



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

Aplicación del principio de juzgamiento pese a la omisión de formalidades

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTORA: Rodríguez Llamas, María Gabriela

DIRECTOR: Burneo Valdivieso, Julián Mauricio, Ab. Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor

Henry Martínez Ruque

Coordinador Académico (e)

Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

El presente trabajo de titulación, denominado ***“Aplicación del principio de juzgamiento pese a la omisión de formalidades”*** realizado por **Rodríguez Llamas María Gabriela**, ha sido orientado y revisado durante la ejecución. por lo que se aprueba la presentación del mismo.

Loja, julio de 2015

Abg. Julián Mauricio Burneo Valdivieso, Mgs.
DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **Rodríguez Llamas María Gabriela**, declaro ser autora del presente trabajo de titulación *“Aplicación del principio de juzgamiento pese a la omisión de formalidades”*, de la titulación de Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo el Abg. Mgs. Julián Mauricio Burneo Valdivieso director de presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de las investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f. _____
Rodríguez Llamas María Gabriela
Cédula 170790152-4

DEDICATORIA

Para mis padres quienes, depositando su confianza y cariño incondicional en mí, hicieron posible la culminación de este trabajo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi esposo Francisco Xavier que con su compañía y generosidad ha contribuido enormemente a la realización de mis estudios.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA	i
APROBACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: NOCIONES HISTÓRICAS DEL FORMALISMO PROCESAL.....	5
1.1 Formalidades y solemnidades.....	6
1.2 Corrientes formalistas y anti formalistas.....	7
1.3 Distinción doctrinaria entre formalidades y solemnidades	9
CAPÍTULO II: FORMALIDADES PROCESALES DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO.....	11
2.1 Solemnidades sustanciales a todos los procesos e instancias.....	12
2.1.1 Jurisdicción de quien conoce el juicio.....	13
2.1.2 <i>Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila</i>	14
2.1.3 Legitimidad de personería	15
2.1.4 Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente	16
2.1.5 Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término	17
2.1.6 Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia	17
2.1.7 Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe	18
2.2 Caso del juicio ejecutivo (art. 347)	19

2.3 Aplicación práctica del art. 1014 CPC	22
2.4 Análisis de Jurisprudencia ecuatoriana	25
CAPÍTULO III: DERECHO COMPARADO	28
3.1 Legislación Argentina.....	29
3.2 España.....	31
CAPÍTULO IV: JUZGAMIENTO PESE A LA OMISIÓN DE FORMALIDADES	34
4.1 Principios rectores del proceso para la realización de justicia	35
4.1.1 Oralidad	35
4.1.2 Publicidad	36
4.1.3 Inmediación.....	36
4.1.4 Concentración.....	36
4.1.5 Celeridad.....	37
4.1.6 Contradicción	37
4.1.7 Dispositivo.....	37
4.1.8 Simplificación procesal.....	38
4.1.9 Uniformidad.....	38
4.1.10 Eficacia	38
4.1.11 Economía procesal.....	39
4.1.12 Trascendencia.....	39
4.1.13 Convalidación.....	39
4.1.14 Legalidad	39
4.2 El procedimiento en el proyecto del Código General de Procesos frente a lo contemplado en el Código de Procedimiento Civil vigente.	40
4.3 Análisis del artículo 169 de la Constitución de la República	41
4.4 Aplicación práctica de la norma constitucional cuando faltan formalidades en casos de la jurisprudencia ecuatoriana	43
4.4.1 Caso 0038-09 EP.....	44
4.4.2 Caso No. 0731-09-EP.	46
4.4.3 Reflexión sobre la aplicación del artículo 169 de la Constitución en los casos analizados.....	47

CONCLUSIONES	49
RECOMENDACIONES.....	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

RESUMEN

En este trabajo se estudia la forma en que debe aplicarse el principio constitucional de *no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades*. Para el efecto se analizan los conceptos de *formalidades* y *solemnidades*, y, se presentan brevemente, las corrientes formalistas y las anti formalistas que se han aplicado —históricamente— en los procesos judiciales. Se analizan dichos conceptos en el marco de la normativa legal ecuatoriana, teniendo en cuenta los principios fundamentales y los procedimientos establecidos. Se estudian los casos del juicio ejecutivo y las disposiciones del Código Civil con relación a nulidades. En el ámbito internacional, se analizan las legislaciones argentina y española en lo que tiene que ver los criterios para aplicación de formalidades. En base a este material se establece la forma en que deberían considerarse las formalidades de acuerdo con la normativa vigente a la fecha (2015). El análisis se complementa con la presentación de dos casos de aplicación práctica. Se concluye que lo fundamental en la aplicación de formalidades, de acuerdo a la norma constitucional, es responder a la dignidad de la persona humana.

Palabras claves: formalidad, solemnidad, formalismo, anti-formalismo, legitimidad, nulidad, nulidades.

ABSTRACT

This paper explores the way it should be executed the constitutional principle of *not sacrificing justice because of the formalities omissions*. For the effect, formalities and solemnities concepts are analyzed, as well as their doctrinal distinction; and in a briefly way, how civil formality or anti-formality laws models have been historically implemented in judicial processes. Then, in Ecuadorian law context, formalities are studied in his principles and established procedures. In particular, Executive judgment and Civil Code provisions related to nullity are considered. Furthermore, it is examined in a briefly way, Argentina and Spain legislations referred to formalities execution in judicial processes. Then it is analyzed how it should be the execution of civil procedure principles by de Justice Administration in reference with the actual legislation (2015). The analysis is complemented by the revision of two nullity execution cases. Finally, it is concluded that, in order to have a correct constitutional standard performance, it is necessary an integral interpretation based on the criterion that formalities are reasonable and allow the accomplishment of Justice, if they respond to the human person dignity.

Key words: formality, solemnity, formalism, anti-formalism, legitimacy, nullity, nullities.

INTRODUCCIÓN

Si hay algo básico para la subsistencia de una sociedad, es que se desenvuelva en un ámbito de justicia. Para esto se han creado sistemas de justicia normados por leyes, que buscan el respeto al derecho del individuo por encima de otras circunstancias. Pese a que se han establecido sistemas formales para aplicar la justicia en donde los procedimientos son preestablecidos, la operación de los mismos, por la realidad de naturaleza humana, con frecuencia presenta conflictos de aplicación de la normativa legal. Uno de estos conflictos es el equilibrio que debe darse al aplicar la norma entre lo formal y lo substancial: entre las formas y los contenidos.

En consecuencia, es necesario clarificar la forma y ponderación con la que debe aplicarse la norma constitucional plasmada en el artículo 169 de la Constitución de la República que en la parte pertinente dice *“No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*. Así, el presente trabajo tiene como fin servir de guía en la aplicación del artículo mencionado, para de esta manera, complementar los varios estudios realizados sobre las nulidades procesales, como por ejemplo, la tesis de “Nulidades procesales por omisión de solemnidades en el proceso civil” (Marco Fernando Carrillo, 2008, Universidad Andina Simón Bolívar titulada), la publicación “Nulidades en el proceso Civil” (Dra. Vanesa Aguirre Guzmán, Revista de Derecho No. 6, Universidad San Francisco de Quito); así como a nivel internacional, los estudios realizados por el jurista argentino Dr. Adolfo Alvarado Velloso, quien ha contribuido al desarrollo del Derecho Procesal Civil en Argentina.

Para establecer la forma apropiada en que debe aplicarse el concepto de que la omisión de formalidades no debe sacrificar la justicia, se analizarán conceptos doctrinales y la práctica sobre la aplicación de los mismos, la normativa legal ecuatoriana al respecto y, referencias de la legislación internacional. Así, el objetivo general es establecer los criterios que deben utilizarse en la práctica para evitar que la omisión de formalidades vulnere el derecho al debido proceso y por tanto atente contra la justicia y, los objetivos específicos del estudio, pretenden demostrar la importancia de las formalidades dentro de un proceso como garantía del mismo y son: 1) Determinar qué formalidades son solemnidades sustanciales en los procesos judiciales; 2) Valorar los efectos jurídicos producidos por la omisión de solemnidades no sustanciales y, sustanciales dentro de un proceso; 3) Determinar el alcance del principio constitucional *“No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”* dentro de los procesos judiciales; 4) Analizar el equilibrio que debe existir entre el cumplimiento de formalidades y la realización de la justicia mediante el debido proceso.

Para el desarrollo del presente trabajo se han utilizado la investigación de publicaciones variadas combinado con el análisis de la aplicación de la normativa vigente y la revisión de la normativa internacional (Argentina y España).

Por último, los logros alcanzados fueron:

1. Determinación de qué formalidades son solemnidades sustanciales en los procesos judiciales: A partir de la diferenciación doctrinaria entre formalidades y solemnidades, se concluyó que éstas últimas son las calificadas como sustanciales en la legislación ecuatoriana y que constan expresas en el Código de Procedimiento Civil.
2. Valoración de los efectos jurídicos producidos por la omisión de solemnidades no sustanciales y por las solemnidades sustanciales dentro de un proceso. Luego de la valoración y ponderación que se ha realizado tanto en doctrina como en jurisprudencia de si la no observancia de una solemnidad produce o no nulidad, se concluyó que la omisión de formalidades que atentan contra los principios de legalidad, trascendencia y convalidación son las que indefectiblemente producen la nulidad procesal y por lo tanto, su observancia es esencial en el desarrollo del proceso civil.
3. Aplicación del principio constitucional “No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” dentro de los procesos judiciales. Una vez resueltos los objetivos anteriores, se llegó a la conclusión de que el art. 169 de la Constitución de la República se encuentra limitado en su aplicación por las solemnidades sustanciales.
4. Análisis del equilibrio que debe existir entre el cumplimiento de formalidades y la realización de la justicia mediante el debido proceso: Se concluyó que para no sacrificar la justicia es preciso mantener equilibrio entre lo formal y lo sustancial, ya que siendo natural que prevalezca la sustancia, en la práctica, el vulnerar la forma puede tener como consecuencia la vulneración de los derechos de fondo.

CAPÍTULO I: NOCIONES HISTÓRICAS DEL FORMALISMO PROCESAL

1.1 Formalidades y solemnidades

Todo proceso jurídico está constituido por una serie de actos ordenados a la consecución de un fin, los cuales producen efectos jurídicos en la medida en que se ajusten a los requisitos determinados en la respectiva ley. Así, de conformidad con Devis Echandía “...*debe existir una relación inmediata y directa entre el acto y el proceso...*” (Echandía, 2009, pág. 531), con el propósito de que dichos actos produzcan, conserven, desarrollen, modifiquen o extingan una relación procesal específica.

La doctrina ha dado una vasta explicación sobre los requisitos que se deben considerar en los actos procesales ya sean de forma o de fondo, atinentes a los sujetos procesales o a los actos en sí mismos o en referencia a los efectos que producen tanto de validez como de eficacia. Todo lo cual, tiene como sustento el principio de la obligatoriedad de las formas procesales (Echandía, 2009, pág. 540).

A decir del jurista mexicano Miguel Carbonell (2012, marzo 14) con relación a los requisitos que deben observar los actos procesales, manifiesta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que cualquier actuación Estatal debe respetar el debido proceso con la finalidad de que las partes procesales puedan ejercer de manera correcta y justa su derecho a la defensa.¹

Es decir que, los requisitos de los actos procesales no solo responden a la necesidad de que éstos produzcan efectos jurídicos dentro del proceso, sino que, éstos plasmen de manera eficaz el ejercicio del derecho a la defensa, garantía básica del debido proceso como lo reconoce la Constitución de la República. En otras palabras, los requisitos de los actos procesales, son las reglas tanto de forma o de fondo que deben ser observados con el fin de que los sujetos procesales (juez y partes procesales) actúen dentro de los límites permisibles legales, de que el acto en sí mismo sea un acto válido por su forma y contenido y de que, los actos produzcan los efectos jurídicos deseados tanto de eficacia como de validez encaminados a cristalizar el derecho a la defensa dentro de un debido proceso.

¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el debido proceso legal se refiere al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (se trata de un criterio contenido en varios pronunciamientos de la Corte; por ejemplo en el “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 102 y en Opinión Consultiva 18/03, párrafo 123). (Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Formalidades_esenciales_del_procedimiento.shtml)

Así, para efectos de este Trabajo de Titulación, se entenderá como formalidades al conjunto de requisitos de validez, eficacia y existencia que deben observar los actos procesales para que produzcan los efectos jurídicos que afecte de manera directa una relación procesal. En consecuencia, no todas las formalidades serán catalogadas de igual manera ni provocarán el mismo efecto jurídico, motivo por el cual, apoyándose en la doctrina, se ha hecho la sana diferencia con las solemnidades, las mismas que son sustanciales o no sustanciales y que tienen su origen en la necesidad de ejercer el derecho a la defensa bajo la garantía y derecho universalmente reconocido como lo es el derecho al debido proceso. Es decir, las formalidades constituyen el género, dentro del cual se encuentran las solemnidades que a su vez se subdividen en sustanciales y no sustanciales.

Con esta diferenciación semántica de las formalidades respecto de las solemnidades, se pasará a realizar un breve recuento del origen de las corrientes que procuraron el establecimiento de reglas para el ejercicio de acciones procesales y como, con el pasar del tiempo, estas reglas se han ido flexibilizando o restringiendo en los distintos sistemas procesales.

1.2 Corrientes formalistas y anti formalistas

Con el fin de entender el origen de las corrientes anti formalistas es preciso hacer un recuento de los sistemas de aplicación de las formalidades y sus efectos jurídicos. Para lo cual, este trabajo de titulación se basará en el estudio realizado por Hugo Alsina (2001).

En la obra *Fundamentos del derecho procesal* del mencionado autor, se establece que los sistemas de aplicación de nulidades más reconocidos guardan una relación directa con la flexibilidad o rigidez de las normas en cuanto a los motivos de la declaración de nulidades y su respectivo procedimiento.

Se parte del procedimiento romano el cual, estaba sometido a una serie de formalidades para que los actos jurídicos produzcan el efecto previsto o, en otras palabras, sean eficaces. La observancia de las formalidades bajo el procedimiento romano era muy estricto, ya que la violación de cualquier requisito procesal conllevaba a la nulidad del acto. En tal virtud, a decir de Alsina (2001) respecto del proceso romano: “*convertía al proceso en un acto solemne y sacramental, en el que con frecuencia el derecho sucumbía por la omisión de formalidades desprovistas de toda significación.*” (Alsina, 2001, pág. 196)

Como contraposición al procedimiento romano, se encuentra el adoptado por las leyes francesas (Alsina, 2001, pág. 196 y 197), según el cual únicamente se podían declarar nulidades que estuvieran previstas de manera expresa en la ley. El problema suscitó cuando

para la aplicación de las nulidades, “... *su apreciación estaba diferida a los jueces y éstos podían declararlas o rehusarlas según las circunstancias*” (Alsina, 2001, pág. 196) lo que evidentemente provocaba casos de inequidad. En consecuencia, se procedieron a introducir reformas que contenían reglas fundamentales para la aplicación de las nulidades, entre las cuales se recogieron: a) Que la declaración de nulidad no podría depender de la discrecionalidad de juez, por lo tanto si el juez reconocía una nulidad su única salida era declararla sin perjuicio de que esta nulidad sea justa o injusta y, b) que las nulidades deben estar previstas en la ley, por lo tanto no habría nulidad si no habría ley previa. Sin embargo, la realidad superó a las modificaciones legales que no contemplaron las nulidades que hayan sido provocadas por la omisión de requisitos esenciales, con lo cual, actos que en esencia no eran válidos, no provocaban la nulidad. En ese sentido, fue preciso realizar la distinción entre nulidades esenciales de las accesorias o secundarias ya que “*la nulidad era consecuencia necesaria de la omisión de las condiciones o formalidades esenciales sin las que el acto no podía existir legalmente o no podía cumplir con los fines que el legislador le había asignado.*” (Alsina, 2001, pág. 197). Así que, la legislación francesa optó por vincular el tema de los elementos esenciales con el interés público al no existir una ley específica que las reglara.

Por su parte el código procesal italiano del año 1865 adoptó la tendencia francesa, sin embargo, actualmente el mismo pese a mantener el principio de que no hay nulidad sin ley, ha introducido algunas modificaciones que se recogen en la obra de Alsina (2001) y que a continuación se transcriben:

No puede declararse la nulidad (art. 156) por falta de cumplimiento de las formas de un acto procesal, si la nulidad no está impuesta por la ley; sin embargo, puede ser pronunciada cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para el logro de su fin. Nunca puede pronunciarse la nulidad cuando el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado.

...Es insanable (art 158) la nulidad derivada de vicios relativos a la constitución del tribunal o a la intervención del ministerio público y habrá de ser señalada de oficio, salvo lo dispuesto en el art. 161... (Alsina, 2001, pág. 197)

Por último en otros sistemas legales como el Alemán y el Austriaco, la declaración de nulidad depende del juez y el criterio para adoptarla será en relación a la medida en la que determinado acto impida la buena marcha del proceso o si afecta de alguna manera al derecho a la defensa de las partes. Este sistema de aplicación, es considerado libre pues, además, se atribuyen facultades y funciones de legislador al juez.

En consecuencia y a través del breve recuento realizado, salta a luz que el sistema romano se basaba en una corriente formalista, al punto de sacrificar el ejercicio del derecho si no se observaban los requisitos establecidos; como contraposición al sistema Alemán o Austriaco que se ha tomado de ejemplo en el cual se adopta como principio el antiformalismo, entendido como lo opuesto a normar en la ley los casos de nulidad ya que la primacía de este sistema radica en el derecho a la defensa y, todo lo que no obstaculice su cristalización y eficacia será

aceptado. Por último, el sistema francés, luego de las reformas que se fueron introduciendo y el sistema italiano, representan el equilibrio entre el formalismo extremo y el antiformalismo ya que, se reconoce la importancia de que las nulidades sean previstas en un la ley, pero éstas deben responder a un interés público por encima de un interés particular.

1.3 Distinción doctrinaria entre formalidades y solemnidades

Es preciso indicar que la distinción teórica entre formalidades y solemnidades surge de la necesidad de reglar ciertas situaciones que permitan mantener un orden dentro del proceso, sin caer en extremos que afecten el eficaz ejercicio de derechos a las partes procesales.

En ese sentido, como se vio en la evolución del sistema de aplicación francés (Alsina 2001) no era posible determinar en ley todas las situaciones jurídicas que podrían desencadenar una nulidad, sin embargo, sí hubo el concepto de interés público y de requisito esencial, sin el cual el acto en sí no podría existir.

Lo dicho, ha sido comentado y analizado por Chiovenda y recogido por Alsina (2001) en palabras que aclaran mucho el panorama que llevará a realizar una distinción doctrinal entre formalidades y solemnidades:

En general, agrega, puede decirse que cuando la exigencia de un presupuesto determinado es de interés público, su defecto debe tenerse en cuenta de oficio y existe ese interés público no cuando se trata de la observancia de aquellas normas que afectan directamente a la constitución del Estado (separación de los poderes y, por consiguiente, apreciación de oficio del defecto de jurisdicción de los órganos administrativos con jurisdicción especial), sino, en un sentido más amplio, siempre que la falta de un presupuesto procesal pueda influir en el resultado final del proceso... (Alsina, 2001, pág. 193). (Lo subrayado es del presente trabajo)

El concepto adicional que trae Chiovenda es el resultado que puede provocar una determinada nulidad, así, si el acto cuyo vicio de nulidad influenciaría o afectaría el resultado final del proceso, se estaría frente a una exigencia de un presupuesto de interés público que, en las legislaciones del mundo, específicamente en la ecuatoriana, se le ha calificado como una *solemnidad sustancial*. En otras palabras, la violación de una solemnidad sustancial tendría como consecuencia directa la declaración de nulidad debido a que ésta protege un interés público que finalmente se traduce en un eficaz derecho a la defensa.

Cabe recalcar que, la distinción semántica entre formalidades y solemnidades, sugiere que las primeras son el género y que dentro de éstas se encuentran las segundas, las cuales a su vez son de dos clases distintas: sustanciales y no sustanciales. Sin embargo, esta distinción no aporta relevancia a los estudios científicos debido a que en doctrina, la diferencia que se otorga entre formalidad y solemnidad radica en que la segunda no solo es un requisito que tiende a mantener la buena marcha de un proceso, sino que, protege un interés público supremo que es el derecho a la defensa; por lo que cualquier inobservancia de las

solemnidades afectaría gravemente al debido proceso, consagrado además como derecho humano.

Sin embargo de lo dicho, para efectos de este trabajo se hablará de solemnidades sustanciales, ya que el legislador ecuatoriano ha redactado de esta manera los textos legales.

**CAPÍTULO II: FORMALIDADES PROCESALES DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO
DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO**

2.1 Solemnidades sustanciales a todos los procesos e instancias

El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano es el que, en la actualidad, norma lo relativo a las solemnidades sustanciales en todos los procesos e instancias. Se hace esta referencia debido a que el 20 de enero del año 2014 el presidente del Consejo de la Judicatura presentó ante la Presidente de la Asamblea Nacional, Gabriela Rivadeneira Burbano, el proyecto de Código Orgánico General de Procesos en cumplimiento a la iniciativa consagrada en el artículo 184 de la Constitución de la República. En este proyecto se introduce el principio de oralidad como el rector del sistema procesal y a partir de él se hacen modificaciones a los procesos. En ese sentido, el artículo 103 del proyecto de Código difiere del artículo vigente 346 del Código de Procedimiento Civil, ya que se elimina de las solemnidades sustanciales la observancia de la concesión del término de prueba y a la notificación del auto de prueba, debido a que, al implementarse el sistema de audiencias en función del principio de oralidad, la práctica de la prueba se realiza dentro de las mismas y, en consecuencia, se introduce como solemnidad sustancial la notificación a las partes de la convocatoria de audiencias.

Es importante tener en cuenta que el estudio de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios se encamina a determinar los presupuestos bajo los cuales se podría provocar una nulidad procesal. En otras palabras, si no se observan las solemnidades sustanciales, se producen nulidades procesales en la medida en que -bajo una interpretación restrictiva-, el vicio formal que quite eficacia al acto jurídico, haya afectado –culposamente- a un interés jurídico impidiendo la convalidación del mismo. (Garzón, 2012, pág. 47)

Así, el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano ha dispuesto la obligación para los jueces y tribunales, en relación a las causales que más adelante se analizarán en este trabajo (jurisdicción, competencia, legitimidad de personería, citación de la demanda, notificación del auto de prueba y de la sentencia y formación del tribunal) de declarar la nulidad de la causa aunque no haya sido alegada dentro del proceso siempre que tal omisión influyera en la decisión de la causa y conste en el proceso que las partes convinieron en no prescindir de la nulidad, excepto para la falta de jurisdicción (art. 349 CPC). Incluso, en el caso de no observar esta norma, los jueces son personalmente responsables de la inobservancia imponiéndoles el pago de las costas respectivas tal como lo ordena el artículo 356 del CPC en concordancia con el artículo 357 que establece que dichas costas comprenden también los derechos sufragados por el Estado.

Más adelante, el mismo código en el artículo 352 establece que los presupuestos bajo los cuales se podría declarar la nulidad de la causa son: a) el hecho de que la omisión pueda

influir en la decisión de la causa y b) que se haya alegado la nulidad en la respectiva instancia por alguna de las partes. Esta precisión se hace debido a que el artículo anterior del código (351) establece que si la nulidad se basa en la causal de falta de citación de la demanda, ésta debe ser alegada al tiempo de la intervención en el pleito.

Se pasa a analizar una por una las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias de acuerdo a la normativa vigente prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil que constituyen las causas de nulidad procesal.

2.1.1 Jurisdicción de quien conoce el juicio

“...la jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho” (Véscovi, 1999, pág. 99).

Vale la pena precisar siguiendo el criterio del tratadista mencionado que este concepto orgánico es simple pero que, puede llegar a ser incompleto ya que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes. (Artículo 1, Código de Procedimiento Civil). Por otra parte y como lo explica Véscovi (2009), en sentido formal, la jurisdicción entonces comprende a unas partes procesales (actor y demandado), un tercero imparcial que es el juez y un litigio que se conoce y se resuelve dentro de un proceso, con el fin de precautelar las garantías y derechos de las partes en sus actividades procesales.

Ahora bien y con el propósito de adentrarse en el tema objeto del estudio del presente trabajo, es fundamental entender por qué la jurisdicción es considerada como una solemnidad sustancial en la legislación ecuatoriana.

La jurisdicción al ser una potestad otorgada a una función específica del Estado, sin perjuicio de que por ley se pueda otorgar esta potestad a otros órganos del Estado, es un tema y una actividad que atañe al interés y orden público y, en consecuencia, ninguna persona que no esté revestida de la potestad estatal de juzgar y ejecutar lo juzgado tendrá jurisdicción, en otras palabras estará impedida de administrar justicia y por lo tanto, una falta de observancia a esta solemnidad, no podría ser subsanada menos ratificada produciendo nulidad absoluta. (Carrillo, 2008, pág. 43). Cabe resaltar que en el caso hipotético de que no hubiera jurisdicción, se estaría frente a un acto inexistente, que no genera ningún efecto jurídico y por lo tanto es imposible convalidarlo, sin embargo, en la legislación ecuatoriana se ha decidido establecer que en dicho caso se podría declarar la nulidad absoluta de oficio.

2.1.2 Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila

“Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad (jurisdicción) está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.” (2do inciso, artículo 1 CPC) (Lo que se encuentra dentro del paréntesis es de la autora)²

La competencia es un elemento fundamental del debido proceso y por tal motivo y en virtud del principio de legalidad, tanto la jurisdicción como la competencia nacen de la ley (art. 8 Código Orgánico de la Función Judicial). En otras palabras, nadie puede atribuirse de por sí tener competencia o estar facultado para conocer y resolver determinada controversia si esa facultad no le viene dada por ley.

Adicionalmente, se infiere del concepto tomado del Código de Procedimiento Civil que, mientras la jurisdicción es una potestad de la que gozan todos los jueces y tribunales, llámese función judicial, la competencia es la facultad específica de dichos jueces para intervenir en ciertas causas. La especificidad de la competencia está dada por los criterios de materia, territorio, personas y grado.

Para que la competencia sea una garantía del debido proceso, debe estar configurada legalmente. Es decir se deben respetar las reglas fijadas en la ley. Así, de conformidad con el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, la competencia en causas civiles se previene es decir, se fija de entre jueces de igual clase de una misma sección territorial, por la citación de la demanda al demandado en forma legal o por sorteo. Mientras que, cuando la competencia que se ejerce es privativa, ésta se realiza por los órganos jurisdiccionales encargados por ley de materias especiales.

Asimismo, la competencia se suspende respecto a determinada causa por la excusa y recusación que sean presentadas, por la concesión de un recurso de apelación o de hecho hasta que el superior devuelva el proceso, cuando se consigna la caución hasta que se resuelva el recurso de casación o de hecho y cuando se promueve juicio de competencia. (Art. 20 CPC).

² Cabe anotar conforme el criterio expresado por la Dra. Vanessa Aguirre Guzmán que, La competencia es un presupuesto procesal de la acción, considerada como la capacidad del juez, investido de jurisdicción, para actuar en el caso concreto que se somete a su autoridad; es una solemnidad sustancial, cuya falta acarrea la nulidad del proceso y en nuestro ordenamiento jurídico, los jueces están obligados a declararla aun de oficio (art. 349 del Código de Procedimiento Civil). (Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1510/1/RF-06-TC-Aguirre.pdf>)

Por último, la competencia se pierde en una causa cuando: a) el litigio ha concluido con una sentencia o auto ejecutoriado, b) se ha admitido excusa o recusación y, c) está ejecutoriada la sentencia en todas sus partes. (Art. 21 CPC)

En consecuencia, bajo la luz de las reglas de competencias recogidas en el Código de Procedimiento Civil, se puede vislumbrar que si bien todos los jueces gozan de jurisdicción, algunos son competentes para conocer unos casos e incompetentes para conocer otros, como por ejemplo, un juez de lo laboral no podría intervenir en juicio penal para administrar justicia ya que sería incompetente en razón de la materia.

2.1.3 Legitimidad de personería

De acuerdo a lo que en Doctrina se ha estudiado, se diferencia entre *legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*, atribuyendo al primero la capacidad legal que tiene determinada persona para actuar en un proceso y la segunda, como la titularidad del derecho de una persona respecto del objeto del proceso. Así lo ha entendido la ex Corte Suprema de Justicia, manifestándolo, en la sentencia de casación recogida en la serie 18 de la Gaceta Judicial 4 de 30 de mayo 2007 que en la parte referida dice:

3.4. Es necesario distinguir entre legitimidad de personería y legitimación en causa. La legitimidad de personería (*legitimatio ad processum*) establecida como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias por el Art. 346, No 3, del Código de Procedimiento Civil, constituye la capacidad procesal para comparecer en juicio por sí mismo, como actor o demandado. Todos pueden comparecer a juicio, por regla general, con las excepciones que establece el Art. 33 del Código de Procedimiento Civil. La ilegitimidad de personería es entonces causa de nulidad procesal. La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Es decir que, para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho: no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso", Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, 38. Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004, Pág. 259; es decir no existe la litis consorcio necesaria, pues la legitimación estaría incompleta y no será posible la sentencia de fondo. La falta de legitimación en la causa implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal la falta de litis consorcio necesaria no es causal de nulidad de sentencia ejecutoriada, según lo previsto en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil. (Lo subrayado pertenece a este trabajo de titulación).

Queda claro entonces que, la solemnidad sustancial a la que se refiere la legitimidad de personería establecida en numeral 3 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil es la capacidad que se tiene para intervenir en determinado juicio como actor y demandado y que, de conformidad con el artículo 359 de la misma norma se puede legitimarla en cualquiera de las instancias del proceso ya sea por iniciativa de las partes o por petición del juez, luego de lo cual, sino no se verifica en todo el proceso tal legitimidad, al constituir una solemnidad sustancial, su violación o vicio formal conlleva

a la nulidad procesal. Sin embargo, la legislación ecuatoriana prevé en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil que, la falta de personería puede ser ratificada en cualquier momento dentro del proceso aun cuando hubiere sido declarado ya la nulidad por este motivo.³ Por lo tanto, queda evidenciado el alcance del principio de convalidación respecto de la omisión de nulidades, ya que lo se busca en última instancia es que los órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre los aspectos de fondo del proceso.

2.1.4 Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 73 define a la citación como “... *el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.*”

Véscovi por su parte manifiesta que “*Todo régimen de comunicaciones está sometido al formalismo necesario que debe rodear los actos procesales para dar garantías a los justiciables*” (Véscovi, 1999, pág. 239). Lo cual, permite entender con mucha claridad que la citación constituye una garantía del debido proceso, para que el demandado tenga oportunidad de defenderse frente a la autoridad que juzga, más aún, tomando en cuenta que el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano confiere un efecto negativo a la no contestación de la demanda apreciándolo como indicio contra el demandado y otorgándole la calidad de negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda (art, 103 CPC). En consecuencia, elevando la formalidad de la citación de la demanda a categoría de solemnidad sustancial, se protege al demandado en la actividad procesal y se le otorga igual oportunidades que al actor para sentar sus argumentos y excepciones y ser escuchado por el juzgador.

Cabe recalcar que la omisión de esta solemnidad sustancial, como todas la solemnidades de igual naturaleza, responde a los principios de transcendencia y convalidación, ya que si por ejemplo, el demandado no ha sido citado debidamente pero comparece a juicio porque ha llegado a su conocimiento la existencia del mismo, ese acto de presentarse voluntariamente y hacer valer sus derechos y argumentos sin presentar oposición alguna a la falta de la observancia de la formalidad, corresponde a una convalidación de la omisión de la misma. En ese sentido, el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil establece que para que se declare la nulidad, por no haberse citado la demanda al demandado o a quien legalmente le represente es

³ Art. 360 CPC: aun cuando se hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería, si la parte ratifica o aprueba, el proceso será válido; y aún los jueces superiores, revocando la declaración de nulidad, devolverán la causa al inferior, para que falle sobre lo principal.

preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos lo que responde al principio de trascendencia; y, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito, como manifestación de su voluntad de no consentir una convalidación o subsanación de la omisión.

2.1.5 Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término

De conformidad con Jaime Azula (2008) la prueba en general comprende:

...la actividad desplegada en el proceso para establecer los hechos materia del mismo, que se califica como prueba judicial...las formalidades consagradas por las normas sustanciales tendentes a dejar constancia de ciertos actos, a los cuales, por su trascendencia, los condiciona a determinadas solemnidades... (Camacho, 2008, pág. 3)

Con el concepto mencionado se evidencia que el término probatorio es un espacio real e importante dentro del proceso, porque es la oportunidad que tienen las partes procesales de ejercer su derecho a la defensa, en tanto presentan al juez todas las evidencias que fundamentan sus argumentaciones y que le dan fuerza a sus pretensiones o excepciones según el caso. En este sentido, al tratarse de un tema sensible y trascendente para el proceso, el legislador ha querido elevar a categoría de solemnidad sustancial la concesión del término probatorio, cuando de conformidad con la misma ley, tenga que darse.

Con la concesión del término probatorio -cuando legalmente procede-, se cristalizan los principios de la prueba que, siguiendo el estudio del autor mencionado se resumen en adquisición, contradicción, intermediación, preclusión, unidad, veracidad, publicidad e igualdad de oportunidades. (Camacho, 2008, págs. 5-8). Estos principios tienen como función principal proteger y garantizar el debido proceso, de ahí que la vulneración de esta solemnidad sustancial provoque la nulidad procesal.

2.1.6 Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia

El segundo inciso del artículo 73 del Código de Procedimiento Civil define a la notificación como:

...el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez.

De la lectura del citado artículo, se puede entender por qué Véscovi afirma que con la notificación se cumple el principio contradictorio. Es decir, a partir de la notificación se coloca a ambas partes en igualdad de condiciones frente al juez, ya que se les da a conocer el hecho de que se abrirá un término de prueba, estableciendo el período del mismo con el fin de que las partes presenten las evidencias que ayuden a fundamentar sus argumentaciones. Asimismo, mediante la notificación se les da a conocer la decisión final del juzgador respecto de la controversia, para que, en uso legítimo de su derecho al debido proceso, interpongan los recursos de los que crean estar asistidos. Por lo tanto, la notificación y la forma como ésta se realice, reviste en última instancia la protección y garantía del debido proceso que permite el ejercicio legítimo del derecho a la defensa, reconocido como derecho humano, por lo que, cualquier vulneración de la misma que atente de modo grave el debido proceso provocaría la nulidad.

2.1.7 Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe

La doctrina ha tratado ampliamente el hecho de que el Derecho Procesal Civil es una rama del Derecho Público, ya que establece las normas, procedimientos y requisitos legales que tanto las partes procesales como el juzgador deben observar con el fin de que la administración de justicia sea eficaz. Siguiendo este orden de ideas, dentro de las normas procesales se ha establecido como solemnidad sustancial el que se observe la conformación del tribunal con el número de jueces de conformidad con la ley.

Sobre este aspecto, es muy poca la información que se ha podido recopilar, salvo lo determinado en el primer inciso del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil que dispone que *“cuando la nulidad provenga de composición irregular del tribunal o de defecto en la intervención de los jueces, y la providencia afectada de tal vicio hubiere subido por recurso de apelación al superior, sin declarar la nulidad procederá a resolver sobre lo principal, confirmando, revocando o reformando la providencia recurrida.”*.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos del presente trabajo, se considera que el criterio de elevarlo a la categoría de solemnidad sustancial radica en el hecho de que, para ciertas causas en las que se ha impugnado la resolución final de acuerdo a lo normado y, se ha aceptado que dicha causa sea revisada por el superior, los sistemas jurídicos del mundo han previsto que quien revise un procedimiento en virtud de un recurso de apelación, de casación o extraordinario de protección por ejemplo, sea un tribunal conformado al menos por tres juzgadores. Con esto se busca mantener el orden público a través de un aparato eficiente que administre justicia de manera imparcial y objetiva, haciendo que el estudio sobre el caso sea hecho por parte del conocido *“Tribunal de Alzada”*. Así la Dra. Marianita Díaz, Docente de la Escuela Judicial del Consejo de la

Judicatura de Ecuador se refiere a la importancia de esta solemnidad para que *“el proceso sea revisado por todos y cada uno de sus integrantes. De ahí la necesidad de la llamada “relación de causa”. Un tribunal no cumple su función si solo un juez es el que estudia la causa.”* (Recuperado de http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/catalogos/MULTICOMPETENTE_DERECHO_PROCESAL_CIVIL.pdf)

2.2 Caso del juicio ejecutivo (art. 347)

Doctrinariamente se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, sin que se haya llegado a una unanimidad en el criterio. El juicio ejecutivo en la legislación ecuatoriana vigente, tiene de acuerdo al análisis que se presente en este trabajo de titulación, naturaleza mixta combinada entre un proceso de conocimiento y uno de ejecución ya que, si bien se parte de un documento denominado título ejecutivo que debe contener de modo claro e inequívoco una obligación ejecutiva (clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencido cuando haya) no se debería declarar o constituir derechos. Sin embargo, el mismo Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 429 la facultad que tiene el ejecutado de proponer excepciones tanto perentorias como dilatorias dentro del término de tres días - si no paga o dimite bienes después de haber sido citado-, luego de lo cual, en caso de ser necesario, incluso, se abre término de prueba de 6 días (art. 433 CPC) y, posteriormente, se concede a las partes la posibilidad de presentar sus alegatos (art. 434 CPC). Todo lo cual, evidencia que, dicho proceso toma la forma de un proceso de conocimiento en el que se discuten derechos ya que implica que el juzgador deberá analizar y valorar las excepciones presentadas y, finalmente esa actividad, se traducirá en una sentencia como reconocimiento o declaración de derechos. Adicionalmente, cabe mencionar que no existe límite para proponer excepciones por parte del ejecutado, discutiéndose incluso cuestiones de fondo que deben ser valoradas y apreciadas por el juzgador en su momento.

Este análisis se realiza con el propósito de explicar la situación de la declaración de nulidades procesales y los límites impuestos en mismo Código de Procedimiento Civil para los juicios ejecutivos, para lo cual, es menester identificar que las solemnidades sustanciales para estos procesos de conformidad con el artículo 347 del Código de Procedimiento Civil, son el haberse aparejado a la demanda título ejecutivo; y, el sustanciar las excepciones que se propongan dentro del respectivo término.

En cuanto a las “aparentes” limitaciones que se encuentran para los juicios ejecutivos respecto de las nulidades procesales, cabe comentar que en los procesos en general, las nulidades pueden ser alegadas como acción, como excepción, durante el proceso y mediante los recursos de apelación, de casación fundada en la causal segunda del artículo 3 de la

respectiva ley y, por último introducido por la Constitución de la República en el año 2008, mediante recurso extraordinario de protección. Sin embargo, para el caso del juicio ejecutivo, el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil establece que solo el ejecutante podrá interponer los recursos previstos en la norma mencionada (apelación, hecho, casación es discutido) pero que el ejecutado únicamente podrá apelar de la sentencia y en los demás casos no podrá ni interponer recurso de hecho. En consecuencia, se encuentra la primera limitación para los juicios ejecutivos, respecto de las nulidades ya que se las podría alegar únicamente en el caso de presentarse excepciones y en el momento mismo de la presentación de éstas. Adicionalmente, el primer inciso del artículo 2 de la Ley de Casación establece que *“El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo...”*. (el subrayado pertenece a este trabajo). Por lo tanto, el juicio ejecutivo, al haber sido considerado por los órganos jurisdiccionales como un proceso de ejecución, se ha sostenido que no es posible interponer casación para solicitar la nulidad de sentencia, tal como se manifiesta en el siguiente fallo de triple reiteración que implica ser un precedente jurisprudencial de obligatoria aplicación, constituyéndose así la segunda y más grave limitación a este tipo de procesos:

...el juicio ejecutivo se inicia por un derecho claramente contenido en el título ejecutivo, motivo por el cual en el juicio ejecutivo no se pretende que se declare un derecho sino que se ejecute el que consta en ese título...

...En nuestra legislación procesal no se le da autoridad de cosa juzgada material a la sentencia dictada en juicio ejecutivo, puesto que el Artículo 458 del Código de Procedimiento Civil faculta al deudor vencido para proponer contra el ejecutante juicio ordinario, para que dentro de este se discuta, con ciertas limitaciones, el asunto debatido en el juicio ejecutivo. Por lo dicho, dada la naturaleza del juicio ejecutivo no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en este juicio; cualquier alegación de nulidad debe hacerse dentro del juicio ordinario previsto en el Artículo 458 del Código de Procedimiento Civil... (Lo subrayado pertenece a este Trabajo) (Resolución No. 146-2000, Juicio No. 100-1999, R.O. No. 65 de 26 de abril del 2000, Actor: Guadalupe Felicidad Moya Salinas y Demandado: Banco la Previsora. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, 27 de marzo de 2000.)

Sin embargo, el criterio de la misma Corte Suprema de Justicia ha variado, no en cuanto a la proposición de una acción de nulidad de una sentencia ejecutoriada dentro de juicio ejecutivo; pero sí en cuanto a la interposición del recurso de casación para dichos juicios, lo que abre la puerta de que se pueda interponer recurso de casación fundamentado en la causal 2da. del artículo 3 de la Ley de Casación que dice: *“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...”* Así, La Sala de lo Civil y

Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia expidió un fallo que a continuación se extrae la parte pertinente:

...en igual forma en el auto de calificación del recurso, se hace relación al criterio jurídico que ha sentado precedente jurisprudencial obligatorio en el sentido de que no constituyen "juicios de conocimiento", los juicios ejecutivos porque en estos se tiene presente que no declaran, ni reconocen o establecen derechos sino que se basan en títulos o documentos preexistentes y expresamente señalados, como las cambiales, los pagarés, los cheques y las escrituras públicas con contratos de mutuo, hipotecas, prendas, con obligaciones de dar que son cuantificablemente cuantificadas y si bien el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil menciona diferentes títulos de carácter ejecutivo, no todos ellos dan origen a esta clase de juicios. La letra de cambio, el pagaré a la orden, el cheque y las escrituras públicas que se refieren a esta clase de obligaciones son documentos formales que tienen protección legal. La sentencia que goza de efecto de cosa juzgada y la sentencia en firme pronunciada en el extranjero así como también las escrituras públicas o el documento privado reconocido judicialmente, el testamento, el auto de remate de bienes muebles e inmuebles, las actas transaccionales en instrumentos públicos o reconocidos judicialmente son y deben ser apreciados por el Juez llegando a efectuarse la declaratoria judicial para que estas obligaciones en ellas contenidas puedan reclamarse ejecutivamente. En el caso, el documento que se contiene en la escritura pública de dación en pago, no es cambial, ni pagaré, ni cheque, ni título de carácter mercantil que tenga ejecución inmediata, sino un derecho que estipulado en forma legal requiere la decisión judicial pues se trata de una obligación de hacer que es aquella que reclama la accionante. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 85. (Quito, 8 de junio de 1999)

En definitiva, el precedente jurisprudencial de la antigua Corte Suprema de Justicia establece que, dependiendo del título ejecutivo que sea objeto del juicio, los jueces deberán o no analizar y apreciarlo hasta incluso, realizar una declaratoria judicial para que las obligaciones contenidas en dicho documento, "puedan reclamarse ejecutivamente", es decir, dentro de un proceso puro de ejecución. Lo que en otras palabras significa que, si existe este proceso de análisis y valoración con una declaratoria judicial, sí sería posible interponer recurso de casación aun cuando el juicio formalmente se llame "juicio ejecutivo"; por el contrario, si no es necesaria la declaración judicial por tratarse de títulos ejecutivos como la letra de cambio, el pagaré o el cheque que gozan de legitimidad, no se podría interponer recurso de casación.

Por último, el debate sobre la proposición de recursos dentro del juicio ejecutivo - lo que incluye la solicitud de nulidad procesal por omisión de solemnidades mediante recurso de apelación o casación-, ya sea por parte del ejecutante como del ejecutado se encuentra en abierto debate científico y académico debido a que, al hablar del derecho a la defensa en la Constitución de la República, se ha establecido la posibilidad de "*recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*" (art. 76, numeral 7, literal m); lo que, en concordancia con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución que disponen que los derechos y garantías establecidos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación y, su interpretación debe ser la más favorable para quien se aplique; produce como efecto que se pueda solicitar mediante apelación, casación o incluso

extraordinario de protección el pronunciamiento sobre nulidades procesales dentro del juicio ejecutivo sin límite alguno, debido a que la norma constitucional está por sobre la ley ordinaria y los precedentes jurisprudenciales.

2.3 Aplicación práctica del art. 1014 CPC

La Doctrina en general ha establecido que la aplicación de las nulidades procesales debe ir en estrecha relación con los principios de trascendencia y convalidación. Es decir, se provocará nulidad procesal siempre que el acto en cuestión esté viciado en algún elemento que lo componga, atente a un interés jurídico (influya en la decisión final de la causa) y no pueda ser convalidado (Lino Enrique Palacio, recuperado <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1510/1/RF-06-TC-Aguirre.pdf>; pg.7.

Por otra parte, el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil sanciona con nulidad del proceso cuando se haya violado el trámite respecto de la naturaleza del asunto, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa.⁴

Parece evidente que el criterio doctrinal se ajusta a lo determinado en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, puesto que para que la violación sea declarada como nulidad, debe influir en la decisión de la causa. Sin embargo, en la práctica no es tan fácil ni perfectamente clara la aplicación de esta norma, tomando en cuenta además que el artículo 344 del mismo Código de Procedimiento Civil determina que “*Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código.*” (Lo subrayado pertenece a este trabajo). Parecería que existe una contradicción en el cuerpo normativo entre el artículo 1014 y 344.

Al respecto, la profesora, Vanessa Aguirre Guzmán, de la Universidad Simón Bolívar aclara esta interrogante haciendo énfasis en que no se puede leer de manera literal a la hora de interpretar el artículo 344 la frase “*Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014...*” y manifestando que:

⁴ Art.1014.- La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357. (Lo subrayado pertenece a este trabajo).(CPC)

... no está facultado a las partes, escoger a su arbitrio la vía o trámite procesal que ha de seguirse para el juzgamiento de sus pretensiones.

Para que se declare la nulidad por violación de trámite, la infracción "[...] ha de ser determinante de la parte dispositiva del auto o sentencia, de manera que si el vicio no tiene relieve en la resolución, como en el presente caso porque únicamente hay una referencia inexacta a la norma legal, no procede casar el fallo por esta razón ... ".101 En este mismo sentido, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil dijo en sentencia de 27.09.2001 102 que en el caso de la violación de trámite, la declaratoria de nulidad está siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. (Recuperado <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1510/1/RF-06-TC-Aguirre.pdf>; pg. 28)

La entonces Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en el hecho de que el trámite no depende de la voluntad del juez ni de las partes como regla general (G.J. Serie III, No. 154, pág. 2468) sosteniendo que el formalismo jurídico existe como medio para precautelar y hacer efectivas las garantías constitucionales para evitar la indefensión.

En la Serie 17 de la Gaceta Judicial 6 de 19 de junio de 2001 (Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1553), se ha encontrado un caso muy interesante en el que los magistrados a propósito del análisis que hacen sobre las formalidades frente al hecho de no sacrificar justicia por su omisión, estudian en particular el caso sobre el cambio de trámite y al respecto manifiestan:

...La Sala estima que una de las garantías primordiales del debido proceso es la observancia de la vía pertinente, para asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión, (artículo 24 No. 17 de la Constitución Política de la República) y la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, de conformidad con lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil, se sanciona con la nulidad procesal, si es que tal violación del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa...

Es evidente que en el presente caso, los magistrados de la Corte enfatizan el espíritu de la norma para que ésta esté al servicio de las partes procesales permitiéndoles obtener de los aparatos estatales la administración de justicia y consiguiente protección y garantía de sus derechos. Específicamente, el espíritu de la norma pretende la efectivización del derecho a la defensa, derecho elevado a la categoría de derecho humano, ya que su contenido sin lugar a discusión, tiene su razón de ser en el derecho natural y por lo tanto es inherente al ser humano, común a todas las personas y que, los ordenamientos jurídicos no hacen otra cosa más que reconocer ese valor que pertenece al hombre *per se*.

Más adelante, en la misma sentencia, los magistrados manifiestan:

...Nuestro Código, al haber añadido a las causas de nulidad procesal enumeradas en el Art. 374 (355), la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, Art. 1135 (1067) CPC, reconoce que la sucesión de actos procesales de que se compone el proceso están influenciados y deben diligenciarse con sujeción a la naturaleza del asunto, que a su vez encuentra su origen en la clase de pretensión
Jurisprudencia: G.J. Serie VI, No. 1, pág. 366...

Esta consideración, aparentemente solo de índole procedimental, lleva como trasfondo el modo en que la garantía del debido proceso, consagrada en la Constitución de la República y en la entonces Constitución Política de la República, se cristalice en cuanto exista relación entre la naturaleza del trámite y la naturaleza de la pretensión discutida. En otras palabras, si una persona necesita que los órganos de administración de justicia reconozcan, constituyan o modifiquen una situación jurídica, el trámite que se ha previsto para aquello es un procedimiento de conocimiento que dará el espacio pertinente a las partes para que presenten sus argumentos, pruebas, refutación de argumentos de la contraparte entre otras actividades. Es decir, en un procedimiento como el anotado, las partes gozarán de las garantías que les permitan ejercer su derecho a la defensa de manera oportuna y eficaz. Por el contrario, si lo que se requiere es buscar la ejecución de una situación jurídica ya constituida, se necesita entonces de un procedimiento más expedito en el que se hagan valer sus derechos que previamente podrían haber sido discutidos.

Por otra parte y, debido a que las normas del proceso civil como se anotó en líneas anteriores, corresponden a una rama del derecho público en cuanto son los medios o recursos para precautelar intereses jurídicos y mantener el orden público, la Corte Suprema de Justicia de ese entonces recalca que:

...La misma Corte, en fallo de 6 de septiembre de 1965, declaró que el procedimiento a seguirse en un juicio corresponde a la naturaleza de la acción y no depende de la apreciación del actor G.J. Serie X, No. 11, pág. 3585...

..."En un proceso, desde su inicio y todo su desarrollo y conclusión, las actividades del Juez y de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse, lo que pueden hacer, cómo lo deben hacer y qué no puede ni deben hacer. Nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando se han quebrantado o inobservado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. No hay pues, nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio...

Cabe resaltar que los magistrados de la entonces Corte Suprema de Justicia, hacen énfasis en el hecho de las normas procesales, cuando de solemnidades se tratan, para que respondan a los principios de trascendencia y convalidación con el fin de respetar, proteger y garantizar del derecho a la defensa:

Los mismos principios de trascendencia y convalidación se consagran en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que dice: "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 ni hubiere sido convalidada legalmente." Por ello, lo procedente es que el juzgador de instancia analice en cada caso específico si se observó o no el procedimiento respectivo, y en caso de haberse inobservado, si la violación del trámite hubiese influido (efecto actual) o pudiese influir (efecto potencial) en la decisión de la causa, analizando además si es que quedó o no una de las partes en estado de indefensión. Adviértase que el juzgador está en la obligación de determinar si la omisión procesal influyó en la decisión de la causa, o si era probable que influya en ella; es decir, no es suficiente la verificación de que efectivamente haya

influido, sino que es necesario realizar un análisis para determinar la posibilidad de que pudiese ser distinto el resultado de la contienda si se hubieran observado las formalidades omitidas.

En conclusión, a la hora de la aplicación práctica del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, la administración de justicia a través de la entonces Corte Suprema y que en la actualidad se denomina Corte de Justicia, se ha visto en la necesidad de desarrollar los principios de trascendencia y convalidación que serán, como en el desarrollo de este trabajo se explicará más adelante, los límites bajo los cuales se podrá permitir la omisión de ciertas formalidades con el fin de no sacrificar justicia y sin provocar inseguridad jurídica al sistema ecuatoriano.

2.4 Análisis de Jurisprudencia ecuatoriana

En el caso signado 88-1998, cuyo fallo constituye precedente jurisprudencial por ser de triple reiteración, publicado en el Registro Oficial No. 289 de 21 de marzo de 2001, la Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia, analiza los efectos provocados por la omisión de nulidades sustanciales que no son posibles convalidarlas. Así en la parte pertinente, la Sala manifiesta:

...Cuando el acto se aparta de esas formalidades y estas son sustanciales y no pueden convalidarse, se produce la nulidad procesal por las causales específicamente señaladas por la ley. Esta nulidad, parcial o total de los actos procesales, puede solicitarse y resolverse aún de oficio en cualquier estado del juicio y en cualesquiera de sus instancias, antes de que sea dictada la sentencia de última instancia...

La Sala hace hincapié en dos circunstancias: a) las causales de nulidad se encuentran específicamente expresadas en la ley y por lo tanto, se aplica el principio de legalidad para esta materia en el sentido de que no puede haber nulidad si no existe causal previa determinada en la ley y, b) que las nulidades sustanciales que no pueden ser convalidadas. Adicionalmente, los magistrados especifican los momentos procesales en que se puede hacer valer las nulidades procesales y al respecto señalan que pueden ser solicitarse en cualquier estado del juicio y en cualquier instancia en la que esté el proceso y, aún pueden ser declaradas de oficio por considerarse que se protege a través de ellas un interés jurídico superior que tiene relación con el debido proceso y el derecho a la defensa. Más adelante, en el fallo se dice:

...Una vez dictada la sentencia de última instancia, es posible también solicitarse la nulidad de la sentencia mediante la deducción del recurso de casación por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de la materia, en cuyo evento el tribunal de casación, de encontrar que la sentencia ha sido dictada dentro de un proceso viciado de nulidad insanable, admitirá el recurso y, con arreglo al artículo 14 de la Ley de Casación, anulara el fallo y remitirá el proceso al órgano judicial respectivo,...

Adicionalmente, se establece la posibilidad de solicitar la nulidad de los actos procesales mediante recurso de casación ya cuando se han agotado las instancias procesales, en virtud

de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de la materia. Lo cual, enfatiza el hecho de que las causales de nulidad deben estar previamente establecidas en la ley. Además, el fallo indica que las causales de nulidad son únicamente aplicables para los juicios ordinarios⁵, ya que los ejecutivos, por lo explicado con mayor profundidad en el numeral 2.3 de este capítulo, se encuentran por su naturaleza limitados:

...La nulidad de los actos procesales dentro del mismo proceso y por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, de acuerdo con el principio de especificidad, solo puede declararse por las causales expresamente señaladas por la ley, que en el juicio ordinario son: 1) La omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, enumeradas en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, y 2) La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando. En todos los casos procede la nulidad solo si la irregularidad procesal hubiese influido o pudiese influir en la resolución de la causa o provocado indefensión, y no hubiese podido convalidarse.

Por lo tanto, para llegar a declarar una nulidad procesal, los requisitos de la misma son, el haber provocado indefensión o haber influido en la decisión de la causa y, a la vez, no haber podido ser convalidada. Es decir que, para que se declare la nulidad procesal deben confluir de manera conjunta y por eso se utiliza la palabra “y”, la violación al principio de trascendencia y al principio de convalidación. En otras palabras, si el acto fue convalidado por las partes procesales, no podría declararse la nulidad aun cuando el mismo haya influido en la decisión de la causa o haya causado indefensión, salvo los casos que tratan de falta de jurisdicción.

Respecto de la utilidad de las formalidades y su razón de ser, ponderando el derecho a la defensa y el derecho a obtener una administración de justicia expedita, tomando en cuenta que no se sacrificará la justicia por omisión de solemnidades tal como lo contemplaba la Constitución Política de la República del Ecuador, se ha encontrado para el presente trabajo la resolución al recurso de casación emitido por la segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia, el 27 de marzo de 2007 a las 10h00, en cuya parte pertinente dice:

... las nulidades procesales se rigen en el derecho contemporáneo por los principios de especificidad, trascendencia y convalidación, por lo que no toda anomalía en el proceso acarrea per se la declaratoria de nulidad del acto irregular. En el caso, los principios de a) especificidad o legalidad, que señala que no hay nulidad sin texto legal expreso; se halla justificado; b) trascendencia, que consiste en que dado el carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no es suficiente la infracción a la norma, sino que, dicha infracción haya producido un efectivo perjuicio a los derechos del sujeto procesal interesado; de tal modo que, no puede aceptarse la nulidad para satisfacer formalidades, pues ello afectaría la recta administración de justicia, en virtud de que, si se la declara por el sólo interés formal del

⁵ ...Las causales para la nulidad de sentencia ejecutoriada, determinadas en el artículo últimamente citado, son taxativas, no meramente ejemplificativas. Fuera de estas causales no procede en ningún supuesto la nulidad de sentencia ejecutoriada. A lo dicho se agrega que, como ha resuelto esta Sala en varios fallos, no procede la nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en juicio ejecutivo, y cualquier impugnación a tal sentencia debe hacerse en juicio separado con arreglo al Artículo 458 del Código de Procedimiento Civil.- (caso signado 88-1998, cuyo fallo constituye precedente jurisprudencial por ser de triple reiteración, publicado en el Registro Oficial No. 289 de 21 de marzo de 2001, la Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia)

cumplimiento de la Ley, nos encontramos ante un exceso de ritualidad procesal no compatible con el objeto de la justicia, contrariando de esta forma el artículo 193 de la Constitución Política de la República, pues se requiere que quien la alega demuestre que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto e irreparable que no puede corregirse sino con la nulidad.

Es evidente como los magistrados, a la hora de valorar el bien protegido y discutido dentro del proceso, delimitan el ámbito de aplicación de las nulidades a los principios de especificidad, trascendencia y convalidación. Criterio que resulta concordante con el anterior fallo de casación que se analizó en esta parte del capítulo, por lo tanto se explica con claridad que el derecho procesal no es un derecho ritualista sino que, el hecho de existan solemnidades sustanciales tiene que ver con la necesidad de proteger intereses jurídicos superiores y de bien común. En el caso en particular, se trata de la discusión sobre alimentos de un menor edad, por lo cual, la sala se manifiesta en el siguiente sentido:

... En el caso en análisis la nulidad es improcedente por cuanto dicha declaración ocasionaría detrimento en los derechos del menor, cuyo interés es el que se procura proteger en vista de la demora que implicaría anular el proceso y, (c) el principio de convalidación que refiere que los actos irregulares son susceptibles de convalidarse mediante el consentimiento de la parte a quien se perjudica con el acto viciado, en virtud del carácter relativo que tienen las nulidades procesales, sin no se la ha alegado en tiempo oportuno, por ejemplo al contestar la demanda, y haber litigado a lo largo del proceso, aún con dicha irregularidad, tanto más que, nunca ha permanecido en estado de indefensión, por tanto, debe priorizarse el del niño, ya que los nuevos lineamientos relativos a legislación de menores, procuran que los temas de niños, niñas adolescentes, deben tratarse por parte del juzgador, como problemas humanos y no solamente como litigios, por tanto el interés superior del menor debe primar sobre cualquier otra consideración; pues ellos tienen una tutela especial de sus derechos debiendo prevalecer en toda relación judicial el interés moral y material de los menores tal como lo manda la Constitución de la República...

En conclusión, en materia de nulidades procesales en el sistema ecuatoriano, si bien se han establecido solemnidades sustanciales que deben ser cumplidas para la eficacia del proceso, éstas deben responder a intereses jurídicos superiores y deben responder en todo momento a los principios de legalidad, ya que debe existir previamente la causal determinada en la ley, trascendencia, es decir que su omisión influiría en la decisión final o provocaría indefensión y por último, convalidación, en otras palabras que las partes procesales puedan subsanar de alguna manera la omisión cometida. En consecuencia, se debe analizar caso por caso y la confluencia de las circunstancias que caractericen a determinado proceso.

CAPÍTULO III: DERECHO COMPARADO

3.1 Legislación Argentina

Para el desarrollo de esta parte del Capítulo III se ha realizado un resumen basado en la investigación del autor Adolfo Alvarado Velloso sobre los Presupuestos de la Nulidad Procesal, recuperado de la página web

<http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/38.pdf>.

El mencionado autor, en su investigación, establece que los presupuestos para declarar la nulidad procesal en la legislación argentina son:

- a) La existencia de acto irregular, es decir que el acto esté viciado.
- b) Que exista previamente, en una ley, la sanción de nulidad. Lo cual, tiene su sustento en el principio de especificidad o, como se ha tratado en este trabajo de acuerdo al desarrollo de la jurisprudencia ecuatoriana, en el principio de legalidad que, no es otra cosa que el determinar las causas de nulidad en una ley previa para poder aplicar la sanción de nulidad. En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dice en su artículo 169:

Art. 169. - Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción.

Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

No se podrá declarar la nulidad, aún en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.

No se podrá declarar la nulidad, aun cuando no haya previsión de la sanción en la ley, si el acto carece de elementos indispensables para la obtención de su fin, entonces será declarado nulo o; cuando el acto pese a la irregularidad ha logrado la finalidad, entonces no se puede declararlo nulo porque cumple con su fin.

Adicionalmente, en este artículo, tal como lo explica Alvarado, es evidente el principio de finalismo, específicamente en el inciso segundo del artículo, en el que se establece que la nulidad debe ser declarada si el acto no cumple con su finalidad y aun cuando tuviera forma irregular, si llega a cumplir con su finalidad, entonces el acto no debe ser declarado nulo. En consecuencia, se vislumbra que el espíritu de esta norma no responde a un ritualismo rígido sino que, tras la forma de un acto siembre se debe verificar la finalidad para cual fue creado. En la medida en que cumpla la finalidad, tiene mayor validez y por tanto no se constituye en apto para ser declarado nulo.

- c) Debe existir un interés jurídico protegible, es decir, que el acto que se alegue nulo, debe producir un perjuicio a quien alegue provocando su indefensión. Este presupuesto tiene relación con el principio de transcendencia, debido a que el fin de los formalismos procesales no es otro que mantener un orden para que las partes

procesales puedan hacer valer sus derechos y los ejerciten de manera adecuada. De esta manera el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dispone:

Art. 172. - La nulidad podrá ser declarada a petición de parte o de oficio, siempre que el acto viciado no estuviere consentido.

Quien promoviere el incidente deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer.

Si la nulidad fuere manifiesta no se requerirá sustanciación.

- d) Petición de parte: El juez solo puede actuar de oficio en el caso de que exista una auténtica indefensión y ni aun así; si el acto ha sido convalidado o subsanado por la parte procesal tal como lo especifica el inciso primero del artículo 172 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina arriba copiado.
- e) No debe alegar la nulidad quien se beneficie de la omisión que produce tal nulidad. Este presupuesto corresponde al principio de protección, que se encuentra de manera evidente en el artículo 171 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina que dice:

Art. 171. - La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado.

- f) La subsanación, es decir, la posibilidad de remediar el defecto que produce el acto viciado. Este presupuesto se encuentra fundamentado en el principio de convalidación, el mismo que se hace presente en el artículo 170 del mencionado Código de la Nación:

Art. 170. - La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración.

Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los CINCO (5) días subsiguientes al conocimiento del acto.

La novedad de este artículo respecto de la legislación ecuatoriana es el efecto que se atribuye al consentimiento tácito, ya que al establecer un término para poder alegar la nulidad, si no se lo hace, pasado este tiempo no se lo podría alegar con posterioridad, a diferencia del sistema jurídico ecuatoriano en el que ciertas nulidades pueden ser alegadas durante el juicio y en cualquier estado de la instancia y, últimamente, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, hasta mediante recurso extraordinario de protección, que opera frente a sentencias que se suponen tienen el valor de cosa juzgada. Cabe recalcar que, los únicos plazos que se deben observar en cuanto a nulidades a se refiere en la legislación ecuatoriana, son los aquellos que se establecen para la presentación de los recursos, acciones o excepciones en donde se las quiera alegar. No obstante, durante el proceso, la normativa ecuatoriana sí da la posibilidad de alegar nulidades como por ejemplo, la

ilegitimidad de personería. Parece que, la legislación argentina al poner un plazo para que se alegue la nulidad o de lo contrario sea entendida como consentimiento tácito, busca dar certidumbre a todo un sistema para que las partes procesales se atengan a sus derechos clara y previamente establecidos.

- g) En virtud del principio de conservación, la declaratoria de nulidad solo debe aplicarse en caso extremo en que se produzca efectivamente la indefensión. En caso de duda, el juez debe optar por promover los efectos jurídicos del acto y no de anularlo. Esta práctica es la que usualmente deberían aplicar los juzgadores ya que tienen la obligación de mantener la seguridad jurídica y administrar justicia de manera eficiente.
- h) Para que el acto sea nulo debe haber la declaración judicial de la nulidad. Es decir que los efectos de los actos nulos deben ser declarados, de lo contrario tienen apariencia de validez.

En conclusión, se puede decir que los sistemas argentino y ecuatoriano son similares en cuanto a que las nulidades procesales deben responder a los principios de legalidad, trascendencia y convalidación; sin embargo, el sistema argentino parece ser más sólido al establecer como expresas ciertas reglas que atañen a la finalidad del acto y al efecto de la convalidación tácita, con lo cual, como se dijo, se contribuye a la construcción de un sistema jurídico seguro cuya flexibilidad en las formalidades está medida en cuanto los actos cumplan con su finalidad.

3.2 España

El sistema español, regula el tema de las nulidades procesales mediante Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, específicamente en el Capítulo IX. Así, establece que los actos procesales son nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- 1°. Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
- 2°. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
- 3°. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
- 4°. Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.
- 5°. Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario judicial.
- 6°. Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.
- 7°. En los demás casos en que esta ley así lo establezca. (art. 225)

Es evidente que este artículo coloca una lista de causales, de distinta naturaleza que van desde la falta jurisdicción (naturaleza procesal) hasta una cláusula abierta en que sugiere que

existen más casos determinados en la ley en los que se puede configurar la nulidad de pleno derecho de actos procesales.

Constituye algo nuevo en comparación con la legislación ecuatoriana el hecho de incluir como causal de nulidad de pleno derecho el caso de realizar actos bajo intimidación o violencia. En la legislación ecuatoriana si algún acto jurídico se encuentra viciado por falta de consentimiento o consentimiento mal formado, se constituye en una cuestión de fondo y debe ser alegado y probado mediante juicio para que sea declarado como acto nulo, pero no es considerado dentro de las causales de las nulidades procesales, ya que se define de manera un poco más clara al ámbito del derecho sustantivo y el ámbito del derecho adjetivo o procesal.

El artículo 227 de la mencionada ley, establece las pautas bajo las cuales se realiza la declaración de nulidad y pretensiones de anulación de actuaciones procesales:

1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate.

2. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal. (Lo subrayado pertenece al trabajo)

De la norma citada se puede apreciar que los principios de finalidad, trascendencia y convalidación son los rectores a la hora de declarar la nulidad y anulación de actuaciones procesales. Asimismo, como ocurre en la legislación ecuatoriana, la falta de jurisdicción no puede ser subsanada debido a que la jurisdicción constituye un elemento esencial del proceso y sin ella, no podría existir el proceso menos aún producir efectos. Sin embargo, la legislación española equipara la falta de jurisdicción con la falta de competencia y violencia o intimidación, los cuales sí producen efectos porque no atañen a la existencia misma del proceso si no a la defectuosidad del mismo que es diferente. La falta de competencia e incluso la violencia – psicológica- podrían dar una apariencia de validez al acto hasta que sea declarado nulo, no así la falta de jurisdicción y violencia física ya que, como se mencionó anteriormente, en la primera no existe ni si quiera un proceso y en la segunda, no existe un consentimiento.

En virtud del principio de conservación que como quedó anotado la legislación argentina también lo ha previsto, el artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la Conservación de los actos:

La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

Por último, el principio de subsanación previsto en las legislaciones tomadas como ejemplo en este trabajo y en la ecuatoriana bajo el principio de convalidación, ha sido redactado en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dice:

El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.

En definitiva, el tema de nulidades procesales aunque tenga sus matices en las distintas legislaciones, parece evidente que apuntala a un mismo objetivo: permitir que las partes procesales hagan uso legítimo de sus derechos al debido proceso y que tengan la oportunidad de defenderse ante los órganos jurisdiccionales. Solo en el caso extremo de que sea necesario declarar la nulidad, parece que la tendencia de mayoría se basaría en recurrir al análisis de los principios que han sido vulnerados por las omisiones, para lo cual, habrá que tener muy en cuenta la finalidad del acto, que la causal haya sido establecida en ley previa, que tal omisión provoque indefensión a la parte procesal y que no haya posibilidad alguna de subsanar el acto.

CAPÍTULO IV: JUZGAMIENTO PESE A LA OMISIÓN DE FORMALIDADES

4.1 Principios rectores del proceso para la realización de justicia

La Constitución de la República vigente desde el año 2008, ha declarado al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, reconociendo los derechos fundamentales basados en la dignidad de la persona y garantizándolos a través de los mecanismos establecidos en la propia constitución. Supone, por tanto, una subordinación absoluta de los poderes del Estado al orden constitucional, disponiendo la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías consagradas en la carta Magna. En este sentido, a través de su articulado, ha establecido las directrices que debe considerar el sistema procesal ecuatoriano, poniendo énfasis en la oralidad de los procesos como contraposición al proceso escrito que aún se encuentra vigente para la mayoría de procesos y que, de conformidad con el criterio de los asambleístas, ha sido la causa directa del retraso en el despacho de las causas.

A continuación, se pasará a una breve descripción de los principios rectores del proceso de conformidad con la legislación ecuatoriana y la doctrina:

4.1.1 Oralidad

El artículo 168 de la Constitución en su numeral 6 establece que *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo de mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”*.

A decir de Enrique Véscovi, en su obra *Teoría General del Proceso* (1999), el principio de oralidad implica la introducción en el proceso de postulados básicos como la inmediación, concentración, publicidad, eventualidad y apreciación racional de la prueba, sin que se excluya de manera total las formas escritas. Tal es así que, en los procesos orales normalmente la presentación de la demanda se la debe realizar de manera escrita y dentro del proceso se prevén la realización de audiencias en las cuales se da cabida para que se apliquen los postulados antes mencionadas. En conclusión, el principio de oralidad tiene como matiz principal el permitir que las partes procesales participen de manera directa entre ellas y con el juzgador y, que este último, pueda realizar una apreciación razonable de la prueba que le conducirá a motivar su resolución. La novedad por tanto en el principio de la oralidad es, aplicar de manera efectiva la inmediación.

4.1.2 Publicidad

El artículo 168 de la Constitución en su numeral 5 establece que *“En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.”*

Este principio es una consecuencia de la aplicación del principio de oralidad ya que consagra el derecho que tienen las partes procesales de conocer las pruebas aportadas unas y otras en el juicio, además implica el derecho que tienen las partes de conocer la motivación de una resolución debido a que en aquella se encuentra inmersa el valor que el juzgador ha dado a las pruebas aportadas. Por último, este principio abarca la potestad que tiene cualquier persona de asistir a las prácticas de las pruebas (Camacho, 2008, pág. 8).

Po otra parte, el principio de publicidad en un sistema procesal escrito, hace referencia a la posibilidad que tienen las partes procesales y, cualquier persona en general, de acceder a los folios del proceso siempre y cuando no exista una ley que limite este derecho.

4.1.3 Inmediación

Como se explicó en el principio de oralidad, la inmediación es la medida de aplicación de la oralidad y consiste en la *“relación que media entre el funcionario jurisdiccional y el medio probatorio”*. (Camacho, 2008, pág. 6). En este punto es importante resaltar que la inmediación se da precisamente en la práctica de pruebas como el testimonio, la confesión o una inspección judicial en donde participan por un lado la o las partes procesales y por otro el juzgador. En otras palabras, gracias a este principio, el juzgador toma un papel protagónico ya que su participación tiene como deber primordial y directo la búsqueda de la verdad en los hechos presentados en las pruebas. A decir de Peyrano, recogido en la obra de *Teoría General del Proceso* de Véscovi *“...solo cuando el proceso es “vivido” por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de las partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los dichos.”* (Véscovi, 1999, pág. 52)

4.1.4 Concentración

“...propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión, lo cual, por otra parte, contribuye a la aceleración del proceso.” (Véscovi, 1999, pág. 52)

Es por tanto comprensible de manera sencilla, el porqué de la relación tan estrecha con el principio de oralidad. Así, mediante la oralidad, se establece el desarrollo del proceso a través de audiencias, en donde se trata de despachar algunos asuntos como por ejemplo, si el proceso adolece de nulidades y si éstas pueden ser subsanadas, la presentación de las pruebas y el conocimiento inmediato de este material a las partes procesales que forman parte de la audiencia, entre otros puntos.

4.1.5 Celeridad

Este principio tiene que ver con la efectiva rapidez con que se debe sustanciar un proceso. Así lo ha entendido y se ha recogido en el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.⁶

4.1.6 Contradicción

Este principio guarda estrecha relación con el principio de publicidad debido a que exige que para la práctica de la prueba solicitada por una parte, la participación o presencia de la contraparte de quien se solicita. En caso de que la prueba sea ordenada por el juzgador, la contradicción se hace efectiva para ambas partes procesales, es decir, ambas partes tienen el derecho de intervenir en la correspondiente práctica. (Camacho, 2008, pág. 5).

4.1.7 Dispositivo

Se refiere a la aptitud de las personas para iniciar un proceso siempre que sus derechos se encuentren debidamente amparados, es decir, siempre que la parte sea legitimada. Este principio se contrapone al principio inquisitivo en el cual, el juzgador es quien da origen al proceso. Por medio de la aplicación del principio dispositivo, las partes procesales pueden ejercer sus derechos procesales de conformidad a lo que determine la ley. El artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en atención a este principio dispone que la iniciativa procesal depende de la parte legitimada, salvo

⁶ Art. 20.- PRINCIPIO DE CELERIDAD.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley. (Código Orgánico Función Judicial)

el caso de que se evidenciara la vulneración de derechos que no sean invocadas por las partes, los jueces tiene la obligación de actuar.⁷

4.1.8 Simplificación procesal

Este principio va íntimamente unido al principio de celeridad, ya que al confluir toda la actividad procesal en la menor cantidad de actos, inevitablemente afecta de manera directa a la simplificación del proceso como medio efectivo para la realización de justicia.

4.1.9 Uniformidad

Este principio se refiere a la necesidad de que los procesos sean normados, en su mayor parte, con reglas generales y que existan casos puntuales en lo que se apliquen normas de excepción.

4.1.10 Eficacia

Tiene relación con el hecho de que el sistema judicial efectivamente debe garantizar el ejercicio de los derechos y por consiguiente, la violación de los mismos debe ser protegida de manera inequívoca otorgando la debida tutela judicial efectiva. Adicionalmente, el tiempo que el aparato administrador de justicia se tome para resolver un conflicto y llegue a una resolución no puede en absoluto perjudicar a la parte vencedora, haciendo que los efectos de la misma se retrotraigan al momento del inicio de la controversia. Por tal motivo, existe el deber moral de juzgar y de tratar de subsanar los errores que pueden ser subsanados. Únicamente en casos extremos, se deberá omitir el juzgamiento y concluir con la nulidad del proceso.

⁷ Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso. (Código Orgánico de la Función Judicial)

4.1.11 Economía procesal

Este principio atañe a la necesidad de que el proceso sea atendido de manera eficiente, es decir que con la menor cantidad posible de recursos como tiempo y económicos, el proceso debe culminar con una resolución que ponga fin al conflicto.

Dentro de este acápite vale la pena además, describir de manera precisa los principios que rigen, específicamente para el tema de nulidades procesales en Ecuador; y éstos son los que a continuación se escriben:

4.1.12 Trascendencia

Este principio es uno de los principales a la hora de valorar las nulidades procesales y consiste en que, solo en el caso de que la omisión de la formalidad pudiera influir o haya influido en la decisión de la causa, se debe optar por la sanción de la nulidad procesal. Es decir, la omisión debe ser de tal importancia para el sistema procesal, que sea capaz de afectar las motivaciones de los juzgadores a la hora de emitir sus resoluciones.

4.1.13 Convalidación

Debido a que el aparato de justicia estatal, tiene como fin primordial buscar por sobre todo la administración efectiva y eficaz de la justicia, es decir, que se hagan efectivos la declaración y protección de derechos de las partes que lo solicitan, se pretende que solo en un caso extremo sea declarada la nulidad procesal y, esto ocurre, cuando la omisión cometida es de aquellas que no puede ser subsanada o convalidada por las partes procesales. Tal es así, que el mismo Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 349 que, en el caso de omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no las hubieren alegado, siempre que confluyan estas tres reglas:

- a) Que la omisión pueda influir en la causa de la prueba (principio de trascendencia)
- b) Que conste en el proceso que las partes han convenido en prescindir de la nulidad.
- c) Que no se trate de la falta de jurisdicción.

4.1.14 Legalidad

Por último pero no menos importante, se encuentra el principio de legalidad que establece que, para que se declare que la omisión de una solemnidad produce nulidad,

es imprescindible que esta causa esté prevista en la norma legal. Así, dentro del sistema ecuatoriano, el Código de Procedimiento Civil ha establecido las causas de nulidad procesal así como las reglas de su aplicación en el Libro II, Título I, Sección 10ª De os recursos, Parágrafo 2 De las Nulidades Procesales.

4.2 El procedimiento en el proyecto del Código General de Procesos frente a lo contemplado en el Código de Procedimiento Civil vigente.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano que se encuentra vigente a la fecha –pese a lo ordenado en la Constitución de la República– contempla la sustanciación de procesos escritos. Ésta constituye la diferencia fundamental frente al proyecto del Código General de Procesos que instaura la oralidad en todos los tipos de procesos.

El Código de Procedimiento Civil prevé que los procesos inicien con la presentación de la demanda escrita y establece términos de tiempo para que la autoridad judicial examine si los documentos se rigen de acuerdo a las exigencias procesales previstas en dicho cuerpo normativo, dando el derecho a las partes de aclarar la demanda. La práctica de las pruebas en su mayoría son escritas aunque también hay lugar a la confesión judicial y diligencias judiciales, en donde se debe contar con la presencia del juzgador, pero las pruebas se presentan y actúan dentro del término probatorio, a diferencia de lo que ocurre en el Código General de Procesos, en adelante, CGP, que las pruebas se deben presentar junto con la demanda o la contestación. Adicionalmente, en el Código de Procedimiento Civil también está previsto la realización de audiencias que, en el caso de los juicios ordinarios, éstas son para tratar de llegar a una conciliación, cosa que en la práctica se ha convertido en cumplimiento de un mero requisito legal, sin que sea primordial tratar de que las partes lleguen a acuerdos aunque sean parciales. Frente a esta realidad, el proyecto de CGP ha previsto dentro del sistema oral y dependiendo del tipo de juicios, la realización de audiencias que tienen como fin garantizar el derecho a la defensa y dar la oportunidad a las partes procesales para interactuar entre ellas y con el juzgador en pos de la transparencia, facilitando la contradicción procesal y al juzgador, la valoración de afirmaciones. Es interesante el mecanismo de las audiencias en el proyecto de ley, ya que efectivamente contribuyen a la eficiencia en proceso, como por ejemplo, cuando se hace un análisis de admisibilidad de las pruebas que han acompañado a la demanda o a la contestación y se aprovecha para estudiar la existencia de alguna nulidad que podría estar viciando el proceso para que sea subsanada si es que es posible. En definitiva, con el sistema de audiencias se procura de manera real aportar con la transparencia de las actuaciones.

4.3 Análisis del artículo 169 de la Constitución de la República

Ecuador tiene todo un sistema procesal que viene funcionando de manera muy similar hace décadas, frente a un nuevo sistema constitucional derivado del hecho de que el Estado ha sido consagrado en su carta magna del año 2008 como un estado de derechos. Esta consagración tiene como fundamento la necesidad imperante de la realización de justicia y de evitar un formalismo rígido que atente derechos básicos de las personas, específicamente los del debido proceso. Se trata de resaltar que los derechos reconocidos en la Constitución son garantizados en ella a través de los diversos mecanismos y, que todos los derechos, garantías y actuaciones tanto de autoridades como de los ciudadanos giran alrededor de la Constitución como norma suprema, reforzando en todas sus partes la relación entre sociedad y Estado, haciendo de éste el garante de todos los derechos.

En este sentido, es importante analizar la manera en que el sistema procesal ecuatoriano debe enmarcarse dentro de un nuevo sistema constitucional de derechos sin caer en la riesgosa postura de declarar ilegales normas o procedimientos por mantener una *pretendida legitimidad*. En otras palabras, lo lógico y natural sería que las normas en general sean legítimas y su aplicación sea legal, con lo cual los conceptos hermanos de legalidad y de legitimidad irían de la mano.

Bajo este orden cosas, la Constitución de la República establece en su artículo 169 que:

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

El artículo citado no puede aplicarse de manera ilimitada, ya que como se analizó en el Capítulo II de este trabajo, no todas las formalidades procesales tienen la misma calidad e importancia, lo que se determina en función de los principios de trascendencia y convalidación de las respectivas omisiones y, por lo tanto, su efectos variarán entre una omisión y otra. Solo en algunos casos, el juzgador tendrá la obligación de declarar la nulidad del proceso so pena de cometer una grave injusticia si no lo hace, ya que de no hacerlo, se estaría menoscabando el derecho de defensa de la parte procesal afectada porque tal omisión ha influido en la decisión final. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la declaración de nulidad de un proceso es considerada siempre como una sanción extrema, que si bien, tiene como fin precautelar el derecho de defensa y el debido proceso para no generar inseguridad jurídica de las partes procesales, resulta que para llegar a ella se podría a la vez afectar el mismo sistema procesal atentando otros principios como por ejemplo el de celeridad previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial. Además de que, se podría incurrir en un desgaste y mal uso de valiosos recursos como el tiempo y los económicos dentro de un proceso, lo cual

también terminaría menoscabando los derechos del debido proceso de las partes procesales si es que tal declaratoria de nulidad fuera equivocadamente aplicada.

Se ha analizado a lo largo de este trabajo que la razón de existir de las formalidades es precisamente el mantener un orden y reglas claras para quienes necesitan ser asistidos de la administración de justicia. Lo contrario, es decir la informalidad implicaría que todas las decisiones finales y la manera de llevar un proceso dependerían básicamente de la discrecionalidad del juez que conocería el caso. Aún en este caso extremo, como sucede en los países como Alemania o Austria en que los sistemas son informales, su informalidad tiene como límite el interés público. Por lo tanto, existen límites para la discrecionalidad aunque los sistemas procesales sean muy flexibles.

En el caso de Ecuador, de acuerdo a lo analizado en este trabajo, no se encuentra ninguna contradicción entre lo que ordena la Constitución de la República y las normas procesales consagradas en la normativa vigente. En estas últimas, se establecen requisitos mínimos que deben observar los procesos, sin los cuales se llegaría a la declaración de nulidad. Sin embargo, de haberse verificado dentro del proceso omisiones consideradas sustanciales, se mirará siempre si dichas omisiones han atentado contra los principios de trascendencia, convalidación y legalidad para que se declare la nulidad procesal, lo que sugiere que el sistema procesal propende a que las nulidades procesales sean utilizadas como último mecanismo.

La jurisprudencia analizada establece las pautas bajo las cuales los jueces y los órganos jurisdiccionales deben regirse para llegar a declarar la nulidad procesal y éstos se resumen en que las causas de nulidad estén previstas en la ley, que la omisión influya o pudiera influir en la decisión final y que se trate de una omisión de la cual no es posible convalidar.

En consecuencia, si la norma constitucional consagra que *“el sistema procesal es un medio para la realización de justicia”* (art. 169 de la Constitución de la República), por lo tanto que no *“se sacrificará justicia por la sola omisión de formalidades”* (art. 169 de la Constitución de la República), esta norma de trascendental importancia en un Estado de Derechos debe ser aplicada con racionalidad y equilibrio so pena de provocar inseguridad jurídica y un caos institucional. En este sentido, la misma Constitución de la República ha consagrado en su artículo 82 el derecho a la seguridad jurídica estableciendo que *“se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”* Por lo tanto, el artículo 169 de la Constitución para ser aplicado, debe interpretarse de manera integral con todo el contexto constitucional, tal como

lo dispone el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁸

Queda claro, entonces, que para que el sistema procesal se constituya en un medio de la realización de justicia, debe proveer de un ambiente sano, claro y equilibrado en el que las partes procesales confluyan con confianza para reclamar sus derechos y esto solo se lo logra con reglas claras. Así, de todas las formalidades, las que sí o sí deben ser respetadas y observadas con mucha cautela son las llamadas solemnidades sustanciales, sin las cuales se generaría un detrimento al debido proceso.

En conclusión, la aplicación de la norma 169 de la Constitución de la República no puede ser ilimitada, porque como quedó anotado, eso generaría más perjuicio al provocar que la gente no sepa cómo funciona de manera objetiva el aparato estatal para la protección de sus derechos. Se generaría inseguridad jurídica que no es otra cosa que el germen del caos. Es así que, la interpretación de la norma constitucional referida debe hacerse tomando en cuenta que el fin último del sistema procesal es y siempre será la efectiva administración de justicia y que, para llegar a ello se debe evitar la declaratoria de nulidad. Sin embargo, en los casos en que la omisión constituya la no observancia de una solemnidad sustancial prevista en la ley, que además influya en la decisión de la causa y que no pueda ser convalidada, los juzgadores tienen la obligación legal y moral de declarar la nulidad de causa. En otras palabras, no se podrán omitir solemnidades sustanciales dentro de una causa ya que esto equivale a sacrificar la justicia y por lo tanto, la interpretación dada a la norma constitucional en ese sentido se enmarca dentro de lo que busca el Estado de Derechos.

4.4 Aplicación práctica de la norma constitucional cuando faltan formalidades en casos de la jurisprudencia ecuatoriana

A continuación se analizarán dos resoluciones de la Corte Constitucional del Ecuador, en las que aplican con idénticos efectos el artículo 169 de la Carta Magna a situaciones completamente diferentes.

⁸ Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente...(Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)

4.4.1 Caso 0038-09 EP.

El caso trata sobre un recurso extraordinario de protección interpuesto por la Procuraduría General del Estado en contra de la sentencia de 11 de abril del 2007, emitida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, que fallaba a favor de la compañía AFABA y condenaba al Estado ecuatoriano al pago de una indemnización de daños y perjuicios por la suma de un millón doscientos cincuenta y tres mil seiscientos setenta y siete 60/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a más de los intereses contados desde la fecha de pago de las importaciones gravadas a favor de la mencionada compañía.

La Procuraduría General del Estado, de acuerdo a lo mencionado en la resolución de la Corte Constitucional del presente caso, sostuvo que interpuso un Recurso de Casación que no fue admitido y luego, presentó un Recurso de Hecho para ante la Corte Nacional de Justicia que fue desestimado. Por lo que, entre otras cosas, la Procuraduría General del Estado manifiesta que:

...al presentar el Recurso de Casación, su representada, la Procuraduría General, incurrió en lapsus calamis al determinar que la Sentencia recurrida fue dictada en "noviembre" en vez de "abril", equivocación que sustentó el criterio del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil para desestimar el Recurso, cuestión que evidencia la visión del derecho eminentemente formalista que tenían los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y que es irrelevante al momento de fallar en derecho y hacer justicia...(Sentencia No. 020-09-SEP de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del Recurso Extraordinario de Protección No. 0038-09-EP). (Lo subrayado pertenece a este trabajo)

Por su parte, los magistrados de la Corte Nacional de Justicia demandados mediante este Recurso Extraordinario de Protección que se analiza, en su escrito de defensa manifiestan que:

...no se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director Regional número 1 de la Procuraduría General del Estado por haberlo presentado fuera de término, afirmando que el Recurso Extraordinario de Casación es esencialmente formalista, tal como se ha pronunciado la extinta Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos reiterados. Sostienen que la Sala cumplió con lo dispuesto en la ley de Casación en cuanto a la observancia de los términos, aclarando que por la rigidez del recurso de casación la Sala no puede considerar el fondo del asunto... (Sentencia No. 020-09-SEP de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del Recurso Extraordinario de Protección No. 0038-09-EP)

Por otra parte, la Corte Constitucional inicia su análisis en determinar si ese "*lapsus calamis*" es razón suficiente para negar un recurso de casación, para lo cual, se basa en el estudio del reconocido Sigmond Freud sobre el origen de estos lapsus, que sugiere que este tipo de errores involuntarios son producto de situaciones de *stress*, angustia o déficit de atención. Así, la misma Corte concluye:

...Con estas reflexiones, esta Corte puede concluir, a grandes rasgos, que un lapsus calami o error en la escritura es un acto cometido por una persona de manera involuntaria o sin conciencia plena de la acción de que se trate. En este contexto no

cabe duda de que el error en el que incurrió la Procuraduría General del Estado al momento de identificar la sentencia sobre la que trataba de recurrir con casación, usando la palabra "noviembre" en vez de "abril", es un lapsus cálam... (Sentencia No. 020-09-SEP de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del Recurso Extraordinario de Protección No. 0038-09-EP). (Lo subrayado es de este trabajo)

Añade además que:

...Del análisis del cuadro comparativo anterior se evidencia claramente que el error en el mes al momento de identificar la Sentencia recurrida no produce una confusión que pueda devenir en la absoluta falta de identificación de la sentencia para que sea calificada como inexistente. Esta Corte considera que en el presente caso basta con la identificación del caso a través de su numeración para deducir que la Sentencia que se recurre es la que se ha producido en el trámite de dicho caso y no otro. ...Por esta razón, el argumento del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil es forzado, y antes de declarar dicha Sentencia como inexistente debió subsanar dicho error y efectuar sus reflexiones sobre el fondo del asunto y no verse obstaculizado por meras formalidades. En ese contexto, la argumentación hecha por el Tribunal, contenido en su Sentencia, es violatoria de derechos constitucionales, pues colocó al recurrente en estado de incertidumbre e indefensión, ya que fundamentar el razonamiento de un auto por un error como el antes descrito, resulta en denegación de justicia, contraviniendo el artículo 169 de la Constitución, según el cual no se sacrificará la justicia por omisión de formalidades...(Sentencia No. 020-09-SEP de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del Recurso Extraordinario de Protección No. 0038-09-EP). (Lo subrayado es de este trabajo)

La Corte en su fallo adicionalmente enfatiza en el principio de justicia que debe regir y sustentar el sistema de derechos en el Ecuador, haciendo hincapié en que las formalidades en el caso de no ser justas atentan directamente contra el principio de seguridad jurídica que no se lo puede realizar sin justicia:

... De esta manera, la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada. (Sentencia No. 020-09-SEP de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del Recurso Extraordinario de Protección No. 0038-09-EP). (Lo subrayado es de este trabajo)

Bajo los antecedentes expuestos, la Corte Constitucional acepta el recurso extraordinario de protección planteado por la Procuraduría General del Estado y dispone, entre otras cosas:

...2. Declarar violados los derechos constitucionales de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e interés de las personas (artículo 75 de la Constitución), además se deja constancia que el auto impugnado ha sacrificado la justicia por la omisión de formalidades (artículo 169) así como la garantía del debido proceso (artículo 76, numerales 1 y 7, literal a). (Sentencia No. 020-09-SEP de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del Recurso Extraordinario de Protección No. 0038-09-EP)

4.4.2 Caso No. 0731-09-EP.

El caso versa sobre un recurso extraordinario de protección propuesto por la EMMAP de Portoviejo en contra de un auto emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de fecha 17 de agosto de 2009, en el que, de acuerdo al accionante contraría normas constitucionales sobre el debido proceso y la administración de justicia (artículo 76 numerales 1, 4 y 7, literal I, artículo 83, numerales 7 y 8; artículos 84 y 87) y rechaza el recurso de casación interpuesto.

Los magistrados de la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia exponen la manera de funcionar del recurso extraordinario de casación que, por su naturaleza, es extremadamente formal y en consecuencia, se debe cumplir y respetar los requisitos establecidos en la ley de la materia. Así, la Corte Nacional se manifiesta:

...el recurrente deberá señalar, con absoluta precisión, la norma que estimaba vulnerada, la causal en que ampara tal infracción, el vicio incurrido y el fundamento jurídico coherente que permita al juez de casación efectuar el control de la legalidad de la providencia recurrida,... los meros enunciados, por diminutos y por carecer del sustento jurídico pertinente, tornan inadmisibles el recurso... (Resolución de la Corte Constitucional 45, Registro Oficial Suplemento 331 de 30 de Noviembre del 2010). (Lo subrayado es de este trabajo)

La Corte Constitucional parte su análisis del hecho de que Ecuador es un estado de derechos en donde el *excesivo* formalismo de las leyes procesales perjudica la realización de justicia, lo que se encuentra en franca contradicción con el artículo 169 de la Constitución vigente. En consecuencia, la Corte manifiesta que:

...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, puesto que todos los jueces y operadores de justicia deben hacer primar el principio procesal de iura novit curia, esto es, la jueza o juez puede aplicar una norma distinta a la invocada por el demandante o recurrente, a fin de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.

La rígida formalidad de la Ley de Casación contraría los principios fundamentales de un Estado constitucional de derechos y justicia, pues genera la violación de derechos constitucionales del casacionista, dejándolo en indefensión al denegar la justicia, en flagrante vulneración a lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución de la República. (Resolución de la Corte Constitucional 45, Registro Oficial Suplemento 331 de 30 de Noviembre del 2010). (Lo subrayado es de este trabajo)

En consecuencia, la Corte Constitucional acepta el recurso extraordinario de protección presentado por la EMMAP de Portoviejo y declara violados los derechos constitucionales a la tutela efectiva, imparcial y expedita (artículo 75 CRE), dejando constancia de que el auto impugnado ha sacrificado la justicia por la omisión de formalidades (artículo 169 CRE).

4.4.3 Reflexión sobre la aplicación del artículo 169 de la Constitución en los casos analizados.

Si bien la Constitución de la República es la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto no implica que a pretexto de esta circunstancia se violen o desconozcan derechos reconocidos por la misma Constitución y constantes en otros cuerpos normativos que forman parte de un mismo ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que se atentaría contra la carta magna al violar el artículo 82 que dice que, la seguridad jurídica “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” Adicionalmente, como quedó dicho en el apartado anterior de este capítulo, la interpretación constitucional debe hacerse de manera integral, tomando en consideración todo el contexto normativo lo que implica conocer y, si no se conoce, estudiar qué es lo que dice la doctrina y las teorías que se han mantenido a través de los tiempos sobre determinadas situaciones jurídicas o mecanismos de realización de justicia, pues el Derecho constituye una ciencia jurídica.

En el primer caso analizado es evidente que el error en la fecha de la resolución de la que se solicitó el recurso extraordinario de protección, constituía un error que podía y debía ser saneado por los juzgadores en virtud de lo ordenado en el numeral 8 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, más aún cuando existían todos los elementos adicionales que identificaban a la resolución con el caso específico.⁹

En consecuencia, el inadmitir el recurso de casación fundamentando que la sentencia no existía, cuando en lo que realidad sucedió fue un error tipográfico por el cual se escribió “noviembre” en lugar de “abril”, sí implica sacrificar la justicia. Por lo tanto, el análisis realizado y la interpretación dada a la norma constitucional son acertados.

En el segundo caso, pese a que se llega a la misma conclusión de que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, se desconoce de manera total la naturaleza del recurso extraordinario de casación.

⁹ Art. 130 Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:...

8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión;... (Lo subrayado es de este trabajo) (Art. 130 Código Orgánico de la Función Judicial)

La casación por su naturaleza es estrictamente formalista ya que no entra a revisar ni a valorar hechos controvertidos sino únicamente estudia y analiza las normas de derecho. Es la manera que tiene el país de construir precedentes jurisprudenciales, uniformar el derecho y contribuir con interpretaciones científicas de la norma para así lograr un control de la legalidad del sistema jurídico. Por lo que, esta resolución destruye todo lo que se ha estudiado y desarrollado respecto de la casación, causando evidentemente inseguridad jurídica y, atentando contra el mismo sistema de protección de derechos previsto en la Constitución.

En conclusión, pese a que la decisión en las dos resoluciones es la misma aplicando la violación del artículo 169 de la Constitución, mientras que la primera contribuye eficientemente a entender la necesidad de contar con formalidades que contribuyan efectivamente a la construcción de un sistema jurídico justo en el que se puedan desarrollar los derechos del debido proceso, so pena de sacrificar la justicia como ocurrió al negar el recurso de casación basado en un error de tipográfico; la segunda resolución analizada, ataca directamente a la seguridad jurídica del sistema ecuatoriano pues desconoce de manera frontal las leyes procesales y la esencia de lo que es el recurso extraordinario de casación. Pretendiendo además que, los magistrados de la Corte Nacional de Justicia, so pretexto de su obligación de subsanar errores no sustanciales para que el proceso continúe su marcha y se pueda administrar justicia (Art. 130, No. 8 Código Orgánico de la Función Judicial), tomen un papel que no les corresponde y rehagan un recurso de casación que se encuentra mal fundamentado debido a que el accionante, desconocía de manera evidente los requisitos que la ley de la materia establece para esta clase de recursos. Redactando un recurso en el que alegaba a la vez varias causales de la ley de casación,- lo que en primeras clases de procesal civil enseñan: cada causal es excluyente- y peor aún, sin mantener congruencia entre lo que solicitaba con la norma en la que se amparaba. Por lo tanto, se considera que la Corte Constitucional al aceptar este recurso extraordinario de protección sacrificó la justicia del sistema jurídico ecuatoriano, desmoronando de una sola vez años de trabajo de los magistrados para uniformar la jurisprudencia y mantener un control de legalidad de las normas jurídicas que necesita el país para crecer y fomentar la tan anhelada seguridad jurídica.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo ha quedado evidenciada la importancia de entender la diferencia doctrinaria entre formalidad y solemnidad. Mientras la formalidad es un requisito de forma, relacionado con el rito procesal para cumplir con lo determinado en la ley, la solemnidad, y específicamente en la legislación ecuatoriana denominada solemnidad sustancial, es lo que hace que ese acto sea y exista. La solemnidad sustancial, además de pertenecer al mundo de las formalidades -su finalidad va más allá de cumplir un rito- tiene como propósito mantener la justicia dentro del proceso permitiendo que las partes procesales tengan oportunidad de ejercer sus derechos al debido proceso, específicamente el derecho a la defensa que, se espera concluya con la existencia de un proceso justo como fin último de los sistemas procesales.

Así, las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios constituyen los requisitos mínimos indispensables que se necesitan para que un proceso goce de validez, respondiendo a los principios de legalidad, trascendencia y convalidación. Los que a su vez, tienen una correlación directa con la dignidad de la persona humana ya que propician el ambiente para que el sujeto conozca de antemano qué actuaciones suyas son válidas o qué actuaciones provocan nulidad. En caso de haber omitido alguna solemnidad, valorar si tal omisión influye en la decisión final de la causa o produce indefensión de la parte y por último, si esa omisión puede ser remediada para evitar que se produzcan los efectos de nulidad logrando llegar a la consecución del proceso. Por lo tanto, si la omisión sustancial no atenta contra los principios mencionados no provocaría la nulidad procesal, y se permitiría que la parte procesal –ser humano- participe de un proceso que debería concluir con la efectiva administración de justicia, con lo cual, el sistema procesal cumpliría cabalmente su función.

La nulidad procesal, como sanción extrema, produce como efecto retrotraer todo al estado en el que se cometió dicha nulidad. Sin embargo su finalidad, es la misma finalidad que se busca con el cumplimiento de las formalidades: proteger el derecho a la defensa y al debido proceso. Se considera como una sanción extrema porque se piensa que si no es aplicada cuando en realidad debería serlo, además de sacrificar tiempo y recursos de las partes procesales, atendería gravemente contra la persona provocando su indefensión, lo que supone en última instancia un desmedro a la dignidad de la persona a través del resquebrajamiento del sistema jurídico.

Sin embargo, en las situaciones en las que no se observan el cumplimiento de solemnidades sustanciales -que atentan contra los principios de legalidad, trascendencia y convalidación- y no se aplica la sanción de la nulidad "*para no sacrificar la justicia*", equivale exactamente a hacerlo porque se atenta contra la seguridad jurídica que es el pedestal en donde se puede

desarrollar la justicia. Se estaría menoscabando, por tanto, la dignidad humana con la mala práctica de las nulidades procesales generando un clima de injusticias en el que no haya sido eficaz el ejercicio al debido proceso.

Como primera conclusión llegada en este trabajo, a partir de la diferenciación doctrinaria entre formalidades y solemnidades, se puede establecer que estas últimas son las calificadas como sustanciales en la legislación ecuatoriana y que constan expresas en el Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, la omisión de formalidades que atentan contra los principios de legalidad, trascendencia y convalidación son las que indefectiblemente producen la nulidad procesal y por lo tanto, su observancia es esencial en el desarrollo del proceso civil.

Como segundo, se concluye que el art. 169 de la Constitución de la República se encuentra limitado en su aplicación por las solemnidades sustanciales ya que éste tiene como propósito mantener un sistema jurídico justo en el que exista un equilibrio entre formalidades y realización de justicia. Las formalidades son necesarias en cuanto ayudan a mantener un orden y una declaración de derechos pero si, el formalismo se convierte en ritualismo, es decir, se separan las formas de los principios que realmente protegen, equivale a deshumanizar la norma y por lo tanto sería la puerta abierta para cometer grandes injusticias. Por lo que, la razón del artículo 169 de la Constitución de la República es que, en aquellos casos -que se esperan sean pocos y excepcionales- en que se verifiquen omisión de solemnidades sustanciales, se recuerde el fin de la norma como medio de realización de justicia para el ser humano, lo que no significa que por justo se entienda que ambas partes procesales obtengan lo que deseen, sino que a cada parte procesal se le otorgue lo que en derecho le corresponde haciendo efectivo el concepto clásico de justicia de Ulpiano que dice que justicia es "*la voluntad perpetua y constante de dar a cada uno lo suyo*". Así, si lo justo y procedente es declarar la nulidad que se lo haga o, en su defecto, si lo justo y procedente es continuar con el proceso, que se continúe.

En este sentido, la segunda conclusión arrojada con este trabajo radica en que la aplicación del artículo 169 de la Constitución se limitará en primer término a la observancia de las solemnidades sustanciales y en el caso de que se hayan omitido alguna de ellas, al análisis y estudio de la correspondencia de esa omisión respecto de los principios de legalidad, trascendencia y convalidación como respuesta a la protección de la seguridad jurídica del sistema que, se traduce en última instancia en respeto a la dignidad humana. En resumen, solo en el caso de que se omitan formalidades que no son sustanciales, por su sola omisión, no se sacrificará la justicia.

Como tercer punto dentro de estas conclusiones, se establece que, en el caso del juicio ejecutivo en el que antiguamente se determinaban limitaciones para la proposición de recursos, actualmente, de conformidad con el literal m) numeral 7 del artículo 76 de la

Constitución de la República, se podrían solicitar las nulidades procesales por parte del ejecutado o ejecutante cuando recurran al fallo que ha decidido por sus derechos, es decir, se ha eliminado desde la Constitución las limitaciones que afectaban a estos juicios.

Y finalmente, se plantea la siguiente pregunta ¿cómo se llega a un proceso justo? En relación a lo desarrollado en este trabajo, se concluye que el análisis sobre las nulidades procesales debe ser hecho para cada caso en concreto, teniendo presente que toda norma se sustenta en un principio el mismo que debería corresponder a la dignidad de la persona humana, así, cualquier norma creada sería para ponerla al servicio de la persona como medio, en este caso, de realización de justicia.

En este sentido, las formalidades para que sean razonables y permitan la realización de justicia, deben responder finalmente a la dignidad de la persona humana, tratando de protegerla a través de un proceso ordenado en el que se tenga certeza jurídica de que concluirá con la declaratoria, constitución o modificación de un derecho o, su ejecución, tomando en cuenta la participación activa de la parte procesal para que haga valer sus derechos. Por lo tanto, si toda la actuación procesal quedaría supeditada al respeto irrestricto de la dignidad de la persona humana, se estaría realmente ante un sistema eficaz en la administración de justicia.

En conclusión, para no sacrificar la justicia con la aplicación del artículo 169 de la Constitución se precisa:

1. Establecer que no todas las formalidades tienen la misma importancia en la ejecución de un juicio. Unas responden a la ritualidad que hay que cumplir, mientras otras, como las sustanciales denominadas así en la legislación ecuatoriana, responden a principios -como el debido proceso y el derecho a la defensa- que son manifestaciones de la dignidad humana.
2. Solo la omisión de las solemnidades que atentan contra los principios de legalidad, trascendencia y convalidación son las que provocan nulidad procesal, por cuanto su no observancia atenta contra el derecho fundamental del debido proceso atacando al sistema procesal por atentar contra la seguridad jurídica.
3. El art. 169 de la Constitución, respondiendo a Ecuador como Estado de derechos, busca controlar que el sistema procesal no caiga en ritualismo extremo e inflexible, sino que efectivamente sea un medio de la realización de justicia. Para lo cual, la aplicación del mismo tiene un doble sentido, por una parte de no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades, entendidas éstas como exigencias de forma y, por otra parte, la obligación de declarar nulidad cuando las formalidades que no se han observado son aquellas sustanciales que están protegidas por los principios de legalidad, trascendencia y convalidación. Tanto lo aplicación del artículo 169 en su

manera positiva o negativa, tiene como propósito proteger el debido proceso en manifestación del respeto a la dignidad humana.

4. En consecuencia, el mantener equilibrio entre lo formal y lo sustancial, es una tarea primordial a la hora de aplicar el artículo 169 de la Constitución, ya que siendo natural que prevalezca la sustancia, en la práctica, el vulnerar la forma puede tener como consecuencia la vulneración de los derechos de fondo y por tanto, se tendría que aplicar el principio de juzgamiento pese a la omisión de formalidades cuando éstas, evidentemente, no son calificadas como sustanciales. Además, pese a que existan normas generales sobre la aplicación de nulidades procesales, se debe analizar caso por caso la confluencia de las circunstancias que lo caractericen.

RECOMENDACIONES

Del análisis realizado se pueden formular algunas recomendaciones que permitan que la aplicación del artículo 169 de la Constitución de la República se haga de tal manera, que cada vez más, alcance su objetivo de no sacrificar la justicia como consecuencia de la omisión de formalidades.

1. Reformar la Ley de Control Constitucional estableciendo reglas claras para la observancia del cumplimiento de formalidades, diferenciando los efectos jurídicos del incumplimiento de formalidades sustanciales y de las no sustanciales. Como por ejemplo, incluir un articulado que establezca que: “Luego de un análisis pormenorizado, solo se declarará la nulidad procesal en caso de que la omisión de solemnidad sustancial atente contra los principios de legalidad, trascendencia o convalidación”,
2. Dar capacitación sobre los conceptos estudiados en esta tesis. Capacitación tanto en las universidades, como en toda la función judicial y a los abogados en libre ejercicio sobre el real alcance del artículo 169 de la Constitución de la República, en base a la misma jurisprudencia desarrollada en el país.
3. Socializar, a nivel nacional, el verdadero alcance del principio constitucional “*No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades*” dentro de los procesos judiciales, e informar y educar a la ciudadanía en general sobre la importancia de que exista un equilibrio entre el cumplimiento de formalidades y la realización de la justicia mediante el debido proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguirre, V (2006). Las nulidades procesales. Quito-Ecuador (Artículo de Revista de Derecho Foro No.6 de la UASB). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1510/1/RF-06-TC-Aguirre.pdf>

Alsina, H. (2001). Fundamentos de derecho procesal (Vol. 4). México: Editorial Jurídica Universitaria S.A.

Camacho, J. A. (2008). Manual de Derecho Procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A.,.

Carbonell, M. (2012, marzo 14). De: Formalidades esenciales del procedimiento [Mensaje de Blog]. Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Formalidades_esenciales_del_procedimiento.shtm

Carrillo, M. F. (2008). Las nulidades procesales por omisión de solemnidades . Quito.

Echandía, H. D. (2009). Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A.

Garzón, J. T. (2012). Ejecución de la sentencia y el debido proceso. Loja: Ediloja Cía. Ltda.

Véscovi, E. (1999). Teoría General del Proceso. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

Enlaces

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Formalidades_esenciales_del_procedimiento.shtm

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1510/1/RF-06-TC-Aguirre.pdf>

http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/catalogos/MULTICOMPETENTE_DERECHO_PROCESAL_CIVIL.pdf

<http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/38.pdf>

Normativa nacional

Código de Procedimiento Civil: Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005, incluida la reforma de Código de Procedimiento Civil publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico de la Función Judicial: Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009; incluidas reformas publicadas en RO Suplemento No. 490 de 13 de julio de 2011, RO Suplemento No. 38 de 17 de julio de 2013 y RO Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2015

Ley de Casación: Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004, incluida su última reforma de 28 de noviembre de 2007.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Proyecto de Código Orgánico General de Procesos: Recuperado de http://www.observatoriolegislativo.ec/media/archivos_leyes/proyecto_presentado_6.pdf

Normativa internacional

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil Española

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina

Jurisprudencia

Gaceta Judicial 4, Serie XVIII, de 30 de mayo 2007.

Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Quito, 8 de junio de 1999

Gaceta Judicial. Serie III, No. 154, pág. 2468

Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1553

Resolución No. 146-2000, Juicio No. 100-1999, R.O. No. 65 de 26 de abril del 2000, Actor: Guadalupe Felicidad Moya Salinas y Demandado: Banco la Previsora. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, 27 de marzo de 2000.

Caso 88-1998, publicado en el Registro Oficial No. 289 de 21 de marzo de 2001, la Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia

Sentencia No. 020-09-SEP de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del Recurso Extraordinario de Protección No. 0038-09-EP

Resolución de la Corte Constitucional 45, Registro Oficial Suplemento 331 de 30 de Noviembre del 2010