UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS

Y RELACIONES INTERNACIONALES

TEMA: «EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA "CASACIÓN *DE MINIMIS* "»

Trabajo (titulación especial)
previo a la obtención del título de
Abogado

por
Pedro José Izquierdo Franco

Tutor: Dr. Abelardo Posso Serrano

Quito, 2015

ÍNDICE

I. Introducción 1
II. La tesis esencialista y la casación *de minimis* 2
A. La tesis esencialista 4
B. La tesis esencialista no da debida cuenta de la técnica casacional 7
C. La tesis esencialista se basa en una premisa falsa 11
III. La casación *de minimis* como atentatoria de derechos constitucionales 15
A. La casación *de minimis* como violación *in abstracto* del derecho a la tutela judicial efectiva 16
i. La casación *de minimis* provoca indefensión 16
ii. Respuesta a una objeción 18
B. El principio *pro actione* y la admisibilidad del recurso de casación 20
i. El principio *pro actione* y las meras formalidades 22
ii. La casación *de minimis* y la «prueba de fuego» del principio *pro actione* 25
IV. Conclusión 28
Bibliografía 30

RESUMEN

En este ensayo se propone un análisis crítico de una práctica cada vez más frecuente de las salas de casación de la Corte Nacional de Justicia —aquí denominada «casación *de minimis*»— en virtud de la cual se considera suficiente para inadmitir o desechar un recurso la mera consideración de que los cargos contenidos en él no han sido correctamente alegados bajo la causal de casación que la sala considera adecuada en cada caso. La tesis de este ensayo es que esta práctica se sustenta en una concepción profundamente viciada de la casación y que es violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación como derecho a la acción y el relacionado principio *pro actione*, tal y como estos han sido entendidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina.

ABSTRACT

*This essay proposes a critical analysis of an ever more frequent practice of the cassation chambers of the National Court of Justice, here called "*de minimis *cassation", by which it is considered sufficient to deny admission or reject a cassation appeal on the mere consideration that the charges contained in it have not been correctly argued under the cause of cassation that the chamber considers adequate in each case. The thesis of this essay is that this practice is based on a profoundly vitiated conception of cassation and violates the right to effective means of redress in its manifestation as the right to an action and the related* pro actione *principle, in accordance with the understanding of these contained in the jurisprudence of the Constitutional Court and in legal scholarship.*

I. INTRODUCCIÓN

Es cada vez más común encontrar resoluciones de la Corte Nacional de Justicia en las que se inadmite o se desecha un recurso de casación porque, a decir de la sala de turno, el o los cargos levantados por el recurrente contra la sentencia impugnada no han sido «encajados», «encuadrados» o «insertados» en la causal de casación supuestamente adecuada. Se dice, por ejemplo, que la falta de motivación «no procede» impugnarla por la causal primera; que el no responder a los argumentos concretos de una de las partes «no cabe» acusarlo por la causal segunda; que la incorrecta admisión de una prueba «no puede» fundar un cargo por la causal tercera; que la resolución generalizada de un asunto complejo, sin considerar sus puntos particulares importantes, «está fuera del alcance» de la causal cuarta; que la falta de consideración de tal o cual hecho determinante «no se adecúa» a lo que se refiere la causal quinta. Y así, en múltiples versiones distintas. En definitiva, se trata de resoluciones en que, sin entrar a considerar la validez o mérito de los argumentos hechos por el casacionista para sustentar el cargo, la sala se contenta con desechar el recurso con el único argumento de que sus alegaciones han sido mal planteadas porque debieron invocarse al amparo de una causal de casación distinta a la que se ha usado. La clave aquí es que esta justificación es la única que se ofrece para rechazar el recurso, y que por ello no existe un análisis siquiera sumario de la argumentación del recurrente sobre el fondo. Las sentencias en las que se evidencia este *modus operandi* son muy numerosas[1].

Como ha dicho la Corte Constitucional, en feliz frase, la motivación es «aquella justificación razonada que hace jurídicamente aceptable una decisión judicial»[2]. Por lo tanto, si veredictos como los que hemos esbozado —y que son cada día más comunes en las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia— vinieran

[1] Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 542-2006 de 27 de julio de 2009, publicada en Gaceta Judicial Año CX, Serie XVIII, No. 8, p. 2004; Sentencia No. 466-2009 de 22 de septiembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 170 de 19 de julio de 2011; Sentencia No. 132-2008 de 1 de junio de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 215 de 29 de noviembre de 2011; Sentencia No. 64-2014 de 24 de julio de 2014; Sentencia No. 417-2010 de 21 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 8 de 14 de junio de 2013

Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 273-2002 de 4 de diciembre de 2003, publicada en Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 13, p. 4210; Sentencia de 20 de marzo de 2007, publicada en Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, No. 3, p. 852; Sentencia No. 266-2002 de 27 de mayo de 2003, publicada en Registro Oficial No. 154 de 25 de agosto de 2003; Sentencia No. 242-2007 de 11 de julio de 2007, publicada en Registro Oficial Suplemente No. 542 de 6 de marzo de 2009; Sentencia de 29 de noviembre de 1999, publicada en Gaceta Judicial, Año C, Serie XVII, No. 2, p. 374; Sentencia de 3 de abril de 2001, publicada en Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, No. 5, p. 1277

[2] Corte Constitucional, Sentencia No. 244-12-SEP-CC de 24 de julio de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 877 de 23 de enero de 2013.

precedidos de un análisis suficiente de los argumentos del casacionista, o por lo menos de una sumaria revisión de ellos, esta práctica podría ser jurídicamente aceptable, pues se podría seguir el raciocinio de la sala para considerar mal invocada tal o cual causal. Lo usual, sin embargo, es lo contrario: la inadmisión o rechazo de numerosos recursos de casación sobre la única y exclusiva base de que los cargos no corresponden a la causal invocada, sin que la sala justifique adecuadamente —esto es, motive— esta decisión. Este es un modo de practicar el recurso de casación que podemos llamar constitucionalmente minimalista, una casación *de minimis*.

Proponemos una crítica a este *modus operandi* de nuestra corte de casación, encauzada por dos vías. La primera vía es de carácter jurídico-dogmático y consiste en un análisis de la concepción teórica del recurso de casación que da pábulo a esta práctica injustificada, concepción a la que aquí se denomina la «tesis esencialista». La segunda vía es de carácter argumentativo y en ella se explora el modo en que esta práctica podría dar lugar a violaciones de derechos constitucionales, en particular del derecho a la tutela judicial efectiva. Se propone una lectura de este derecho desde el principio *pro actione* que nos permitirá formular, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la doctrina, una serie de *tests* o estándares de análisis para determinar las consideraciones que deben informar la decisión de admitir o aceptar un recurso de casación en el que existen problemas relativos a la idoneidad de la causal invocada por el recurrente.

II. LA TESIS ESENCIALISTA Y LA CASACIÓN *DE MINIMIS*

En primer lugar, es preciso intentar comprender de la mejor manera qué es la casación *de minimis*. No se trata de intentar *describir* esta práctica con todo detalle —el esbozo que se ha hecho en la introducción basta y será fácilmente reconocido por cualquiera familiarizado con la práctica casacional en el Ecuador—, sino de entender cuál podría ser la teoría jurídica que le da sustento. En efecto, toda operación jurídica contiene implícitamente una teoría de sí misma, una propuesta dogmática para su propia justificación que intenta asirse de las categorías racionales del derecho. Una crítica cabal de la operación no es posible sin una comprensión adecuada de esa justificación, que permita su deconstrucción y análisis[3].

[3] En la terminología de Robert Alexy, el acto jurídico siempre contiene una «pretensión de corrección», esto es, una declaración implícita de su fundamentabilidad según el orden jurídico. Esta

Por tanto, vale la pena considerar qué modelo teórico —qué justificación— del recurso de casación podría servir de base a esta práctica de la casación *de minimis*, en la que la mera constatación de que los cargos realizados por el recurrente no «caben» dentro de tal o cual causal es suficiente para inadmitir o desechar el recurso, sin más. Sin perjuicio de que se pueda interpretar el sustrato teórico de la casación *de minimis* de otras formas o de que haya casos particulares de esta práctica que podrían explicarse acudiendo a otros paradigmas, consideramos que en gran medida este modo de actuar de la Corte Nacional de Justicia parece responder a una peculiar manera de entender el recurso de casación a la que se puede denominar una «tesis esencialista».

Es necesario apuntar que esta tesis no ha sido formulada expresamente por la corte, y lo más probable es que su aceptación por parte de los jueces que la integran no sea siempre plenamente consciente o explícita. Es más, es posible —y muy de desear— que muchos de ellos, al considerar a fondo una explicación clara de la tesis esencialista, la rechacen. Nuestra razón para sostener que debe ser, no obstante, el fundamento teórico de su modo de resolver es de carácter inductivo: al revisar múltiples sentencias, se desprende de todas ellas, aunque sea difusamente, una manera de concebir la casación que responde *grosso modo* a la tesis esencialista.

Es decir, aquí se propone un análisis *a posteriori* de la práctica de la corte de casación en los últimos tiempos, que busca entender y formular mejor su porqué teórico. Al mismo tiempo, la crítica que se presenta aquí a la tesis esencialista podría servir como remedio a gran parte de esta práctica, pero puesto que no se trata de una crítica a una teoría que la corte ha defendido expresamente, esperamos que tenga la flexibilidad argumentativa suficiente como para poder distinguir los casos de casación *de minimis* de los casos en los que ese porqué teórico resulta ser otro.

A. La tesis esencialista

relación entre el acto y el orden siempre se construye en términos argumentativos o, en la terminología clásica, mediante una operación de la razón práctica, por lo que la adecuación consiste precisamente en una *justificación*, aunque sea implícita (Alexy, 2000, pp. 219-226) (Alexy, 1989, p. 55 *et seq.*). En efecto, como explica Spaemann, la filosofía práctica —la filosofía que estudia el actuar humano, la *praxis* (Ética, Política, Jurisprudencia)— se ocupa precisamente de la acción bajo el aspecto de su justificación intersubjetiva (Spaemann, 1981, p. 144).

Entendido genéricamente, el «esencialismo» es la doctrina filosófica que postula la existencia, en cada objeto o ente, de una serie de atributos característicos o «esenciales» que le dan su identidad y su función[4]. En este sentido, decir que algo posee una «esencia» equivale a sostener que posee una identidad distinta de la que poseen otros seres en razón de los atributos característicos que necesariamente lo hacen ser lo que es[5]. Por ejemplo, la esencia de una silla implica ciertos atributos (tener un asiento, tener una o más patas que la elevan del suelo, etc.) en ausencia de los cuales cualquier objeto concreto necesariamente dejaría de ser una silla, mientras que hay otros atributos, llamados accidentales, que pueden o no darse sin que la silla deje de ser lo que es (ser de madera o de plástico, tener tres o cuatro patas, estar ubicada en una casa o en una tienda, estar pintada de negro o de verde, etc.)[6]. En el campo jurídico, esta doctrina metafísica, que aclara y verifica lo que nos dice el sentido común, se ve plasmada en la concepción de los elementos del contrato contenida en el artículo 1460 del Código Civil[7], y es una parte elemental de la teoría de la existencia y validez de los actos jurídicos[8].

---

[4] Los exponentes clásicos de esta doctrina, aunque con importantes divergencias, son Platón (*República*, libros V-VII; *Fedón*, 65a-67a, 72e-84b, 95a-107a) (Platón, 1988, pp. 244-377; Platón, 1986, pp. 41-45, 56-79, 99-122) y Aristóteles (*Categorías*, 2a12-4b19; *Metafísica*, 1031a12 *et seq.*) (Aristóteles, 1982, pp- 34-42; Aristóteles, 1994, pp. 294 *et seq.*). También forma parte de la tradición central del neoplatonismo (Plotino, Porfirio, Proclo). A la zaga de estas tradiciones clásicas, la adoptaron los Padres de la Iglesia y varios teólogos cristianos (Orígenes, San Agustín, los Padres Capadocios, Juan Filópono, etc.), los escolásticos (San Anselmo, Santo Tomás de Aquino, Juan Duns Escoto, San Buenaventura), muchos filósofos y teólogos islámicos y judíos del Medioevo (Al-Farabi, Avicena, Averroes, Maimónides) y, con importantes modulaciones, varios pensadores modernos (Descartes, Spinoza, Leibniz, etc.).

Se han dado defensas actuales de esta postura (Oderberg, 2007).

[5] Más concretamente, y acudiendo a la terminología de los escolásticos, se distingue entre «lo que la cosa es» (*id quod est*) y «aquello por lo cual la cosa es lo que es» (*id quo est*). Al hablar de las sustancias (las cosas u objetos que existen en el mundo), lo primero es su esencia, y lo segundo es la o las características que constituyen esa esencia.

[6] El esencialismo puede entenderse como una conclusión ineludible del principio de no contradicción y su corolario, el principio de identidad (*vid.*, por ejemplo, Aristóteles, *Metafísica*, 1005b15). El primero tiene dos manifestaciones, una lógica, por la cual se estipula la imposibilidad de sostener simultáneamente una proposición y su contradicción, y la otra metafísica, por la cual se estipula que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo respecto (*secundum quid*); el segundo es su consecuencia: un ente es siempre idéntico a sí mismo, y no puede ser otra cosa sin dejar de ser sí mismo.

[7] Código Civil: «Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales».

[8] Un acto jurídico existe en virtud de aquello que él es en sí mismo, su esencia. Es decir, el modo de su existencia viene determinado por las características que le son propias, las esenciales (*id quo est*). Es lógico, pues que la ausencia de esos atributos o elementos esenciales determine la *inexistencia* del

En el caso de la casación, se llama tesis esencialista la que pretende aplicar esta ontología a las causales de casación enumeradas en el artículo 3 de la Ley de la materia[9]. Esta aplicación consistiría en sostener que cada causal describe un vicio legal único y excluyente, claramente identificado y definido según unas características esenciales que supuestamente le son propias y lo hacen distinto de otros. Así, el vicio descrito en la causal primera es una cosa concreta, mientras que los vicios de las causales segunda, tercera, cuarta y quinta son otras, sin que en ningún caso sea posible —o concebible siquiera— que haya mezcla o confusión entre ellas. Desde el punto de vista argumental, esto implicaría que no es posible alegar dicho vicio más que por medio de aquella causal que, supuestamente, lo encapsula y lo contiene en su totalidad, y la técnica casacional se asemejaría a una argumentación de carácter metafísico basada en el análisis de las características esenciales de cada causal y en el intento de subsumir en ellas el vicio denunciado.

Esto se llama una tesis *esencialista* porque implica una analogía en virtud de la cual cada uno de los vicios referidos en las causales del artículo 3 es entendido como poseedor de una *esencia*, una cosa con su particular identidad, que no se confunde, ni puede en forma alguna confundirse, con ninguna otra. La analogía consiste, precisamente, en considerar cada vicio como un supuesto objeto real —en el lenguaje

---

acto, lo cual se distingue radicalmente de otras construcciones como la nulidad, la invalidez o la ineficacia (Ospina & Ospina, 2000, pp. 339-442; Rodrígez Grez, 1995, pp. 11-30 y 105 *et seq.*; Coronel & Del Brutto, Sin año, pp. 3-11). Existe una ambigüedad en el tratamiento de este tema entre las características esenciales del acto *qua* acto (esto es, del acto jurídico considerado como género común) y las características esenciales de cada especie de acto (por ejemplo, las de la compraventa o del el mutuo). Esta ambigüedad (tratada por Ospina en su doctrina del acto jurídico putativo: Ospina & Ospina, 2000, pp. 420-422) no afecta, sin embargo, la estructura ontológica de la relación entre el ente jurídico y su esencia (ya sea esta genérica o específica), que es lo que nos interesa en este contexto.

[9] Ley de Casación: «Art. 3.- Causales.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:

»1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;

»2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;

»3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

»4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y,

»5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles».

aristotélico, una *substancia*— cuya identidad y modo de existencia reside en una esencia.

Estos vicios-substancia existirían en el mundo real con una identidad determinada, de modo análogo a las sillas y los contratos de compraventa. Por lo tanto, impugnar una sentencia o proceso porque en él existe, por ejemplo, una de las características esenciales que configuran el vicio de la causal tercera, excluiría absolutamente la posibilidad de que dicho vicio también pueda plantearse desde alguna otra causal, de un modo análogo al caso de que decir que una cosa es una silla o un contrato de compraventa excluye absolutamente que aquello pueda también ser una mesa o un contrato de mutuo, respectivamente. A la inversa, un vicio argumentado bajo la égida de una causal distinta a aquella que alegadamente lo contiene y agota implicaría el fracaso del recurso, por haber violado la exigencia del artículo 6 de la Ley de Casación de que debe contener «la determinación de las causales en que se funda».

Aunque hay fuertes argumentos a favor del esencialismo como forma razonable de conceptualizar la existencia de los entes reales y de los actos jurídicos como los tipos contractuales[10], carece de sentido —como veremos— como manera de concebir enunciados argumentativos y dialécticos como los vicios legales referidos en las causales de casación, tratándolos como si cada uno fuera una «cosa» separada y perfectamente delineada y sin que puedan traslaparse unos con otros[11]. En particular, la tesis esencialista excluye de suyo la posibilidad eminentemente razonable de interpretar los vicios descritos en las cinco causales como diversos *modos* de plantear jurídicamente un problema o como diversos *aspectos* de un mismo problema.

La tesis esencialista es jurídicamente inaceptable. Aparte de los graves problemas que plantea desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva (que trataremos en la sección III *infra*), es sencillamente una concepción racionalmente

[10] De hecho, parece difícil escapar de algún tipo de esencialismo como esquema ontológico para concebir el mundo, dada la estrecha relación entre esta teoría y el principio de no contradicción (Politis, 2004, pp. 138-150. Hay quienes sostienen que el evolucionismo, por ejemplo, al diluir la frontera entre las especias, conceptualizándolas como derivadas las unas de las otras, supone una superación del esencialismo en la biología. Sin embargo, esta crítica parecería tener relativamente poco peso filosófico (Gilson, 1980).

[11] En el sistema de nuestro Código Civil, como hemos visto, los actos jurídicos también se conciben según una *analogia entis* aristotélica como sustancias con esencia y existencia. Desde el punto de vista dogmático, no es posible (ni, en mi opinión, deseable) escapar de este paradigma, pues, entre otras razones, proviene directamente de la ley. Sin embargo, el caso de un vicio como los descritos en las causales de casación no necesariamente se encuentra dentro de ese paraguas, sino que debe entenderse como una categoría exclusivamente dialéctica.

insostenible, lo que la hace inapta como teoría jurídica[12]. Esta insostenibilidad le viene por dos títulos. En primer lugar, la tesis esencialista es falsa en cuanto que no da cuenta de la naturaleza necesariamente dialéctica de la técnica casacional. En segundo lugar, es falsa porque se basa en una premisa quimérica.

B. La tesis esencialista no da debida cuenta de la técnica casacional

Primero, la tesis esencialista es falsa porque propone una concepción truncada, limitante y pobre de la técnica casacional que no hace justicia a las reales potencialidades argumentativas del recurso. Una exposición clásica de esta postura paupérrima la da Murcia Ballén:

> Por cuanto las diferentes causales de casación corresponden a motivos o circunstancias disímiles, son por ende autónomas e independientes; tiene individualidad propia y, en consecuencia, no es posible combinarlas para estructuras en dos o más de ellas el mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de las causales distintas.[13]

Para ver el problema de esta postura, acudamos al ejemplo de una sentencia de instancia en la que el juzgador no ha expresado *en absoluto* la valoración de pruebas, sino que ha llegado a conclusiones fácticas de manera genérica, sin explicar de qué modo cada elemento probatorio, o por lo menos cada elemento probatorio clave, le ha llevado a su convicción sobre tales conclusiones. En su lugar, el juez se ha contentado con hacer afirmaciones generales tales como «ninguna de las pruebas hace mérito suficiente…» o «el acervo probatorio nos indica que…», etc. El vicio que aquí se ve, pues, es que hay *ausencia total* de valoración probatoria.

---

[12] Como ya dijera Cicerón, el derecho es una destilación de la razón, y lo que violenta la razón es, *eo ipso*, contrario a derecho: *«Lex est ratio summa, insita in natura, quæ iubet ea, quæ facienda sunt prohibetque contraria»* (*De legibus*, I vi 18) (Cicerón, 1999, p. 111). En el mismo sentido, pero con mucha mayor profundidad, la clásica doctrina del derecho de Santo Tomás de Aquino, que en primer lugar define la ley como una ordenación que pertenece propiamente al orden de la razón (*Summa Theologiæ*, Ia-IIæ, q. 90, a. 1) (Aquino, 1989, v. 2, pp. 703-705), y en segundo lugar define el derecho como el objeto recto propio de la virtud de la justicia, teniendo en cuenta que es la razón la que determina la regla de la acción justa (*Ibíd.*, IIa-IIæ, q. 57, a. 1) (Aquino, 1989, v. 3, pp. 470-471). La jurisprudencia romana aceptaba una resolución contraria a la lógica cuando así lo exigía la utilidad justa: *multa iure civil contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse* (*Digesto*, 9,2,51,2) (Justiniano, 1889, v. 1, pp. 589-590), pero esto no implica una resolución irracional. Por el contrario, apela precisamente a una justificación en términos de un bien mayor, esto es, una justificación ordenada a un fin, y, por tanto, razonada. Los romanos reconocieron que la dialéctica jurídica es de carácter pragmático, no puramente especulativo, pero hay que recordar que la lógica no agota el contenido de lo racional.

[13] *Apud* Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 436-2010 de 26 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 19 de 9 de julio de 2013. Ya veremos más adelante que este mismo autor suaviza esta doctrina en atención al principio *pro actione*.

La primera impresión que este ejemplo produce a los practicantes de la casación en el Ecuador es que, en un recurso, la ausencia de valoración debe acusarse por la vía de la causal tercera, que se refiere a violaciones de «preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba» (que hayan conducido a un error sobre la aplicación de normas de derecho en la sentencia). En efecto, al no valorar la prueba en absoluto, puede decirse que en el ejemplo se ha vulnerado el primer párrafo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil[14], que regula dicha valoración exigiendo que se considere la prueba «en conjunto» y conforme a la sana crítica, y tal ausencia evidentemente ha llevado también a que el juez aplique normas de derecho material a un supuesto de hecho no acreditado legítimamente, esto es, a aplicarlas de manera injustificada y, por ello, errónea.

La tesis esencialista sostendría que al tratarse de un asunto relativo a la valoración de la prueba (o ausencia de ella), este vicio *solamente* se podría alegar adecuadamente por la vía de la causal tercera y que si se alega por otra, el recurso debe rechazarse. En efecto, si consideramos las supuestas «características esenciales» de la causal tercera tal y como se han tratado en la jurisprudencia, vemos que este vicio las comparte también[15]. Sin embargo, esto es absurdo. Como se puede deducir del modo superficial de plantear la relación entre la causal tercera y los vicios relativos a la prueba sobre la que se basa esta conclusión, esta padece de un grave raquitismo argumentativo que reduce la técnica casacional a un simulacro de silogismo metafísico, profundamente empobreciendo el alcance y potencialidades de esta técnica.

De hecho, el vicio del ejemplo podría ser susceptible de alegarse satisfactoriamente por la vía de *todas* las causales de casación, como se demuestra a continuación.

---

[14] Código de Procedimiento Civil: «Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos».

[15] Esta consideración de las supuestas características esenciales de la causal habitualmente es, sin embargo, una operación de sorprendente superficialidad. ¿Cuáles son esas características? ¿Cuál es el camino demostrativo o dialéctico que permite subsumir satisfactoriamente unos hechos en ellas? Nuestra jurisprudencia de casación escasamente ha considerado siquiera estos cuestionamientos, pero ello no le ha impedido fallar como si este fuera el estándar pertinente. En general, lo «esencial» de la causal tercera termina siendo algo así como «todo aquello que se relacione con la violación de normas de valoración de la prueba», y otro tanto sucede en el caso de las demás causales. Exigir que algo simplemente se «relacione» de manera genérica con otra cosa es, evidentemente, un estándar vacío.

Se podría alegar por la vía de la causal segunda, sobre la violación de «normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión» y ello haya «influido en la decisión de la causa». En efecto, la falta absoluta de valoración también podría ser, por ejemplo, una violación directa del *segundo* párrafo del artículo 115 del código procesal civil[16], que contiene la obligación del juez de expresar en la sentencia su motivación respecto de todas las pruebas aportadas. Esta norma, que establece una obligación del juez sobre el modo de sustanciar la causa, no es una norma de valoración probatoria (no establece criterio alguno sobre cómo debe realizarse dicha valoración) y tampoco es una norma de derecho sustantivo, por lo que puede entenderse residualmente como una norma «procesal», cuya violación se acusa por vía de la causal segunda. Y es evidente que su violación provoca indefensión, pues al omitir análisis probatorio alguno se priva a la parte afectada de fundamentos con los cuales cuestionar, contrastar o rebatir las conclusiones de la sentencia. Es igualmente evidente que además influye en la decisión de la causa.

También se podría alegar por vía de la causal cuarta, sobre «[r]esolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis». Esta causal se refiere a la obligación de congruencia, establecida en la ley[17]. En nuestro ejemplo, se puede argumentar que una sentencia en la que no se analizan las pruebas y los argumentos relativos a ellas sino que se da una conclusión genérica y omnicomprensiva no ha resuelto los puntos concretos sobre los que se trabó la litis, pues resolver de un plumazo sobre todos esos puntos no equivale jurídicamente a dar una respuesta que los cubra a todos, y el mero hecho de que el juez así lo diga no altera esta situación[18]. Dicho de otro modo, afirmar ampliamente en la sentencia que «las pruebas presentadas no hacen mérito suficiente, por lo que se rechaza la demanda», sin explicar por qué ello es así respecto de cada prueba y hecho (por lo menos de los fundamentales), no constituiría una resolución cabal de todos los puntos de la litis, pues la exigencia legal es que el juez se dedique a analizar y ponderar *cada*

[16] Código de Procedimiento Civil: «Art. 115.- […] El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas».

[17] Código de Procedimiento Civil: «Art. 273.- La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella».

[18] La ley, de hecho, prohíbe expresamente las fórmulas genéricas o indeterminadas como la de nuestro ejemplo. Código de Procedimiento Civil: «Art. 275.- Los decretos, autos y sentencias expresarán con claridad lo que se manda o resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases obscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide, etc.».

uno de los argumentos y pruebas aportados por las partes (por lo menos los fundamentales) respecto de cada pretensión y excepción de manera más o menos pormenorizada según las características del caso. Por ello, una sentencia como la de nuestro ejemplo, con su lenguaje resolutorio general, podría cometer el vicio de incongruencia por infrapetición, esto es, de no resolver en el fallo todos los puntos sobre los que se trabó la controversia.

También es posible alegar este vicio por la causal quinta, disponible «[c]uando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles». La motivación adecuada del fallo en el derecho y en los hechos es, como disponen los artículo 274[19] y 276[20] del Código de Procedimiento Civil, un requisito exigido de toda sentencia. Por ello, una sentencia en la que no se ha expresado en absoluto una fundamentación sobre las pruebas que dé suficiente sustento a la resolución es una sentencia sobre la que plausiblemente se podría decir que le falta este elemento esencial.

Por último, se podría también alegar por la vía de la causal primera, pues una sentencia que no contiene una valoración de la prueba es una sentencia inmotivada, lo cual constituye también una violación de una norma sustantiva, a saber, la contenida en el artículo 76.7(m) de la Constitución[21], que establece la garantía de motivación como derecho de los ciudadanos[22].

---

[19] Código de Procedimiento Civil: «Art. 274.- En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal».

[20] Código de Procedimiento Civil: «Art. 276.- En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión […]».

[21] Constitución de la República: «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: […]

»l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados».

[22] Que un derecho constitucional, aunque ataña al debido proceso, es una norma sustantiva, es una tesis discutida. El argumento a favor podría referirse a los siguientes puntos: (i) la Constitución expresamente establece una igualdad de tratamiento para los derechos contenidos en ella; y (ii) la violación de un derecho constitucional cualquiera genera un derecho de acción autónomo. En cualquier caso, lo importante en este contexto no es demostrar que el argumento sería siempre eficaz, sino el carácter eminentemente plausible de su proposición. La jurisprudencia, sin embargo, ya ha aceptado esta

Como se puede ver, no es cierto que es imposible argumentar un mismo vicio por la vía de más de una causal, ni que el modo de argumentarlo consista en adecuar el vicio alegado a las supuestas características esenciales de tal o cual causal, como si solamente ella lo pudiera encapsular o comprehender, y de una demostración metafísica se tratara. Por el contrario, es eminentemente plausible que el mismo problema jurídico se pueda plantear como una violación por la vía de más de una causal. En efecto, aún si los argumentos expuestos *supra* respecto de las cinco causales no llegaran a convencer a todo jurista, todos ellos son eminentemente razonables y verosímiles, lo cual demuestra la falsedad de la tesis esencialista como manera de concebir las causales y, por consiguiente, la técnica casacional que en ellas se basa. Y es que nuestro ejemplo no es de un caso en el que ocurren, separadamente, varios vicios que podrían alegarse separadamente por varias causales, sino que *el mismo vicio* es perfectamente susceptible de alegarse por varias, si no todas.

Las posibilidades argumentativas que plantean las cinco causales dejan claro que su carácter propio es exclusivamente *dialéctico*. Es decir, proveen una serie de vías lógicamente estructuradas para plantear ordenadamente un problema jurídico, y la eficacia del planteamiento ha de juzgarse exclusivamente sobre la validez y la persuasividad de los argumentos que lo sustenten, sin que exista un requisito esencial previo para admitirlo. Por lo demás, esta índole dialéctica de la casación se relaciona con el hecho de que es un recurso que analiza exclusivamente problemas de derecho, pues un postulado elemental de la ciencia jurídica es que toda situación jurídica afecta a más de un derecho (y no se diga de las diversas facetas de los derechos, hoy cada vez más complejos), en razón de que el ordenamiento jurídico que establece y regula tales derechos es un entramado interdependiente[23], por lo que siempre podrá plantearse desde sendas perspectivas diferentes.

C. La tesis esencialista se basa en una premisa falsa

Pero el ejemplo no solo muestra la falsedad de la tesis esencialista en relación con la técnica del recurso de casación (esto es, su no correspondencia con su

---

tesis. *Vid.*, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 210-98 de 17 de mayo de 2000, publicada en Registro Oficial No. 109 de 29 de junio de 2000.

[23] Este postulado se fundamenta sobre todo en un razonamiento de carácter lógico, en el sentido de que la interdependencia es una conclusión a la que se llega al analizar los atributos lógicos del ordenamiento jurídico como sistema, particularmente los de unidad, coherencia y plenitud (Bobbio, 2006).

naturaleza dialéctica y, en consecuencia, con las reales potencialidades de esta técnica argumentativa), sino también su falsedad en sí misma, que es el punto más grave. En efecto, es absurdo sostener que cada una de las causales definidas en el artículo 3 se refiere a una «cosa» —el vicio concreto que supuestamente encapsula— que existe en el mundo de los operadores jurídicos con sus peculiares atributos esenciales, porque tales vicios sencillamente *no existen* en el mundo de ese modo, como entes separados y perfectamente identificados. En la medida crucial en que la tesis esencialista se basa en esta premisa falsa, es ella misma una concepción falsa.

Como demuestra el ejemplo, un vicio jurídico implica siempre la violación de más de una norma o exigencia jurídica, de modo que no es posible concebirlo de manera unidireccional como si fuera una violación de solo una de esas normas o exigencias. Por el contrario, el vicio siempre puede plantearse desde diversas perspectivas, según la importancia real y estratégica de sus peculiares características, y la decisión del recurrente de enfocarse en una u otra violación peculiar dependerá del peso con el que el vicio haya afectado a tal(es) o cual(es) norma(s) o exigencia(s) particular(es).

En realidad, es a esas diversas perspectivas a las que se busca describir en las cinco causales, y no al supuesto vicio en sí, que, como hemos visto, es siempre polifacético. Ello armoniza perfectamente con la intención didáctica enunciada por los redactores de la Ley de Casación, pues lo que se pretendió no fue definir una lista cerrada y enrarecida de supuestos vicios distintos, sino ayudar a los operadores jurídicos a plantear los problemas desde diversas perspectivas según sea el caso[24]. Es decir, las cinco causales no pueden representar cinco substancias, que no existen, sino que son diversas vías para atacar una sentencia o proceso valiéndose de las herramientas argumentativas que ofrece el derecho. En dos palabras: las causales deben concebirse argumentativamente, no ontológicamente.

Dicho esto, hay que destacar que no se está afirmando que siempre habrá argumentos igual de poderosos para que cualquier vicio se pueda sustentar por cualquier causal (en nuestro ejemplo, en el que la violación es tan tremenda, parecería que el recurso debería prosperar por varias de las cinco causales, pero ello no siempre será así

[24] Sobre la «función didáctica» que se quiso dar a la Ley de Casación han escrito por lo menos dos miembros del comité redactor (Andrade, 2005, p. 198; Coronel, 1994, p. 19).

y será un asunto de estrategia el cómo enfocar y argumentar el vicio del que se trate). Más bien, el punto fundamental es que forma parte de la realidad de las cosas —y nuestro sistema de casación lo refleja— que un mismo problema jurídico puede plantearse como un vicio que podría alegarse por más de una causal. Como demuestra el ejemplo, la tesis esencialista es falsa al implicar una técnica casacional truncada y empobrecida, y es falsa al basarse en la premisa ilusoria de que cada vicio tiene una esencia.

Asimismo, nada de lo que aquí se ha dicho niega que la Ley de Casación exige, de hecho, que en el recurso el vicio se alegue por la vía de una causal concreta y que para ello la causal que se elija debe tener una relación racional con el modo en que se está planteando el vicio. Al decir que la tesis esencialista es falsa no se está abogando por suprimir las causales, pues es obvio que la técnica propia del recurso de casación consiste en saber presentar un problema jurídico dentro del marco argumentativo que se ha establecido en el artículo 3[25]. Sin embargo, de esta exigencia argumentativa del recurso no se sigue que si un vicio *puede* alegarse por una causal, *deba* siempre alegarse por ella, pues ello dependerá del modo en que se plantee el problema en cada recurso. Si el recurrente lo ha hecho de manera persuasiva y razonable, el recurso debe admitirse, y si no ha sabido sustentar su cargo satisfactoriamente por la causal que ha elegido, su recurso deberá fallar. Pero el punto es que para saber esto es preciso que la corte entre a analizar los *argumentos* del casacionista. No puede la corte rechazar un cargo *ab initio*, sin siquiera considerar los argumentos, sencillamente porque en su opinión el recurrente debió acudir a otra causal. Este tipo de arbitrariedad fundada en la tesis esencialista, esta casación *de minimis*, se encuentra a una gran distancia de aquella sencilla exigencia argumentativa propia de la técnica casacional.

Llegados a este punto se puede ver el nefasto resultado práctico de la tesis esencialista, que en definitiva simplemente termina por ser una maniobra evasiva que

[25] El requisito reiterado de que el recurrente formule satisfactoriamente la «proposición jurídica completa» tiene aquí su cabida. Así lo ha dicho la jurisprudencia: «El recurso de casación, al ser extraordinario y formalista, determina, entre otros aspectos, que el error en la sentencia que se impugna, debe ser acusado en relación a la causal que para cada caso corresponde, de acuerdo con cada una de las cinco causales determinadas en el Art. 3 de la Ley de Casación, debiendo la fundamentación, guardar estrecha correspondencia con la causal que invoca el recurrente» (Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 08-2012 de 19 de marzo de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 271 de 13 de febrero de 2015. *Vid.*, en el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia de 8 de febrero de 2006, publicada en Gaceta Judicial, Año CVII, Serie XVIII, No. 2, p. 426; Sentencia No. 28-2001 de 12 de febrero de 2003, publicada en Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, p. 3486.

emplean algunas salas de admisión o sustanciación para no entrar siquiera a considerar los argumentos del casacionista. El fácil expediente de constatar que, en su opinión, el recurso se ha «equivocado» al invocar tal o cual causal basta para inadmitir o rechazar multitudes de recursos, cuando en realidad la única manera de saber si esa equivocación ha ocurrido es, como hemos venido proponiendo, deteniéndose a analizar, ponderar y deshilar los argumentos del recurrente. Solo cuando se ha considerado esta argumentación sería posible determinar si se ha planteado correctamente el recurso por la vía de la causal que se ha elegido. La práctica de la casación *de minimis*, sin embargo, se limita a descartar tales argumentos sobre la base de una mera intuición o, peor, un hábito acríticamente aceptado[26].

Por último, esta crítica tampoco niega la facultad de una sala de inadmitir o desechar un recurso que es manifiestamente inaceptable. En efecto, hay recursos con deficiencias tales que su inviabilidad es patente, y que la corte de casación está en plena facultades de rechazar de plano. La legítima potestad de un tribunal de justicia de rechazar *ab initio* una acción o un recurso *prima facie* patológico es innegable y forma parte de sus facultades de administración interna y en último término de las que lo establecen como garante del orden jurídico. Esto es así con mayor razón en el caso de la casación, que es un recurso extraordinario y protegido por altos umbrales de admisibilidad[27]. Pero estos casos son excepcionales y normalmente se podrán despachar rechazando los recursos de hecho. Se trata, como hemos dicho, de recursos patológicos, en los que la deficiencia es evidente a primera vista.

No es posible, sin embargo, extrapolar de esta práctica, que busca salvaguardar la integridad de la administración de justicia y, en este caso particular, el

[26] Es común que las salas se excusen de actuar así haciendo vagas consideraciones sobre el modo correcto de plantear la casación, aludiendo al carácter extraordinario y «altamente técnico» del recurso, entre otras ideas similares. Estas reflexiones de las salas, además de ser, en la mayoría de los casos, meras reproducciones de lo dicho en otras sentencias, habitualmente carecen de un razonamiento robusto que las justifique. No se ve una explicación razonada y argumentada de porqué esto es así, de cómo esta concepción del recurso se podría deducir del texto de la Ley de Casación o de por qué se considera a las causales como poseedoras de una pseudo-esencia. Es por ello que hemos dicho que este modo de ver las cosas ha degenerado en un mal hábito, ya acríticamente aceptado e inocente de cualquier examinación racional profunda que lo provea de una justificación adecuada. Además, no se da análisis alguno de las graves afectaciones que produce de los derechos constitucionales de los recurrentes. Es precisamente esta falta la que nos ha movido a presentar esta crítica. En definitiva, la tesis esencialista se ha convertido en una especie de «mito jurídico» en nuestro país, que merece ser analizado y deconstruido, al estilo de lo que hiciera Paolo Grossi respecto de la teoría del derecho en general en su *magnum opus*, *Mitología jurídica de la modernidad* (Grossi, 2003).

[27] Un ejemplo de un uso adecuado de esta potestad en Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 28-2001 de 12 de febrero de 2003, publicada en Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, p. 3486.

carácter extraordinario y técnico de la casación, y convertirla en un *modus operandi* habitual. De hecho, mucho más se fomentaría dicho carácter extraordinario y técnico si las salas entrasen al fondo de los recursos, dedicando esfuerzo a desmenuzar no solo el contenido, sino también la estructura y validez de sus argumentos. Con ello se elaboraría poco a poco una valiosísima jurisprudencia sobre el modo correcto de plantear la casación, basada en auténticos estándares concienzudamente aplicados, que serviría de auténtica guía a los operadores jurídicos[28], en lugar de las vagas, repetitivas y diminutas consideraciones que muchas veces encontramos, casi a modo de refranes, tópicos y frases hechas, en las sentencias de la Corte Nacional de Justicia.

En conclusión, la tesis esencialista, según la cual cada causal de casación encarna un solo vicio a exclusión de otros, de modo que no es posible alegarlo más que por dicha causal, es falsa. Un sencillo ejemplo ha bastado para demostrar su falsedad en cuanto a la técnica propia del recurso de casación, en el sentido de que simplemente no es cierto que un vicio no puede alegarse de manera plausible más que por la vía de una sola causal que supuestamente lo encapsula. Asimismo, el ejemplo ha demostrado que, además, la tesis esencialista se basa en una premisa falsa, porque en lugar de interpretar las cinco causales del artículo 3 como lo que son, esto es, como modos de plantear argumentadamente un problema jurídico en el recurso de casación, parte de que cada causal representa un vicio como si tal vicio fuera una substancia pura que existe en el mundo.

III. LA CASACIÓN *DE MINIMIS* COMO ATENTATORIA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

La tesis esencialista, una concepción patológica de la casación, no solo contraría el orden jurídico por su patente falsedad, sino que su puesta en acción además podría implicar serias violaciones a varios derechos constitucionales. Ante esta realidad, la práctica extendida de la casación *de minimis*, expresión forense de la tesis esencialista, saca a la luz el posible conflicto entre el recurso de casación tal y como está concebido hoy en el Ecuador y el constitucionalismo garantista que rige en el país desde por lo menos el año 2008. La tesis esencialista pone a la casación ante este constitucionalismo, y mientras el recurso se encuentre atado en la práctica a aquel

[28] Un ejemplo de una resolución útil en este sentido en Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 26 de marzo de 2013, publicada en Gaceta Judicial, Año CXIII, Serie XVIII, No. 12, p. 4852.

malsano paradigma, no podrá estar a la altura que exigen los nuevos tiempos jurídicos. En particular, la casación *de minimis* constituye, *in abstracto*, fuente abundante de violaciones a derechos constitucionales, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva, como veremos a continuación[29].

A. La casación *de minimis* como violación *in abstracto* del derecho a la tutela judicial efectiva

El primer derecho constitucional afectado por la práctica de la casación *de minimis* es el derecho garantizado por el artículo 75 de la Constitución:

> Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Este es el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene un papel axial en el sistema garantista de la Constitución de 2008, en el que la protección y desarrollo de los derechos se encomienda, en gran medida, a los jueces.

i. La casación *de minimis* provoca indefensión

No es necesario aquí entrar a considerar todos los diversos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva, que han sido tratados ampliamente por la doctrina (Rubio Llorente, 1995) (Borrado Iniesta, Díez-Picazo Giménez, & Fernández Farreres, 1995) (Picó i Junoy, 1997) (Aguirre Guzmán, 2012), y ver cómo la casación *de minimis* los podría afectar. Por el contrario, basta enfocarnos en el estándar mínimo de este derecho, que es, tal y como lo han entendido la jurisprudencia[30] y la doctrina[31] ecuatorianas, la prohibición de la indefensión[32]. No es necesario ir más allá, pues ya

[29] La violación *in abstracto* es aquella que no se produce por un acto u omisión particular, y por lo tanto, no requiere la existencia de un daño. Más bien, se trata de una violación por incumplimiento de los requisitos o estándares constitucionales correspondientes.

[30] «[La tutela judicial efectiva no implica] que es un deber ineludible del juez dar la razón a la parte que formula su queja siempre y en toda circunstancia, aunque no acredite tenerla, precisamente el proceso se origina de manera tal que pueda el juzgador llegar a concluir, con razonable certeza, a cuál de las partes le asiste la razón» (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 147 de 11 de julio de 2003, publicada en Registro Oficial No. 663 de 16 de septiembre de 2003).

[31] «Así, en principio, se conceptúa al [*sic*] derecho *tutela judicial efectiva* como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada —que se dirige a través de una *demanda*—, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión» (Aguirre Guzmán, El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, 2010, p. 8, ènfasis en el original)

[32] En este extremo, el texto constitucional sigue la redacción del artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, que inauguró en nuestro entorno el concepto de la tutela judicial efectiva

aquí se produce la principal violación al derecho que se produce mediante la casación *de minimis*.

En términos generales, la indefensión es la denegación del acceso a la justicia[33], que puede producirse de varias maneras. La más burda sería la inacción completa de los órganos de administración de justicia ante la interposición de una acción o recurso, esto es, el no responder al accionante ni dar trámite a su pedido. Una violación de un grado menor, pero igualmente inaceptable, es la de una reacción del órgano jurisdiccional en la que se niega la acción o el recurso, pero sin fundamentación, esto es, una denegación absolutamente inmotivada. Un tercer caso es el de una denegación fundada en razones manifiestamente insuficientes, absurdas o impertinentes. Este tercer caso se asimila en nuestro país al segundo como violación del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la Corte Constitucional ya ha indicado que una motivación que adolece de tales características equivale a una ausencia de motivación[34]. Como ha dicho una autora, «la motivación, como garantía de razonabilidad de las decisiones judiciales, determina la posibilidad de que una respuesta [del órgano judicial] pueda rechazar la pretensión del justiciable» (Aguirre Guzmán, El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, 2010, p. 36). Es decir, la motivación es precisamente lo que hace que la denegación de una acción o recurso *no viole* el derecho a la tutela judicial efectiva. Luego, una denegación con motivación insuficiente, absurda o impertinente viola este derecho. Así lo ha entendido también la doctrina comparada (Serrano Hoyo, 1992).

El caso de la casación *de minimis* no es de una denegación inmotivada absolutamente, pues en estas situaciones la sala inadmite o rechaza el recurso bajo el argumento de que el recurrente no ha encuadrado adecuadamente los cargos en esta o aquella causal, que es la que los jueces consideran la apropiada. Es decir, existe un intento de motivar, de dar una razón, para la denegación. Por lo tanto, si hay una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, esta deberá darse por la tercera vía que

---

como derecho constitucional: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

[33] *Vid.* Tribunal Constitucional (extinto), Resolución No. 002-2004-DI de 19 de octubre de 2004; Corte Constitucional, Sentencia No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 97 de 29 de diciembre de 2009; Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 202-2004, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 532 de 25 de febrero de 2005.

[34] *Vid.*, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia No. 244-12-SEP-CC de 24 de julio de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 877 de 23 de enero de 2013.

hemos esbozado, esto es, por tratarse de una motivación insuficiente, absurda o impertinente, que no satisface el estándar mínimo del derecho.

En este sentido, ya hemos visto que el argumento que se usa para rechazar un recurso en la práctica de la casación *de minimis* no tiene sustento racional alguno, sino que, por el contrario, es irracional, en la medida en que se basa en una tesis esencialista. Llegado el argumento a este punto, pues, es suficiente demostrar las patologías de la tesis esencialista para dar por establecida una violación al derecho a la tutela judicial efectiva en todos aquellos casos en que la denegación del recurso se basa en esta tesis.

Sin embargo, ello no es suficiente para condenar en general la casación *de minimis*, pues no en todo caso esta práctica se fundamentará en una postura como la tesis esencialista. Como hemos indicado al iniciar nuestra crítica a esa tesis, ella no ha sido expuesta o defendida expresamente por nuestra corte de casación, sino que su articulación resulta de un intento de análisis inductivo o *a posteriori* de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia de los últimos años. Al no estar expresamente contenida en las sentencias, pues, la valoración constitucional de la práctica de la casación *de minimis* en general no puede basarse solamente en una crítica de la tesis esencialista, sino que en todo caso debe partir de lo que la corte ha dicho.

Como hemos visto, en la mayoría de estos casos, lo que la corte dice para sustentar la decisión de inadmitir o denegar el recurso es que la causal invocada es inapta o incorrecta, y a veces se añade cuál de las otras causales se debió alegar. Es esta escueta línea argumental la que debe analizarse a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, es necesario determinar si este razonamiento resulta insuficiente, absurdo o impertinente. Para hacerlo, se requiere primero responder a una importante objeción.

ii. Respuesta a una objeción

La objeción puede formularse de la siguiente manera: la casación *de minimis* no puede violar el derecho a la tutela judicial efectiva porque este es un derecho de configuración legal, es decir, no genera una acción *per se*, sino que requiere desarrollo en la norma legal para ser efectivo y accionable; por lo tanto, el ejercicio del derecho está sujeto al modo en que las acciones y recursos están configurados en las leyes, y la casación, al ser un recurso altamente extraordinario y técnico, exige ser

interpuesto de una manera peculiar que, de no cumplirse, no da derecho al trámite sin que ello suponga violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Con ello, una resolución que inadmite o rechaza un recurso en el que no se satisfacen los requisitos formales legales será una resolución suficientemente motivada a efectos del derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello, permisible.

Esta es una objeción importante que merece ser tratada con cuidado haciendo dos distinciones básicas. En primer lugar, debe procurarse un equilibrio entre el respeto a las formalidades procesales propias de cada acción y recurso, por un lado, y las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, entre ellas el principio de que las formalidades no sirvan ellas solas para enervar la acción (principio *pro actione*), por el otro. En efecto, los requisitos formales establecidos en las leyes son de derecho público, pero no se sigue de ello que todos sean irrenunciables o esenciales o de orden público, de tal manera que su inobservancia implique la inadmisibilidad o imposibilidad de una acción o recurso. Precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación como principio *pro actione*, implica que no toda formalidad enerva la eficacia de una acción o recurso, como veremos más adelante.

Esto nos lleva a la segunda distinción que hay que hacer, entre las formalidades procesales que sí forman parte de un «núcleo duro» de requisitos ineludibles, sin los cuales cualquier acción o recurso debe fracasar, y las demás formalidades, cuya ausencia no impide la procedencia o eficacia de ellos[35]. En general, el desarrollo de las fronteras entre ambos campos es tarea propia de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, en este trabajo se defiende la tesis de que el *test* para determinar la capacidad enervante de una formalidad procesal consiste en determinar, en cada caso, si la exigencia del cumplimiento con dicha formalidad se adecúa razonablemente a hacer valer el fin constitucionalmente relevante que ella está llamada,

[35] El sentido en que ha de entenderse que la forma procesal es «de orden público» es explicado con acierto por un autor: «Doctrinal y jurisprudencialmente se afirma, con carácter general, la naturaleza de Derecho público de las normas procesales, sin embargo, cuestión más controvertida es la de determinar […] si los requisitos procesales que en ellas se disponen pertenecen o no al orden público, pues si fuera así tendrían el carácter de irrenunciables y de obligado cumplimiento. Es claro que no todos los requisitos procesales son irrenunciables: el incumplimiento de algunos requisitos procesales que no merma garantías procesales no genera nulidad absoluta y el beneficiario de una determinada garantía procesal puede renunciar a ella siempre que no perjudique a terceros ni contraríe el interés o el orden público». Sin embargo, «[u]na cosa nos parece clara: son de orden público los requisitos procesales garantes de una tutela judicial efectiva sin indefensión […] los requisitos procesales son diversos: unos serán de carácter imperativo y otros distintos no, porque su finalidad no atiende al orden público» («Formalismo y tutela judicial efectiva», (Serrano Hoyo, 1992, pp. 123, 124).

en general, a servir. En caso negativo, la acción o recurso debe proceder, incluso si la formalidad ha sido obviada o cumplida inadecuadamente; en caso afirmativo, la denegación de la acción o recurso será conforme a derecho. Por lo demás, nunca se podrá impedir la eficacia de una acción o recurso si la violación de la formalidad es subsanable. Este *test* deriva de la aplicación del principio *pro actione*, que veremos a continuación.

Con lo dicho, es posible proponer una respuesta a la objeción: el derecho a la tutela judicial efectiva no supone la eliminación o irrelevancia de los requisitos formales de las diversas acciones y recursos, incluida la casación, pero el cumplimiento en cada caso de dichos requisitos ha de estar razonablemente encaminado a satisfacer los fines constitucionalmente protegidos que esos requisitos sirven. Por tanto, la casación *de minimis* supondrá una violación del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que constituya la práctica de denegar el recurso motivada en una aplicación excesiva de las formalidades de este, esto es, una aplicación que ya no guarda una relación razonable con los fines a los que dichas formalidades sirven o cuando la violación de formalidades es aún subsanable.

Con esto, podemos continuar al paso siguiente, consistente en determinar si la casación *de minimis* constituye o no una aplicación excesiva de las formalidades del recurso de casación. Como hemos dicho, la dogmática constitucional ha elaborado un principio, apéndice de la tutela judicial efectiva, encaminado a responder este tipo de preguntas acerca de la relación entre las formalidades procesales y los derechos constitucionales a la justicia: el principio *pro actione*. A continuación, analizamos la práctica de la casación *de minimis* desde este principio, que nos ofrece un *test*, una «prueba de fuego», para determinar, caso por caso, si se están violando o no los derechos del recurrente.

B. El principio *pro actione* y la admisibilidad del recurso de casación

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, de directa aplicación en nuestro país en virtud del artículo 426 de la Constitución[36], contiene una concisa

[36] Constitución de la República: «Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente»

definición del derecho a la tutela judicial efectiva que resalta el contenido del principio de marras:

> Art. 25.- Protección Judicial.- 1. Toda persona tiene *derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos* fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. […] (Énfasis añadido.)

Según este texto, el núcleo del derecho es la garantía de un camino o recurso judicial *efectivo* para la protección de los derechos. La garantía de esta efectividad contiene para el Estado una obligación que lo vincula en el poder legislativo, por la cual debe crear y mantener estructuras jurisdiccionales y procesales teóricamente eficaces. Tiene también, complementariamente, una obligación que vincula a los órganos del poder judicial, que ya opera más en el orden práctico y que se traduce, entre otras cosas, en que los jueces están obligados a interpretar y a aplicar las normas e instituciones procesales de tal modo que ellas, como manda la Constitución, realmente sean «un medio para la realización de la justicia» y favorezcan «la plena vigencia de los derechos»[37], incluida la tutela judicial efectiva. Se trata de una obligación general de carácter interpretativo, que debe inclinar a los órganos jurisdiccionales a preferir la lectura de la norma procesal que haga más eficaz en la práctica el derecho de los ciudadanos a obtener del órgano judicial una resolución motivada sobre el fondo. En dos palabras, es un imperativo interpretativo a favor de la eficacia de dichas acciones y recursos[38], y es las que está contenida doctrinalmente en el llamado principio *pro actione* («en favor de la acción»).

El principio, aunque de origen doctrinal, tiene un firme asidero en el texto de nuestra Constitución. Además del artículo 75, que contiene el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio informa también las disposiciones de los artículos 11.5, 169 y 427 de la norma suprema[39]. En primer lugar, el artículo 11.5 consagra el principio

[37] Constitución de la República, artículos 169 y 427.

[38] Así se define en la doctrina. Según un autor, el principio *pro actione* «impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo» (Picó i Junoy, 1997, p. 49).

[39] Constitución de la República: «Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley».

interpretativo general llamado en nuestro entorno «principio *pro homine*» o «a favor (de los derechos) del hombre», por el cual toda autoridad pública interpretará y aplicará las normas en el sentido que «más favorezca[] [la] efectiva vigencia [de los derechos]». En segundo lugar, el artículo 427 reitera el principio aplicándolo a la interpretación de la propia Constitución. En tercer lugar, ya en el plano de lo judicial, el artículo 169 estatuye la prevalencia de la sustancia sobre la forma en lo que respecta a la eficacia de las instituciones procesales como mecanismos de protección de derechos, mandando que «[n]o se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades». En todos estos artículos se ve el mandato interpretativo a favor de la vigencia de los derechos, incluso extendiéndolo expresamente a lo procesal. Puede decirse, pues, que el principio *pro actione* forma parte del marco general obligatorio de la Constitución.

i. El principio *pro actione* y las meras formalidades

El principio *pro actione* milita en la práctica contra la tendencia de inadmitir, e incluso desestimar, una acción o recurso valiéndose excesivamente de requisitos o cuestiones formales, muchas veces subsanables, usándolos de auténtica excusa para no entrar al fondo del asunto cuando el accionante o recurrente ha expresado suficientemente su intención y su pedido respecto de él.

Para comprender la aplicación de este principio, es útil introducir al análisis el concepto de una *mera formalidad*, entendida como (i) una exigencia formal (ii) cuya exigencia en un caso concreto está desvinculada (o por lo menos suficientemente alejada) de la finalidad constitucionalmente protegida a la que sirve y que (iii) se utiliza como único fundamento de una decisión inhibitoria, de inadmisión o de desestimación de una acción o recurso (Serrano Hoyo, 1992). El concepto también se aplica a una exigencia formal cuya violación es aún subsanable por la parte interesada al momento del juez tomar su decisión denegatoria.

«Art. 169.- EI sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades».

«Art. 11.- EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia».

«Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional».

Con esto se ve que el principio *pro actione* no es una pura afirmación de la primacía de la sustancia sobre la forma —esto es, un puro y simple desplazamiento de la forma—, pues no toda formalidad es una *mera* formalidad, y la consideración de tal dependerá de las circunstancias de cada caso. En general, los requisitos formales deben entenderse como garantías destinadas a salvaguardar un fin que las trasciende: en general, el orden público y el debido proceso garantizados en la Constitución. Cuando la exigencia de una formalidad en un caso concreto se ve divorciada de ese fin, pierde su razón de ser, convirtiéndose en una mera formalidad que no puede ser óbice capaz de frenar por completo y por sí sola una acción o recurso si este cumple con los demás requisitos de admisibilidad. Se trata, pues, de una concepción teleológica del derecho procesal que lo pone al servicio de causas más altas, expresadas en los derechos y principios constitucionales.

El concepto de mera formalidad sirve como *test* de admisibilidad que podemos aplicar al caso de la causal que un recurrente ha invocado en casación. Para hacerlo, pasamos a analizarlo bajo cada uno de los tres elementos de esta noción. Podemos considerar que la tercera característica de la mera formalidad —que sea el único fundamento para rechazar la acción o recurso— se cumple, pues ella es la premisa fáctica de esta crítica. Veamos a continuación las dos primeras características: si se trata de un aspecto puramente formal y si su exigencia en el caso concreto la desvincula de la finalidad a la que sirve.

En primer lugar, la invocación o no de la causal que la sala de casación considera adecuada en cada caso es un aspecto formal, no sustantivo, del recurso. Como hemos explicado al criticar la tesis esencialista, las cinco causales de casación contienen sendas estructuras dialécticas propuestas por el legislador como vías para que el recurrente plantee los vicios objeto de impugnación en el recurso. La exigencia argumentativa de que se debe invocar satisfactoriamente una causal se ve o no cumplida en la validez, eficacia y persuasividad del razonamiento del recurrente, y no tiene relación intrínseca alguna con el número de la causal que se ha invocado. Dicho de otro modo, fijarse en cuál de las causales se ha usado no toca la valía de los argumentos que se han usado para sustentarla, por lo que su sola consideración a la hora de determinar la admisibilidad de un recurso equivale a centrar el análisis en un aspecto extraño al fondo del asunto y, por tanto, formal.

En segundo lugar, la decisión denegatoria de un recurso de casación que se basa únicamente en que no se ha invocado la causal adecuada desvincula las exigencias argumentativas del artículo 3 de la Ley de Casación de la finalidad a la que sirven. En páginas anteriores hemos considerado la razón de ser de las causales de casación como requisitos de carácter dialéctico, encaminados a orientar al recurrente dentro de unos cauces determinados que debe recorrer para poder proponer satisfactoriamente su impugnación. No se trata de esencias jurídicas, sino de diversas perspectivas o planteamientos argumentales dentro de los cuales se debe estructurar el recurso. Por lo tanto, si el recurrente ha presentado un razonamiento válido, eficaz y persuasivo para impugnar la sentencia inferior y lo ha encuadrado dentro de la vía de tal o cual causal, la consideración de si el número de la causal es o no correcto resulta superflua. Es más, resulta difícil en este contexto descifrar siquiera qué significaría que la elección sea «correcta» si nos desentendemos de los argumentos sobre el fondo que la fundamentan. Es decir, si se ha cumplido la finalidad argumentativa a cuyo servicio están las causales, invocarlas para rechazar un recurso ya no sirve ni se relaciona razonablemente con esta finalidad y resulta excesivo.

Ahora bien, es necesario proceder con precisión en este punto, para evitar una aparente contradicción. Por un lado, hemos caracterizado la consideración del número de la causal como algo formal, esto es, algo ajeno al fondo del asunto. Por el otro, hemos dicho que para saber si se ha cumplido o no con la finalidad argumentativa de las causales, es preciso constatar si el recurrente ha argumentado correctamente la que ha elegido, esto es, hay que analizar los argumentos sobre el fondo en relación con dicha causal. Podría parecer que el análisis de la práctica de la casación *de minimis* desde el estándar de la «mera formalidad» implica considerar las causales tanto bajo el espectro de una forma como bajo el de un tema de fondo. La contradicción, sin embargo, es solo aparente. Recuérdese que el objeto de nuestra crítica es una resolución que inadmite o rechaza el recurso *únicamente* sobre la base, carente de justificación adicional, de que la causal invocada debió ser otra. Por lo tanto, sigue siendo cierto que la elección de la causal es, por sí sola, una pura formalidad, y el problema consiste precisamente en que la sala omite hacer consideración alguna que justifique su decisión denegatoria, consideración que debe trascender esta formalidad para entrar a ver si se ha satisfecho la carga argumentativa que ella implica analizando los argumentos sobre el fondo. Al dejar de hacer este análisis, la sala asegura que su decisión se base en nada

más que una mera formalidad. El análisis de los argumentos de fondo es, pues, un requisito indispensable para evitar que una decisión inhibitoria basada en la deficiencia de la elección de la causal sea violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva, por fundarse en una mera formalidad.

Como se puede ver, el concepto de la mera formalidad ayuda a aclarar el alcance del principio *pro actione* a la hora de ayudar a los jueces a decidir sobre la capacidad de un requisito procesal de enervar la procedencia de una acción o recurso. Este requisito deberá ser interpretado siempre en atención a los fines a los que sirve, y fuera de ellos no podrá fundar una decisión denegatoria.

El camino que hemos recorrido deja abierta una última pregunta. Sabemos que hay que entrar a considerar el fondo antes de fundar una decisión que quiere denegar el recurso porque se ha alegado mal la causal. Pero es preciso determinar un nuevo estándar de análisis que aterrice esta regla, un *test* de admisibilidad de tales argumentos de fondo que permita determinar cuándo ellos han pasado el baremo mínimo del principio *pro actione* y cuándo no, para saber si es adecuado rechazar el recurso por incorrecta invocación de una causal. Este baremo es lo que llamaremos la «prueba de fuego» de este principio, que estudiamos a continuación.

ii. La casación *de minimis* y la «prueba de fuego» del principio *pro actione*

En general, podemos decir que la argumentación del recurrente superará la prueba si el recurso contiene y expresa suficientemente cuál es el problema que se impugna y la pretensión del recurrente de impugnarlo. En los casos en que esto se cumple, el juzgador está obligado por el principio *pro actione* a entrar al fondo, sin que defecto alguno de tipo formal, como la identificación de la causal invocada, sea suficiente para excusarlo de este deber. La razón es que una acción o recurso en el que se identifica debida y legítimamente la problemática jurídica y la pretensión de quien lo interpone contiene ya la «materia prima jurídica» suficiente para que el juzgador pueda emitir una decisión razonada y justificada sobre los puntos en disputa, que es precisamente de lo que se trata una tutela judicial efectiva. El aspecto formal de señalar cuál es la causal invocada no añade absolutamente nada a esa «materia prima» para hacerla susceptible de un análisis sustancial, de modo que, existiendo esta, la divergencia con la sala en la determinación de la causal pertinente no justifica la

negativa a cumplir con la obligación de entrar al fondo y resolver motivadamente sobre él.

El corolario de esta regla es que, por el contrario, si un defecto formal impide acceder a esa «materia prima» porque hace ininteligible la pretensión o bien implica una violación del orden público o el debido proceso (los fines que la forma busca proteger), será suficiente razón para rechazar la acción o reclamación. Pero si tal defecto no menoscaba la posibilidad de identificar adecuadamente los argumentos y pretensiones de quien los presenta en un contexto de respeto a los fines del proceso, el principio *pro actione* obliga al juez a interpretar flexiblemente o, mejor dicho, teleológicamente la norma procesal que regula tal formalidad para poder entrar al fondo y dar satisfacción al derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.

Para determinar si el recurrente ha satisfecho esta carga, podemos acudir a la doctrina clásica en materia de casación y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que sirven para entender su despliegue en la práctica. Por una parte, Humberto Murcia Ballén se refiere a lo que denomina la facultad inherente a la corte de casación de «interpretar la demanda [recurso] de casación, siempre que el contenido de ella le permita conocer inequívocamente el propósito y la intención del recurrente». Continúa explicando que «[l]a interpretación de la demanda es atribución que debe ejercer la Corte para no sacrificar su contenido, es decir, cuando la interpretación conduzca la casación a su fin, pero sin alterar palmariamente las claras expresiones que dicho libelo contiene» (Murcia Ballén, 1983, pp. 586, 588). Para Murcia, se trata de una aplicación del principio universal *iura novit curia*. Así, es evidente que la sala no puede «hacer» pedir o argumentar al recurrente algo que no ha pedido o argumentado, pero sí puede, por decirlo coloquialmente, «usar la cabeza» al leer el recurso —esto es, interpretarlo—, sabiendo extraer de él su auténtico contenido e intención, en consecución de la finalidad que el recurso tiene en el ordenamiento jurídico. Al efecto, el mismo autor cita con aprobación un fallo de la Corte Suprema colombiana en el cual se aplica esta doctrina:

> […] Pero si la acusación es completa en sus detalles, porque se señala el texto violado, se exponen las razones que demuestran su quebranto y las consecuencias del mismo en la decisión del litigio, la equivocada calificación del concepto no es óbice para el estudio de la censura en el fondo, puesto que la índole formalista del recurso no puede llegar

> hasta impedirle a la Corte decidir el cargo, ateniéndose más a su contenido que a las palabras en que está expresada la acusación.[40]

Aquí se puede ver el principio *pro actione*, valga la redundancia, en acción. Que la manera de recurrir esté «equivocada» según unos cánones formalistas y rigoristas es, en atención a la finalidad del recurso, un asunto irrelevante, siempre que en el texto del recurso haya claridad suficiente sobre el contenido de los cargos que se formulan. Como dijimos al criticar la tesis esencialista, las causales no son más que «herramientas argumentativas» al servicio de la eficaz y técnica presentación del recurso, cuya importancia se relativiza cuando este cometido se cumple, incluso si la identificación de la causal no es la que la sala prefiere.

Por otra parte, Fernando de la Rúa, en su ya clásica exposición de la casación, explica que el recurrente tiene «la obligación […] de invocar una de las causales previstas por la ley procesal como motivo legal para recurrir, […], es decir, debe señalar a cuál de los motivos se refiere su agravio», tal y como manda el artículo 6 de nuestra Ley de Casación, ya citado. Inmediatamente añade al respecto que «[e]l error en la denominación del motivo no constituye, sin embargo, causal de inadmisibilidad, siempre que el agravio se encuentre clara y suficientemente expuesto» (De la Rúa, 1968, p. 220)[41].

Algo muy útil es que De la Rúa se detiene a explicar cuáles son las exigencias para que se pueda considerar que un recurso ha cumplido con exponer clara y suficientemente el agravio, lo cual reputa como el requisito indispensable de todo recurso viable[42]. Afirma:

> Para esto la primera exigencia es citar concretamente los preceptos legales que se estiman violados o erróneamente aplicados. […] Pero es también necesario que se indique cuál es la aplicación que se pretende, con lo cual quedará señalado el error atribuido a la sentencia. La exigencia se cumple indicando cuál es la norma que debió ser aplicada, y con qué alcance y sentido, de manera de precisar la interpretación errónea que se atribuye al Tribunal de juicio. (De la Rúa, 1968, p. 221)

---

[40] Corte Suprema de Colombia, Sentencia de 17 de agosto de 1971 (*apud* Murcia Ballén, 1983, p. 587).

[41] Más adelante dirá, en la misma línea: «debe señalarse cuál es el motivo a que se refiere el recurso indicando el inciso correspondiente […]. El error en la cita no debe impedir a la Corte, si el agravio fue expuesto con eficacia, conocer del recurso aunque haya error en su denominación» (De la Rúa, 1968, p. 460).

[42] «Este es el requisito fundamental: individualizar el agravio, de modo que a través de los motivos se pueda individualizar también la violación de ley que lo constituye« (De la Rúa, 1968, p. 221).

Por último, la Corte Constitucional, acudiendo a la teoría de las meras formalidades, amonestó a la Corte Nacional de Justicia en un caso en que esta había desechado un recurso que contenía una reclamación clara y debidamente fundamentada por una supuesta errónea identificación de la causal. La Corte Constitucional dijo: «[v]isto así el asunto, el fundamento de casación es bastante claro […] La Corte de Casación debió subsanar el error de identificación, que era claramente comprensible, y efectuar sus reflexiones sobre el fondo, evitando obstaculizarlo por meras formalidades». En efecto, en ese caso, la Corte Nacional de Justicia había desestimado el recurso de casación porque «la norma constitucional se refiere a la motivación, vicio previsto en la causal quinta y no en la primera del artículo 3 de la Ley de Casación», que era la que había alegado el recurrente (un caso similar al que propusimos como ejemplo al criticar la tesis esencialista). La Corte Constitucional consideró que esta manera de proceder constituía una violación de derechos constitucionales, determinando que la corte de casación, ante tales casos, tiene la obligación de entrar al fondo en lugar de dejar al recurrente «en indefensión»[43].

De estas opiniones doctrinales y jurisprudenciales es posible destilar cuáles son los requisitos que una acción o recurso deben satisfacer para ser susceptible de resolución sobre el fondo. Estos requisitos pueden resumirse en tres: (i) que el recurrente identifique claramente el yerro cometido en la sentencia que impugna; (ii) que identifique claramente la manera en que tal yerro incidió en la resolución del caso; y (iii) que explique cómo debió aplicarse la norma vulnerada.

Los tres requisitos tienen sentido si los miramos a la luz de la interpretación teleológica que venimos explicando. En efecto, la finalidad de que se exija argumentar el recurso de casación al amparo de una de las cinco causales del artículo 3 es asegurar el carácter técnico y extraordinario de esta institución procesal, pero si el recurrente ha cumplido con las exigencias argumentativas, aunque identificando un número de causal con el que la sala no está de acuerdo, rechazar su pretensión por esta sola razón equivaldría a dar prevalencia a una mera formalidad, en merma del derecho a la tutela judicial efectiva.

[43] Corte Constitucional, Sentencia No. 045-10-SEP-CC de 21 de octubre de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 331 de 30 de noviembre de 2010.

Estos tres requisitos se erigen, pues, en la auténtica prueba de fuego que impone el principio *pro actione* para determinar si un recurso de casación ha satisfecho la carga argumentativa exigida en la Ley de Casación. Si un recurso pasa esta prueba y el juzgador se niega a entrar al fondo, habrá violado el principio *pro actione* y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva.

IV. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos defendido dos proposiciones. Primero, hemos esbozado y criticado la tesis esencialista, a la que consideramos como justificación subyacente de muchas decisiones de la corte de casación que deniegan un recurso por mala invocación de la causal. Esta tesis, esperamos haber demostrado, adolece de serias deficiencias desde el punto de vista analítico, primero porque mutila la técnica propia del recurso de casación, limitando y truncando sus potencialidades dialécticas, y segundo porque se basa en una premisa filosófica falsa. Segundo, hemos propuesto que el tipo de decisiones del tipo que podría estar sustentada en la tesis esencialista violan el derecho a la tutela judicial efectiva porque inadmiten o rechazan recursos de casación sobre la base de una mera formalidad, contraviniendo el principio *pro actione*.

El objeto de este trabajo al criticar esta práctica de la corte de casación en el Ecuador, a la que hemos denominado una casación *de minimis*, ha sido ofrecer un esquema analítico suficientemente desarrollado que permita no solo ver los problemas que entraña este modo de proceder —y así, esperamos, despertar la conciencia jurídica de los operadores en el país— sino también que provea de las herramientas necesarias para paliarla con suficiente rigor y precisión, manteniendo en sano equilibrio todos los bienes y valores constitucionales en juego.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 97 de 29 de diciembre de 2009

————, Sentencia No. 045-10-SEP-CC de 21 de octubre de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 331 de 30 de noviembre de 2010

————, Sentencia No. 244-12-SEP-CC de 24 de julio de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 877 de 23 de enero de 2013

Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 132-2008 de 1 de junio de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 215 de 29 de noviembre de 2011

————, Sentencia No. 542-2006 de 27 de julio de 2009, publicada en Gaceta Judicial Año CX, Serie XVIII, No. 8, pág. 2004

————, Sentencia No. 466-2009 de 22 de septiembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 170 de 19 de julio de 2011

————, Sentencia No. 417-2010 de 21 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 8 de 14 de junio de 2013

————, Sentencia No. 436-2010 de 26 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 19 de 9 de julio de 2013

————, Sentencia No. 08-2012 de 19 de marzo de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 271 de 13 de febrero de 2015

————, Sentencia de 26 de marzo de 2013, publicada en Gaceta Judicial, Año CXIII, Serie XVIII, No. 12, pág. 4852

————, Sentencia No. 64-2014 de 24 de julio de 2014

Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia de 29 de noviembre de 1999, publicada en Gaceta Judicial, Año C, Serie XVII, No. 2, pág. 374

————, Sentencia No. 210-98 de 17 de mayo de 2000, publicada en Registro Oficial No. 109 de 29 de junio de 2000

————, Sentencia de 3 de abril de 2001, publicada en Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, No. 5, pág. 1277

————, Sentencia No. 28-2001 de 12 de febrero de 2003, publicada en Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, pág. 3486

————, Sentencia No. 266-2002 de 27 de mayo de 2003, publicada en Registro Oficial No. 154 de 25 de agosto de 2003

————, Sentencia No. 147 de 11 de julio de 2003, publicada en Registro Oficial No. 663 de 16 de septiembre de 2003

————, Sentencia No. 273-2002 de 4 de diciembre de 2003, publicada en Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 13, pág. 4210

————, Sentencia No. 202-2004, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 532 de 25 de febrero de 2005

————, Sentencia de 8 de febrero de 2006, publicada en Gaceta Judicial, Año CVII, Serie XVIII, No. 2, pág. 426

————, Sentencia de 20 de marzo de 2007, publicada en Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, No. 3, pág. 852

————, Sentencia No. 242-2007 de 11 de julio de 2007, publicada en Registro Oficial Suplemente No. 542 de 6 de marzo de 2009

Tribunal Constitucional (extinto), Resolución No. 002-2004-DI de 19 de octubre de 2004

Doctrina

Aguirre Guzmán, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Foro Revista de Derecho* (14), 5-43.

Aguirre Guzmán, V. (2012). *Tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador.* Quito: UASB Ediciones Legales.

Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y derecho* (43), 217-249.

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica.* (M. Atienza, & I. Espejo, Trans.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Andrade, S. (2005). *La casación civil en el Ecuador.* Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial.

Aquino, T. d. (1989). *Suma de Teología.* (R. d. España, Ed.) Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Aristóteles. (1994). *Metafísica.* (T. Calvo Martínez, Trans.) Madrid: Gredos.

Aristóteles. (1982). *Tratados de lógica (Órganon) I: Categorías, Tópicos, Sobre las refutaciones sofísticas.* (M. Candel Sanmartín, Trans.) Madrid: Gredos.

Bobbio, N. (2006). *Derecho y lógica.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Borrado Iniesta, I., Díez-Picazo Giménez, I., & Fernández Farreres, G. (1995). *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional.* Madrid: Civitas.

Cicerón. (1999). *On the Commonwaealth and On the Laws.* (J. E. Zetzel, Ed.) Cambridge: Cambridge University Press.

Coronel, C. (1994). La Ley de Casación: Estudio introductorio. In VV.AA., *La casación: Estudios sobre la Ley No. 27* (pp. 9-21). Quito: Corporación Editora Nacional.

Coronel, C., & Del Brutto, Ó. (Sin año). *Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en derecho privado ecuatoriano.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

De la Rúa, F. (1968). *El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino.* Buenos Aires: Zavalía Ed.

Gilson, E. (1980). *De Aristóteles a Darwin (y vuelta).* Pamplona: EUNSA.

Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad.* Madrid: Trotta.

Justiniano. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano.* (I. García del Corral, Ed.) Barcelona: Jaime Molinas.

Murcia Ballén, H. (1983). *Recurso de casación civil.* Bogotá: Librería el Foro de la Justicia.

Oderberg, D. S. (2007). *Real Essentialism.* Nueva York: Routledge.

Ospina, G., & Ospina, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico.* Bogotá: TEMIS.

Picó i Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso.* Barcelona: Bosch.

Platón. (1986). *Diálogos III: Fedón, Banquete, Fedro.* (C. García Gual, M. Martínez Hernández, & E. Lledó Íñigo, Trans.) Madrid: Gredos.

Platón. (1988). *Diálogos IV: República.* (C. Eggers Lan, Trans.) Madrid: Gredos.

Politis, V. (2004). *Routledge Philosophy Guidebook to Aristotle and the Metaphysics.* Londres: Routledge.

Rodrígez Grez, P. (1995). *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno: Teoría bimembre de la nulidad.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rubio Llorente, F. (1995). *Derechos fundamentales y libertades constitucionales.* Madrid: Ariel.

Serrano Hoyo, G. (1992). Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho* (10), 119-168.

Spaemann, R. (1981). *Crítica de las utopías políticas.* Pamplona: EUNSA.