por un Tribunal de casación en el evento de que adolecieran de infracciones de normas procesales. En definitiva, no podemos valorar positivamente a la escisión del recurso de casación, ni desde la perspectiva teórica ni desde la perspectiva práctica en que dicha reforma fue concebida e implementada.

IV.2. El recurso de queja o de hecho

La legislación procesal civil española prevé un recurso denominado “de queja”, cuyo equivalente en la legislación procesal civil ecuatoriana es el llamado recurso “de hecho”. En adelante y en lo que a teorización concierne, nos referiremos únicamente al recurso de queja, distinguiéndolo como de hecho cuando nos refiramos al caso ecuatoriano.

IV.2.1. Aspectos generales

IV.2.1.a. Conceptuación

GARBERÍ LLOBREGAT define a la queja como un recurso devolutivo y no suspensivo, de tramitación preferente, “que se dirige exclusivamente a combatir aquella decisión judicial en forma de auto que inadmita otro distinto recurso devolutivo ordinario o extraordinario, y del que conoce el Tribunal que habría de haber enjuiciado estos últimos recursos si los mismos no hubiesen sido inadmitidos a trámite por la resolución recurrida en queja.”⁹⁴⁸ Para GIMENO SENDRA, “por recurso de queja cabe entender el medio de impugnación a través del cual se pretende corregir el error padecido por el Tribunal *a quo*, consistente en declarar indebidamente inadmisibles un recurso, que ante él se prepara para su resolución por el superior jerárquico.”⁹⁴⁹ Por su parte, ASECIO MELLADO sostiene que el recurso de queja posee una naturaleza instrumental de otros recursos devolutivos, ya que su finalidad consiste en permitir al órgano competente para resolver los recursos –juez *ad quem*– el analizar la decisión de inadmisión de la impugnación que hubiere sido tomada por el juzgador *a quo*.⁹⁵⁰ HUALDE LÓPEZ define al recurso como uno “devolutivo e instrumental, que tiene limitado su ámbito al examen de la correcta denegación preparatoria del órgano jurisdiccional *a*

⁹⁴⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Valencia, Tirant le Blanch, 2002, pág. 359.

⁹⁴⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil*, I. El Proceso de Declaración, cit., pág. 662.

⁹⁵⁰ ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 348.

quo”.⁹⁵¹ ALVEAR MACÍAS señala que el recurso de queja es aquel “tendiente a que el superior admita el recurso [de apelación o casación] denegado.”⁹⁵² Finalmente, FLOR RUBIANES, refiriéndose específicamente a la queja respecto de la denegación del recurso de apelación, explica solventemente al recurso: “Si bien el juez de primera instancia se halla facultado para denegar la apelación, el juicio definitivo sobre la admisibilidad del recurso incumbe al Tribunal superior, porque de otro modo quedaría en manos de los jueces inferiores la posibilidad de frustrar la vigencia misma de la instancia plural admitida por ley. A fin de conjurar eventualidades tales como que el juez que dictó la sentencia considere justa su decisión, y no acepte la apelación, el ordenamiento procesal prevé un recurso denominado de queja, directo o de hecho, que puede deducirse y que tiene por objeto que, mediante una revisión de admisibilidad formulada por el Tribunal superior, revoque la resolución denegatoria del recurso, lo declare admisible y disponga sustanciarlo”.⁹⁵³

De las definiciones citadas nos es posible extraer los distintos elementos y características que conforman al recurso de queja como tal. Primero, en contra de lo sostenido por algunos autores –que incluyen este recurso entre los “ordinarios”-,⁹⁵⁴ entendemos que la naturaleza jurídica del recurso de queja es extraordinaria, pues únicamente opera en el evento de que un juzgador niegue la admisión de un recurso, respecto de específicas resoluciones judiciales –autos denegatorios del recurso principal– y posee un único objetivo –el que el juez superior examine si la denegación del recurso principal estuvo apegada a derecho y a los hechos–. En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ sostiene: “La doctrina suele considerar también que se trata de un recurso ordinario. Sin embargo, lo cierto es que el recurso de queja sólo cabe frente a resoluciones tasadas –los autos de inadmisión de recursos devolutivos–, y que, por lógica, sus motivos, aunque no están expresamente tasados por la ley, quedan limitados a poner de manifiesto que la inadmisión fue indebida. Desde este punto de vista, nos hallamos más bien ante un recurso extraordinario.”⁹⁵⁵

⁹⁵¹ HUALDE LÓPEZ, Ibon, “El recurso de queja”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2087.

⁹⁵² ALVEAR MACÍAS, Jorge, *Estudio de los Recursos en el Proceso Civil Ecuatoriano*, Guayaquil, Editorial Edino, 1991, pág. 157.

⁹⁵³ FLOR RUBIANES, Jaime, *Teoría General de los Recursos Procesales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003, pág. 29.

⁹⁵⁴ Por citar un par de ejemplos: ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 348, o HUALDE LÓPEZ, Ibon, “El recurso de queja”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2087.

⁹⁵⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, cit., pág. 298.

Respecto a su naturaleza de *instrumental*, esta se entiende en la medida en que el recurso de queja solo encuentra su razón de ser si otro recurso vertical o devolutivo previamente interpuesto, hubiera sido inadmitido indebidamente. Esta característica lo diferencia del resto de recursos que constituyen actos procesales autónomos y cuya existencia no depende de otra actuación procesal y, mucho menos, de otra impugnación. Sobre este punto, el TC (Esp) ha sido claro en indicar que “conforme al diseño legal (...) el recurso de queja es un recurso instrumental, pues no tiene un fin en sí mismo, sino resolver sobre la admisibilidad de otros recursos devolutivos. Su razón de ser es evitar que el órgano jurisdiccional *a quo*, cuya resolución se recurre mediante un recurso devolutivo, pueda cerrar definitivamente el acceso al mismo, posibilitándose mediante el recurso de queja que la última palabra sobre la admisibilidad de un recurso devolutivo la tenga el Tribunal *ad quem* que resulta competente para resolverlo.”⁹⁵⁶

Así, recursos como el de apelación o el de casación, únicamente dependen de la existencia de una resolución judicial que amerite ser impugnada para que estos se verifiquen, al contrario de lo que ocurre con la queja, cuya viabilidad depende de que la aceptación a trámite de un recurso vertical hubiese sido equívocamente negada. Es así que el recurso de queja únicamente tiene sentido en aquellas legislaciones que disponen que el recurso vertical o devolutivo deba ser “preparado” o “interpuesto” ante el juzgador *a quo*, es decir, que la presentación del recurso vertical se realice ante el juzgador que emitió la resolución impugnada y sea éste quien realice un examen preliminar sobre la admisibilidad del recurso, a saber, sobre la temporalidad del mismo y la procedencia material de la impugnación vía recurso de la resolución objetada. Lo contrario, esto es, el caso en que las legislaciones ordenan que los recursos verticales sean presentados directamente ante el Tribunal *ad quem*, hace por completo inoficiosa la previsión del recurso de queja.

Sobre este punto cabe reflexionar si acaso no sería lógico que los recursos verticales o devolutivos extraordinarios fuesen presentados directamente ante los juzgadores *ad quem*, obviándose la preparación ante el Tribunal *a quo*, considerando que a aquellos les corresponde la resolución de tales recursos y, por tanto, a aquellos debería corresponder de manera privativa el análisis de su admisibilidad. Esta reflexión cobra mayor peso si consideramos la carencia general de efectos suspensivos de los recursos verticales extraordinarios, motivo por el cual, poco importa si el juzgador *a quo* no conoce de manera expedita de la impugnación que se haya enderezado en contra de su resolución, lo cual sí resulta imprescindible cuando el legislador considera que la interposición de un recurso suspende los efectos de la resolución impugnada. A pesar de estas consideraciones, varias legislaciones –entre ellas las que son materia de nuestro estudio, como veremos más adelante– consideran prudente la preparación de los recursos verticales o devolutivos ante

⁹⁵⁶ STC (Esp), 19/2009, de 26 de enero, FJ 4. Este criterio fue recogido igual en la STC (Esp) 20/2004, de 23 de febrero, FJ 4; STC (Esp) 122/2007, de 21 de mayo, FJ 3, entre otras.

los juzgadores *a quo*. La justificación para optar por el examen de admisibilidad previa radica en la aplicación del principio de economía procesal,⁹⁵⁷ en virtud del cual se pretende que el juzgador *a quo* reciba a su conocimiento únicamente los recursos que hubiesen sido correctamente accionados, aprovechando para la labor de depuración, el mediato y cabal conocimiento del juzgador *a quo* respecto de la resolución impugnada y de los tiempos procesales relacionados. A esto podríamos añadir que también se pretende ahorrar un trámite, a saber: un trámite de requerimiento del Tribunal *ad quem* al Tribunal *a quo* para que le remita los autos; o, alternativamente, un trámite de obtención, por parte del recurrente, de una copia del expediente a fin de adjuntarla a su recurso.

Respecto a la finalidad misma del recurso de queja, esta es que el juzgador *ad quem* analice el examen de admisibilidad previo realizado por el Tribunal *a quo*. Se pretende que el superior compruebe la existencia de yerros formales o materiales en el juicio de calificación del recurso principal realizado por parte del inferior. Varias pueden ser las causas que lleven al juzgador *a quo* a negar la admisión de un recurso vertical; desde errores involuntarios en el examen de admisibilidad, hasta conscientes afanes de que su actuar no sea revisado por un superior. Incluso motivos de temor, amistad o recompensa pueden llevar a un juzgador a negar el trámite de un recurso vertical. Para evitar el que todas estas conductas obsten el ejercicio del derecho al recurso legalmente previsto, es que el legislador consagra el recurso de queja. Verificado el yerro en el juicio previo de admisibilidad, el juzgador *ad quem* ha de aceptar el recurso de queja, lo cual tiene como consecuencia connatural la admisión a trámite del recurso vertical o devolutivo principal.⁹⁵⁸

IV.2.1.b. Resoluciones recurribles

Según hemos analizado en la definición del recurso, la queja posee un riguroso *numerus clausus* de resoluciones impugnables, es decir, únicamente determinadas resoluciones pueden ser impugnadas a través de este recurso. Estas resoluciones son los autos que denieguen la admisibilidad de un recurso vertical o devolutivo, emitidas por los

⁹⁵⁷ Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, cit., pág. 2089.

⁹⁵⁸ Para finalizar este epígrafe, vale señalar que existen otras comprensiones del recurso de queja, distintas a la que nos hemos referido. Así, ALSINA refiere que, en la legislación argentina, el recurso de queja es aquel que se puede interponer en caso de retardo de la justicia. Así, la parte puede interponer este recurso como intimación contra el juez remiso para que pronuncie su resolución dentro de un término breve, considerando el retardo experimentado, bajo apercibimiento de incurrir en multa. (*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo 2, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1942, pág. 637). Esta visión de la queja posee una naturaleza de reclamo antes que de recurso, además de ser netamente administrativa y no procesal. En todo caso, así entendida, la queja resulta muy común en lo procedimental administrativo. Por otro lado, también en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española –art. 218, inciso 1.º– existe un peculiar recurso “de queja” que procede contra los “autos no apelables” que dicta un Juzgado de instrucción en el marco de la fase de “sumario” del proceso ordinario por delitos graves.

juzgadores de instancia que emitieron la resolución impugnada. Ninguna otra resolución es susceptible de recurso de queja; así, por ejemplo, no se podrá recurrir en queja un auto que ordene o deniegue la práctica de una prueba, que habilite una fase procesal o que la dé por concluida.

En cuanto a los recursos cuya denegatoria habilita la queja, hemos sido claros e insistentes en que estos serán de naturaleza vertical o devolutiva –apelación y casación, además del extraordinario por infracción procesal en el caso español–. De allí que cuando un juzgador niegue la admisibilidad de un recurso de reposición, por ejemplo, no podrá recurrirse en queja respecto de tal negativa, pues el recurso de reposición es horizontal o no devolutivo. Así mismo, la única causa que posibilita la queja es que se haya dado una inadmisión del recurso vertical, de allí que la parte recurrida no se encuentre en posibilidad de presentar un recurso de queja en contra de un auto que hubiese aceptado a trámite el recurso vertical o devolutivo.

IV.2.1.c. Procedimiento

Considerando su naturaleza y fines, el recurso de queja ha de poseer un procedimiento expedito y simple, pudiendo ser directo o indirecto. Será directo cuando la parte que hubiere recibido la negativa a la admisibilidad del recurso vertical, presentase la queja directamente ante el juzgador *ad quem*. Por el contrario, será indirecto cuando la parte deba presentar su queja ante el juzgador *a quo* que denegó el recurso vertical principal, para que este remita la impugnación al superior, quien será el encargado de resolverla. La opción por lo directo o indirecto de la tramitación de la queja corresponde al legislador, según el diseño de los medios de impugnación que haya desarrollado, que se espera funcione como un verdadero sistema y no como un mero conjunto sin coordinación entre los distintos elementos conformantes.

En la modalidad directa, la parte, dentro del plazo legalmente previsto, ha de presentar su queja al juzgador al que hubiera correspondido conocer y resolver el recurso denegado. Ha de adjuntar a su queja los documentos de los cuales se pudiera establecer la incorrección del examen de admisibilidad realizado; estos documentos han de estar establecidos legalmente. Recibido el recurso por el Tribunal *ad quem*, le corresponderá verificar que la queja hubiere sido presentada dentro del tiempo y reuniendo los requisitos legalmente previstos. De haberse accionado correctamente la queja, el juzgador revisará la decisión del Tribunal *a quo* sobre la negativa del recurso principal y se pronunciará sobre ella, sea revocando la inadmisión del recurso principal o sea confirmando tal inadmisión. De no haberse accionado correctamente la queja, el juzgador la rechazará mediante resolución fundamentada.

En la modalidad indirecta, la parte deberá presentar su recurso de queja ante el juzgador que negó la admisión del recurso vertical, dentro del plazo y cumpliendo los requisitos que la normativa prevea. Esta modalidad requiere un imperativo legal que compela al juzgador *a quo* a remitir el expediente del caso al juzgador superior. Según hemos anotado, entrado en conocimiento el recurso por parte del superior y puesto en conocimiento de las partes el particular, únicamente restará la resolución de la queja que, como sabemos, únicamente podrá tener dos sentidos: la confirmación de la inadmisión del recurso vertical principal o su revocación y consecuente admisión del recurso vertical a trámite.

Un tema importante a considerar respecto del procedimiento del recurso de queja es que este debe poseer una tramitación preferente. Esto quiere decir, como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que los recursos de queja “deben ser decididos sin tener en cuenta el orden de vista, votación y fallo de los asuntos según su fecha de conclusión”.⁹⁵⁹ En efecto, encontrándose frente a la inminencia de una eventual violación al derecho al recurso legalmente previsto, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión⁹⁶⁰ –eventual indebida inadmisión de un recurso vertical–, se pretende que el recurso de queja sea atendido de manera privilegiada, sea con el fin de subsanar la violación verificada, sea con el objeto de despejar la duda existente sobre la resolución del Tribunal *a quo* y confirmar que la inadmisión fue debida. De esta forma no solo es que el legislador ha de establecer un procedimiento abreviado, sino que, además, ha de motivar la especial atención y resolución de este tipo de impugnaciones. Los juzgadores, por su parte, han de atender siempre a esta característica de la queja, dando prioridad a su tramitación y resolución.

Respecto a la oportunidad que se debe conceder a la contraparte para que ejerza su derecho a la contradicción, que, en la generalidad de los casos, se prevé en la tramitación de los recursos, en el caso de la queja se considera prescindible. En efecto, lo impugnado a través de este recurso no se relaciona con derechos de la contraparte, sino principalmente con una actuación eminentemente procesal del juzgador *a quo*, que amerita una urgente revisión auditora de parte del *ad quem*. Su contradicción la ejercerá cuando adquiera la calidad de parte recurrida, esto es, cuando se admita el recurso. Bien se puede sostener que en el recurso de queja la defensa de la contraparte sería la posibilidad de oponerse a la concesión del recurso principal y que por ello debería dársele audiencia para apoyar, de ser el caso, el criterio de inadmisión del juzgador *a quo*; sin embargo, la urgente tutela que amerita una eventual violación al derecho al recurso legalmente previsto, se pondera por sobre el derecho a la contradicción de la contraparte, que como ha quedado dicho, lo podrá

⁹⁵⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 495.

⁹⁶⁰ PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, cit., pág. 57. RIFÁ SOLER, José María, GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 283.

ejercer cuando efectivamente pase a ser la parte recurrida en el evento de que la impugnación principal se admita. Ahora bien, en estos casos en que no se haya dado audiencia a la contraparte en la sustanciación del recurso de queja, no deberá producir efecto de cosa juzgada formal la resolución que eventualmente admita a trámite el recurso inicialmente denegado, de manera que, al resolver sobre este último recurso, el tribunal *ad quem* pueda, a la vista de las alegaciones formuladas por la parte recurrida –que no pudo intervenir durante la queja–, rechazarlo sobre la base de que nunca debió haber sido admitido. Se fundamenta esta interpretación en la regla de que la cosa juzgada exige la identidad de partes;⁹⁶¹ regla que, a su vez, tiene su fundamento en el principio de audiencia o contradicción.

IV.2.2. El recurso de queja en la LEC

IV.2.2.a. Conceptuación del recurso de queja en la LEC

La LEC dispone que contra autos que denegaren la tramitación de recursos verticales, se podrá interponer recurso de queja –art. 494–. Si el Tribunal *ad quem* considera que el recurso vertical fue “mal denegado” ordenará al Tribunal *a quo* que “continúe con la tramitación” del recurso principal –art. 494–. Aun con tan someros contenidos queda desvelado en la LEC el carácter extraordinario de la queja, a saber: el *numerus clausus* de las resoluciones materia del recurso y la causa tasada de la impugnación.

Consideramos que la redacción utilizada por el legislador español, si bien suficiente, hubiese podido ser más lúcida. De hecho, en el art. 494, donde se establecen las reglas generales del recurso, nada se dispone respecto al motivo por el cual se puede impugnar, esto es, lo antijurídico de la inadmisión del recurso vertical o devolutivo principal. Es solo en el art. 495, el cual trata sobre el procedimiento de la queja, que se deja entender que la causa del recurso será que la tramitación de la impugnación principal fue “mal denegada”. Si bien la mención a una denegación “mala” resulta un buen genérico para entender en el contenido tanto los equívocos fácticos como los de Derecho de los que adoleciere la no aceptación a trámite del recurso principal, consideramos que bien se pudo utilizar otro término, acaso alguno más propio del lenguaje jurídico.

⁹⁶¹ Es decir, una resolución judicial no produciría efecto de cosa juzgada en un procedimiento pendiente cuando las partes de éste no coinciden con las partes del procedimiento finalizado en que se dictó aquella resolución. Así, la resolución que estima el recurso de queja dictada sin audiencia de la parte recurrida no podría tener efecto de cosa juzgada en el procedimiento de la impugnación principal, puesto que no existe una plena identidad entre las partes de este procedimiento pendiente –las cuales son dos, el recurrente y el recurrido– y las partes del procedimiento –ya finalizado– del recurso de queja –que solamente habría sido una: la recurrente–

IV.2.2.b. Resoluciones recurribles en queja en la LEC

En su art. 494, la LEC describe a detalle las resoluciones que son susceptibles de ser impugnadas a través de queja, a saber: “autos en que el Tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación.” Quedan por fuera del ámbito de este recurso:

- a) Los autos que denieguen la tramitación de un recurso de reposición –o, también, de un recurso en interés de la Ley, si es que algún día la regulación de este “recurso” llegara a entrar en vigor–;
- b) Los autos que acepten la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación.

Respecto a las resoluciones recurribles en queja existen dos interrogantes a despejar, la primera: ¿es posible presentar un recurso de queja contra aquel auto que negó la admisibilidad de un recurso vertical cuando su interposición fue evidentemente errada, como por ejemplo en el caso de la presentación de un recurso de casación en contra de una sentencia de primera instancia? La LEC no se ha detenido a regular la particular circunstancia a la que se refiere la interrogante, pues no corresponde al legislador agotar todos los supuestos que pueden ocurrir en el día a día de la aplicación de las normas y, ni mucho menos, regular todos los equívocos procesales o procedimentales en los que puedan incurrir las partes. Sin embargo, una interpretación conjunta y coherente de la norma nos hace concluir que no sería posible la procedencia de una circunstancia como la descrita, por más que del texto de la LEC pareciera posible que un litigante despistado pueda presentar un recurso de queja en contra de un auto denegatorio de un recurso vertical evidentemente mal planteado, como es el caso del ejemplo propuesto.

La interposición de un recurso de queja evidentemente improcedente, debería ser desechada en el menor tiempo posible por parte del propio juzgador *a quo*. Volviendo al ejemplo planteado, no nos parece aconsejable que la Administración de Justicia pierda tiempo cuando el caso reviste una claridad meridiana en cuanto a su improcedencia, como ocurre en el ejemplo planteado –interponer un recurso de casación en contra de una sentencia de primera instancia–. Aun cuando uno de los fines del recurso de queja sea la evaluación de si la resolución era o no recurrible, no la consideramos por encima de la racionalidad que debe imperar en la dirección del proceso. Procede, a nuestro criterio, que los juzgadores *ad quem* proscriban a través de sus oportunas resoluciones el ejercicio disfuncional de la queja. En los casos en los cuales se determine que este medio de impugnación ha sido utilizado como una herramienta para un litigio desleal, resulta imprescindible que se tomen las medidas correctivas del caso. Un medio para ello sería la imposición de costas y multas, según corresponda. Respecto de las costas, los artículos que regulan al recurso de queja nada prevén sobre aquello; por su parte, el art. 398 que prevé el tema de costas en caso de la

desestimación de las pretensiones de un recurso, regula únicamente el tema respecto de la apelación, la casación y la infracción procesal, si bien cabría sostener su aplicación analógica a todo tipo de recursos. Respecto de las multas, siempre que el Tribunal *ad quem* estimare que el recurso de queja se formuló “con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”, cabría la imposición de una multa, acorde lo dispuesto por el art. 247 LEC.

La segunda de las interrogantes a despejar es: ¿qué sucedería si, *contra legem*, el Tribunal *a quo* inadmite el recurso mediante una “providencia” en lugar de por “auto”? Comencemos recordando que las resoluciones judiciales revestirán forma de autos, cuando así la ley lo exigiera –art. 206.1.1.^a–. Respecto de las resoluciones que inadmiten los recursos de apelación, casación e infracción procesal, la ley de forma expresa exige que estos deben revestir forma de autos –arts. 458.3, 470.2 y 479.2–. El hecho de que un juzgador, inobservando los mandatos normativos antes indicados, dé forma de providencia a una resolución que debe poseer forma de auto –inadmisión de un recurso de apelación, casación o infracción procesal–, no puede afectar al legítimo derecho del justiciable al recurso legalmente previsto, que como conocemos, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.⁹⁶² Por ello, frente a una “providencia” que inadmita un recurso de apelación o de casación habría que considerar antes que su forma, su naturaleza jurídica. Este análisis corresponderá al juzgador competente para conocer el recurso de queja, quien ponderando la esencia jurídica de la actuación judicial por sobre su mera formalidad, debería declarar la plena admisibilidad de la impugnación extraordinaria y ciertamente, realizar el llamado de atención correspondiente al inferior por su actuación en contra de mandatos legales expuestos.

IV.2.2.c. Procedimiento del recurso de queja en la LEC

La LEC ha optado por una modalidad directa respecto a la tramitación del recurso de queja. Así, el art. 495 dispone que la impugnación debe interponerse ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, sin que sea necesaria notificación alguna del particular al Tribunal que denegó la tramitación del recurso. La parte posee el plazo de diez días, contados a partir de la notificación del auto que niega la tramitación del recurso vertical, para la interposición de la queja. Al recurso deberá acompañarse copia de la resolución recurrida, esto es, del auto que negó la tramitación del recurso de apelación, casación o extraordinario por infracción procesal. Si bien la LEC no lo ordena, entendemos que la parte debería también adjuntar copia del recurso cuya tramitación se negó, junto con la correspondiente constancia de presentación, a fin de que el Tribunal superior posea los elementos necesarios para determinar la corrección o incorrección del actuar del inferior.

⁹⁶² Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Artículo 24, Garantías Procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., pág. 42-44. PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, cit., págs. 80-86.

Recibido el recurso de queja, el Tribunal *ad quem* lo resolverá en el plazo de cinco días. En el evento de que el Tribunal considerase que la inadmisión del recurso vertical se ajustó a Derecho, notificará el particular al juzgador *a quo* para que de ello se tome nota en los autos del proceso. Si el Tribunal considerase que la inadmisión adoleció de vicios jurídicos o fácticos, ordenará al juzgador *a quo* continúe con la tramitación del recurso.

Cabe señalar que el trámite del recurso de queja no posee una fase de contradicción a favor de la contraparte, con lo cual comprobamos que el legislador español observa el criterio que sobre este tema, hemos desarrollado al finalizar el epígrafe IV.2.2.c. Es así que respecto del recurso de queja, al tener por objeto una actuación eminentemente procesal del juzgador *a quo* que no tiene relación con los derechos en litigio de la contraparte, a lo cual añadimos la especial tutela que amerita el derecho al recurso legalmente previsto y la plena conciencia de que la contraparte tendrá la oportunidad de defenderse en el evento de que el recurso principal –apelación, casación o infracción procesal– fuera admitido, queda habilitada la posibilidad de omitir la fase de contradicción de la parte contraria, como de hecho se la omite en el caso español.

Este procedimiento simple del recurso de queja previsto por la LEC, hace sentido con su naturaleza y fines. Al ser un recurso instrumental que persigue un único objetivo, no es necesario que se establezca un procedimiento con mayores actuaciones, notificaciones, traslados y mucho menos con vistas; corresponde pues a este recurso una tramitación escrita. El carácter preferente de la tramitación del recurso de queja se encuentra expresamente declarado en el primer inciso del art. 494, particular que se desarrolla a través de los tiempos que la LEC ha previsto para el conocimiento y resolución del caso.⁹⁶³ Así, únicamente cinco días otorga la ley al juzgador *ad quem* para que decida si la denegación del trámite del recurso vertical fue adecuada o no. Finalmente, la LEC dispone que contra el auto que resuelve el recurso de queja no se admite recurso alguno. Es claro que el legislador español buscó salvaguardar la celeridad y economía procedimental al vetar la posibilidad de que se impugne la decisión del recurso de queja, pero, además, resulta del todo lógico el tener por

⁹⁶³ En la Exposición de Motivos de la LEC también se refiere a este tema, en el siguiente sentido: “En cambio, respecto de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, cuya infracción puede producirse a lo largo y lo ancho de cualquier litigio, esta Ley descarta un ilógico procedimiento especial ante las denuncias de infracción y considera que las posibles violaciones han de remediarse en el seno del proceso en que se han producido. A tal fin responden, respecto de muy diferentes puntos y cuestiones, múltiples disposiciones de esta Ley, encaminadas a una rápida tutela de las garantías procesales constitucionalizadas. La mayoría de esas disposiciones tienen carácter general pues aquello que regulan es susceptible siempre de originar la necesidad de tutelar derechos fundamentales de índole procesal, sin que tenga sentido por tanto, establecer una tramitación preferente. En cambio, y a título de meros ejemplos de reglas singulares, cabe señalar la tramitación preferente de todos los recursos de queja y de los recursos de apelación contra ciertos autos que inadmitan demandas.”

definitivo el juicio revisor que, respecto de la admisión del recurso vertical, emita el juzgador que en última instancia resolvería dicho recurso.

IV.2.3. El recurso de hecho en el COGEP

IV.2.3.a. Conceptuación del recurso de hecho en el COGEP

El COGEP dispone que el recurso de hecho procede contra las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación, a fin de que el juzgador competente las confirme o las revoque –art. 278–. De esta previsión normativa podemos extraer todos los elementos caracterizadores del recurso. Así, su naturaleza extraordinaria se encuentra evidenciada en la determinación de una única causa que habilita la impugnación, esta es, la indebida denegación de un recurso de apelación o de casación. Queda también evidenciada la naturaleza vertical del recurso, al disponerse que el juzgador competente para conocerlo y resolverlo será el superior al juzgador que recibió el recurso y negó su admisión –arts. 280 y 281–.

Es clara la naturaleza tutelar de este medio de impugnación respecto del derecho al recurso legalmente previsto. Con él se busca proscribir toda práctica que deniegue ilegítimamente el acceso a la apelación o a la casación cuando el justiciable poseía derecho a recurrir. Según hemos analizado en el acápite IV.2.1.a, varios pueden ser los motivos por los cuales un juzgador de instancia no considere la admisión de una apelación o una casación, entre ellos, error lato, prevención o ánimo de no ser corregido. Por ello, resulta indispensable la existencia de un medio de impugnación a través del cual la parte tenga la posibilidad de que un juzgador superior corrija los yerros del inferior que, al impedir la tramitación de un recurso, termina denegando la administración de justicia.⁹⁶⁴ Por ello el recurso de hecho, más que una mera vía a través de la cual se ejerza un control de legalidad, constituye un medio para realizar un control de justicia, frente a un actuar judicial que perjudique a la parte en uno de sus derechos procesales fundamentales.⁹⁶⁵

⁹⁶⁴ En concordancia con lo señalado, la CC (Ecu), en la Sentencia N° 045-15-SEP-CC, Caso N° 1055-11-EP, del 25 de febrero de 2015 manifestó que: “El recurso de hecho (...) tiene por objeto viabilizar que la CNJ (Ecu) pueda 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 éste no quede en indefensión ante una eventual arbitrariedad judicial cometida por parte de un Tribunal de instancia. (...) por medio del recurso de hecho, el máximo órgano de justicia ordinaria tiene la potestad de revisar si la denegatoria del recurso de casación se ajustó o no a los requisitos previstos en la Ley de la materia.”

⁹⁶⁵ En este sentido, la CC (Ecu) se ha pronunciado identificando al recurso de hecho “como un recurso subsidiario que procede cuando el órgano judicial ante el cual se interpone el recurso de apelación o casación lo ha denegado directamente, con el fin de que sea la autoridad judicial superior la que conozca del recurso de hecho y, por consiguiente, de ser aceptado se pronuncie sobre la apelación o casación inicialmente interpuesta, según sea el caso.” CC (Ecu), Sentencia N.º 036-15-SEP-CC, Caso N° 0508-13-EP, del 11 de febrero de 2015.

Lo que refiere al remedio jurídico que el legislador ha otorgado a la procedencia del recurso de hecho, esto es, la revocatoria del auto denegatorio de la apelación o de la casación, es adecuado, ya que cualquier decisión judicial que vulnere un derecho procesal constitucionalizado es nula. En efecto, la Constitución ecuatoriana prevé el derecho de las personas al debido proceso y dentro de éste, como una de sus garantías, el derecho a recurrir resoluciones emitidas en procesos donde se discuta sobre sus derechos –art. 76.7.m–. Por tanto, cuando un juzgador deniega ilegítimamente el acceso al justiciable a un recurso que le asistía, no solo inobserva la norma legal adjetiva que contenga el recurso, sino que además se vulnera el derecho constitucional que acabamos de citar.

De los temas aquí expuestos y analizados, concluimos que el entendimiento del COGEP respecto a la naturaleza y fines jurídicos del recurso de hecho es adecuado; pasamos entonces a realizar el estudio del procedimiento de este medio de impugnación, donde sí encontraremos algunas particularidades que ameritarán una postura crítica al respecto.

IV.2.3.b. Resoluciones recurribles en hecho en el COGEP

En su art. 278, el COGEP determina las resoluciones que son susceptibles de ser impugnadas a través del recurso de hecho, a saber: “las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación”. Quedan por fuera del ámbito de este recurso:

- a) Las sentencias y cualquier otra providencia que no se refiera a la calificación de un recurso.
- b) Los autos que denieguen la tramitación de recursos de reforma o revocatoria;
- c) Los autos que acepten la tramitación de los recursos de apelación o casación.

De forma adicional, el COGEP establece en su art. 279, que no procede el recurso en los siguientes casos:

- a) “Cuando la ley niegue expresamente este recurso o los de apelación o casación.”
- b) “Cuando el recurso de apelación o el mismo de hecho no se interpongan dentro del término legal.”
- c) “Cuando, concedido el recurso de apelación en el efecto no suspensivo, se interponga el de hecho con respecto al suspensivo.”

Respecto del segundo caso de no procedencia, cabe realizar una observación. A primera vista parecería que dicha causal torna en inútil al recurso de hecho, toda vez que uno de los motivos comunes para interponer dicho medio de impugnación es la oposición al criterio del Tribunal *a quo*, respecto del plazo de interposición del recurso principal – apelación o casación–, es decir, la discusión esencial del recurso de hecho puede ser si se recurrió o no dentro del plazo, lo cual, de hecho es común en la práctica ecuatoriana, en vista

de los días de asueto obligatorio que suelen ser decretados pero que deben ser recuperados en jornadas sabatinas –las discrepancias en el cómputos de los plazos suelen ser frecuentes–. Sin embargo debemos reparar en el hecho de que esta inadmisión está prevista únicamente en el caso de la apelación y no de la casación, pues por mandato del art. 256 del COGEP, la apelación a de interponerse de manera oral e inmediatamente después de emitido el fallo oral, en la misma vista; mientras que la casación sí se la interpone por escrito en un plazo de diez días contados a partir de la ejecutoria de la resolución –art. 266–. Entonces, se explica la corrección de esta causal de inadmisión en lo que refiere a la interposición de apelaciones a resoluciones escritas.

Ahora bien, cuando se trate de la apelación de resoluciones escritas, que según hemos analizado no se encuentran reguladas en cuanto a su plazo de interposición –epígrafe III.5.3.c–, la causal segunda de improcedencia prevista por el citado art. 279, sí traerá inconvenientes. Ante estos casos, así como en los casos de la presentación misma del recurso de hecho que pueda ser considerada como extemporánea por el *a quo*, vuelve inútil a este medio de impugnación. Debe advertirse que, como enseguida se dirá, quien originalmente valoró que la apelación fue extemporánea y por tal motivo la rechazó, será el mismo que valorará si el recurso de hecho procede en virtud, precisamente de la temporalidad del recurso principal respecto de lo cual, ya posee un criterio determinado. No podemos sino considerar como un grave error del legislador ecuatoriano la previsión normativa constante en el art. 279.b del COGEP que torna, en los casos a los que nos hemos referido en este párrafo, estéril al recurso de hecho.

IV.2.3.c. Procedimiento del recurso de hecho en el COGEP

A diferencia de lo que ocurre con el caso español, la ley procesal ecuatoriana ha escogido una modalidad indirecta respecto a la tramitación del recurso de hecho. Así, el recurrente posee el término de tres días siguientes al de la notificación de la providencia denegatoria, para interponer el recurso de hecho ante el mismo órgano judicial que la dictó –art. 280– y no directamente ante el juzgador competente para resolver el recurso cuya tramitación ha sido denegada, como ocurre en España. Recibido el recurso, el juzgador deberá realizar el examen de admisibilidad del recurso de hecho que se refiere a comprobar si la impugnación fue interpuesta dentro del tiempo pertinente y si no incurre en alguno de los casos de no procedencia previstos por el art. 279 del COGEP. Es necesario señalar que este trámite lleva a la inutilidad del recurso hecho, pues resulta que el juzgador que denegó el recurso principal, es quien también puede denegar el recurso de hecho previsto justamente para controlar la primera denegación. A esto debemos añadir que el citado art. 279 del COGEP, dispone que en el evento de que el juzgador *a quo* acepte a trámite el recurso de hecho en inobservancia de las causales de no procedencia y eleve así el proceso al superior, deberá ser sancionado. Resulta evidente que el tratamiento que el legislador ha dado al

recurso de hecho lo puede tornar estéril, dejando al derecho al recurso legalmente previsto sin un medio eficaz para su tutela, en evidente vulneración del derecho a la defensa.

De manera adicional a lo que acabamos de analizar, demos señalar que el procedimiento que el COGEP ha establecido para la tramitación del recurso de hecho resulta deficiente. Así, una vez admitida la impugnación, el *a quo* la remitirá al Tribunal competente para su tramitación, para lo cual posee el plazo de cinco días –art. 281–. Nada dispone el COGEP respecto a los documentos que el inferior deberá acompañar al recurso. La costumbre –ciertamente no reglada– ha sido el envío del expediente del proceso conjuntamente con el recurso de hecho, para que en el evento de que el superior lo acepte, continúe de inmediato la tramitación de la impugnación principal. Respecto de la apelación esto era por completo factible, por el efecto suspensivo que, al igual que hoy, posee este recurso. En el caso de recurso de casación, la costumbre también era enviar el expediente y de aceptarse el recurso, el trámite de la caución que se debería constituir para que la casación tuviera efecto suspensivo, que ordinariamente correspondía al *a quo* era directamente realizado por el *ad quem*. Solo en el caso de que no se constituyera la caución y la casación se concediera con efecto no suspensivo, el expediente era devuelto al juzgador de origen. En todo caso, como hemos anotado, nada refiere el COGEP sobre estos particulares, como tampoco lo hacía la anterior legislación procesal ecuatoriana, con lo cual se perdió la posibilidad de regular de forma expresa la costumbre que hemos relatado.

Arribado el recurso al *ad quem*, únicamente se dispone que: “El Tribunal de apelación admitirá el recurso o lo inadmitirá. Si lo admite, tramitará el recurso denegado en la forma prevista en este código. Si lo inadmite devolverá el proceso al inferior para que continúe el procedimiento” –art. 283–. Según apreciamos, constituye un error del legislador el singularizar al recurso de apelación en el art. 283, cuando la previsión en él debió comprender también al recurso de casación. En estricto Derecho, el recurso de hecho respecto de la casación ha quedado por fuera de la regulación, careciendo de trámite para su fase resolutoria. Los errores del legislador ecuatoriano, en contraste con la naturaleza pública del Derecho procesal, nos generan graves conflictos al momento de interpretar y aplicar la normativa. ¿Se debería aplicar al recurso de casación por analogía el trámite expresamente previsto para el recurso de hecho respecto de apelaciones? Pues la respuesta parecería ser afirmativa ya que, de no hacerlo, sería inviable la tramitación de los recursos de hecho en casos de casación por falta de procedimiento.

Adicional a lo anotado, evidenciamos en el texto del art. 283 que ha sido citado, que el legislador ecuatoriano no ha establecido tiempos que el juzgador *ad quem* deba observar para la resolución del recurso de hecho y tampoco ha establecido fórmula alguna para garantizar su prioritaria y expedita atención. El descuido del legislador en este aspecto es, al igual que en los otros casos, censurable, pues no basta con el conocimiento teórico respecto de la importancia del recurso de hecho como mecanismo de tutela del derecho al recurso

legalmente previsto, sino que resulta imprescindible que la ley instrumentalice tal circunstancia a través de mecanismos para que el juzgador preste especial cuidado a este tipo de impugnación o, al menos, se prevean plazos expresos que deban ser rigurosamente atendidos en la tramitación y sobre todo en la resolución del recurso. La necesidad de una urgente reforma del COGEP, a fin de que se regulen debidamente los medios de impugnación de los actos procesales, nos resulta más que evidente.

Finalmente señalaremos que el trámite del recurso no prevé la posibilidad de que la contraparte presente su posición respecto a la impugnación de hecho, al igual que ocurre en la regulación española de la queja. Este punto, no dista de la comprensión del tipo de impugnación analizada, donde se pondera por encima de la contradicción, a la clase de actuación judicial observada, la urgencia de la tutela del derecho del recurso legalmente previsto y la certera oportunidad que la parte contraria tendrá para ejercer su contradicción en el evento de que se acepte el recurso de hecho y se tramite el recurso principal. Este punto, por tanto, no posee reparos de nuestra parte.

IV.2.4. Análisis comparado de la regulación española y ecuatoriana sobre el recurso de queja o de hecho

IV.2.4.a. Conceptuación

El recurso de queja o de hecho, por ser de temática reducida y de tramitación simple, suele ser estudiado de forma breve por muchos autores. No obstante, este recurso no debe ser minimizado en virtud de tres razones fundamentales:

1. A través de este medio de impugnación se tutela el derecho al recurso legalmente previsto. Según hemos sostenido, errores inconscientes o conscientes por parte de los juzgadores *a quo* pueden llevar a que un recurso vertical correctamente interpuesto se vea frustrado por una equívoca denegatoria, siendo el recurso de queja o hecho la vía para que tal circunstancia sea superada.
2. El recurso de queja o hecho provee de certidumbre a las partes, que dubitativas respecto a la corrección de la inadmisión del recurso vertical, pueden alcanzar certeza sobre el particular a través de la resolución del juzgador *ad quem*, cuyo papel frente al recurso de queja es la de un riguroso censor de la actuación de su inferior.
3. Todas y cada una de las fases, etapas o instancias del proceso deben operar en plena armonía entre sí, por lo que la previsión de una y otra siempre deben ir en función de un todo coherente. De allí que no se puede descuidar a instituto alguno dentro del proceso, pues aun cuando se trate de una mínima fase procedimental, esta puede

provocar una crisis en la tramitación de la causa o, al menos, una disfunción, lo cual, desde el legislativo y desde la judicatura, ha de evitarse.

Por estos motivos, aun un recurso tan breve en su tramitación y puntual en su temática debe insertarse debidamente en la lógica general del proceso, a fin de no constituir un óbice, inclusive cuando resultase menor, para la consecución de los objetivos de una adecuada administración de justicia a partir de lo procesal. En lo que se refiere a las legislaciones en nuestro análisis, ambas consagran su naturaleza extraordinaria y vertical. En el caso de España, el papel garantista del recurso de queja respecto del derecho al recurso legalmente previsto, es adecuado. Por ello podemos afirmar que España posee un cabal entendimiento de la naturaleza, fines e importancia de la previsión de este recurso dentro del catálogo de medios de impugnación de los actos procesales.

Ahora bien, en el caso de la legislación ecuatoriana, aunque la comprensión conceptual del recurso de hecho es en general correcta, algún aspecto de su desarrollo legal resulta deficiente, llegando incluso a inutilizar al medio de impugnación en ciertos casos. En efecto, el art. 279.b del COGEP prevé que el recurso de hecho no procede si la apelación fue presentada extemporáneamente. Cuando nos enfrentamos a apelaciones a resoluciones escritas, cuyo plazo de interposición no se encuentra reglado, puede existir una controversia respecto a la temporalidad de su interposición. En estos casos, este mandato resulta contrario a uno de los principales objetivos del recurso, el cual es la impugnación de un errado cómputo de los plazos legales para presentar el recurso principal. Por tanto, el COGEP excluye al recurso de hecho de una de sus finalidades esenciales y a más de esto, se preocupa de reforzar la exclusión disponiendo que el juez que dictaminó la extemporaneidad de la apelación a resoluciones escritas, sea el mismo que verifique la admisión del recurso de hecho a la luz del citado art. 279.b y en el caso de que habilite al recurso en contra de su criterio anterior, esto es, en contra de su dictamen de extemporaneidad de la apelación, tal juzgador será sancionado. La circunstancia aquí descrita, que es idéntica al rechazo del recurso de hecho dada la calificación de extemporáneo por el *a quo*, constituye un grave limitante para la tutela del derecho al recurso legalmente previsto, por lo que amerita una reforma urgente, siendo la legislación española un referente respecto a cómo comprender en debida forma la naturaleza y finalidades del recurso de hecho.

IV.2.4.b. Procedimiento

Nuevamente la escritura se presenta como la forma procedimental más adecuada para la tramitación del recurso de queja o de hecho. Al no existir necesidad de intermediación en el recurso, resulta conveniente el que la impugnación conste por escrito y sea tramitada de tal manera. En efecto, considerando la materia controvertida en la queja o hecho –denegación de un recurso vertical interpuesto– el Tribunal debe juzgarla a través del estudio documental y, en corto tiempo, emitir la resolución respectiva. Por el contrario, de preverse la realización

de una vista para la presentación de la impugnación, se estaría forzando a los Tribunales superiores a ubicar fechas para tales comparecencias y a destinar al asunto un tiempo muy superior al que hubieren utilizado en el estudio de un escrito. Sobre este punto hemos de tener en cuenta que, restringiéndose el recurso de queja o hecho a una revisión auditora del Tribunal *ad quem* respecto de la inadmisión dispuesta por el Tribunal *a quo*, ni siquiera resulta necesario notificar a la contraparte sobre el particular, pues en estricto sentido, no es titular de derecho alguno que defender respecto a la correcta o incorrecta labor jurisdiccional en este específico caso.

La LEC, que como sabemos implementó la forma oral en el proceso civil español, se ha decantado por un procedimiento escrito para el recurso de queja. Esto hace mucho sentido pues a lo largo de nuestro análisis hemos comprobado que el legislador español no se ha alineado con los postulados más rígidos de la oralidad, valorando las bondades que la forma escrita provee en varios casos para la sustanciación del proceso. El procedimiento del recurso de queja dispuesto por la ley procesal civil española es sencillo y ha optado por la modalidad directa respecto a la tramitación de la impugnación. En efecto, recibida la inadmisión del recurso vertical, la parte no trabará incidente alguno ante el Tribunal negador, debiendo presentar su queja directamente ante el Tribunal al cual correspondería el conocimiento del recurso no admitido. Sin más trámite, es decir, sin notificación ni a la parte contraria ni al Tribunal inferior, ni actuación de pruebas, el superior examinará y resolverá sobre la corrección o incorrección de la inadmisión. Notificada la resolución, han de verificarse los efectos de la misma, según el caso, la continuación con la preparación del recurso vertical o la constancia en autos de la confirmación de la inadmisión, con lo cual concluye la tramitación del recurso de queja.

Es nuestro criterio que la previsión del recurso de queja en la normativa procesal civil española es por completo adecuada. El legislador español se ha valido de la escritura y la ha moderado de manera adecuada para que el procedimiento aporte los caracteres de celeridad y economía cuya concreción deviene en uno de los objetivos de esta clase de recursos. El no prever fase de preparación para esta impugnación ante el Tribunal *a quo* responde a la regla general de ausencia de efectos suspensivos de los recursos de apelación y casación respecto de las resoluciones impugnadas, particular que, así entendido, presenta una regulación coherente y funcional de la queja respecto del proceso en general.

En lo que respecta al caso ecuatoriano, la previsión de un trámite enteramente escrito para el recurso de hecho es una novedad, pues, como hemos expuesto a lo largo de este capítulo, el legislador ecuatoriano ha otorgado tramitaciones verbales con celebración inevitable de vista, a la apelación e incluso a la casación. Las bondades del trámite escrito para el recurso de hecho, que hemos analizado respecto del caso español, son evidentemente aplicables al caso ecuatoriano, máxime tratándose del mismo recurso. Lo que diferencia al caso español del ecuatoriano es la deficiente previsión de este respecto de las fases del

procedimiento, las cuales, como hemos demostrado en el acápite IV.2.3.c, son reguladas únicamente respecto del recurso de hecho cuando sea interpuesto respecto de autos que denieguen la tramitación de recursos de apelación, mas nada refiere respecto a aquellos que se relacionen con recursos de casación. Deficiencia muy grave que forzará a juzgadores y justiciables a utilizar la analogía que, si bien resulta procedente en este caso, nunca es recomendable cuando nos enfrentamos a normas de Derecho público.

Otra importante diferencia respecto del procedimiento del recurso de hecho ecuatoriano es la falta de previsión de mecanismos para asegurar el tratamiento prioritario de la impugnación. El trámite se ve desprovisto de la determinación de tiempos para que el juzgador superior lo resuelva, así como tampoco existen disposiciones que caractericen el carácter urgente de su atención. Estas dos claras falencias de la legislación ecuatoriana tornan a la regulación del recurso de hecho en equívoca y necesaria de una reforma, en línea con lo que sí prevé la legislación procesal civil española.

IV.2.4.c. Disposiciones respecto a la concreción de los principios del procedimiento

Según lo hemos anticipado ya, al igual que ocurre con el recurso de casación, en el recurso de queja o hecho la inmediación y la concentración ceden el protagonismo que poseen en las instancias, a favor de la celeridad y economía como máximas procedimentales a seguir en la conducción del proceso. En la queja o hecho no se hace necesaria la cercanía vivencial del caso por parte del juzgador, pues la materia recursiva no lo amerita –revisión de la inadmisión de un recurso vertical–. De hecho, el correcto estudio de la impugnación se logra, en el caso de la queja o hecho, a través de la revisión de la resolución escrita objetada a la luz de los argumentos del recurrente, también expresados por medio escrito. Se pretende, eso sí, que tal estudio y posterior resolución de la impugnación sea expedita y que no implique incurrir en ingentes esfuerzos o recursos.

Además, siendo el objetivo principal de la queja la tutela del derecho al recurso legalmente previsto, el cual se vulnera por la indebida negación de una impugnación vertical, resulta imprescindible que el procedimiento coadyuve al rápido y no gravoso restablecimiento del derecho inobservado. De hecho, no se debe desatender a esta importantísima función del recurso de queja, pues más allá de una vía de control de la corrección de las resoluciones judiciales, comporta un medio directo para la defensa de un derecho fundamental de la persona –derecho a la tutela efectiva sin indefensión–. Siendo esta la dinámica de los principios del procedimiento frente al recurso de queja o hecho, resulta evidente, tal como analizamos en el acápite anterior, que la forma procedimental que de mejor manera coadyuva a la aplicación de estas aspiraciones procedimentales específicas es la escritura; en consecuencia, mucho dependerá de su elección el que se concreten o no dichas aspiraciones.

Respecto al caso español, los principios de celeridad y economía se encuentran debidamente observados, tanto por la opción de la escritura para el procedimiento de la impugnación, como por los plazos y por la tramitación directa que prevé la LEC. Adicionalmente, el legislador español, consciente de la especial relevancia que posee la celeridad en el recurso de queja, la ha pretendido garantizar también a través del imperativo de tramitación preferente. El carácter preferente de la tramitación del recurso de queja se encuentra expresamente declarado al final del primer inciso del art. 494: “Los recursos de queja se tramitarán y resolverán con carácter preferente”. En la Exposición de Motivos de la LEC también se refiere a este tema, señalando que varios de los contenidos de la ley están encaminados a la rápida tutela de las garantías procesales constitucionalizadas, tal siendo el caso del establecimiento de una tramitación preferente para el recurso de queja.

En relación al caso ecuatoriano nos ha resultado evidente que no existe opción por la celeridad, ya que el descuidado desarrollo normativo del recurso no contiene ninguna disposición que coadyuve a la concreción de los postulados del principio de celeridad, que posee la importancia cardinal entre los principios del procedimiento respecto de este recurso. La reforma procesal ecuatoriana adolece de este tipo de yerros que, a nuestro criterio, obedecen a una mala comprensión de lo que la oralidad representa, junto con la falta de una visión sistémica del proceso. Respecto a lo primero hemos comprobado que el legislador ecuatoriano ha forzado la forma oral en prácticamente todo el proceso, aun a costa de los caracteres propios de ciertas instancias o fases, como es el caso de la casación. En lo que hace relación con la comprensión sistémica del proceso, es evidente que el legislador prestó más atención a regular los procedimientos de primera instancia y descuidó a los recursos, así como de la manera en que de forma correcta deben insertarse en un modelo procesal por audiencias, siendo otro paradigma de tal descuidado proceder la regulación del recurso de hecho.

CONCLUSIONES

I

El proceso constituye el instrumento a través del cual se administra justicia. Comporta un conjunto de derechos, obligaciones, cargas y actuaciones, a través del cual, por una parte se concreta la previsión abstracta de los derechos a la acción y a la contradicción y, por otra, el ejercicio público de la jurisdicción –tutela y realización del Derecho–. Los principios que informan al proceso hacen relación con este entendimiento del instituto –al que hemos denominado “material”, para diferenciarlo del entendimiento “formal” del proceso que lo identifica como una mera sucesión de actos. En efecto, los principios jurídico naturales de igualdad y contradicción informan respecto a la necesidad de que el proceso se estructure como un medio en el cual las partes puedan actuar en igualdad de condiciones frente a la jurisdicción, así como se encuentren siempre en condiciones de ejercer la defensa de sus derechos tanto sustantivos como adjetivos, cuando estos se encuentren puestos a conocimiento y resolución de un juez.

Por otra parte, los principios jurídico técnicos dispositivo y de oficialidad del proceso informan sobre la manera en que la jurisdicción actuará en cada caso concreto, dependiendo de la posición sociopolítica que el legislador haya elegido para el juzgamiento de una materia específica. Así, el proceso puede configurarse para atender a derechos privados susceptibles de ser dispuestos por sus titulares, donde corresponde a las partes dar inicio al proceso, fijar su objeto y determinar incluso libremente el modo de terminarlo. De igual manera, el proceso puede configurarse para atender un conflicto o situación con trascendencia jurídica que involucra al interés público. En estos casos, sin vinculación de la voluntad de los particulares, el proceso se iniciará, tramitará y resolverá oficiosamente siempre que la tutela del interés público así lo requiera.

Es así que el proceso, más allá de una mera secuencia de actos, debe ser comprendido como un instituto complejo al servicio de una las funciones connaturales del Estado para con su sociedad: la resolución pública y conforme a Derecho de conflictos suscitados en el seno de la sociedad –vía de supresión de la toma de justicia por mano propia–. De otra manera no se entiende ni los principios que lo informan –mismos que ninguna relación hacen con la idea de “sucesión de actos”– ni los distintos elementos que lo conforman.

II

Uno de los elementos que componen al proceso es el procedimiento, el cual constituye el trámite específico que posee. En efecto, el procedimiento constituye la expresión externa del proceso, esto es, el conjunto de principios, fases, tiempos y formas a través de las cuales

se realiza y tramita el proceso. Se trata, ahora sí, de la serie o sucesión de actos procesales a través de los cuales se administra justicia, que a nuestro criterio, amerita su nominación autónoma e independiente del instituto al cual pertenece; de allí la importancia de distinguir entre proceso y procedimiento.

La configuración del procedimiento o trámite será potestad del legislador, quien, en cada caso concreto, habrá de analizar las necesidades sociales y las casuísticas para establecer de una u otra manera la serie de actuaciones de las partes y del juez, así como las distintas etapas y tiempos que han de configurar el aspecto más adjetivo del proceso.

III

Así como el proceso posee principios informadores, así también los posee el procedimiento. Los principios del procedimiento devienen en máximas que informan el cómo se ha de estructurar y aplicar la serie o sucesión de actos con la cual se tiende a administrar la justicia. A diferencia de lo que ocurre con los principios jurídico naturales del proceso, los del procedimiento no dimanar de derechos fundamentales del ser humano o de su dignidad –audiencia e igualdad–, sino de la experiencia y de la lógica humana respecto a cómo se han de ejecutar las actividades de una manera eficaz y eficiente en lo que a la tarea de administrar justicia se refiere. A los principios del procedimiento no se los debe entender como concepciones económico-políticas de la organización social, como sí se los entiende a los principios jurídico técnicos del proceso, sino más bien como postulados que ha sido desarrollados a partir de los conocimientos y las conclusiones extraídas de la observación y de la práctica judicial.

Utilizamos el término principio y no regla o criterio, pues consideramos que las máximas a los que nos referiremos lo son tales, al cumplir su función de ayuda a la interpretación del fenómeno procedimental; servir como elementos integradores frente a una laguna legal; y, funcionar como marco teórico para las discusiones *lege ferenda*. El hecho de que los principios del procedimiento no sean absolutos ni de obligatoria observancia no le restan su calidad, pues incluso los mandatos de los principios jurídico naturales del proceso no siempre son absolutos, pudiendo la intensidad de su aplicación temperarse por parte del legislador, así como los principios jurídico técnicos del proceso pueden ser libremente elegibles.

Los principios que, a nuestro criterio, corresponden al procedimiento son los de intermediación y mediación; concentración y fraccionamiento; preclusión y elasticidad; publicidad y secreto; celeridad; y economía. De entre estos, en la actualidad se ha valorado y poseen aceptación en la sociedad, en las legislaciones y en la doctrina los principios de intermediación, concentración, preclusión, publicidad, celeridad y economía, como máximas

que guían al legislador, al juzgador y a las partes en la tarea de realizar un proceso más eficiente y eficaz desde la perspectiva procedimental, buscando que el trámite coadyuve siempre a la mejor consecución de los fines del proceso.

Se debe tener en cuenta que lo anterior no significa que los principios antitéticos a los mayormente valorados sean negativos. Por el contrario, dependiendo de las necesidades y características específicas del proceso, el legislador puede legítimamente optar por desarrollar un trámite mediato, fraccionado, elástico o secreto. Insistimos en que son las circunstancias propias de cada tipo de proceso, las que determinarán a cuál de los principios procedimentales el legislador habrá de recurrir para regular el trámite de forma que atienda de mejor manera a tales circunstancias, en pos de que el trámite se ajuste a las necesidades superiores del proceso.

IV

La inmediación es el que mayor acogida posee en la actualidad, como principio que informa cómo ha de regularse el procedimiento con el fin de que el juzgador pueda recoger de manera directa la mayor cantidad de elementos que abonen a la formación de su convicción de juzgamiento. El contacto directo entre las partes, sus argumentos y pruebas con el juez se considera el medio para lograr el mejor entendimiento y valoración del asunto litigioso, en relación con las pretensiones de las partes y los medios que poseen para sustentarlas. En este sentido, tres son los postulados rectores concomitantes del principio de inmediación: (i) el procedimiento debe contar con fases o etapas en las cuales las partes, los terceros convocados al proceso y el juez puedan establecer un diálogo personal; (ii) la imprescindible presencia del juez en aquellas fases o etapas de contacto directo con las personas que intervienen en el proceso, dirigiendo el acto de tal manera que se propicie una producción correcta de las alegaciones y pruebas, a fin de conseguir una adecuada apreciación de las mismas; y (iii) la necesidad de que el juez que ha mantenido aquel contacto directo, sea el que resuelva el caso.

El principio de concentración propugna que los distintos actos procesales y etapas del procedimiento se reúnan, a efectos de su ejecución, en una sola comparecencia o, de no ser posible, en muy pocas próximas entre sí. Esto, teniendo en cuenta lo dificultoso, por no decir imposible, que resulta para una persona el retener todo lo observado y escuchado durante una comparecencia, mucho más cuando han existido varios intervinientes y se han tratado diversos temas en ella. Es claro que el objetivo de este principio es lograr que no se diluyan, con el paso del tiempo, los conocimientos e impresiones que un juez hubiera obtenido a través del contacto inmediato con las partes.

El principio de celeridad va a informar sobre el correcto entendimiento, moderación y respuesta a la aspiración social de contar con una administración de justicia expedita. Este principio no busca una aceleración artificial del procedimiento, sino, más bien, propugna la previsión y aplicación de plazos razonables tanto con las aspiraciones de los litigantes, cuanto con la realidad de los órganos jurisdiccionales; así también el principio proscribire que el procedimiento adolezca de dilaciones indebidas, no razonables o injustificadas.

El principio de preclusión informa que las diversas etapas del proceso se desarrollen en forma ordenada, según la sucesión establecida por el legislador, mediante el cierre definitivo de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos. De esta forma, el transcurso de los distintos momentos procesales comporta la pérdida de los poderes procesales que no hubieren sido oportunamente ejercitados. El principio de preclusión despliega sus postulados en pos de la seguridad jurídica y la certeza de las partes respecto a lo que ocurre, puede ocurrir o ya no puede ocurrir durante la tramitación del proceso.

El principio de economía posee dos postulados rectores denominados la economía de esfuerzos y la economía de gastos. En virtud del postulado de economía de esfuerzos, el procedimiento ha de responder a criterios de simplicidad, alejándose de formalismos extremos o de caducos actos sacramentales que puedan distraer a las partes o aminorar el protagonismo de la materia litigiosa, que siempre debe constituir el centro de los esfuerzos durante el proceso. También el procedimiento ha de poseer reglas claras en su previsión normativa, a fin de evitar confusiones respecto a la pertinencia o no de un determinado acto procesal en un momento específico, o respecto a cómo solucionar inconvenientes que pudieran ocurrir durante el desarrollo del procedimiento. Respecto al postulado de la economía de gastos, se propende a que el procedimiento ocasione los menores gastos posibles tanto para el erario público del cual se nutre la función jurisdiccional, cuanto para los litigantes. No se busca un ahorro de recursos que vaya en desmedro de una adecuada administración de justicia, sino la obtención de los mayores resultados con la menor inversión dineraria, tanto para las arcas públicas como para los particulares.

Finalmente, la publicidad dentro del proceso posee la categoría de derecho fundamental; no obstante, también podemos entenderla como un principio del procedimiento en la medida en que informa la manera en que, externa e internamente, se consagrará el acceso a lo que ocurre durante la tramitación del proceso. La publicidad externa propugna que todos los ciudadanos tengan libre acceso a la actividad judicial, que la conozcan y vigilen. Se permite de esta manera una veeduría permanente de la labor del juez, que puede redundar en su crédito o descrédito, confianza o desconfianza social, sin que ello comporte una exacerbación del morbo o una mediatización del proceso. La publicidad externa, que es considerada como regla general, posee excepciones en atención a las materias que se ventilan en la medida en que ellas posean una alta sensibilidad pública que justifique el secreto. Por

otro lado, la publicidad interna está íntimamente ligada a la concreción del derecho a la defensa. En virtud de ella, y únicamente respecto a las partes que intervienen en el proceso, se anulan todas las reglas de secreto que pudieren verificarse en la dimensión externa del principio. De esta forma, aún en aquellos casos en que no se permita a terceros la presencia en las comparecencias o el acceso al expediente, las partes deberán siempre ser notificadas respecto de toda actuación que su contraparte realice, así como podrán revisar cualquier tipo de documento que hubiere sido aportado. La plena comunicación de todo cuanto ocurre en el proceso entre los distintos sujetos procesales es la base para que estos puedan ejercer la defensa de sus derechos.

V

En la primera instancia del proceso civil, donde se realiza la exposición extensa de las posiciones litigiosas de las partes y donde se ponen en conocimiento y valoración del juzgador las pruebas que estas poseen para sustentar sus posiciones, principios como la inmediación, la concentración, la celeridad y la economía adquieren protagonismo, en la medida en que sus postulados abonan a la adecuada construcción de un procedimiento que coadyuve a un mejor juzgamiento del caso. En efecto, el contacto directo entre el juzgador y las distintas actuaciones argumentativas y probatorias de las partes y de terceros constituye el medio más adecuado para que el juez logre obtener los elementos para la mejor formación de su criterio de juzgamiento –inmediación–. Es importante que los beneficios que estos contactos directos proporcionan no se aminoren o pierdan por el paso del tiempo, de allí que se propenderá a que la mayor cantidad de actos procesales se reúnan en una sola ocasión y que la sentencia se emita de la manera más próxima a la culminación del debate –concentración–. Se busca que el trámite sea expedito, pero con ello no se pretende un aceleramiento artificial del procedimiento, sino que este posea una duración razonable, proscribiendo las demoras injustificadas –celeridad–. De igual manera se pretende un procedimiento conveniente desde la perspectiva económica para el erario público y para las partes, de tal forma que el despacho del caso se consiga a satisfacción con la menor inversión de recursos y esfuerzos posible –economía–.

La doctrina y las legislaciones occidentales contemporáneas han valorado con especial atención estos principios como los informadores de la primera instancia desde la perspectiva procedimental. Si bien esto no significa que constituyan mandatos absolutos e imprescindibles, pues también en primera instancia pueden existir casos donde la inmediación resulte poco útil, por tratarse de litigios donde únicamente exista una discusión de puro Derecho o donde las pruebas se reduzcan a lo puramente documental. En estos casos el diseño del procedimiento ha de ponderar la celeridad y la economía, pudiendo incluso obviar la inmediación. Sin perjuicio de lo anterior, en la generalidad de los casos donde el litigio conllevará no solamente una discusión jurídica, sino también una fáctica; donde no

solo se demostrarán las pretensiones y excepciones con documentos, sino también con testimonios, con peritajes, con inspecciones o reconocimientos, los postulados de la intermediación, concentración, celeridad y economía informarán de manera coordinada la mejor tramitación del proceso para la consecución de sus finalidades.

VI

Uno de los elementos del procedimiento es la forma de comunicación de los actos procesales. Son dos las maneras en que los distintos sujetos pueden comunicarse dentro de un proceso: la escritura y la oralidad. Ambas formas poseen fortalezas y debilidades, por lo que en cada caso concreto, el legislador deberá analizar cuál es la que conviene para la tramitación de la causa. A tales efectos, deberá realizar un detenido estudio de las características propias de la materia, de la casuística, del grado o de la fase del proceso. De hecho, existirán materias –como la tributaria– donde el debate oral puede resultar inadecuado para el conocimiento de la litis, mientras que, en otras –como, en general, las civiles–, la comunicación oral convendrá para una mejor administración de justicia. Así mismo, existirán grados o fases procesales donde la oralidad se imponga mientras que en otras lo hará la escritura.

Una vez elegida la forma de comunicación procedimental, corresponde al legislador el determinar la intensidad con la que la aplicará, donde podrá establecer un trámite enteramente escrito o principalmente escrito –con fases orales–, así como un trámite principalmente oral –con fases escritas–. Un trámite enteramente oral, si bien es posible, en la generalidad de los casos puede resultar inadecuado, dadas las complejidades que conllevaría para la observancia del derecho a la defensa. De hecho, un trámite enteramente oral comportaría que la demanda se presente de forma oral, con lo cual, la comparecencia debería suspenderse para que el demandado posea el debido tiempo para preparar su defensa; luego, al presentar su contestación, también de manera oral, si la parte demandada reconviniere, nuevamente habría de suspenderse la vista para dar oportunidad al actor de preparar su defensa; de tal forma que el trámite se dispersaría y sería dilatado, particular que no es deseable. En todo caso, no existe una forma de comunicación que resulte conveniente ni para todas las materias ni para todas las fases ni para todos los grados.

VII

La oralidad y la escritura constituyen simples maneras en que los sujetos se comunican dentro del proceso; dadas las características intrínsecas que cada forma de expresión posee, será más o menos adecuada para un determinado debate procesal. Estas formas de comunicación no devienen en principios, pues nada informan al procedimiento, que no sea

el hecho de que un acto procesal se lo hable o se lo reduzca a papel. Tampoco podría considerárselos principios pues el que se hable o se escriba en nada puede llenar un vacío normativo. Así mismo, en nada pueden aportar las formas de comunicación a una reforma procesal, que no sea el que se cambie el debate escrito por uno oral y viceversa, reforma que además se la haría en perspectiva de la consecución de metas más caras que la mera forma de expresión, donde esta sería un simple instrumento. En definitiva, el único postulado de las formas de comunicación es que se hable, en el caso de la oralidad, o que se redacte en papel –o en otro tipo de soporte legalmente admisible–, en el caso de la escritura, lo cual no puede entenderse como un principio.

Ahora bien, lo que sí existe es una relación entre las formas de comunicación procedimental con los principios del procedimiento. De la misma manera en que el legislador debe elegir, según las necesidades del caso concreto, qué principios informarán el diseño del trámite para que este coadyuve a la mejor administración de justicia, así también tendrá que escoger qué forma de comunicación de los actos abonará a la concreción de tales principios. De esta manera, cuando en una etapa del proceso se pretenda observar un trámite inmediato, concentrado, de una duración razonable y público, la oralidad resulta la forma de comunicación más adecuada. La fase procesal donde estos principios adquieren protagonismo por los beneficios que aportan al debate es la primera instancia, de allí que en ella resulta conveniente la implementación de la oralidad.

Por otro lado, si en una fase o grado del proceso se pondera a la celeridad y a la economía del trámite, por no existir necesidad de mantener contactos inmediatos entre el juzgador, por un lado, y las partes y las pruebas, por otro, entonces la escritura puede otorgar mayores beneficios al desarrollo del debate. Estas fases se identifican con la ordinaria del recurso de apelación y la extraordinaria del de casación –y, en España, también del de infracción procesal–, de allí que lo conveniente resulta que su tramitación sea principalmente escrita.

VIII

Lo expresado en la conclusión inmediata anterior, respecto a la importancia y beneficios de contar con una primera instancia oral, ha sido sostenido por la doctrina europea desde el siglo XIX. Desde tal época se han venido suscitando en Europa y América una serie de reformas normativas con el fin de implementar el modelo procesal oral. En el caso español, tal reforma fue una aspiración constitucional desde 1978; no obstante, solo en el año 2000, en que se promulga una nueva LEC, se consigue implementar un modelo procesal civil caracterizado por una primera instancia inmediata y concentrada, con un trámite predominantemente oral.

La LEC no reguló procedimientos enteramente orales para la primera instancia, lo cual habría resultado inconveniente. En todos los casos se previeron adecuadas etapas escritas – demanda, contestación a la demanda, comunicación de ciertos actos procesales–, que aportan seguridad al trámite y facilitan el ejercicio del derecho a la defensa. El debate probatorio, así como otras importantes fases del trámite, como la del conocimiento y resolución de las excepciones previas, sí poseen un desarrollo enteramente oral, regulado de tal manera que abona a la observancia y concreción de los postulados de los principios procedimentales –si bien posee, como toda obra humana, aspectos perfectibles–.

Tres aspectos adicionales destacamos de la implementación de la oralidad en el contencioso civil español. El primero, la comprensión de que la aplicación de la forma oral vincula fundamentalmente a la primera instancia y no a las demás fases o grados del proceso, donde el procedimiento puede regularse de manera enteramente escrita sin que ello colisione con derecho alguno ni con principio alguno, dado que la materia y características de tales fases y grados, difieren con las de la primera instancia. Segundo, la habilitación de un prudente período de vacancia de la ley, a fin de que tanto la función judicial, como el foro de abogados y, en general, la sociedad se prepare de la mejor manera para la implementación material y cognitiva del nuevo sistema. Tercero y final, desde el año 2000 hasta el momento actual, se han acometido reformas de la LEC que han buscado mejorar la regulación procedimental, adaptándola tanto a los requerimientos sociales –por ejemplo, la reforma que permite la tramitación escrita del proceso verbal– o al avance de las nuevas tecnologías, en pos de una observancia más exhaustiva de los principios de celeridad y economía –por ejemplo, la reforma que impone el uso los medios de comunicación virtual–.

IX

Por su parte, en Ecuador la implementación de la oralidad en materia civil es una aspiración constitucional desde 1945, que ha sido concretada recién en el año 2015 con la emisión del COGEP. Este código aplica la oralidad según los poco felices mandatos constitucionales del año 2008 –arts. 86.2.b y 168.6–, que ordenan la sustanciación de los procesos “en todas las materias, instancias, etapas y diligencias” a través del “sistema oral”. De allí que el COGEP regule trámites con la obligatoria realización de comparecencias en primera instancia, en segunda instancia y hasta en casación. El legislador ecuatoriano no ha comprendido que la base para una mejor administración de justicia desde lo procedimental, es la observancia y concreción de los postulados de la inmediatez, concentración, celeridad, economía, publicidad y preclusión. Por el contrario, el legislador ecuatoriano centró sus esfuerzos en la mera aplicación de la forma de comunicación oral, sin suficiente sustento en los postulados de los principios procedimentales. De allí que escasas sean las normas que concretan tales postulados y más escasas las que buscan garantizar o asegurar su observancia.

Pese a los mandatos constitucionales ecuatorianos que ordenan una absoluta oralidad en el trámite, el COGEP implementó ciertas fases y diligencias escritas –presentación de la demanda, calificación de la misma, contestación a la demanda, entre otras–. Más allá de la valoración sobre la constitucionalidad del código en este punto, conviene relieves el que se hayan previsto estos necesarios momentos escritos en el proceso. El modelo procedimental ecuatoriano, al igual que el español, contiene dos tipos procedimentales básicos, el uno conformado por dos comparecencias –la primera para sanear el proceso y fijar el asunto litigioso, y la segunda para el desarrollo de las pruebas– y el otro conformado por una única comparecencia –en la que se desarrolla todo el debate–. Punto crítico en la implementación de la oralidad en el Ecuador es el poco tiempo que se otorgó al foro para prepararse para la vigencia del nuevo modelo –se dispuso apenas de un año de *vacatio legis*–. Tanto desde la perspectiva humana como de la material, hasta la presente fecha ni remotamente se puede afirmar que la Administración de Justicia ecuatoriana se encuentre habilitada de manera plena para el sistema de juzgamiento por audiencias.

X

Al momento de realizar un análisis comparativo de la manera en que se implementó la reforma desde la perspectiva procedimental en España y en Ecuador, el saldo positivo ciertamente se lo lleva el país ibérico. La LEC contiene una regulación exhaustiva del trámite de los procesos, donde múltiples normas tienden a aplicar los postulados de los principios procedimentales y, sobre todo, a asegurar su observancia. En el caso ecuatoriano, el legislador es más bien ligero en la regulación de los principios que informan el procedimiento, particular que según desarrollamos, constituye uno de los pilares fundamentales para que el trámite coadyuve a la mejor administración de justicia. La previsión de mandatos sobre esta temática y, sobre todo, de reglas que aseguren su aplicación y cumplimiento en unos casos resultan insuficientes. Por citar unos ejemplos de lo aquí sostenido, respecto de la inmediación, la LEC contiene una serie de normas, como los arts. 137, 186, 192, 193.3 194, 199, 200, 289.2, 306.1, 372.2, 433.4, que la observan en debida forma y garantizan su acatamiento. La previsión normativa de los distintos postulados del principio complementa a las reglas técnicas de la oralidad, logrando de esta manera, que los procedimientos para la materia civil alcancen las condiciones necesarias para asegurar altos niveles de acierto en los fallos, el cual es el principal objetivo de la inmediación. Por su parte, si bien a través de varios de sus mandatos el COGEP observa los postulados básicos del principio de inmediación, se extraña la existencia de un especial cuidado en la previsión de normas que garanticen de una manera efectiva la observancia del principio. Varios casos que pudieran verificarse no se encuentran normados; por ejemplo, nada prevé el COGEP sobre el tercer postulado rector del principio de inmediación, en virtud del cual el juez que

resuelva la causa debe ser el que mantuvo los contactos directos con los partícipes del proceso.

Otro ejemplo lo tenemos con el principio de concentración. La LEC lo observa en debida manera, a través de la estructura procedimental de los juicios ordinario y verbal. Los actos procesales en ambos procedimientos se encuentran adecuadamente reunidos en dos comparecencias en el primer caso y en una única vista en el segundo. En cuanto a la emisión de la sentencia, a fin de no perder los beneficios de los contactos inmediatos y permitiendo una labor serena de juzgamiento, la LEC establece un prudente plazo de veinte días para la resolución del proceso ordinario contado a partir de la terminación del juicio –art. 434– y un plazo de diez días contados a partir de la terminación de la vista en los procesos verbales –art. 447–. No obstante, la vigente LEC no ha llevado la concentración hasta sus consecuencias más extremas, puesto que ya no prevé la anulación de la vista interrumpida cuando se retrasa en exceso su reanudación (previsión ésta que la Ley 13/2009 eliminó del art. 193.3); y nunca ha previsto la posibilidad de anulación de la vista terminada cuando se superan los plazos legales para dictar sentencia. El COGEP también prevé una estructura procedimental concentrada, con el adecuado agrupamiento de la mayor cantidad de actos procesales en las convocatorias; sin embargo, exacerba la observancia de este principio de concentración al disponer, por regla general, que el juzgador deba emitir la resolución definitiva al finalizar el debate, en la misma audiencia de juzgamiento, en los procedimientos ordinarios, o en la audiencia única, en los procedimientos sumarios. A nuestro juicio, como consecuencia de esta exigencia de resolver el caso ni bien concluido el debate, el riesgo de que el juez emita una sentencia “precipitada” es elevado. En nuestro criterio, el juez debería tener como regla general la oportunidad de meditar por un breve tiempo sobre el caso, recapitular ideas, impresiones y así confirmar, matizar o incluso cambiar, de ser el caso, el juicio íntimo al que hubiese arribado dentro de las comparecencias. Debería existir también la posibilidad, por excepción, de que el juez que considere haber recaudado a satisfacción todos los elementos de convicción necesarios y haber formado su juicio de manera cabal, pueda resolver el caso en el mismo acto. Con lo manifestado, el modelo español nos resulta el adecuado, mientras que el ecuatoriano con su modelo híper concentrado puede conllevar más inconvenientes que aciertos.

Otro claro ejemplo a citar es el del principio de preclusión. Hemos analizado cómo la LEC observa este principio, organizando el procedimiento oral con reglas claras que dotan de seguridad al desarrollo de las distintas fases concentradas y consiguientemente dota de certeza a las partes, respecto de los poderes que poseen en juicio –art. 136, 270, 271, 272, 286, 400, 401, 412.1 o 460–. De esta forma, los procedimientos previstos por la LEC poseen una regulación que garantiza que en las comparecencias no se pierda el necesario devenir lógico de los distintos actos procesales. En el caso ecuatoriano, consideramos que el legislador ecuatoriano ha descuidado la regulación de esta materia. No se ha optado por un régimen laxo de preclusión, pues resulta claro que inspira al código ecuatoriano la adecuada

ordenación de los actos procesales, mas no se encuentran previstas regulaciones generales sobre las consecuencias que acarrearía el no ejercicio oportuno de poderes y cargas procesales. Las regulaciones específicas respecto a la preclusión –art. 87, 159 y 164– resultan limitadas y ciertamente insuficientes. La escasez de contenidos normativos respecto a esta materia demuestra, a nuestro criterio, una labor legislativa descuidada que aboca a los distintos operadores de la administración de justicia a aplicar doctrina ante la verificación de circunstancias que debiendo encontrarse claramente normadas, no lo están.

En todo caso y según hemos anticipado, tanto España como Ecuador son similares en aplicar el modelo de juzgamiento oral tradicional que tiene sus orígenes en las reformas procesales austríacas de KLEIN. Ambas legislaciones prevén dos procesos de conocimiento que con una estructura procedimental basada en comparecencias donde se desarrolla lo fundamental del debate procesal. Los procedimientos de primera instancia de las legislaciones materia de nuestro estudio son similares, al aplicar trámites principalmente orales con pertinentes fases escritas. En este punto específico, si bien las legislaciones en análisis son perfectibles, en especial la ecuatoriana, poseen una regulación que cumple con coadyuvar, desde el trámite, a la mejor administración de justicia.

XI

Entre las distintas fases del proceso que revisten especial importancia están las de impugnación. La capacidad de las partes para impugnar las resoluciones de un funcionario público revestido de autoridad, jurisdicción y competencia posee un fundamento fáctico y uno político. El fundamento fáctico de la impugnación radica en la falibilidad humana. Condición connatural al ser humano es el cometimiento de errores; ni aún los miembros más preclaros de nuestra especie han estado exentos de dicha condición. De allí que, en abstracto, la capacidad de los litigantes de impugnar actuaciones del juzgador encuentre su basamento fáctico en el hecho cierto de que tal autoridad pública es susceptible de cometer errores, por más alta magistratura de la que se encuentre revestido, o por más de los profundos conocimientos y experiencia que posea en materia jurídica.

El fundamento político lo explicamos a través de la teoría contractualista de ROUSSEAU, en virtud de la cual, los particulares, como miembros de la sociedad, se constituyen en mandantes de la autoridad pública, quien posee la calidad de mandatario y, por tanto, posee la obligación de ejercer en debida forma un mandato que la sociedad le entrega y que se traduce en las distintas leyes que se encuentran vigentes en un Estado. Como todo mandante, el particular posee el derecho de exigir que su mandatario rinda cuentas del desarrollo del mandato y, de ser el caso, corrija su desempeño. Los jueces, como autoridades públicas que son, devienen en mandatarios sociales de la materia jurisdiccional; poseen el mandato legal de juzgar conforme a Derecho el caso puesto a su conocimiento. Si un

juzgador se aparta formal o materialmente de su deber, las partes se encuentran legitimadas para exigir la corrección del proceder judicial, pues, como quedó anotado, forman parte de la sociedad mandante. Así entendido, el fundamento político, la capacidad de los particulares para impugnar las resoluciones judiciales devendría en un derecho prácticamente fundamental dentro de la concepción rousseana del Estado; sin embargo, la debida comprensión de las distintas instituciones procesales y del proceso en sí mismo matiza profundamente esta circunstancia.

XII

El proceso, como institución compleja al servicio de los derechos de acción y contradicción, donde se concreta además el poder público de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, debe responder, a las necesidades de administración de justicia que posee la sociedad y que se traducen en una dilatada serie de casuísticas que han de ser debidamente valoradas, comprendidas e instrumentadas por el legislador en los distintos tipos de procesos y procedimientos que regule. Por ello, aun los derechos procesales más fundamentales que han sido constitucionalizados requieren un desarrollo legal –el propio derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo–. Este tipo de derechos, pese a su categoría constitucional, no pueden ser aplicados de una manera directa –salvo el derecho a la defensa–, pues están llamados a operar de forma sistematizada y relacionada con otros derechos, dentro del instituto al que llamamos proceso. En atención a estas circunstancias, al legislador corresponde la configuración del proceso en norma legal; se moderarán entonces los tipos de conocimientos que respondan a las necesidades de reconocimiento o constitución de un derecho, o a las de ejecución de un derecho declarado que no hubiese sido debidamente observado. Así mismo, se moderarán los poderes procesales de las partes, sus cargas y obligaciones –cuando estas últimas procedan, según el tipo de proceso–. Corresponde también al legislador la regulación de los procedimientos y respecto de ellos, entre otros temas, sus fases, instancias o grados, así como la manera en que una parte puede acceder a ellos.

Es así que corresponde al legislador la regulación de la impugnación en el proceso. Se deberá evaluar, en cada caso concreto, la conveniencia de establecer medios de impugnación dentro de una misma instancia o medios de impugnación que habiliten nuevas instancias o fases dentro del proceso. Se pretende que la impugnación actúe de manera coherente con los otros institutos que conforman el proceso, por lo que, dependiendo de las circunstancias, el legislador puede considerar conveniente no prever cierto medio de impugnación o limitarlo de una manera. Es así que la concepción política de la impugnación, que la asimila a un derecho fundamental, es necesariamente superada por el requerimiento social de contar con adecuados instrumentos para la administración de justicia. En este entendimiento, la impugnación deviene en un poder procesal legalmente otorgado al litigante y ciertamente no

en un derecho fundamental cuya existencia sea autónoma de lo que la legalidad ordinaria establezca.

Ahora bien, una vez que la ley prevé una posibilidad de impugnación, esta sí pasa a integrarse en el contenido de un derecho fundamental, concretamente, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es decir, es el legislador ordinario quien, libremente, decide qué posibilidades impugnatorias van a existir en el ordenamiento jurídico procesal; pero, una vez que esas posibilidades han sido establecidas en la ley de manera expresa, pasan a formar parte de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por tanto, cuando se obstaculice de manera ilegítima el ejercicio de este derecho procesal a la impugnación legalmente prevista, se estará también obstando al derecho constitucional citado. Los tribunales españoles y ecuatorianos han sido categóricos en defender la postura aquí desarrollada respecto a la naturaleza de la impugnación dentro del proceso.

XIII

En cuanto a medios de impugnación, entendemos por tales al recurso, al incidente y a las acciones autónomas. Tanto la legislación española como la ecuatoriana se allanan a esta división y poseen tales medios dentro de la regulación del proceso civil. Dejando nuestras conclusiones sobre los recursos y sobre las acciones autónomas para más adelante, comenzamos ahora con las que extraemos de nuestro estudio del incidente. Aunque todo incidente constituye una herramienta procesal del derecho a la defensa, solamente constituyen impugnaciones los incidentes que se refieren al modo en el que el tribunal ha conducido el proceso; en cambio, no son impugnaciones los incidentes que se refieren a un acto de la parte contraria o de un tercero, los cuales tienen la naturaleza de medios de oposición o contestación a la contraparte o a un tercero. En todo caso, sea como medio de impugnación a los actos judiciales o de oposición a los actos de una parte procesal, es claro que el incidente constituye una. Tanto es así que el incidente puede ser nominado y exhaustivamente reglado o ser innominado y no reglado.

En cuanto a la previsión que la LEC realiza de los incidentes, iniciaremos concluyendo que el legislador español comprende a cabalidad la naturaleza de este instituto, de hecho dedica una sección específica de la ley a su tratamiento –art. 387 y ss.– Diferencia entre incidentes nominados y no nominados –art. 388–. Respecto a los incidentes no nominados, realiza una clara y expresa distinción en el tratamiento de los incidentes de previa y especial resolución –art. 391–, de los que pueden ser resueltos mediante sentencia –arts. 389 y 390–; y, en fin, contempla un trámite general que cumple con las expectativas de contradicción e igualdad que se espera en este tipo de controversias accesorias –art. 393–. Por su parte, el COGEP no contiene normas expresas sobre la distinción de los incidentes de previa y especial resolución, los cuales, si bien existen, son regulados sin el criterio uniforme de

corresponde a un mismo instituto procesal –incidente–. De hecho los incidentes nominados son presentados como meros trámites procedimentales autónomos, sin que se establezca respecto de ellos ninguna conexión o criterio general desde la perspectiva procedimental. Sobre los incidentes no nominados, el COGEP nada regula ni siquiera sobre las garantías mínimas que se deberían tutelar. Concluimos que la LEC, a través de su tratamiento de los incidentes, desarrolla en debida forma el derecho a la defensa de los justiciables, lo cual constituye una gran fortaleza de esta ley. Por su lado, el COGEP posee graves falencias respecto a la regulación del incidente, lo cual deviene en otras de tantas imperfecciones en cuanto a la observancia y concreción del derecho a la defensa y, por ello, esta materia deviene en otra de las que ameritarían una revisión y reforma legislativa.

XIV

Actuaciones judiciales definitivas erradas pueden no ser susceptibles de corrección dentro del mismo proceso en el que se emitieron, por haber adquirido firmeza. Si bien principios como el de seguridad jurídica abonan a este particular, a la sociedad no le interesa que resoluciones judiciales equívocas se mantengan vigentes y generen efectos jurídicos. Por ello, se han desarrollado medios de impugnación de excepción, debidamente reglados – lo cual abona a la seguridad jurídica– que pueden ser utilizados para oponerse a resoluciones judiciales firmes en casos legalmente tasados. Las acciones autónomas de impugnación implican el inicio de un nuevo proceso respecto a lo decidido en firme en una resolución judicial, con una nueva pretensión, distinta a la del conflicto subyacente. En efecto, mediante este tipo de medios de impugnación extraprocesal, se solicita una tutela de naturaleza jurídica peculiar: el que se rescinda o anule una sentencia que ya es firme, frente a la que no cabe recurso alguno.

Tres acciones autónomas de impugnación encontramos en la LEC: el “incidente” excepcional de nulidad de actuaciones, la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde y la revisión de sentencias firmes. En cuanto al denominado incidente excepcional de nulidad de actuaciones, hay que decir que, pese a su denominación legal como “incidente”, no se trata de una controversia accesoria que se produce dentro de un proceso, sino de una auténtica acción de impugnación que genera un nuevo proceso distinto y autónomo de aquél en que recayó la resolución firme; proceso nuevo cuyo objeto es determinar si en el proceso terminado se produjo una violación –no denunciada previamente– de algún derecho fundamental de los mencionados en el art. 53.2 de la CEsp. Por otra parte, la acción rescisoria de sentencia firme a instancia del rebelde busca tutelar los derechos de aquellos demandados que no han sido oídos por causas no imputables a ellos, para que puedan serlo por la vía de la rescisión de la sentencia; la finalidad que se persigue con este medio de impugnación es la de remediar situaciones de indefensión de aquellos que han permanecido en una rebeldía involuntaria. Finalmente, la acción revisora de sentencias firmes se dirige a rescindir

sentencias que, originalmente tenidas por justas, se revelan en injustas con la verificación de hechos supervinientes legalmente tasados en el art. 510 de la LEC. Cabe señalar que las casuísticas a las que estas tres acciones pretenden responder se encuentran claramente determinadas, de igual forma que el procedimiento que han de seguir.

Por su parte, el COGEP prevé una sola acción autónoma de impugnación, la de nulidad de sentencia ejecutoriada. Procede en casos legalmente tasados, como todas las especies de este género impugnatorio. Estos se refieren a falta de jurisdicción o competencia del juzgador, ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, falta de citación con la demanda y no comparecencia del demandado al proceso, falta de notificación a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia no convalidadas. En cuanto al procedimiento, el COGEP es caótico en su regulación, pues contiene normas o que son contradictorias o que resultan absurdas –interposición antes de que la sentencia sea ejecutada y, a la vez, no interrupción de la ejecución de la sentencia impugnada–, así como no incluye regulación de aspectos imprescindibles –notificación de la interposición de la acción al juez executor de la sentencia impugnada–. Tampoco el legislador ecuatoriano previó qué vía habrá de observarse para esta acción que, estando llamada a ser resuelta de una manera expedita, ante la imprevisión deberá ser resuelta de forma ordinaria.

De lo señalado concluimos que la regulación española se caracteriza por un tratamiento más exhaustivo, detenido y solvente de los institutos –salvo algún error de nominación en una de ellas–. Ahora bien, puede observarse también cierta zona gris en cuanto a la previsión de dos acciones que podrían observar un mismo fin. Así, la pretensión que se persigue con la acción de rescisión a instancias del rebelde, bien podría subsumirse dentro de las finalidades que persigue el “del incidente” de nulidad. De allí que podría resultar conveniente la unificación de estas dos acciones, conservándose la de nulidad, con los debidos ajustes para eliminar toda duda respecto a la procedencia de las pretensiones del rebelde, además de la modificación de su denominación. Esto no ocurre con la legislación ecuatoriana, la cual si bien reúne las principales causales para que una sentencia firme pueda ser declarada nula, es ostensiblemente menos exhaustiva que la regulación española. El procedimiento de la acción, como señalamos en el párrafo anterior es por demás deficiente. De todo lo expuesto, concluimos nuevamente que la labor legislativa española puede servir de referencia a seguir en la necesaria reforma que urge a la novísima ley ecuatoriana.

XV

Dentro de los medios de impugnación, el recurso es el que de manera más completa se identifica con la facultad que el legislador otorga a una parte procesal para oponerse a una resolución judicial por considerarla errada en su fondo o en su forma. Como todo medio de impugnación, el recurso debe encontrarse legalmente previsto. En cuanto a su finalidad, el

recurso puede buscar no solo la anulación de la resolución, sino también la modificación de su contenido. Tema importante a destacar es que los recursos constituyen un medio de impugnación intraprosesal, es decir, operan dentro del mismo proceso respecto de resoluciones no firmes, abriendo una nueva fase del proceso iniciado en la que se mantiene la unidad de la litis. Aun aquellos recursos que poseen una naturaleza vertical, donde se modifica la identidad del juzgador que conocerá y resolverá la impugnación respecto del cual emitió la resolución impugnada, no existe rompimiento de la unidad procesal.

De lo que acabamos de señalar se desprende que los recursos pueden ser horizontales, si son conocidos y resueltos por el mismo juzgador que emitió la resolución impugnada, o verticales, si el competente es un juzgador diferente y, en la generalidad de los casos, superior. Así mismo, los recursos pueden ser ordinarios, si la impugnación ha de ser realizada de manera libre en cuanto a sus motivos y a la forma de instrumentarla, o extraordinaria, si la impugnación está sujeta a causas legalmente tasadas y se la instrumenta de manera rigurosamente formal. Cabe señalar que ni el *numerus clausus* de las resoluciones susceptibles de impugnación ni las diferencias entre lo pedido en los escritos iniciales del proceso y lo pedido en el recurso, constituyen criterios para diferenciar entre los recursos ordinarios y extraordinarios, pues unos y otros poseen una clara determinación de qué resoluciones pueden y qué resoluciones no pueden ser materia de los mismos; amén de que, como regla, en todos los recursos se buscará algo diferente a lo que se pretendió originalmente en la demanda o en la contestación, pues el objeto de la impugnación serán errores materiales o formales cometidos por el juzgador.

XVI

La necesidad de una solución expedita y directa a yerros en resoluciones emitidas dentro de la tramitación de un grado del proceso, ha motivado el desarrollo de un recurso horizontal ordinario. Este recurso es denominado “reposición” en España y es utilizado para resolver tanto infracciones de normas sustantivas, como de normas procesales en diligencias de ordenación, decretos, providencias y autos no definitivos. La regulación procedimental de este recurso adolece de un grave inconveniente en la ley española cuando de impugnar resoluciones orales se refiere. En efecto, si bien resulta lógico que la impugnación de las resoluciones escritas posea un procedimiento así mismo escrito –art. 452 y ss.– y la de las resoluciones orales, uno oral, inmediato, concentrado y expedito, en la LEC se ha establecido, como regla general, un procedimiento escrito para la reposición de resoluciones orales –art. 210.2–, rompiendo de esta manera la coherencia procedimental en cuanto a la forma de comunicación de los actos procesales, así como los postulados de los citados principios de inmediación, concentración y celeridad.

Una reforma sobre este tema resulta, a nuestro criterio, necesaria, sencilla y urgente, pues es elevada la afectación tanto teórica como fáctica que comporta el haber dotado de un trámite escrito a la reposición de resoluciones orales. El trámite que habría de ser implementado es simple: emitida una resolución oral dentro de una comparecencia, la parte que se considere agraviada debería de forma inmediata presentar su oposición fundamentada contra la resolución; escuchada la parte, el juzgador debería dar oportunidad a la otra parte para que se pronuncie respecto de la impugnación realizada; y, con o sin oposición a la impugnación planteada, correspondería al juez dar resolución al recurso, de manera inmediata en unidad de acto o tras un breve receso para estudiar la cuestión. Se trataría, en suma, de convertir en regla general para la impugnación de las resoluciones orales no definitivas el mismo recurso de reposición oral que, a modo de excepción, hoy prevén los arts. 285.2 y 446 LEC para la impugnación de las resoluciones en materia de admisión de pruebas, con el añadido de que, de existir complejidad en la resolución del caso, se debería permitir al juzgador que suspenda la vista por un tiempo prudente –cuyos parámetros deben encontrarse legalmente establecidos–, para luego reinstalarla y proceder con la resolución del recurso.

XVII

Respecto a Ecuador, el recurso horizontal ordinario se encuentra escindido en dos: la revocatoria y la reforma. La revocatoria tendría por objeto la denuncia de vicios, fueren materiales o formales, que atenten contra la totalidad de la resolución; mientras que la reforma tendría por objeto la denuncia de vicios, así mismo materiales o formales, que afecten parcialmente a una resolución judicial. Sobre el trámite que el COGEP prevé para la reforma y la revocatoria, debemos señalar que el mismo es adecuado. El legislador ecuatoriano ha establecido un procedimiento escrito para este tipo de impugnación, cuando se pretende la oposición a resoluciones escritas. Así mismo, se prevé un trámite oral, inmediato y concentrado para la impugnación de resoluciones orales, con lo cual se conserva la coherencia de la forma de comunicación de los actos procesales durante el debate. Vale señalar que tanto el trámite escrito, como el oral, se encuentran solventemente regulados, destacándose el cuidado empleado para la observancia del derecho a la contradicción. Relevante también resulta la opción del legislador ecuatoriano por la celeridad y la economía demostrada en el art. 79 del COGEP, el cual ordena que cualquier recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. De allí que el juzgador deberá resolver dicha petición en la misma audiencia.

XVIII

En lo que se refiere a conceptualización y previsión de un solo recurso ordinario horizontal –reposición–, la LEC resulta adecuada en comparación con el COGEP, que ha escindido en

dos al recurso. Sin embargo, en cuanto a la regulación del procedimiento de esta clase de recursos, la legislación ecuatoriana se impone a la española por mantener una coherencia en la forma procedimental que ha de ser utilizada dependiendo de si la resolución es escrita u oral. Así también resulta relevante el carácter no suspensivo que de manera expresa prevé el COGEP para la impugnación de resoluciones escritas que no hubiese sido resuelta antes de la fecha en que se encontraba prevista la celebración de una audiencia, carácter que deviene en celeridad y economía para el procedimiento; línea que también sigue la LEC al prever expresamente que la interposición del recurso de reposición no tendrá efectos suspensivos.

XIX

Otro de los medios de impugnación previstos por las legislaciones materia de nuestro análisis es la apelación. Este recurso es de naturaleza ordinaria y vertical y, por su intermedio, la parte puede solicitar la modificación total o parcial de la resolución impugnada. Si hay un único pronunciamiento sólo cabría la posibilidad de apelar contra el mismo, donde la apelación sería total al recurrirse sobre el contenido íntegro de la resolución. Cuando la resolución recurrida contenga varios pronunciamientos correspondientes a cada una de las distintas pretensiones de las partes, cabría la posibilidad de que la parte recurrente acepte unos puntos e impugne otros, o que los impugne todos –siempre que exista gravamen–. Mediante este recurso pueden ser denunciadas tanto infracciones de normas materiales como de normas procesales en las que incurran resoluciones definitivas de primera instancia o en las que se hubiera incurrido durante la conducción del proceso.

El entendimiento que del recurso de apelación poseen las legislaciones española y ecuatoriana es idéntico en cuanto a las generalidades: tanto LEC como COGEP entienden la apelación como un recurso ordinario y vertical, destinado a impugnar resoluciones definitivas con base en la existencia de vicios sustantivos o adjetivos en la propia resolución o de vicios adjetivos relevantes verificados durante la tramitación la primera instancia del proceso. Una diferencia entre la regulación española y la ecuatoriana radica en que aquella proscribía inequívocamente el sistema de apelación *novum iudicium*, aplicando un adecuado sistema *revisio prioris instantiae* temperado. De allí que el objeto a tratar en apelación únicamente pueda ser el mismo que el de primera instancia, así como que la nueva prueba que se pueda introducir deba encontrarse en directa relación con aquel objeto. Se regulan, además, una serie de requisitos que se han de cumplir para que proceda la práctica de prueba nueva en apelación, los cuales se refieren a la no imputabilidad a la parte de la no actuación en primera instancia de la nueva prueba que se solicita en apelación –LEC, arts. 460 y 461–

En el caso ecuatoriano, la ligera regulación de los postulados sobre la nueva prueba en apelación resulta censurable. Más allá de las referencias a la posibilidad de actuar nuevas pruebas, no se establecen requisitos específicos ni condicionamientos puntuales que se deban observar ni por parte del litigante ni por parte del juzgador. De hecho, el art. 258 del COGEP

prevé la posibilidad de que se prueben “hechos nuevos”, pero no determina el alcance de tal concepto. No existe forma de determinar si los “hechos nuevos” deben ser conexos a la materia litigiosa de primera instancia o pueden distar de ella, con lo cual se estaría abriendo la posibilidad de un no deseable *novum iudicium*. La indeterminación del legislador permite la libre interpretación de las partes o del juzgador; el riesgo de que exista una variedad de entendimientos y aplicaciones de los contenidos de la citada norma torpedea la seguridad jurídica, en perjuicio de los justiciables y de la debida administración de justicia. Es claro que la puntillosa regulación española de los requisitos de procedencia de la prueba nueva, es la base de la correcta aplicación de esta posibilidad procesal extraordinaria relacionada con la prueba en apelación, mientras que las ligerezas del legislador ecuatoriano pueden ocasionar graves inconvenientes en la puesta en práctica de la norma. La LEC se demuestra nuevamente como un referente para la necesaria reforma del COGEP.

XX

En cuanto al trámite del recurso de apelación, pese a que la implementación de la oralidad para la primera instancia caracterice al proceso en su conjunto –dado el protagonismo que adopta–, ello no obliga a la implementación de tal forma de comunicación para la fase de apelación, en vista del rompimiento procedimental que supone el cambio de sede del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento y resolución del recurso, así como del diferente debate que se realiza ante el nuevo juez –denuncia de vicios y no confrontación de las posiciones litigiosas–. A esto debemos añadir el hecho de que en apelación no se requiere el contacto directo entre el juzgador y las partes que sí se requiere en primera instancia. Lo anotado nos hace concluir que resulta conveniente el establecimiento de un procedimiento predominantemente escrito para el recurso de apelación. En el evento de que se ordene la práctica de prueba no documental o que el juez considere conveniente establecer un contacto directo con las partes, será necesario que en apelación se desarrollen fases orales, particular que deberá estar previsto en la ley y que, en cualquier caso, constituirán una necesaria excepción a la regla general de la conveniencia de la tramitación escrita de este recurso.

El trámite de la apelación previsto por la LEC es mayoritariamente escrito, previendo la posibilidad de que existan fases orales obligatorias, cuando se acepta la práctica de nuevas pruebas no documentales –arts. 460 y 461–. De esta forma se observa al principio de inmediación, que asegura la mejor valoración del material probatorio y, así, el mejor juzgamiento de los argumentos fundados en las pruebas. También prevé la LEC la posibilidad de que el Tribunal convoque a una vista de naturaleza argumentativa en el caso de que considere útil el escuchar de viva voz los fundamentos de impugnación o de respuesta a la impugnación. También se puede convocar a una vista argumentativa en el evento de que las partes así lo soliciten, aunque esta solicitud no es vinculante por lo que aceptarla queda

a criterio del Tribunal –art. 464.2–. De esta manera comprobamos que la legislación española prevé un procedimiento adecuado para la apelación, ponderando en la generalidad de los casos los postulados de celeridad y economía que en este recurso adquieren especial relevancia.

En el caso ecuatoriano, malentendiendo la implementación de la oralidad y auspiciado por equívocos mandatos constitucionales –CEcu, art. 168.6–, el legislador ecuatoriano estableció para el recurso de apelación un procedimiento donde obligatoriamente se deberá celebrar una comparecencia, a pesar de que no exista actuación de nueva prueba, de que las partes no lo soliciten o de que el Tribunal no lo considere necesario. Aun cuando la posibilidad de que las partes expongan verbalmente sus argumentos previamente expresados por escrito, puede aportar mayor claridad al Tribunal respecto del sentido y alcance de la impugnación, no se puede negar el que tal exposición verbal puede devenir –y de hecho lo hará en la gran mayoría de los casos– en una mera repetición de los argumentos que en nada abone al Tribunal y que, por el contrario, demore el procedimiento inútilmente y lo encarezca.

Adicional a esto, existe otro grave inconveniente en la regulación ecuatoriana: la obligación del juzgador de resolver el recurso en la misma comparecencia. Esta obligación puede traer consigo dos eventuales consecuencias: i) Que el juzgador llegue a la audiencia con un prejuicio respecto del caso, considerando que posee el recurso y la contestación por escrito de manera previa y que se vea compelido por la norma a resolver de manera inmediata el caso –con lo cual se confirma la inutilidad de la vista y, consecuentemente, lo perjudicial que resulta a las aspiraciones de celeridad y economía–; o, ii) Que el juzgador, sin preparación previa del caso, únicamente recabe elementos de las argumentaciones orales y realice un juzgamiento precipitado por su obligación de resolver de forma inmediata –particular que va en grave desmedro de la calidad en la administración de justicia–. No negaremos que también existe la posibilidad de que los juzgadores, informados del caso pero sin haberse formado una prevención definitiva del mismo, aprovechen el contacto directo con las partes para confirmar o repensar pareceres surgidos del estudio previo; no obstante, consideramos que tal posibilidad podría ser aprovechada de mejor manera si la celebración de la vista no fuera forzosa y quedara a decisión del juez su convocatoria, en el evento de que la considere útil.

Finalmente, el COGEP presenta otro grave inconveniente en la regulación del recurso de apelación cuando se trata de la impugnación de la resolución escrita que inadmite a trámite una demanda. Este caso se encuentra previsto por el art. 147; no obstante, no se establece el plazo que la parte posee para impugnar la resolución desde que le es notificada, ni la forma que el recurso debe tomar –aunque resulta del todo lógico que sea por escrito–. Similar circunstancia ocurre respecto a la apelación de la resolución escrita que atiende la oposición a la ordenación de diligencias preparatorias –art. 121–. Esta imprevisión genera

un grave estado de inseguridad jurídica y la consideramos atribuible a la ligera –por decir lo menos– labor del legislador ecuatoriano. En todo caso, y para superar esta circunstancia, resultan aplicables los mandatos del art. 76 del COGEP, norma que dispone que en los casos en que la ley no prevea un término para la realización de una actuación procesal, lo deberá determinar el juzgador con el carácter de perentorio y vinculante para las partes. Sin perjuicio de lo anotado, consideramos que lo adecuado habría sido el establecimiento de un plazo y un procedimiento para la interposición del recurso cuando este se encamine a la impugnación de resoluciones escritas.

XXI

El COGEP elimina la apelación con efecto suspensivo de resoluciones no definitivas. No obstante, consciente el legislador de que una resolución emitida durante la tramitación del proceso puede llegar a general un gravamen irreparable en definitiva, ha considerado necesario la implementación de un instituto que deje constancia procesal de la declaratoria que realice la parte sobre el agravio, evite su convalidación y lo habilite para retomarlo como fundamento de la impugnación que pudiere realizar en contra de la resolución definitiva. Esto que en la LEC ha sido regulado como una “protesta” contra ciertas resoluciones dictadas oralmente –cfr. por ejemplo, arts. 285.2 y 446–, en el COGEP se lo ha denominado “recurso de apelación con efecto diferido”.

En realidad, esta “apelación” no constituye un recurso y menos una apelación sino una mera declaratoria procesal de agravio, que como quedó anotado, habilita al recurrente a reproducir el argumento de impugnación al tiempo de apelar la resolución definitiva, como uno de los fundamentos del recurso. No produce un trámite particular ni inmediato ni posterior, siendo su objetivo únicamente conservar incólume al argumento de impugnación para, como quedó anotado, utilizarlo como fundamento de la apelación en contra de la resolución definitiva de primera instancia. Consecuentemente, no estamos de acuerdo con la utilización de la denominación “recurso de apelación” para estos fines. Es nuestro criterio que la denominación “recurso” debe ser utilizada exclusivamente para tales medios de impugnación, pues es aquella y no otra su función connatural; el utilizar su denominación para establecer meras constancias procesales afecta a su razón de ser y, en el caso del efecto diferido de la apelación, atenta contra su elemento más característico que es su verticalidad. En este punto conviene una reforma de la nominación del instituto prevista por el COGEP, a fin de que se identifique plenamente el contenido, alcance y función de esta necesaria protesta, pero no se la confunda con un medio de impugnación, pues no lo es.

XXII

Respecto a la apelación, uno de los temas más importantes –si no el más importante– al momento de implementar la oralidad en la primera instancia del proceso civil, es la nueva comprensión que el recurso vertical ordinario amerita. Así, cuando la oralidad informa a la primera instancia, los poderes del juzgador superior deben ser limitados en cuanto a la posibilidad de valorar la prueba actuada en primera instancia, ya que el juez superior se encuentra en desventaja respecto al inferior, por carecer del contacto inmediato con todo lo desarrollado en primera instancia y conocer meras referencias documentales o audiovisuales al respecto. En este sentido, bajo el modelo de primera instancia oral, la apelación debe circunscribirse a una confrontación de la sentencia con el Derecho, no debiendo existir posibilidad de realizarse nuevos exámenes o valoraciones de ciertas pruebas actuadas en primera instancia. Cualquier análisis que realice el juzgador superior respecto del sentido de las pruebas cuya producción está esencialmente ligada a la observancia de la inmediación, sería indirecto, incompleto y proclive a la equivocación.

Cosa diferente ocurre cuando el trámite de la primera instancia es escrito, pues en tal caso tanto el juez inferior como el superior conocen un mismo debate reducido a un expediente escrito, cuyo contenido resulta idéntico, tanto en el fondo como en la forma, para los dos juzgadores. Bajo estos supuestos es correcto que el juez superior posea idénticos poderes que el inferior para valorar la prueba, pues se encuentra en igualdad de condiciones frente a lo ocurrido en la primera instancia.

Ahora bien, ya que hemos concluido sobre la necesidad de una limitación de los poderes del juez de apelación respecto de la valoración de la prueba actuada en primera instancia y no de su eliminación, señalaremos cuáles serían en específico las facultades del juzgador superior respecto del reexamen de esta prueba producida. Para ello es necesario analizar el tipo de medio probatorio de que se trate, así:

- a) Si todas las pruebas actuadas ante el inferior fueron orales –declaraciones de parte y testificales– y/o reconocimientos judiciales, deberá respetarse la inmediación que su producción gozó en primera instancia, y, en apelación, no se podría realizar una nueva valoración de las mismas.
- b) Por otro lado, si la prueba de primera instancia se refiere exclusivamente a documentos u otros soportes que posean información, sin que respecto de ella haya existido un especial debate oral, el juzgador de apelación podría reexaminarla sin limitación alguna, dado que la inmediación no constituyó una característica de su producción.

- c) Diferente es el caso que se produce cuando el contenido de la prueba documental o de la información constante en cualquier otro tipo de soporte fue materia de un debate oral, sobre su corrección, pertinencia, validez o licitud; debate en el cual haya existido la opinión de un perito, de testigos o, incluso, de las propias partes. En estos casos, el juzgador de segunda instancia no debería estar en capacidad de reexaminar aquellos documentos, en la medida de que su valoración estuvo ligada a otras pruebas actuadas de forma directa e inmediata en primera instancia.
- d) Finalmente, si en la primera instancia hubo pruebas escritas y también pruebas orales, cuya práctica no hubiera estado interrelacionada o no fuere contradictoria entre sí, el juzgador superior debería abstenerse de reexaminar las pruebas con inmediación y podría realizar una nueva valoración de las pruebas escritas. En todo caso, corresponderá al juez superior analizar la procedencia del reexamen de la prueba documental o de otra similar, valorando la concurrencia o no de inmediación en su producción o apreciación original.

Es claro que en el recurso de apelación, cuando responde a una primera instancia oral, el recurrente podrá realizar una impugnación ordinaria –sin la observancia de causales ni técnicas de fundamentación específicas–, pero sí deberá ser consciente de que la valoración de una prueba que no sea practicada con la participación del juzgador de segunda instancia, no podrá ser revisada por él, justamente por la ausencia de inmediación e imposibilidad de repetir la práctica de la prueba. Podría el recurrente solicitar que se revise si al momento de valorar la prueba el juzgador de primera instancia vulneró alguno de los preceptos jurídicos aplicables a la tarea de valorar la prueba, mas no podrá solicitar la revisión del sentido mismo de la valoración.

Esta comprensión del recurso de apelación guarda plena coherencia con las características y aspiraciones de la implementación de la oralidad en la primera instancia; y abona a consolidar el protagonismo del debate ante el juez ordinario, ya que los litigantes cuidarán de actuar de la mejor manera posible las pruebas ante tal juzgador, conscientes de que en segunda instancia los poderes del juez respecto a la valoración de la prueba serán limitados. De esta forma, la limitación de poderes consagra la aplicación de un recurso de apelación del tipo *revisio prioris instantiae*. De igual manera coadyuva a la observancia de los principios de celeridad y economía, proscribiendo la controversia sobre la valoración de una prueba que haya sido producida con inmediación en primera instancia. De allí que el principio de inmediación también se vea tutelado con esta comprensión del recurso, ya que se excluyen del conocimiento del juez superior a aquellos elementos que estuvieron caracterizados por los postulados de tal principio en primera instancia. Cabe señalar que ni la legislación española ni la ecuatoriana poseen reglas respecto a la limitación de los poderes revisores del material probatorio de primera instancia por parte del juzgador de segunda;

existe, sin embargo, en el caso español, un importante desarrollo jurisprudencial a nivel de Audiencias Provinciales respecto a este tema.

XXIII

En el proceso civil español existe una desconcentración de las actividades de trámite, mismas que han sido desplazadas desde los jueces a sus asistentes principales, estos son, los Letrados de la AJ. Con ello se ha pretendido alivianar la carga procesal de los juzgadores y permitirles concentrarse en los asuntos fundamentales de la administración de la justicia. Por este motivo, los Letrados de las AJ son competentes para la emisión de algunas resoluciones tales como las diligencias de ordenación, constancia, comunicación o ejecución, así como decretos. En especial, en contra de los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación, dada su especial relevancia en el proceso y la afectación que ellos pueden ocasionar a los litigantes, la LEC ha previsto un recurso denominado de revisión.

Este recurso tiene naturaleza ordinaria y vertical, pues será resuelto por el juez titular del órgano judicial al que pertenezca el Letrado de la AJ que emitió la resolución impugnada. Consideramos que este recurso comporta una importante herramienta para los litigantes que puedan verse afectados en definitiva por una decisión de un auxiliar de la justicia, que si bien competente, no posee la jurisdicción que sí posee el juez, último responsable de administrar justicia en su judicatura. De allí que concluyamos que la previsión de este medio de impugnación es acertada.

XXIV

En relación a los recursos extraordinarios, básicamente existen dos: el de casación – que, en España, estaría integrado por dos recursos, el de “casación” y el “extraordinario por infracción procesal”– y el de queja –denominado “de hecho” en el Ecuador–.

El recurso de casación se caracteriza por ser vertical –devolutivo– y extraordinario. Con este recurso no se pretende habilitar una nueva instancia o grado de jurisdicción en favor de los litigantes. La casación constituye un medio de impugnación que si bien se encuentra al servicio de los particulares, sus objetivos poseen una naturaleza pública. Dos son los objetivos de este recurso extraordinario: (i) el control de la legalidad, esto es, la salvaguarda del Derecho objetivo y (ii) propiciar la unificación de la jurisprudencia. En virtud del primero, el recurso de casación pretende dilucidar la real existencia de la infracción al Derecho objetivo alegada, más no repetir una discusión sobre la materia litigiosa original ni realizar una nueva valoración de los hechos o pruebas actuadas en instancias inferiores. Por

ello la causa de impugnación en casación no es libre, sino rigurosamente tasada y está llamada a ser un medio para la denuncia específica de la inobservancia del Derecho.

El segundo objetivo que persigue el recurso de casación es alcanzar la uniformidad jurisprudencial, es decir, lograr que la interpretación y aplicación de la norma objetiva por parte de los jueces tenga un mismo sentido –función uniformadora en defensa del *ius constitutionis*–. Recordemos que la unificación de las reglas de convivencia social –Derecho objetivo– es un elemento propio del concepto de Estado, que parte de la unicidad de normas constitucionales y, a partir de ahí, la unificación de las normas jurídicas particulares. Si bien puede existir una sola ley vigente y regente de un Estado, esto no garantiza que exista una multiplicidad de interpretaciones de la ley, su sentido o alcance por parte de los jueces. De allí que resulta importante que la interpretación se unifique, de tal forma que exista una única comprensión de las normas por parte de quien los deben aplicar en sede judicial.

En cuanto al procedimiento, al igual que ocurre con el de apelación, el hecho de implementar la oralidad en la primera instancia no implica que se deba optar por tal forma de comunicación para el trámite de la casación. De hecho, consideramos por completo inadecuado un procedimiento predominantemente oral para este recurso, toda vez que el debate del mismo se aleja de la revisión de las posiciones litigiosas originales o de las pruebas actuadas y se concentra en la denuncia de infracciones de normas jurídicas en la sentencia o en el procedimiento, particular que constituye un asunto esencialmente documental. Respecto a fases orales en el trámite del recurso, pueden por excepción ser necesarias y su realización se debe reducir a aquellos casos en que el Tribunal requiera, para mejor proveer, de un contacto directo con las partes. Es decir, la celebración de una vista en el recurso de casación obedecerá a razones extraordinarias, no siendo aconsejable desde ningún punto de vista que constituya una fase ordinaria del trámite. De todo lo aquí expuesto, concluimos que el procedimiento adecuado para el recurso de casación es el predominantemente escrito.

XXV

El recurso de casación previsto por la LEC posee una característica muy especial, en vista de que el legislador español, el año 2000, decidió escindir en dos al recurso de casación, conservando la denominación “casación” para la denuncia de infracciones sustantivas, al tiempo que creando un novedoso recurso, llamado “extraordinario por infracción procesal”, para la denuncia de las infracciones procesales. Mientras que la competencia para la casación española se mantenía en el TS (Esp), la LEC pretendió conferir la competencia para el nuevo recurso extraordinario por infracción procesal a los diecisiete TSJ (Esp). Sin embargo, la necesaria reforma legislativa de la LOPJ que se requería para otorgar esta nueva competencia

a los TSJ (Esp) nunca llegó a ser aprobada por el Parlamento español, lo que impidió poner en práctica el que el diseño completo del nuevo recurso.

La solución para esta delicada circunstancia fue el establecimiento de un “régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios” constante en la DF 16.^a de la LEC. Este régimen trastocó la intención original del legislador de escindir en dos a la casación, pero aseguró, de cualquier forma, la vigencia de la impugnación extraordinaria por motivos procesales. Es así que hasta la presente fecha y sin visos de cambio, se encuentra vigente el régimen “transitorio” de la DF 16.^a que unifica la tramitación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, dando la competencia al TS (Esp) para el conocimiento de ambos medios de impugnación y respetando los presupuestos de admisibilidad y reglas específicas de cada uno de ellos, bajo un único trámite.

De cualquier modo, comprobamos que la opción del legislador del año 2000 fue la de escindir en dos al recurso de casación. Ciertamente esta opción contaba con motivos nada desdeñables: aportar a la seriedad de la denuncia de las infracciones procesales e intensificar la tutela de los derechos procesales, así como descongestionar al TS (Esp) y dotar de mayores competencias a los TSJ (Esp); no obstante, a nuestro juicio, los inconvenientes, tanto conceptuales como prácticos de esta escisión, superan con creces a los beneficios. Así, el otorgar la competencia para el conocimiento y resolución de un recurso de naturaleza casacional a un Tribunal distinto del máximo previsto en la estructura del Estado español – TS (Esp)– mina la naturaleza misma de este recurso extraordinario, pues es a tal Tribunal al que especialmente corresponde la máxima observancia de la existencia de igualdad en la aplicación de la ley, así como de la seguridad jurídica. Habría resultado prácticamente imposible que los diecisiete TSJ (Esp) hubieran mantenido uniformidad en la doctrina procesal contenida en sus fallos, lo cual habría redundado en un efecto totalmente contrario a uno de los connaturales a la casación, como es el de la creación de doctrina jurisprudencial uniforme.

El legislador español fue consciente del evidente riesgo de dispersión y para solventar tal circunstancia pretendió crear la acción denominada “recurso en interés de la Ley [procesal]”, del cual debía conocer el TS (Esp). Esta acción no es un recurso pues no operaría dentro del proceso ni sería hábil para modificar de modo alguno lo resuelto en él. Se trata de una acción autónoma creada para unificar criterios de juzgamiento en materia procesal frente a eventuales sentencias contradictorias dictadas por los TSJ (Esp) en recursos extraordinarios por infracción procesal. El grave inconveniente es que lo que se dirimiría a través de esta acción no poseería relevancia alguna en la práctica respecto de los procesos cuyas sentencias fueron contrastadas, pues, aun cuando en interés de Ley el TS (Esp) se decantara por uno de los dos criterios interpretativos en conflicto, la sentencia cuyo criterio fuera rechazado se mantendría inalterada y lo resuelto en ella prevalecería totalmente en firme y llamado a ejecutarse. A esta circunstancia hay que añadir que los justiciables directamente relacionados

con el caso ni siquiera poseerían legitimación para iniciar la acción, la cual correspondería en exclusiva al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo y a las personas jurídicas de Derecho público que, “por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones” –art. 491, precepto este, que como los demás que regulan esta peculiar acción, nunca llegó a entrar en vigor–. En definitiva, nos parece que el grave inconveniente que genera la multiplicidad de Tribunales que resolverían extraordinariamente sobre infracciones procesales, no habría sido superado por el “recurso en interés de la Ley” que quiso implantar la LEC, lo que confirma lo inadecuado de la escisión en dos del recurso de casación.

A esto añadimos la conveniencia de tratar ambas temáticas –material y formal– conjuntamente por la estrecha relación que puede haber entre una y otra. En efecto, no son pocas las ocasiones en que una infracción procesal es el presupuesto previo para la infracción de una norma sustantiva, como, por ejemplo, sucede en los casos en los que se infringen normas sobre la valoración de la prueba, sobre carga de la prueba o sobre cosa juzgada, entre otros. Buena muestra de ello es la causal prevista en el art. 268.4 del COGEP, según el cual cabe interponer recurso de casación “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.”

En definitiva, por todas las razones a las que nos hemos referido, la escisión por la que quiso optar el legislador español no la consideramos como una medida adecuada. A nuestro criterio, las reformas que se implementen en la LEC no deberían buscar la habilitación del recurso extraordinario por infracción procesal, sino, por el contrario, la unificación de la impugnación extraordinaria por motivos materiales y formales bajo el único recurso: el de casación.

XXVI

El trámite que el legislador español ha acordado para el recurso de casación y para el recurso extraordinario por infracción procesal es predominantemente escrito. En efecto, la interposición del recurso, así como su contradicción, se presentan por escrito; y, de igual manera, son escritas las fases de admisibilidad y resolución. Existe la posibilidad de celebrar una vista argumentativa, que, respecto de los motivos de infracción procesal puede incluir también la práctica de pruebas, pues se acepta que el vicio procesal denunciado pueda ser demostrado a través de pruebas en la fase extraordinaria. Los derechos de contradicción e igualdad se encuentran plenamente observados en la regulación española, así como los principios de celeridad y economía. Comprobamos que la previsión española del

procedimiento del recurso de casación e infracción procesal va en consonancia con la naturaleza del debate que se desarrolla en esta impugnación.

Llama la atención, sin embargo, la regulación de la vista argumentativa para discutir las infracciones sustantivas que se han alegado como motivos de casación. En efecto, el art. 486 de la LEC dispone que “si todas las partes hubieren solicitado la celebración de vista el secretario judicial [hoy, Letrado de la AJ] señalará día y hora para su celebración. De igual modo se procederá cuando el Tribunal hubiera resuelto, mediante providencia, por considerarlo conveniente para la mejor impartición de justicia, la celebración de dicho acto”. Si bien la posibilidad de que se celebre una vista argumentativa en un recurso extraordinario no comporta inconveniente en sí mismo, se debe considerar que tal vista debe poseer un carácter excepcional y su convocatoria debería ser una potestad exclusiva del Tribunal, cuando considere que del contacto directo con las partes puede obtener algún beneficio para la debida formación de su criterio de juzgamiento. No obstante, el legislador español ha otorgado fuerza vinculante a la solicitud unánime que realicen las partes para la celebración de una vista. Esta facultad prevista a favor de las partes por el citado art. 486 de la LEC resulta ciertamente extraña dentro de la tramitación de un recurso donde la oralidad no juega el rol protagónico que sí juega en la primera instancia. Y resulta más extraña todavía cuando se advierte que, si el recurso interpuesto fuera únicamente el extraordinario por infracción procesal o el recurso de apelación, la iniciativa de ambas partes respecto de la celebración de vista argumentativa no obligaría al tribunal a celebrarla: en esos otros recursos verticales –distintos del de casación–, la solicitud de las partes para la celebración de una vista en la que presentar oralmente los fundamentos del recurso, aun cuando sea unánime, no es vinculante para el juzgador, quien posee plena libertad para decidir si la convoca o no –arts. 475.2 y 464.2 de la LEC–.

Respecto a la posibilidad de actuar prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal, particular que hemos anticipado en párrafos precedentes en esta misma conclusión, el legislador español ha considerado que los vicios procesales que se denuncian a través de tal medio de impugnación, pueden requerir de sustentos que los demuestren. Por ello, se habilita la actuación de prueba en este recurso extraordinario, circunstancia que si bien ha extrañado a parte de la doctrina, consideramos valedera en vista de que se encuentra adecuadamente regulada. En efecto, el objeto de la prueba en este recurso ha de ser restrictivo y su admisión rigurosamente excepcional, pues en la inmensa mayoría de los casos bastará con el examen de las actuaciones. La prueba que se solicite y mucho más la que se ordene, únicamente deberá encaminarse a demostrar la existencia del vicio procesal, así como su oportuna denuncia y los perjuicios objetivos por él ocasionados. De hecho existe la disposición normativa que ordena que la prueba deba poseer el carácter de “imprescindible” para la demostración del yerro formal denunciado. No atenta, por tanto, la posibilidad de actuar pruebas en el recurso extraordinario por infracción procesal a su naturaleza jurídica, dada la forma en que tal posibilidad se encuentra prevista en la LEC.

XXVII

En cuanto al recurso de casación ecuatoriano, este se encuentra habilitado para la denuncia de infracciones de normas materiales y procesales. Su carácter vertical se deduce del órgano competente para su conocimiento y resolución, que es la CNJ (Ecu), máximo Tribunal de Justicia en la República del Ecuador. El carácter extraordinario del recurso se encuentra confirmado por la existencia de causales que lo habilitan –art. 268, COGEP–, empero, su comprensión como medio de impugnación adolece de graves falencias. En efecto, el COGEP confunde la naturaleza del recurso con la de la acción autónoma de impugnación, en cuanto el primero constituye un medio intraprocesal y la segunda uno extraprocesal; por ello el primero ataca a resoluciones que no han adquirido firmeza, sin romper la unidad del proceso, y la segunda sí. Esta grave confusión se presenta en el art. 266 del COGEP, el cual ordena que el recurso de casación “se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia”.

Resulta del todo inadecuado que el COGEP haya confundido una de las reglas connaturales de una acción autónoma de impugnación con la del recurso, confusión que genera una seria incoherencia a nivel conceptual del instituto. Esta incoherencia se agrava cuando consideramos que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 101 del propio COGEP, la “sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso” y, al mismo tiempo, el art. 266 del COGEP dispone que son susceptibles de recurso de casación las sentencias que se encuentren ejecutoriadas. Es decir, por una parte, el COGEP otorga la calidad de irrevocable a la resolución ejecutoriada y, por otra, dispone que solo cuando una sentencia se encuentre ejecutoriada puede ser susceptible del recurso de casación que la puede revocar. Este círculo vicioso es otra confirmación del ligero, por decir lo menos, proceder legislativo ecuatoriano en el COGEP. Por fuera de esta circunstancia, y como anticipamos al inicio de esta conclusión, el resto de elementos caracterizadores del recurso de casación, poseen una correcta previsión en la ley adjetiva ecuatoriana.

XXVIII

En cuanto al trámite que el legislador ecuatoriano ha establecido para el recurso de casación, debemos señalar que posee graves falencias tanto desde la perspectiva procesal, como desde la perspectiva procedimental. Así, desde lo procesal, el trámite resulta atentatorio a los principios jurídico naturales de audiencia o contradicción y de igualdad, pues no prevé la obligación de poner en conocimiento de la parte recurrida el contenido de la impugnación interpuesta por la recurrente. De hecho, tal como se encuentra dispuesto el trámite, donde únicamente se ordena la notificación a las partes de la admisión del recurso, mas no se dispone que se ponga en su conocimiento o corra traslado del escrito de

interposición, el recurrido se enteraría del contenido de la impugnación recién en la comparecencia que se celebra de manera obligatoria –particular al que nos referiremos más adelante–, donde, además, debería responder de forma inmediata a los argumentos del recurrente.

Esta circunstancia coloca a las partes en un terrible estado de desigualdad, pues mientras el recurrente posee un plazo adecuado para elaborar su impugnación, el recurrido no tendría sino minutos para preparar su defensa. La vulneración de los principios de igualdad y contradicción, constitucionalizados en el art. 76.7 CEcu, es evidente. Para evitar la aplicación literal de la norma, misma que comportaría vicios insubsanables al proceso, urge reformar el COGEP a fin de que se establezca el oportuno momento procesal en que el recurrido sea puesto en conocimiento del contenido de la impugnación y tenga plenas oportunidades para preparar su defensa.

En el supuesto de que la desigualdad que acaba de señalarse fuese corregida, desde la perspectiva procedimental, el recurso de casación ecuatoriano posee las mismas falencias que el recurso de apelación, derivadas de la obligatoriedad de celebrar en todos los casos una comparecencia argumentativa. Y es que, existiendo una impugnación escrita y pudiendo llegar a existir una contradicción también por escrito, lejos de aportar beneficios, la celebración de una vista como parte forzosa del trámite puede resultar lesiva. Primero, al no ser consecuencia de una necesidad de los juzgadores, esta comparecencia puede devenir en un mero acto de repetición de los argumentos ya planteados de manera previa por escrito, con lo cual, nada se consigue con ella más que una dilación de la causa. Luego, el COGEP ordena al juez de casación resolver la impugnación en el mismo acto, con lo cual se pueden prever varias consecuencias negativas: (i) Que el juzgador estudie el caso de manera previa para estar en capacidad de dictar su resolución en la vista, con lo cual la existencia de este prejuicio confirma la inutilidad de la vista; (ii) Que, teniendo en cuenta la obligación legal de resolver en la vista, el juzgador dilate la fecha de la celebración de la misma hasta estar en capacidad temporal de preparar el caso, lo cual podría dilatar la convocatoria y, por ende, la resolución final del recurso; o (iii) Que el juzgador no prepare el caso y extraiga únicamente de la vista los elementos de convicción para la resolución del caso, proceder impropio del detenido juzgamiento documental que corresponde a la casación, a lo cual se debe añadir los altísimos riesgos negativos del juzgamiento precipitado. Ciertamente, también podría darse que el juzgador preparase el caso de forma previa sin llegar a juicios absolutos y que, a través de una sesuda evaluación de las exposiciones de las partes, confirmara pareceres previos o los desechara, llegando a un juzgamiento más cabal. Este positivo proceder nos resulta conveniente en apelación dada su naturaleza ordinaria; no obstante, no en casación, donde el detenido estudio del expediente con el fin de comprobar la existencia de yerros en la sentencia podría verse influenciado y hasta sesgado por las dotes oratorias del letrado.

En todo caso, nos parece inadecuada la previsión de una vista obligatoria en el trámite del recurso de casación ecuatoriano. Más allá de los reparos teóricos que hemos expuesto, nos es previsible que el trámite por el que ha optado el COGEP generará dilaciones en lugar de aportar a la celeridad procesal; y la intermediación que a través de la forzosa vista se obtiene en poco ayudará para un mejor juzgamiento de la casación. Una reforma en el sentido de proscribir la obligatoriedad de la vista en casación y conservarla únicamente para aquellos casos en los que la sana crítica del juzgador le lleve a considerar conveniente su práctica, resulta imperiosa –idéntica reforma a la que sostuvimos para el recurso de apelación en este tema–.

XXIX

Así mismo, debemos referirnos al instituto de la caución que prevé la casación ecuatoriana. Esta garantía la debe constituir el recurrente que desee que su impugnación produzca efectos suspensivos respecto a la resolución impugnada. Los afanes del legislador ecuatoriano por conceder efectos suspensivos, como regla general en el caso de la apelación y con la posibilidad de la caución en el caso de la casación, nos demuestra su incompreensión de los criterios contemporáneos de administración de justicia donde ya no se confía tanto en la decisión del máximo órgano jurisdiccional, sino se apuesta por el fortalecimiento de la primera instancia a fin de que se consigan decisiones que resuelvan de manera definitiva las controversias en ese nivel. Adicional a esto, la caución adolece de dos graves inconvenientes, el primero, la discrecionalidad que posee el juzgador de instancia para moderar su monto. Ya que no existen parámetros para el cálculo de la caución, queda a libre criterio del juzgador *a quo* el determinarla, pudiendo verificarse por ello conductas arbitrarias. La falta de previsión al respecto genera inseguridad jurídica entre los litigantes, propiciando el cometimiento de abusos por parte de los juzgadores.

El otro inconveniente radica en el carácter vindicativo que la ley ecuatoriana asume cuando, solicitada la caución, no es rendida por el recurrente. En estos casos, el legislador ha dispuesto al juzgador que ordene la ejecución de la sentencia impugnada –art. 271–. Esta circunstancia comporta una evidente intromisión del principio oficioso en un proceso dispositivo, que puede traer inconvenientes a la parte recurrida. De hecho, pueden existir no pocos casos en los que a la parte recurrida no interese la ejecución de la sentencia que le beneficia hasta tener la resolución definitiva de casación; sin embargo, por mandato del COGEP, tendría forzosamente que aceptar una ejecución que, incluso, podría generarle perjuicios si, al final, la resolución de casación modifica lo resuelto en segunda instancia. Lo que el GOGEP debería establecer es la posibilidad de una ejecución provisional de la sentencia impugnada a pedido de la parte recurrida, en el caso de que la impugnación hubiera sido aceptada a trámite sin efecto suspensivo.

XXX

Finalmente, el otro recurso extraordinario materia de nuestro estudio que se encuentra previsto tanto por las legislaciones en comparación es el de queja, a efectos españoles, o de hecho, a efectos ecuatorianos. Se trata de un recurso vertical, pues va a ser resuelto por un juez distinto y superior al juez que emitió la resolución impugnada; y extraordinario, pues procede en un caso específico: cuando exista denegación ilegítima de la admisibilidad de un recurso de apelación, de casación o, en el caso español, de infracción procesal. Esta circunstancia lo caracteriza como un recurso *instrumental*, lo cual se entiende en la medida en que el recurso de queja solo encuentra su razón de ser si otro recurso vertical o devolutivo, previamente interpuesto, hubiera sido inadmitido indebidamente. Esta característica lo diferencia del resto de recursos que constituyen actos procesales autónomos y cuya existencia no depende de otra actuación procesal ni, mucho menos, de otra impugnación.

La LEC regula conceptualmente a este recurso de manera correcta. Se encuentra previsto para impugnar la inadmisión errada de recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación. En cuanto al procedimiento, el legislador español ha optado por un modelo directo, donde los recurrentes presentan la impugnación de manera directa ante el juzgador *ad quem*, quien deberá resolver en un plazo de 5 días la impugnación, decidiendo si la denegación fue correcta o no. De considerar que la inadmisión del recurso vertical se ajustó a Derecho, notificará el particular al juzgador *a quo* para que de ello se tome nota en los autos del proceso. Si el Tribunal considerase que la inadmisión adoleció de vicios jurídicos o fácticos, ordenará al juzgador *a quo* continúe con la tramitación del recurso. Cabe señalar que el trámite del recurso de queja no posee una fase de contradicción a favor de la contraparte, lo cual, en nuestra opinión, no comporta vulneración alguna al principio de audiencia o al de igualdad. En efecto, ya que el recurso de queja tiene por objeto una actuación eminentemente procesal del juzgador *a quo* que no tiene relación con los derechos en litigio de la contraparte, no existe necesidad de escuchar a esta. A lo anterior debemos añadir la especial tutela que amerita el derecho al recurso legalmente previsto, eventualmente vulnerado por una denegación indebida por parte del juzgador *a quo*, así como la plena conciencia de que la contraparte tendrá la oportunidad de defenderse en el evento de que el recurso principal –apelación, casación o infracción procesal– fuera admitido. Es procedente, por estas consideraciones, el que el legislador español haya omitido una fase de contradicción de la parte contraria en la tramitación de este recurso.

En el caso ecuatoriano, la conceptualización del recurso de hecho es correcta, no existiendo particular alguno en el cual reparar al respecto. Novedades aparecen en la regulación del procedimiento. Como nota preliminar señalaremos que el COGEP ha optado por un modelo indirecto para este medio de impugnación, donde el recurrente presentará el recurso de hecho ante el mismo juez que denegó la admisibilidad del recurso vertical

principal –apelación o casación–, el cual deberá trasladar el caso ante el juez *ad quem* para que conozca la impugnación instrumental y decida sobre ella. El inconveniente en la previsión de este recurso se presenta en uno de los casos de improcedencia del mismo, en virtud del cual, no procede el recurso “cuando el recurso de apelación o el mismo de hecho no se interpongan dentro del término legal” –COGEP, art. 279–. Al respecto debemos señalar que uno de los motivos comunes para interponer el recurso de hecho es la oposición al criterio del Tribunal *a quo* respecto del plazo de interposición del recurso vertical principal, es decir, la discusión esencial del recurso de queja puede ser si se interpuso o no dentro del plazo la impugnación principal. Por esta razón, el haber establecido en la ley expresamente como una causa de no aceptación a trámite del recurso de hecho el que la apelación no hubiera sido presentado dentro del tiempo, vuelve inútil a este medio de impugnación.

De lo expuesto, comprobamos que la previsión española nuevamente demuestra fortalezas frente a la ecuatoriana. La comprensión española del recurso es plena y su modelo se ajusta a las reglas de la LEC que establecen que, con carácter general, la interposición de recursos no producirá efectos suspensivos. Por ello es completamente funcional que el recurso de queja se lo presente ante el juzgador *ad quem*. En Ecuador, el modelo escogido también se ajusta al efecto general de la interposición de los recursos verticales –en el que incluimos a la casación, dado el difundido instituto de la caución–, que, al revés que en España, es el suspensivo. De allí que tenga sentido que, para garantizar que ese efecto suspensivo va a ser respetado –no ejecutándose la resolución por quien la dictó hasta que se aclare si se acepta o no a trámite el recurso principal denegado–, el recurso de hecho se lo presente ante el mismo juez que denegó la admisión del recurso vertical principal. El grave inconveniente con el COGEP es su previsión de una causal de inadmisión del recurso que en la práctica lo torna inútil en los casos de apelación a resoluciones escritas y del propio recurso de hecho. En efecto, el que el juez *a quo* pueda declarar la no procedencia del recurso de hecho alegando como causal la extemporaneidad del recurso principal, que fue por él mismo declarada, hace que el medio de impugnación resulte por completo inservible, por lo que en estos casos su previsión carece de sentido. Esta circunstancia debe ser corregida por el legislador ecuatoriano, pues la tutela del derecho al recurso legalmente previsto resulta nula en casos como el descrito.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa.

- *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*, Quito, Ediciones Legales, 2012.
- “Nulidades en el Proceso Civil” en *FORO, Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador No. 6*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.
- “Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador”, en *Iuris Dictio*, año 13, volumen 15, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2013.

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto (Coord.).

- *La Casación, Estudios sobre la Ley No. 27*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador – Corporación Editora Nacional, 1994.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.).

- *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 1 y 2, Barcelona, Ecomonist & Jurist, 2000.
- “Principales Ideas-Clave para el Estudio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 428, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2000.

ALSINA, Hugo.

- *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo 1, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941.
- *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo 2, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1942.

ALVEAR MACÍAS, Jorge.

- *Estudio de los Recursos en el Procedimiento Civil Ecuatoriano*, Quito, Editorial Edino, 1991.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar.

- *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo 3, Madrid, EDERSA, 1996.

ANDRADE UBIDIA, Santiago.

- *La Casación Civil en el Ecuador*, Quito, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2005.

ANZIZU FUREST, Antonio de.

- “Aspectos Sociológicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Duración y Coste del Proceso”, en RAMOS, Francisco (Dir.), *Para un Proceso Civil Eficaz*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

ARAGONESES, Pedro y GISBERT, Marta.

- *La Apelación en los Procesos Civiles*, Madrid, Civitas Ediciones, 2008.

ARANGÜENA FANEGO, Coral.

- “Artículo 137”, en LORCA NAVARRETE, Antonio (Dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Valladolid, Lex Nova, 2000.

ARISTÓTELES.

- *Política*, Madrid, Tecnos DL, 2011.

ARMENTA DEU, Teresa.

- “De los Recursos”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2011.

ASENCIO ROMERO, Ángel.

- *Teoría General del Proceso*, México, Trillas, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María.

- *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

AZUA CAMACHO, Jaime.

- *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 2000.

BACRE, Aldo.

- *Recursos Ordinarios y Extraordinarios*, Buenos Aires, La Rocca, 1999.

BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María.

- *La Nulidad*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003.

BANACLOCHE PALAO, Julio.

- “El proyecto de nueva oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?”, *Diario La Ley*, n.º 7251, 2009.

BANACLOCHE PALAO, Julio y CUBILLO LÓPEZ, Ignacio.

- *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, Madrid, La Ley, 2014.
- “Libro II, Tit. IV.- De los recursos”, en OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Cívitas, 2001.

BARONA VILAR, Silvia.

- “Líneas Generales y Principios Configuradores de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil” en *Revista de Derecho*, No. 1, Valencia, Universidad de Valencia, 2002.

BELLIDO, Rafael.

- “Una aproximación a la revisión de la valoración de la prueba civil en la doctrina del tribunal supremo y del tribunal constitucional” en *Revista Jurídica Valenciana*, No. 32, Valencia, Universidad de Valencia, 2014.

BENAVENTE, Darío.

- *Derecho Procesal, Juicio Ordinario y Recursos Procesales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

BENTHAM, Jeremy.

- *Una protesta contra las tasas judiciales*, Editorial Civitas, Madrid, 2013.

BERIZONCE, Roberto.

- “Recientes Transformaciones del Proceso Civil”, en INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL (Coord.), *Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2005.

BERMEO, José Elías.

- “Implementación del Procedimiento Oral para Materias no Penales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano y el Tratamiento del mismo en el Proyecto de Código General del Proceso”, en *Law Review del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, No. 1, en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion001/01_jose_bermeo.pdf, página web consultada el 20 de agosto de 2013.

BERZOSA FRANCOS, María Victoria.

- “Los Principios Configuradores del Procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Barcelona, Economist & Jurist, 2000.

BONET NAVARRO, Ángel.

- *La Nueva Comparecencia del Juicio de Menor Cuantía*, Barcelona, Librería Bosch, 1988.
- *Los Recursos en el Proceso Civil*, Madrid, La Ley, 2000.

BONILLA SAN MARTÍN, Adolfo.

- *El Código de Hammurabí y otros estudios de historia y filosofía jurídicas*, Madrid, Rueda, 1909.

BORGONA, Alfonso de, Rey de Castilla y León, décimo de su nombre.

- *Las Siete Partidas*, tomo II, Madrid, Edición del Boletín General del Estado, 1985.

BORINSKY, Mariano.

- “La Garantía del Recurso ante un Tribunal Superior”, en DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2001.

BRISEÑO SIERRA, Humberto.

- *Derecho procesal*, volumen 2, México, Oxford University Press, 2005.

CABRERA ACOSTA, Humberto.

- *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

CALAMANDREI, Piero.

- *Proceso y democracia*, Buenos Aires, EJE, 1960.
- *La Casación Civil*, tomo 1, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.
- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Leyer, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro.

- *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.

CARNELUTTI, Francesco.

- *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJE, 1959.
- *Derecho procesal civil y penal*, México, Oxford University Press, 2004.

CARRION LUGO, Jorge.

- *El recurso de casación*, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY, 2003.

CASTILLO LARRAÑAGA, José.

- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México D.F., Editorial Porrúa S. A., 1982.

CATTANEO, Luigia Clara.

- “El Recurso de Casación”, en *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador No. 40, Número Monográfico de Jurisprudencia*, Quito, Ediciones de la PUCE, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe.

- *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, volumen 2, Buenos Aires, Bosh y Cía. Editores, 1949.
- *Principios de Derecho Procesal*, tomo 1, Madrid, Reus, 2000.
- *Curso de derecho procesal civil*, México DF, Oxford University Press, 2004.
- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen 3, Florida (Provincia de Buenos Aires), Valletta Ediciones, 2005.

CIPRIANI, Franco.

- “El Centenario del Reglamento de Klein”, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, volumen 27, Bogotá, ICDP, 2001.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA.

- “Justicia dato a dato, año 2012”, en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato/La_justicia_dato_a_dato___ano_2012, página web consultada el 20 de agosto de 2013.

CORDÓN MORENO, Fernando.

- *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008.

CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.)

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín.

- “Los Recursos”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- “El Futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM “AFDUAM”*, número 5, Madrid, UAM, 2001.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor.

- *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

COUTURE, Eduardo J.

- “Exposición de Motivos”, en *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945.
- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2002.

CRUZ BAHAMONDE, Armando.

- *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Volumen V, Guayaquil, Editorial EDINO, 2001.

CUBILLO LÓPEZ, Ignacio.

- *La regulación de las actuaciones del juicio*, Madrid, Editorial La Ley, 2001.

CUEVA CARRIÓN, Luis.

- *La Casación en lo Civil*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 1993

DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

- “La Iniciativa Probatoria del Juez Civil en el Proceso Contemporáneo”, en: Revista de *Derecho Procesal Iberoamericano*, tomo IV, Madrid, Instituto Español de Derecho Procesal, 1967.
- *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial ABC, 1980.
- *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.
- *Compendio de Derecho Procesal*, tomo I, Bogotá, Themis, 2012.

DI IORIO, Alfredo J.

- *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, De Palma, 1985.

DÍAZ, Clemente A.

- *Teoría General del Proceso*, tomo 1, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2010.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio.

- *Poder Judicial y Responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990.
- “Artículo 24, Garantías Procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo 3, Madrid, EDERSA, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (Dir.).

- *Estudios sobre Derecho Procesal*, volumen 1, Madrid, Banco Central Hispanoamericano, 1996.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis.

- “Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, Madrid, UNED, 2006.

DONNA, Edgardo Alberto (Dir.).

- *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2001.

DORADO, Vicente, GUZMÁN, Carlos, DORADO, Domingo, TOMÉ, Rosa.

- *Manual Práctico de Procedimientos Civiles*, Madrid, Grupo Editorial El Derecho, 2011.

EISNER, Isidoro.

- *Planteos Procesales: Ensayos y Notas Sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, La Ley, 1984.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki.

- *La Instancia de Apelación Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

ESPINOSA SOLÍS DE OVANDO, Alejandro.

- *Manual de Procedimiento Civil-Recursos Procesales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973.

ESTEVE MARTÍN, Francisco José

- “El medio de impugnación de sentencias firmes de la audiencia al rebelde en la LEY 1/2000”, pág. 7, en: <http://www.liceus.com/cgi->

bin/ac/pu/Recurso%20de%20la%20audiencia%20al%20rebelde.pdf, página web consultada el 22 de agosto de 2016.

FAIRÉN GUILLEN, Víctor.

- *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo 1, Madrid, Editorial Tecnos, 1969.
- *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo 2, Madrid, Editorial Tecnos, 1969.
- *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*, Valencia, Caja de Ahorros de Valencia, 1988.
- *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.
- “Notas sobre el Principio de Concentración”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes.

- *La Carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil*, Madrid, La Ley, 2006.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAÚ, José Francisco (Coord.)

- *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Editorial Iurgium Atelier, 2000.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido.

- *El Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indevidas*, Madrid, Civitas, 1994.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y OLAVE FAVELLA, José.

- *Derecho procesal*, México DF, UNAM, 199.

FLOR RUBIANES, Jaime.

- *Teoría General de los Recursos Procesales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003.

FLORS MATÍES, José.

- “Los medios de impugnación de las sentencias firmes”, pág. 42/1, en: <http://www.tirant.com/derecho/actualizaciones/Tema%2042%20procesal%20civil%203-3-2015>, página web consultada el 22 de agosto de 2016

GABRIEL, Narciso de.

- “Alfabetización, Semialfabetización y Analfabetismo en España (1860-1991)”, en: *Revista Complutense de Educación*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1997.

GALLEGO GARCÍA, Rodrigo.

- “Art. 215”, en TORIBIOS FUENTES, Fernando (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, LEX NOVA, 2012.

GARBERÍ LLOBREGAT, José.

- *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- “Los Recursos en el Proceso Civil: Concepto, Clases y regulación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.), *Los Procesos Civiles*, tomo 2, Barcelona, Editorial Bosch, 2010.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José y CASERO LINARES, Luis.

- *Los Procesos Civiles*, tomo 2, Barcelona, Editorial Bosch, 2010.

GARCÍA FALCONÍ, José.

- *Casación civil referente a la legislación ecuatoriana*, Quito, Ediciones Rodin, 1998.

GARCÍA FERAUD, Galo.

- “La Casación en Materia Civil”, en ALBÁN GÓMEZ, Ernesto (Coord.), *La Casación, Estudios sobre la Ley No. 27*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador – Corporación Editora Nacional, 1994.

GARCÍA PAREDES, Antonio.

- “Un nuevo recurso de apelación”, en *Diario La Ley*, Nº 6952, Sección Tribuna, Madrid, Editorial La Ley, 23 de mayo 2008.

GESTO ALONSO, Blanca.

- “Recursos de Reposición”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2011.

GIMENO SENDRA, Vicente.

- *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, Cívitas, 1981
- *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Colex, 2006.
- *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración*, Madrid, Editorial Colex, 2007.
- *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Editorial Colex, 2007.

- *Derecho Procesal Civil. I. El Proceso de Declaración*, Madrid, Editorial Colex, 2010.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Colex, 2012.
- “Pasado, presente y futuro de la Justicia Civil”, en MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA (Edit.), *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia de España, 1990, pág. 96 y ss.

GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), ASENCIO MELLADO, José María, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas, ORTELLS RAMOS, Manuel y PEDRAZ PENALVA, Ernesto.

- *Proceso Civil Práctico*, tomo 6, Madrid, La Ley, 2008.

GISBERT POMATA, Marta.

- “Consideraciones sobre la Segunda Instancia en el Proceso Civil Español”, en: *Revista Derecho y Sociedad*, No. 38, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

GOLDSCHMIDT, James.

- *Der Prozess als Rechtschlage*, Editorial Julius Springer, Berlín, 1925.
- *Teoría general del proceso*, Editorial Labor, Barcelona, 1936.
- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Labor, Barcelona, 1936.
- *Principios generales del proceso*, México, Obregón y Heredia, 1983.

GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos.

- “Artículos 1 al 280” en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco (Coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Editorial Iurgium Atelier, 2000.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente.

- *Derecho Procesal Civil*, volumen 1, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1976.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando.

- *El Proceso Civil*, Oviedo, Editorial Forum, 2005.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando y GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa.

- *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Civitas, 2011.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás.

- *Apelación y Casación Civil*, Madrid, Colex, 1994.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago.

- “El Recurso de Casación contra sentencias en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1981”, en: www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero..., página web consultada el 27 de abril de 2014.

GOZAÍNI, Osvaldo.

- *Elementos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2005.
- *Doctrina Judicial Procesal*, Buenos Aires, La Ley, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.

- *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2001.

GUASP, Jaime.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Madrid, Editorial Aguilar, 1943.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Madrid, Editorial Aguilar, 1950.
- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961.
- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro.

- *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Gizur Menor, Editorial Aranzadi, 2005.
- *Derecho Procesal Civil*, tomo 2, Gizur Menor, Editorial Aranzadi, 2005.

GURVICH, M. A.

- *Derecho procesal civil soviético*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 1971.

GUERRERO DEL POZO, Juan Francisco

- *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, Tesis presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, para la obtención de la maestría en Derecho Procesal, Quito, 2014.

GUZMÁN, José Alejandro.

- *Títulos nobiliarios en el Ecuador*, Madrid, 1957.

HARRIS, Ian.

- *The mind of John Locke: a study of political theory in its intellectual setting*, Cambridge, University Press, 1994.

HOZ de la ESCALERA, Javier de la.

- “Reflexiones sobre la Nueva Regulación de los Recursos Civiles”, en *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, número 38, Madrid, Jueces para la Democracia, 2000.

IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel.

- *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.
- *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963.

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL (Coord.)

- *Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2005.

INSTITUTO ECUATORIANO DE DERECHO PROCESAL (Coord.)

- *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Quito, Projusiticia, 2007.

JIJON LETORT, Rodrigo.

- “La acción de nulidad dictada contra sentencias de juicio ejecutivo”, en *Iuris Dictio*, Revista de Derecho de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2001.

KLEIN, Franz.

- *Der Zivilprozess Oesterrichs*, Mannheim, Bensheimer, 1927.

LEIBLE, Stefan.

- *Proceso Civil Alemán*, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE, 1998.

LÓPEZ GIL, Milagros.

- “Consideraciones Generales sobre los Recursos”, en ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Dir.), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 2008.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier.

- *El Interés Casacional*, Madrid, Civitas, 2002.
- *Los Recursos Extraordinarios por Infracción Procesal y de Casación*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2004.

- LORCA NAVARRETE, Antonio (Dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.).
— *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- LOVATO, Juan Isaac.
— *Programa de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.
- LOZA PINTADO, Eduardo.
— *La casación en el proceso civil*, Quito, Editorial Ecuador, 1990.
- MANRESA, José María.
— *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada*, tomo II, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1883.
- MARTÍN BRAÑAS, Carlos.
— “Notas breves sobre los motivos que dan acceso al recurso extraordinario por infracción procesal introducido por ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, año 1998-1999, Vol. VIII, 2000.
— “La Oralidad y la Segunda instancia Civil”, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>, página web consultada el 11 de noviembre de 2013.
- MAURINO, Alberto Luis.
— *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- MEJÍA SALAZAR, Alvaro Renato.
— *Los Recursos Administrativos, Naturaleza Jurídica y Aplicación en Materia Tributaria*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
— *Los Medios de Impugnación ante el Proceso y el Procedimiento Contemporáneo*, Quito, Ediciones Legales, 2013.
— “Evolución histórica de la oralidad y la escritura en el proceso civil español y ecuatoriano”, en *Ius Humani, Revistas de Derecho*, No. 6, Quito, Universidad de los Hemisferios, 2017.
— *El Carácter Extraordinario del Recurso de Revisión*, Quito, s.n., 2007, Monografía presentada a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, para la obtención del título de Especialista Superior en Tributación.

MENDOZA GONZÁLEZ, Constantino.

- “Consideraciones del Juicio Oral Civil”, en *Justicia*, número 33, Yucatán, Poder Judicial del Estado, 2012.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA (Edit.).

- *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia de España, 1990, pág. 96 y ss.

MOLINA CABALLERO, María Jesús.

- “Principios y Formas del Proceso y del Procedimiento” en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Dir.), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 2008.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

- *La Formación del Proceso Civil*, Lima, Palestra Editores, 2004.

MONTERO AROCA, Juan.

- *El Derecho Procesal en el Siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- *Los Principios de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “El Proceso Civil Llamado “Social” como instrumento de “Justicia” Autoritaria”, en MONTERO AROCA, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, <http://www.tirant.com/editorial/monocnt?daId=1&patron=01&>, página web consultada el 10 de junio de 2013, en Madrid.

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José.

- *Tratado del Juicio Verbal*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2004.
- *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- *El Recurso de Casación Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia.

- *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO María Pía.

- *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MONTESANO, Luis.

— *Oralidad y debido proceso*, México DF, Editorial Porrúa, 2013.

MONTESQUIEU, Barón de.

— *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 2007.

MORALES MOLINA, Hernando

— *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Bogotá, Editorial ABC, 1978.

MORALES SUÁREZ, Hugo.

— “La casación civil en España”, en *Revista Jurídica*, Puebla, Editorial Escuela de Derecho, 1998.

MORELLO, Augusto.

— *El Proceso Civil Moderno*, Librería Editora Platense, La Plata, 2001.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín.

— *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ (Coord.).

— *La nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Tecnos, 2000

MUÑIZ CALAF, Bernardino.

— *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Editorial Comares, 2002.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo.

— “Una reformulación del concepto clásico de gravamen o perjuicio como presupuesto para recurrir”, en *Revista General de Derecho Procesal*, No. 25, Iustel, 2011.

MURCIA BALLÉN, Humberto.

— *Recurso de Casación Civil*, Santa Fe de Bogotá, El Foro de la Justicia, 1983.

NARANJO GODOY, Lorena.

— “Consecuencias de la ejecución de la sentencia que ha sido impugnada en casación” en *FORO, Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador No. 6*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.

- OLIVA SANTOS, Andrés de la.
— *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Barcelona, Casa Editorial Bosh, 1980.
— “Las Reformas Procesales”, en DÍEZ-PICAZO, Ignacio y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (Dir.), *Estudios sobre Derecho Procesal*, volumen 1, Madrid, Banco Central Hispanoamericano, 1996.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel.
— *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, BANACLOCHE PALAO, Julio.
— *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Cívitas, 2001.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime.
— *Derecho Procesal, Introducción*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
— *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.
— *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la y PEITEADO MARISCAL, Pilar.
— *Sistema de la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid, UDIMA, 2011.
- ORTELLS RAMOS, Manuel.
— *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2007.
— “Formas del Procedimiento y Garantías Fundamentales del Proceso Civil”, en: PALOMO VÉLEZ, Diego (coord.), *Revista Ius et Praxis*, año 16, N° 1, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100013&script=sci_arttext#n30, página web consultada el 20 de agosto de 2013.
- ORTELLS RAMOS, Manuel y ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Coords.)
— *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, volumen II, Málaga, Centro de Publicaciones de la Diputación de Málaga, 2006.
- OSORIO ACOSTA, Ezequiel.
— “El Recurso de Reposición”, en ALONSO CUEVILLAS SAYROL, Jaime, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 2, Barcelona, Economist & Jurist, 2000.

OVALLE FAVELA, José.

- *Teoría General del Proceso*, México, Colección Textos Jurídicos, 1994.
- “Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia Procesal”, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip41mex.pdf>, página web consultada el 14 de agosto de 2013.

PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés.

- *El Nuevo Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo*, Quito, Ediciones Legales, 2005.
- “El Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo en el Ecuador”, en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/laboral/pdf/dr.andres.pdf>, página web consultada el 22 de agosto de 2013.

PALACIO, Lino Enrique.

- *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.
- *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.
- *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

PALOMO VÉLEZ, Diego.

- “La Oralidad al Proceso Civil”, en PALOMO VÉLEZ, Diego (coord.), *Revista Ius et Praxis*, año 10, No. 2, en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000200008&script=sci_arttext#nota82, página web consultada el 22 de agosto de 2013.
- “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, en: *Estudios Constitucionales*, año 8, No. 2, Talca, Universidad de Talca, 2010.
- *Oralidad y Escritura en el Nuevo Modelo Procesal Civil Español*, Madrid, 2005, tesis presentada a la Universidad Complutense de Madrid, para la obtención del título de Doctor en Derecho.

PALLARES, Eduardo.

- *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1976.

PANATERI, Daniel.

- “La Tortura Judicial en las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio”, en: *Palimpsestos: Escrituras y Reescrituras de las Culturas Antigua y Medieval*, Buenos Aires, Editorial Universidad del Sur, 2013.

PANE, Ricardo.

— *Código procesal civil con repertorio de jurisprudencia*, Asunción, Editorial Intercontinental, 1998.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo.

— “Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal”, en *Gaceta Jurídica* N° 233, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

PÉREZ CEBADERA, María Ángeles.

— “La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad”, en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/130850/63268.pdf?sequence=1>, página web consultada el 20 de febrero de 2016.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín y SEAONES SPIGELBERG, José.

— *Derecho Procesal Civil II*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicions, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan.

— *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

— *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, Bosh Editorial, 2012.

— “Los Principios del Nuevo Proceso Civil”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 1, Barcelona, Ecomonist & Jurist, 2000.

— “El Principio de Oralidad en el Proceso Civil Español”, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf>, página web consultada el 22 de mayo de 2013.

PINA, Rafael de.

— *Derecho*, México D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1975.

PLAZA, Manuel de la.

— *La Casación Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leandro.

— *Derecho Procesal Civil*, Volumen 1, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

PUIG BLANES, Francisco y SOSPEDRA NAVAS, Francisco.

— *Tratado Práctico del Proceso Civil*, tomo 1, Madrid, Thomson Civitas, 2008.

- PUPPIO, Vicent.
— *Teoría General del Proceso*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio.
— *Teoría General del Proceso*, tomo 1, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1995.
- QUISBERT, Ermo.
— *Apuntes De Derecho Procesal Civil*, Sucre, USFX, 2010.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco (Dir.).
— *Para un Proceso Civil Eficaz*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.
- RECESVINTO.
— *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces*, Madrid, Edición de la Real Academia Española –Imprenta de Ibarra, 1815.
- REVERÓN PALENZUELA, Benito.
— “El derecho procesal a la luz de la Constitución española de 1978”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 16, San Cristóbal de La Laguna, Universidad de La Laguna, 1999.
- RIAÑO BRUN, Iñaki.
— “La Oralidad en la Segunda Instancia”, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp22ria.pdf>, página web consultada el 11 de noviembre de 2013.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel.
— *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*, Pamplona. Thomson Aranzadi, 2008.
- RIFÁ SOLER, José María, GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki.
— *Derecho Procesal Civil*, volumen 2, Pamplona, Instituto Navarro de Administración Pública, 2011.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Dir.).
— *Conceptos Básicos de Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 2008.
- ROCCO, Ugo.
— *Teoría General del Proceso Civil*, México DF, Editorial Porrúa, 1959.

RODÉS MATEU, Adria.

— *El Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2009.

RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa.

— “El Recurso Extraordinario por Infracción Procesal”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, volumen 2, Barcelona, Ecomonist & Jurist, 2000.

ROJAS GÓMEZ, Enrique.

— *La Teoría del Proceso*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.

— *Teoría General del Estado*, México DF, Fuentes, 1968.

ROUSSEAU, Juan Jacobo.

— *El Pacto Social*, Madrid, Ediciones Aguilar, 2001.

— *Del contrato social o principios del derecho político*, Córdoba, Argentina, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 2011.

RÚA, Fernando de la.

— *El Recurso de Casación*, Buenos Aires, Editorial Víctor P. de Zavalía, 1968

— *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991.

RUEDA LÓPEZ, Jesús.

— “Art. 215”, en SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel (Coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, tomo 1, Madrid, Editorial Dijusa, 2003.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel.

— “Consideraciones generales sobre el recurso de casación”, en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Volumen 15, No. 1, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANA, María José.

— *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

SAAVEDRA GALLO, Pablo Manuel.

- “Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, UNED, 1992.
- *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 2, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- “El Recurso de Apelación”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, tomo 2, Barcelona, Ecomonist & Jurist, 2000.

SÁNCHEZ POS, María Victoria.

- “Resoluciones Orales”, en CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2011.

SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel.

- *El recurso de casación civil*, Lima, Praxis Editores, 1999.

SANTOS AZUELA, Héctor.

- *Teoría General del Proceso*, México, Mc Graw-Hill, 2000.

SATTA, Salvatore.

- *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas -América, 1990.

SEOANE PRADO, Xavier.

- “Art. 215”, en XIOL RÍOS, Juan Antonio (Coord.), *Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2008.

SEAONE SPIEGELBERG, JOSÉ.

- “La revisión de sentencias firmes”, en: en PICOTASTE BOBILLO, Julio, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 685. en PICOTASTE BOBILLO, Julio, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2009.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco (Coord.).

- *Práctica del Proceso Civil*, volumen 1, Madrid, Thomson Civitas, 2004.
- *Tratado Práctico del Proceso Civil*, volumen 2, Madrid, Thomson Civitas, 2008.

- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Edit.).
— *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- STORME, Marcel.
— “Más Voz y Menos Letra: En Defensa de la Oralidad en los Procesos Judiciales”, en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/4moresto2.pdf>, página web consultada el 17 de julio de 2013.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel (Coord.).
— *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, tomo 1, Madrid, Editorial Dijusa, 2003.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel.
— “Algunas consideraciones críticas sobre el concepto de recurso y sus presupuestos”, en: *Revista General de Derecho*, N.º 610-611, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1995.
— *Lecciones de Derecho Procesal*, volumen 1, Palma, Ediciones UIB, 2010.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio y GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma.
— *Temario de Derecho Procesal*, Madrid, Colex, 2012.
- TORIBIOS FUENTES, Fernando (Dir.).
— *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, LEX NOVA, 2012.
- TORIBIOS FUENTES, Fernando y VELLOSO MATA, María José.
— *Manual Práctico del Proceso Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- TROYA CEVALLOS, Alfonso.
— *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Quito, Pudeleco Editores, 2002.
— *Elementos del Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Quito, Pudeleco Editores, 2002.
- TROYA JARAMILLO, José Vicente.
— *Manual de Derecho Tributario*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- VALENCIA MIRÓN, Antonio José.
— *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, Comares, 2008.
- VALLINES GARCÍA, Enrique.
— *La Preclusión en el Proceso Civil*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

- “Sobre el concepto de resolución definitiva”, en ORTELLS RAMOS, Manuel y ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (Coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, volumen II, Málaga, Centro de Publicaciones de la Diputación de Málaga, 2006.
- “El Acto de Celebración de la Audiencia Previa al Juicio”, en BANACLOCHE PALAU, Julio, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, GUTIERREZ BERLINCHES, Álvaro y VALLINES GARCÍA, Enrique, *El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y la Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2009.

VARGAS, Abraham.

- *Estudios de Derecho Procesal*, tomo 1, Mendoza, Ediciones Jurídicas, 1999.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Editorial Difusión Jurídica Economist & Jurist, 2012.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis.

- *La oralidad en el moderno proceso civil español. Implantación y Dificultades de la Oralidad*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/5.pdf, página web consultada el 20 de enero de 2013.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo.

- *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Lerner, 1986.

VESCOVI, Enrique.

- *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*, México, Editorial UNAM, 1978.
- *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 19840.
- *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

VICENTE CARAVANTES, José de.

- *Tratado de los Procedimientos Judiciales*, Tomo III, México DF, Ángel Editor, 2000.

VIDAL PRADO, Carlos.

- “La recepción de la declaración universal de derechos humanos por parte de los tribunales constitucionales y europeos. Especial referencia al caso español”, en *Revue Européenne du Droit Social*, volumen XIV, número 1, Târgoviște, Ediciones Bibliotheca, 2012.

VILLADIEGO BURBANO, Carolina.

- “La Oralidad en la Justicia Civil como Elemento del Debido Proceso: Un Enfoque de Derechos Humanos”, en *Civilizar*, vol. 10, núm. 18, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010.

WOLF, Hans Julius.

- “El Origen del Proceso entre los Griegos”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 247, México DF, Universidad Autónoma de México UNAM, 2007.

XIOL RÍOS, Juan Antonio (Coord.)

- *Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2008.

JURISPRUDENCIA

• JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

- STC (Esp) 35/2011, de 28 de marzo, FFJJ 1,2.
- STC (Esp) 120/2009, de 21 de mayo, FJ 2.
- STC (Esp) 270/2005, de 24 de octubre, FFJJ 1,3.
- STC (Esp) 07/2015 del 22 de enero, FJ 3
- STC (Esp) 139/2003, de 14 de julio, FJ 3
- STC (Esp) 66/2005, de 14 de marzo, FJ 3.
- STC (Esp) 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 3.
- STC (Esp) 69/1987, de 22 de mayo, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 113/1988, de 9 de junio, FFJJ 1,2.
- STC (Esp) 162/1990, de 22 de octubre, FJ 2.
- STC (Esp) 213/1993, de 28 de junio, FJ 1.
- STC (Esp) 172/1995, de 21 de diciembre, FJ 2.
- STC (Esp) 213/1999, de 29 de noviembre, FJ 2.
- STC (Esp) 225/1999, de 13 de diciembre, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 100/1999, de 31 de mayo, FJ 2.
- STC (Esp) 205/2000, de 24 de julio, FJ 3.
- STC (Esp) 233/2001, de 10 de diciembre, FJ 2.
- STC (Esp) 62/2002, de 11 de marzo, FJ 2.
- STC (Esp) 186/2008, de 26 de diciembre, FFJJ 3,4.
- STC (Esp) 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 3.
- STC (Esp) 58/2016, de 17 de marzo, FFJJ 4,5.
- STC (Esp) 87/2006, de 27 de marzo, FJ 4.
- STC (Esp) 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2.
- STC (Esp) 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 2.
- STC (Esp) 291/2006, de 9 de octubre, FJ 4.
- STC (Esp) 26/2000, de 31 de enero, FJ 3.
- STC (Esp) 121/2004, de 12 de julio, FJ 2
- STC (Esp) 211/2001, de 29 de octubre, FJ 5.
- STC (Esp) 101/2002, de 6 de mayo, FJ 3.
- STC (Esp) 28/2004, de 4 de marzo, FJ 2.
- STC (Esp) 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6.
- STC (Esp) 21/2009, de 26 de enero, FJ 2.
- STC (Esp) 2/2010, de 11 de enero, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 30/2010, de 17 de mayo, FJ 2.
- STC (Esp) 144/2012, de 2 de julio, FJ 2.
- STC (Esp) 215/2005, de 12 de septiembre, FJ 2.
- STC (Esp) 58/2016, de 17 de marzo, FJ 4.

- STC (Esp) 7/2015, 22 de enero, FJ 2,
- STC (Esp) 215/2005, de 12 de septiembre, FJ 2.
- STC (Esp) 58/2016, de 17 de marzo, FJ 4.
- STC (Esp) 94/2012, de 7 de mayo, FJ 3
- STC (Esp) 230/1993, de 12 de julio, FJ 2
- STC (Esp) 37/2012, de 19 de marzo, FJ 3
- STC (Esp) 242/2015, de 30 de noviembre, FJ 5
- STC (Esp) 19/2009, de 26 de enero, FJ 4.
- STC (Esp) 20/2004, de 23 de febrero, FJ 4
- STC (Esp) 122/2007, de 21 de mayo, FJ 3
- STC (Esp) 61/2011, de 5 de mayo, FJ 5
- STC (Esp) 139/1991, de 20 de junio, FJ 2.
- STC (Esp) 55/1992, de 8 de abril, FJ 2.
- STC (Esp) 35/2015, de 2 de marzo, FJ 3.
- STC (Esp) 132/2011, de 18 de julio, FFJJ 3,4.
- STC (Esp) 265/2005, de 24 de octubre, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 113/2004, de 12 de julio, FFJJ 8,9,10.
- STC (Esp) 23/1999, de 8 de marzo, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 149/1995, de 16 de octubre, FJ 3.
- STC (Esp) 37/1995, de 7 de febrero, FFJJ 3,4.
- STC (Esp) 162/1994, de 23 de mayo, FJ 1.
- STC (Esp) 93/1993, de 22 de marzo, FFJJ 1,2.
- STC (Esp) 19/1995, de 24 de enero, FJ 2.
- STC (Esp) 216/2001, de 29 de octubre, FFJJ 1,2.
- STC (Esp) 89/2004, de 19 de mayo, FFJJ 3,4.
- STC (Esp) 380/1993, de 20 de diciembre, FJ 3.
- STC (Esp) 116/1988, de 20 de junio, FJ 2.
- STC (Esp) 711/2011, de 4 octubre, FJ 2.
- STC (Esp) 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2.
- STC (Esp) 105/2014, de 23 de junio, FJ 3.
- STC (Esp) 54/2008, de 14 de abril, FFJJ 1,2.
- STC (Esp) 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 2
- STC (Esp) 140/2016, de 21 de julio, FJ 12
- STC (Esp) 22/2008, de 31 de enero, FJ 3
- STC (Esp) 11/2009, de 12 de enero, FJ 1
- STC (Esp) 11/2005, de 31 de enero, FFJJ 1,2.
- STC (Esp) 158/1987, de 20 de octubre, FFJJ 3,4.
- STC (Esp) 65/2016, de 11 de abril, FJ 4.
- STC (Esp) 11/2005, de 31 de enero, FJ 3.
- STC (Esp) 197/2006, de 3 de julio, FFJJ 5,6.
- STC (Esp) 18/2009, de 26 de enero, FJ 3.

- STC (Esp) 19/2009, de 26 de enero, FJ 4.
- STC (Esp) 20/2004, de 23 de febrero, FJ 4
- STC (Esp) 122/2007, de 21 de mayo, FJ 3
- STC (Esp) 55/2015, de 16 de marzo, FJ 3
- STC (Esp) 054/2010, de 4 de octubre, FJ 3.
- STC (Esp) 140/2016, de 21 de julio, FJ 3.
- STC (Esp) 177/2014, de 3 de noviembre, FJ 2.
- STC (Esp) 144/2012, de 2 de julio, FJ 4
- STC (Esp) 177/2014, de 3 de noviembre, FJ 6.
- STC (Esp) 103/2000, de 10 de abril, FJ 2.
- STC (Esp) 31/1997, de 24 de febrero, FFJJ 3,4.
- STC (Esp) 22/1997, de 11 de febrero, FJ 3.
- STC (Esp) 10/1997, de 14 de enero, FJ 3.
- STC (Esp) 100/1996, de 11 de junio, FJ 2.
- STC (Esp) 38/2000, de 14 de febrero, FJ 3.
- STC (Esp) 103/200, de 10 abril, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 142/2010, de 21 de diciembre, FFJJ 3,4.
- STC (Esp) 160/2009, de 29 de junio, FJ 4.
- STC (Esp) 178/2007, de 23 de julio, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 153/2005, de 6 de junio, FFJJ 2,3 .
- STC (Esp) 160/2004, de 4 de octubre, FFJJ 3,4,5.
- STC (Esp) 32/1999, de 8 de marzo, FFJJ 2,3.
- STC (Esp) 39/2015, de 2 de marzo, FJ 7.
- STC (Esp) 43/2010, de 26 de julio, FJ 5.
- STC (Esp) 20/2012, de 16 de febrero, FJ 8
- STC (Esp) 79/2012, de 17 de abril, FJ 3.
- STC (Esp) 85/2012, de 18 de abril, FFJJ 1,2.
- STC (Esp) 103/2012 de 9 de mayo, FJ 3.
- STC (Esp) 104/2012 de 10 de mayo, FJ 1.
- STC (Esp) 116/2012 de 4 de junio, FJ 2.
- STC (Esp) 125/2012 de 18 de junio, FJ 4.
- ATC (Esp), 354/1991, de 25 de noviembre, FJ 2.

• **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL**

- **STS (Esp), 746/2015, del 22 de diciembre, rec. 2955/2014, FJ 3.**
- STS (Esp), 1892/2016, del 20 de julio, rec. 1671/2015, FJ 4
- STS (Esp), Secc. 1, 125/2009, del 10 de marzo, rec. 989/2003, FJ 3.
- STS (Esp), Secc. 1, 150/2012, del 28 de marzo, rec. 349/2009, FJ
- STS (Esp), 7378/2011, de 13 de julio, rec. 912/2007, FJ 2.
- STS (Esp), Secc. 991, 23/2016, del 3 de febrero, rec. 541/2015, FJ 2.

- STS (Esp), Secc. 1, 599/2011, del 20 de julio, rec. 820/2008, FJ 4.
- STS (Esp), Secc. 1, 792/2012, del 08 de enero, rec. 1224/2010, FJ 2
- STS (Esp), Secc. 1, 445/2014, del 04 de septiembre, rec. 2733/2012, FJ 5
- STS (Esp), Secc. 1, 193/1999, del 09 de marzo, rec. 2593/1994, FJ 2.
- STS (Esp), Secc. 5, 1400/2016, del 14 de junio, rec. 802/2015, FJ 3.
- STS (Esp), Secc. 1, 373/2016, del 3 de mayo, rec. 10704/2015, FJ 2.
- STS (Esp), Secc. 1, 373/2016, de 3 de mayo, rec. 10704/2015, FJ 2.
- STS (Esp), Secc. 1, 495/2016, del 15 de julio, rec. 1886/2014, FJ 20.
- STS (Esp), Secc. 991, 401/2014, del 11 de mayo, rec. 3323/2014, FJ 6.
- ATS (Esp), Secc. 1, del 31 de marzo de 2009, rec. 140/2008, FJ 2.
- ATS (Esp), Secc. 1, del 16 de noviembre de 2016, rec. 235/2014, FJ 1
- ATS (Esp), Secc. 1, del 26 de octubre de 2016, rec. 3116/2014, FJ 4
- ATS, Secc. 1, del 16 de noviembre de 2016, rec. 2340/2014, FJ 5
- ATS (Esp), Secc. 1, del 02 de marzo de 2010, rec. 2162/2008, FJ 4;
- ATS (Esp), Secc. 1, del 20 de marzo de 2007, rec. 1944/2003, FJ 4
- ATS (Esp), Secc. 1, del 16 de noviembre de 2016, rec. 1483/2013, FJ 3
- ATS (Esp) 7144/2016, del 28 de junio, rec. 864/2015, FJ 1
- ATS (Esp), 9213/2016, del 13 de octubre, rec. 525/2014, FJ 1
- ATS (Esp), Secc. 1, 7552/2001, del 19 de junio, rec. 411/2000, FJ 1
- ATS (Esp), Secc. 3, 9020/2016, del 4 de octubre, rec. 854/2014, FFJJ 1,2
- ATS Madrid, Secc. 1, del 16 de noviembre de 2016, rec. 348/2015, FJ 2
- ATS (Esp), Secc. 1, del 11 de octubre de 2016, rec. 58/2016, FJ 2,
- ATS (Esp), Secc. 1, del 2 de marzo de 2010, rec. 2162/2008, FJ 3 .
- ATS (Esp), Secc. 1, del 10 de octubre de 2006, rec. 1806/2003, FJ 3.
- ATS (Esp), Secc. 1, del 08 de septiembre de 2008, rec. 2126/2005, FJ 3.
- ATS (Esp), Secc. 1, del 20 de marzo de 2007, rec. 1944/2003, FJ 3
- ATS (Esp), Secc. 1, del 18 de noviembre de 2008, rec. 612/2008, FJ 2
- ATS (Esp), Secc. 1, del 02 de noviembre de 2016, rec. 1765/2014, FJ 2.
- ATS (Esp), 5404/2016, de 8 de junio, rec. 3108/2014, FJ 3.
- ATS (Esp), Secc. 1, 6592/2016, del 29 de junio, rec. 3144/2014, FJ 3.

● **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ESPAÑOL**

- STSJ GAL Galicia (Esp), Sala de lo laboral, Secc. 1, 889/2016, del 19 de julio, rec. 4573/2016, FJ 1
- STSJ Madrid (Esp), Sala de lo Civil y Penal, Secc. 2, 7746/2016, del 6 de julio, rec. 597/2016, FJ 1.
- STSJ Madrid (Esp), Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1, 65/2015, del 17 de septiembre, rec. 106/2014, FJ 1.
- STSJ Barcelona (Esp), Sala de lo Social, 3685/2016, del 09 de junio, rec. 2538/2016, FJ 3

- STSJ Barcelona (Esp), Sala de lo Social, Secc. 1, 3368/2016, del 27 de mayo, rec. 1015/2016, FJ 4
- STSJ Palmas de Gran Canaria (Esp), Sala de lo Civil y Penal, 3/2016, del 17 de mayo, rec. 13/2015, FJ 3

• **JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- SAP Madrid (Esp), Secc. 10, 465/2016, del 20 de septiembre, rec. 453/2016, FJ 5
- SAP Madrid (Esp), Secc. 13, 377/2016, del 27 de septiembre, rec. 836/2015, FJ 4.
- SAP Madrid (Esp), Secc. 27, 426/2016, del 30 de junio , rec. 1044/2016, FJ 5.
- SAP Madrid (Esp), Secc. 22, 596/2016, del 12 de julio, rec. 1314/2015, FJ 2.
- SAP Madrid (Esp), Secc. 27, 426/2016, del 30 de junio, rec. 1044/2016, FJ 5.
- SAP Madrid (Esp), Secc. 16, 379/2016, del 7 de julio, rec. 748/2015, FJ 3.
- SAP Madrid (Esp), Secc. 15, 362/2016, del 27 de junio, rec. 928/2016, FJ 4.
- SAP Sevilla (Esp), Secc. 6, 28/2016, del 19 de enero, rec. 649/2013, FFJJ 1,2.
- SAP Murcia (Esp), Secc. 5, 141/2016, del 28 de junio, rec. 122/2016, FJ 5.
- SAP Barcelona (Esp), Secc.19, 164/2016, del 28 de abril, rec. 123/2015, FJ 2.

• **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA**

- CC (Ecu), Sentencia N° 0004-10-SEP-CC, Caso N° 0388-09-EP, del 24 de febrero de 2010.
- CC (Ecu) para el Período de Transición, Sentencia N° 003-10-SCN-CC, CASO N° 0005-09-CN, del 25 de febrero de 2010.
- CC (Ecu) para el periodo de transición, Sentencia N° 017-10-SCN-CC, Caso 0016-10-CN, del 5 de agosto de 2010.
- CC (Ecu) , en la Sentencia N° 103-12-SEP-CC, dentro del caso 0986-11-EP, del 03 de abril de 2012.
- CC (Ecu), Sentencia N° 001-13-SEP-CC, Caso N° 1647-11-EP, del 06 de febrero de 2013.
- CC (Ecu), Sentencia N° 011-14-SEP-CC, Caso N° 2076-11-EP, del 15 de enero de 2014.
- CC (Ecu) en la Sentencia No. 058-14-SEP-CC, dentro del Caso N° 0435-11-EP , del 2 de abril del 2014.
- CC (Ecu) Sentencia N° 203-14-SEP-CC, Caso N° 0498-12-EP, del 13 de noviembre de 2014.
- CC (Ecu) , en la Sentencia N° 209-14-SEP-CC, dentro del caso N° 0180-12-EP, del 20 de noviembre de 2014.
- CC (Ecu) Sentencia N° 043-14-SEP-CC, Caso N.o 1405-10-EP del 10 de marzo de 2014.
- CC (Ecu) Sentencia N.° 036-15-SEP-CC, Caso N° 0508-13-EP, del 11 de febrero de 2015.
- CC (Ecu) en la Sentencia N° 045-15-SEP-CC, Caso N° 1055-11-EP, del 25 de febrero de 2015

- CC (Ecu) Sentencia N° 115-15-SEP-CC, dentro del caso N° 0980-12-EP, del 08 de abril de 2015.
- CC (Ecu) Sentencia N.° 107-15-SEP-CC, Caso N.° 1725-12-EP, del 31 de marzo de 2015.
- CC (Ecu) Sentencia N° 107-15-SEP-CC, Caso N.° 1725-12-EP, del 31 de marzo de 2015.
- CC (Ecu), Sentencia N° 006-15-SEP-CC, Caso N° 0663-11-EP, del 14 de enero de 2015.
- CC (Ecu) Sentencia N° 305-15-SEP-CC, Caso N° 1546-14-EP, del 16 de septiembre de 2015.
- CC (Ecu) en la Sentencia N° 0 019-16-SEP-CC, dentro del caso N° 0542-15-EP, del 20 de enero de 2016.
- CC (Ecu) Sentencia N° 213-16-SEP-CC, Caso N° 0290-13-EP del 6 de julio de 2016.
- CC (Ecu) Sentencia N° 103-12-SEP-CC, Caso N° 0986-11-EP, del 03 de abril de 2016.
- CC (Ecu) Sentencia N° 071-16-SEP-CC, Caso N° 1933-15-EP, del 09 de marzo de 2016.
- CC (Ecu) Sentencia N° 129-14-SEP-CC, Caso N° 2212-IJ-EP , del...
- CC (Ecu) Sentencia N° 112-16-SEP-CC, Caso N° 0800-14-EP, del 06 de abril del 2016.

- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA ECUATORIANA

- CNJ (Ecu), Resolución del 20 de febrero del 2009. (sin número de resolución)
- CNJ (Ecu), Resolución No. 214-2009, del 5 de julio de 2011.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 767-2012, del 25 de junio de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 315-2009 del 02 de julio de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 1744-2012 , del 13 de noviembre de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 1041-2010, del 13 de marzo de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 605-2010, del 12 de junio de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 316-2012, del 13 de junio de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 99-2012, del 02 de mayo del 2012
- CNJ (Ecu), Resolución No. 360-2012, del 03 de mayo de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución No. 360-2012, del 03 de mayo de 2012.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 219-2012, del 1 de noviembre de 2013.
- CNJ (Ecu), Resolución N°. 284-2012, del 3 de junio de 2013.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 020-2011, del 19 de febrero de 2013
- CNJ (Ecu), Resolución N° 897-2014, del 25 de febrero de 2014
- CNJ (Ecu), Resolución N° 092-14, del 25 de septiembre de 2014
- CNJ (Ecu), Resolución del 13 de febrero de 2013. (sin número de resolución)
- CNJ (Ecu), Resolución del 12 de febrero de 2013. (sin número de resolución)
- CNJ (Ecu), Resolución N° 0287-2013, del 1 de noviembre de 2013.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 672-2013, del 11 de junio de 2013.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 214-13, del 11 de noviembre de 2013
- CNJ (Ecu), Resolución N° 401-2011, del 31 de enero de 2013.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 18.2012, del 22 de marzo de 2013.

- CNJ (Ecu), Resolución N° 310-12, del 02 de octubre de 2013
- CNJ (Ecu), Resolución No. 407-2013, del 15 de abril del 2013.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 353 – 2013, del 27 de enero de 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 576-2013, del 12 de noviembre del 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución No. 0098-2014 del 13 de mayo de 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 098-2014, del 22 de mayo de 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 418-2014, del 1 de abril del 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 126-2014, del 07 de enero de 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 0556-10, del 13 de Junio de 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución 418-2014 del 1 de abril del 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 897-14, del 25 de febrero de 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 199-2014, del 10 de noviembre del 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 075-14, del 16 de abril del 2014.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 034-2014, del 19 de junio de 2015.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 42-2015 del 21 de abril del 2015.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 0698-2015, del 21 de enero de 2015.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 17711-2013, del 21 de enero de 2015.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 0765-2015, del 14 de enero del 2015.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 52-2015, de 7 de mayo del 2015.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 01-2016, del 22 de abril de 2016.
- CNJ (Ecu), Resolución N° 1013-2016, del 1 de septiembre de 2016.

• **JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ECUATORIANA**

- CSJ (Ecu), Resolución de fecha 7 de octubre de 1918.
- CSJ (Ecu), Resolución de fecha 9 de septiembre de 1997.
- CSJ (Ecu), Resolución No. 247-98, del 18 de mayo de 1998.
- CSJ (Ecu), Resolución No. 24-2003, del 11 de agosto de 2003
- CSJ (Ecu), Resolución N° 199-2007, del 27 de marzo de 2007.
- CSJ (Ecu), Resolución N° 315-2009, del 27 de Mayo de 2009.

• **JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

- CC (Col), Sentencia T-001/93 del 12 de enero de 1993.
- CC (Col), Sentencia C-562/97 del 6 de noviembre de 1997.
- CC (Col), Sentencia No. 749 del 6 de octubre de 1999.
- CC (Col), Sentencia C-927/00 del 12 de julio de 2000.
- CC (Col), Sentencia C-893/01 del 22 de agosto de 2001.
- CC (Col), Sentencia C-1104/01 del 24 de octubre de 2001.
- CC (Col), Sentencia C-203/11 del 24 de marzo de 2001.
- CC (Col), Sentencia C-203/11 del 24 de marzo de 2001.

- CC (Col), Sentencia C-309/02 del 3 de abril de 2002.
- CC (Col), Sentencia C-314/02 del 30 de abril de 2002.
- CC (Col), Sentencia C-646/02 del 13 de agosto de 2002.
- CC (Col), Sentencia C-123/03 del 18 de febrero de 2003.
- CC (Col), Sentencia C-234/03 del 18 de marzo de 2003.
- CC (Col), Sentencia C-1146/04 del 17 de noviembre de 2004.
- CC (Col), Sentencia C-718/06 del 23 de agosto de 2006.
- CC (Col), Sentencia C-738/06 del 30 de agosto del 2006.
- CC (Col), Sentencia C-275/06 del 5 de abril de 2006.
- CC (Col), Sentencia C-398/06 de 24 de mayo de 2006.
- CC (Col), Sentencia C-713 de 2008, del 15 de julio de 2008.
- CC (Col), Sentencia C-227/09 del 30 de marzo de 2009.
- CC (Col), Sentencia C-227/09 del 30 de marzo de 2009.
- CC (Col), Sentencia C-124/11, del 1 de marzo de 2011.
- CC (Col), Sentencia C-341/14, de 4 de junio de 2014.
- CC (Col), Sentencia SU774/14, del 16 de octubre de 2014.

• **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Corte IDH. Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi, Sentencia del 4 de septiembre de 1998.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31 de agosto de 2001
- Corte IDH. Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.
- Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003.
- Corte IDH. Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003.
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros contra Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, Sentencia del 6 de mayo de 2008.

• **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

- TEDH, Caso Adolf c. Austria, Sentencia del 26 de marzo de 1982.
- TEDH, Caso Zimmermann y Steiner c. Suiza, Sentencia del 13 de julio de 1983.
- TEDH, Caso Erckner y Hofauer c. Austria, Sentencia del 23 de abril de 1987.
- TEDH, Caso Hornsby c. Grecia, Sentencia del 19 de marzo de 1997.
- TEDH, Caso Kizilîz c. Turquía, Sentencia del 25 de septiembre de 2001.