

PREVARICAR: CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE SU APLICABILIDAD, POR PARTE DEL JUEZ, EN EL MARCO DE SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Prevaricate: theoretical considerations on its applicability, by the judge, within substantiating and termination of jurisdictional guarantees constitutional control

<https://doi.org/10.47606/ACVEN/PH0063>

Andrés Salustio Vera Pinto^{1*}

<https://orcid.org/0000-0002-8667-1248>

Recibido: 15 junio 2021 / **Aprobado:** 30 septiembre 2021

RESUMEN

Los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser objeto de acciones preprocesales y procesales penales por el contenido de sus resoluciones o fallos, consignados en el ejercicio del cargo. El delito de prevaricato establece que los administradores de la justicia deben seguir el precedente judicial de las altas cortes. De tal manera, que las personas encargadas de sentenciar y aplicar la ley, al apartarse injustificadamente del precedente, desconocen directamente los preceptos constitucionales de un acto administrativo de carácter general. Este estudio, se basó en la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, dentro del proceso de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales de acción extraordinaria de protección No. 0635-11-EP, sentencia N° 141-18-SEO-CC, conocido por la opinión pública como el caso Cervecería Nacional, sobre los derechos laborales; para argumentar y declarar que los jueces, en la sustanciación y/o resolución de una garantía jurisdiccional de control constitucional no podrían prevaricar en ningún caso. La metodología se enmarcó dentro del paradigma crítico propositivo. El tipo de investigación empleada es la documental, de nivel descriptivo, puesto que se analizó y describió la situación desde un enfoque teórico, basado en un diseño de carácter bibliográfico, de una revisión sistemática de materiales impresos, a través de diversas técnicas como fichajes, subrayados, internet. En conclusión, existen las bases y normativa legal para sancionar a cualquier administrador de la justicia por alguna acción que esté fuera de los parámetros de la ley.

Palabras Clave: sustanciación, prevaricato, garantías jurisdiccionales, control constitucional, falacia, antiformalismo.

1. Universidad Metropolitana del Ecuador-Matriz Guayaquil

* Autor de correspondencia: avera@umet.edu.ec

ABSTRAC

The judges of the Constitutional Court may not be subject to pre-trial actions. procedural and criminal proceedings for the content of their resolutions or rulings, consigned in the exercise of the position. The crime of prevaricato establishes that administrators of justice must follow the judicial precedent of high cuts. In such Way, That the persons in charge of sentencing and applying the law, by unjustifiably departing from the precedent, directly ignore the constitutional precepts of an administrative act of a general nature. This study was based on the ruling of the Constitutional Court of Ecuador, within the process of jurisdictional guarantees of constitutional rights of extraordinary protection action No. 0635-11-EP, judgment No. 141-18-SEO-CC, known to public opinion as the Cervecería Nacional case, on labor rights; to argue and declare that the judges, in the substantiation and / or resolution of a jurisdictional control guarantees constitutional could not prevaricate in any case. The methodology is framed within the propositional critical paradigm. The type of research used is the documentary, descriptive level, since it was analyzed and described the situation from a theoretical approach, based on a design of bibliographic character, of a systematic review of printed materials, to through various techniques such as transfers, underlining, the internet. In conclusion, There are the bases and legal regulations to sanction any administrator of justice for any action that is outside the parameters of the law.

Keywords: substantiation, prevaricate, jurisdictional guarantees, constitutional control, fallacy, anti-formalism.

INTRODUCCIÓN

Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación, así como lo establece el art.6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). En este sentido, surge la inquietud de conocer o aceptar que ¿Los jueces en la sustanciación y resolución de garantías jurisdiccionales de control constitucional pueden prevaricar?. Obviamente, la corte constitucional aseveró que no, por lo cual estudiaremos los fundamentos que se

tomaron para tal decisión. El diccionario de la Real Academia Española (2021) define sustanciar como: “Tramitar una causa o proceso por la vía procesal adecuada poniendo en claro los hechos para poder dictar sentencia” (p.8208). Igualmente, el Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas (1993) define Prevaricación y/o Prevaricato como: “Incumplimiento malicioso o por ignorancia inexcusable de las funciones públicas que se desempeñan. Injusticia dolosa o culposa cometida por un juez o magistrado. Quebrantamiento de los deberes profesionales por cualquier otro empleado o funcionario público” (p.255).

El delito de prevaricación es un delito especial que sólo puede ser cometido por una autoridad o por un funcionario público y que consiste en dictar una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia. El actor de esta conducta punible será penado con la inhabilitación de su cargo.

Fernández-Fustes (2013) realizó sus investigaciones acerca de las Especialidades del proceso penal por prevaricación judicial, el cual tuvo por objeto analizar las especialidades del proceso penal que se siguen contra jueces y magistrados por la comisión de un delito de prevaricación judicial. Señalando que la responsabilidad de los jueces y magistrados es una consecuencia ineludible de su independencia y la garantía de su sumisión al imperio de la ley. Su análisis se centró en el proceso para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados, circunscribiendo el estudio a las especialidades del proceso penal incoado por un delito de prevaricación judicial.

A partir de la contextualización, partiremos de un breve recuento del Caso Cervecería, en cuyo problema jurídico sería limitar una figura penal vigente y no declarada inconstitucional, sólo inaplicable para un tipo de proceso, se fundamenta en razones equivocadas; que en ningún caso arriba a la conclusión que fue destino de la sentencia. El caso en referencia es: -Caso No. 0635-11-EP.- Caso Cervecería Nacional, o simplemente Caso Cervecería. También sobre -Garantías Jurisdiccionales de derechos constitucionales. ¿El problema nos lleva a la

interrogante sobre si los jueces en la sustanciación y resolución de garantías jurisdiccionales de control constitucional pueden prevaricar?

Breves antecedentes del Caso Cervecería:

Este proceso inicia con una disputa laboral, entre un grupo de ex trabajadores y la empresa CERVECERÍA NACIONAL CN S.A, teniendo como antecedente que en el Ecuador regían normas en esta materia que regulaban una relación contractual por medio de una tercera empresa, cuya figura se le conoce como Tercerización e Intermediación Laboral, mismas que en el primer caso, está estrictamente regulada y en el segundo tiene prohibición constitucional.

Sobre dicha figura es válido mencionar, que, aunque su espíritu no necesariamente reñía con la legislación vigente, en la práctica generó, así lo plantea Páez-Paral (2004) cuando indica que: “hubo abusos cometidos por empleadores por la mala utilización de la figura de la tercerización en el Ecuador, para su propio beneficio” (p.1).

De esto y sólo para graficar la precarización laboral que desarrolló esta figura; una de las empresas más grandes del país, la mayor productora y comercializadora de materiales de construcción y en especial de cemento, con locales y distribuidores en todo el territorio nacional, declaró en un proceso análogo, el cual sirvió como referencia en la sentencia que: No tenía Trabajadores, en este caso se trató de la Empresa Holcim. (Resolución proceso de revisión caso Holcim, Expediente MRL030, 2007)

En este caso, los trabajadores reclamaban no haber recibido su derecho al 15% de utilidades que consta en el Código Orgánico de Trabajo (2018) que señala lo siguiente: **Art. 97.- Participación de trabajadores en utilidades de la empresa:** El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. (p.37). Por cuanto sencillamente, no constaban dentro de la nómina de CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., sino que trabajaban para empresas intermediarias, es decir, empresas que tenían un contrato de prestación de mano de obra con la cervecería; estas empresas eran: SUDEPER

S.A., MASFESA S.A., CASDASE S.A., PERCANEL CÍA. LTDA y SOLTRADE CÍA. LTDA.

En primera instancia, iniciaron acciones administrativas ante el Ministerio de Trabajo, y ante la negativa, tanto en Primera Instancia Administrativa, como ente de autoridad máxima; procedieron a iniciar un proceso de Garantías Jurisdiccionales de derechos constitucionales; en este caso la acción de protección. Es importante recalcar que esta acción de protección, la presentaron los extrabajadores de Cervecería Nacional cn s.a., contra el Ministerio de Trabajo; mismo que recayó ante el Juez Duodécimo de lo Civil de la ciudad de Guayaquil.

En esta situación, y dentro del proceso de acción de protección, el juez cita a la contraparte, quien era la demanda exclusivamente, en este caso el Ministerio de Trabajo. Dentro del proceso, el juez de garantías jurisdiccionales, decidió declarar con lugar la acción de protección N°09123-2010-0982, y ordenó la nulidad de la Resolución del Ministerio de Trabajo.(Sentencia de Primera Instancia, 2010).Lo contradictorio, es que también ordena el pretexto de reparar los derechos constitucionales de las personas afectadas; estableciendo lo siguiente: a) El ministro de Relaciones Laborales vulneró los derechos a la igualdad, debido proceso y seguridad jurídica del peticionario; b) Dejar sin efecto la resolución administrativa de apelación dictada por el referido ministro el 7 de julio de 2010; y, c) Ordenar que el ministro de Relaciones Laborales dicte, dentro del mismo procedimiento, la resolución que ordene y ejecute el pago de las utilidades reclamadas, tal como lo hizo el mismo Ministerio en el caso de la empresa HOLCIM S.A.(Juzgado Duodécimo de lo Civil de Guayas, 2010).

En este caso, la compañía Cervecería Nacional, presenta un recurso de apelación, que no siendo demandada, sin embargo, alegó afectación directa de dicha sentencia, manifestando que pese a que se mencionaba en la demanda, además se le requería el pago de supuestos derechos laborales y que en sentencia se ordenó que se ejecutase dicha solicitud en su contra, la compañía no fue citada ni siquiera demandada.

En la apelación, los jueces de la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, así como todos los jueces de primera instancia son competentes para conocer la acción de protección, todas las salas de Segunda Instancias, serán de apelación indistintamente de sus materias especializadas. Por dicha razón del juzgado duodécimo de lo civil, el juicio subió en grado a la tercera sala de lo penal, decidiendo ratificar la sentencia, pero modulan sus efectos y disponen lo siguiente:

- a) El pago de más de USD \$ 90 millones por parte de CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. compañía que no fue citada para defenderse debidamente dentro del proceso, según lo argumenta el accionante, este valor lo obtuvieron de la suma de las utilidades de la compañía en esos años, a lo cual le extrajeron el 15%;
- b) Dispone que esa suma también, la adeudan los responsables solidarios que eran las compañías tercerizadoras (SUDEPER S.A., MASFESA S.A., CASDASE S.A., PERCANEL CÍA. LTDA y SOLTRADE CÍA. LTDA.), quienes tampoco participaron dentro del proceso.

Asimismo, la compañía CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., presentó una acción extraordinaria de protección, contra dicha sentencia alegando violaciones a sus derechos constitucionales. Ponce (2016) establece que “la doctrina vigente, ha dejado de reconocer al dolo como el designio de causar daño, situándolo ahora, como el conocimiento de la realización de la conducta prohibida o prevaricato” (p.1).

Adicionalmente, y lo que hace relevante para la Corte Constitucional en la parte que nos corresponde la Cervecería Nacional presentó una denuncia de prevaricato contra los mencionados jueces de la Tercera Sala de lo Penal, mismo proceso que se instruyó oficialmente y fueron declarados culpables de este delito, de acuerdo con el anterior Código Orgánico Integral Penal vigente hasta el 10 de agosto del 2014.

En este sentido, dentro de la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional, emite la sentencia, que se ha constituido en emblemática, para el

Ecuador, sin embargo y para el caso que nos ocupa; es interesante el análisis que realiza la corte sobre un punto específico.

La corte después de hacer un análisis, con variadas aristas, establece los siguientes razonamientos: El delito de prevaricato, tipificado en la legislación penal derogada como en la actual legislación, en lo relacionado a la prohibición de fallar en contra de ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, no se aplica en el contexto de la justicia constitucional, es decir, las actuaciones de las juezas y jueces, cuando intervienen en el conocimiento y resolución de garantías constitucionales, no son susceptibles de subsumirse en la conducta típica descrita en la infracción denominada como prevaricato; por tanto, no pueden ser procesados y mucho menos sancionados penalmente por dicho tipo penal.

Sobre este aspecto, aunado a los argumentos esbozados, por la Corte Constitucional del Ecuador (2021) se desarrolla el análisis de este artículo, a fin de llegar a una conclusión sobre la correcta o no motivación de esta decisión jurídica.

La corte constitucional determina que es inaplicable la figura de prevaricato en la sustanciación y resolución de procesos constitucionales.

En relación al análisis y evaluación de los argumentos emitidos por la Corte Constitucional, para determinar si es inaplicable la figura de prevaricato en la sustanciación y resolución de procesos constitucionales, se destaca que la sentencia de segunda instancia que se acusó de prevaricadora fue expedida en el año 2012; y en el Ecuador entró en vigencia un nuevo Código Penal denominado Código Orgánico Integral Penal, el 10 de enero del 2014.

En ambos casos el delito de prevaricato estaba tipificado, bajo el siguiente texto que transcribo a continuación: Código Penal -derogado- establecía:

Art. 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 1. Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece. (p.1)

Por su parte, el actual Código Orgánico Integral Penal ob cit tipifica el delito de prevaricato en los siguientes términos:

Artículo 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses (p.104).

En esta situación jurídica lo importante es poder visibilizar cuáles fueron los argumentos para llegar a la conclusión de que los jueces en casos constitucionales no podrían responder por este delito. Para ello, la Sala Constitucional manifestó lo siguiente:

A diferencia de la justicia constitucional, por la que el juzgador, dado su rol de tutelar de manera efectiva los derechos constitucionales, está obligado en la construcción de su razonamiento judicial, a la aplicación directa de la Constitución y al empleo de aquellos métodos o herramientas de interpretación que le faculta el ordenamiento jurídico, a efectos de aterrizar las categorías abstractas contenidas en la Norma Suprema en forma de derechos o principios al caso en concreto; sin que aquello faculte el ejercicio de actuaciones arbitrarias o desatender el marco constitucional, so pretexto de garantizar derechos constitucionales.

Asimismo, esta Corte ha sostenido que el constituyente, al diseñar las garantías jurisdiccionales en la Norma Suprema, lo ha realizado desde una óptica anti-formalista, implantando filtros no rígidos en cumplimiento con el mandato de simplicidad e informalidad en la administración de justicia constitucional. Resalta también que mientras en la justicia ordinaria las formalidades son más estrictas, establecidas como garantías de igualdad y protección del derecho a la defensa; ya que en la justicia constitucional son más laxas, en aras de buscar una tutela efectiva

de los derechos de las personas, la que no puede esperar so pretexto del incumplimiento de formalidades.

En razón a lo expuesto, esta magistratura colige que los jueces que conocen las distintas garantías constitucionales, están en la obligación de actuar y resolver en favor de los derechos y principios constitucionales, incluso más allá de cualquier regulación de orden legal; en algunos casos, sumado al amplio margen de actuación con el que cuentan los juzgadores, puede ocasionar actuaciones alejadas de las reglas infra-constitucionales. De ahí que, en principio, las actuaciones de un juez en el contexto de la justicia constitucional destinadas a garantizar los derechos y normas constitucionales, en función del método de subsunción y sobre la base de un ejercicio de legalidad, puede generar que las mismas sean calificadas por parte de las autoridades jurisdiccionales como delito de prevaricato.

Aquello, implicaría entonces una suerte de sobreponer una figura penal a los fines y objetivos que persigue el Estado constitucional de derechos y justicia y las garantías jurisdiccionales; ocasionando a su vez, un efecto disuasivo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, en el sentido que, los jueces constitucionales, ante la posibilidad que sus actuaciones sean calificadas como fallar o proceder ante ley expresa, delito de prevaricato, optarían por actuaciones formales y no garantes de la tutela de los derechos y en consecuencia desconectadas con el diseño constitucional.

Sosa-Meza (2018) indica que en el contexto nacional es importante recalcar que muchos jueces suspendidos y destituidos bajo la figura del error inexcusable fallaron en contra del Estado o de algún funcionario o interés público en acciones constitucionales establecidas en la Carta Magna y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En la sentencia N°141-18-sep-cc. Caso N°0635-11-Caso de la Cervecería Nacional, la Corte Constitucional analiza la destitución y presunto prevaricato que cometieron Tres Jueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, quienes concedieron y

ratificaron la sentencia a favor de los ex trabajadores de la Cervecería Nacional del Ecuador en una Acción de Protección planteada por el no pago de las utilidades.

En efecto, la figura del delito de prevaricato, en el sentido de fallar en contra de ley expresa, es propia del Estado legal, en el que la máxima expresión del derecho y la fuente hegemónica es la ley; con lo cual, este tipo penal no se compadece con el sistema de fuentes del Estado constitucional, en el que se reconoce como manifestaciones jurídicas vinculantes, es decir, fuentes del derecho, a la jurisprudencia, políticas públicas, justicia indígena, bloque de constitucionalidad, entre otras fuentes.

En tal sentido, esta Corte advierte que la posibilidad de dar inicio a un proceso penal o administrativo sancionador a jueces que actúan en el contexto de la justicia constitucional, en función de la sola aplicación errónea de los métodos de interpretación previstos en la Constitución y la ley o el ejercicio de un argumentación equivocada en sus decisiones; tal como acontece en el presente caso, resulta contrario al sistema constitucional, a los derechos constitucionales, y, a los principios que rigen la justicia constitucional en materia de garantías constitucionales.

Además que, la posibilidad de que la justicia ordinaria o los órganos administrativos, sancionen a los jueces constitucionales en función de lo equivocado de su decisión dictada dentro de garantías jurisdiccionales, encaminada a tutelar derechos, implicaría una suerte de control, calificación y/o juicios de valor sobre sentencias constitucionales, por parte de órganos que no tienen competencia constitucional para aquello, puesto que, solo la Corte Constitucional ob cit como máximo órgano de administración de justicia constitucional, tiene potestad para controlar las decisiones de la justicia constitucional y establecer las acciones que correspondan cuando encuentre actuaciones ajenas al marco constitucional.

Para Egas-Pacheco (2019) la capacidad de algunos magistrados para actuar selectivamente o sobre la base de premisas falsas, inventando normas, o empleando argumentaciones para diferenciar posiciones interpretativas, es una

seña de hasta dónde llega o puede llegar el compromiso de un juez para administrar justicia en casos tan complejos y debatidos o, incluso, politizados, Egas-Pacheco ob cit indica que:

El prevaricato se muestra como el procedimiento que garantiza y resguarda a la Ley, la que se valora como un perfecto delimitante de los derechos y que es aplicado literalmente, haciendo de esta un arma principal de las prohibiciones dirigidas a los jueces de justicia en todo lo que se refiere a transgredir en contra de su exacto mandato (p.9).

En el contexto legalista, prevaricar tiene como significado el administrar justicia de modo parcial, alejándose de manera maliciosa de la ley beneficiando o desfavoreciendo a la persona por medio de su acción u omisión (Gareca, 2009).

El papel del juez constitucional, y si la norma establece que sea preponderante y activista.

Argumentando sobre el papel del juez constitucional, y si la norma establece que sea preponderante y activista, es importante señalar que la corte no establece lo que se debe entender, como un activista al referirse a los jueces; sin embargo, lo que sí es claro, de la interpretación armónica de la sentencia es que esta palabra denota un mayor rango de acción de lo establecido en los límites de la ley. Ferrajoli (2012) reconocido positivista hace un llamado a una abogacía militante, expresando:

El resultado son dos cambios de paradigmas, interconectados y paralelos. En primer lugar, del derecho y de las condiciones, ya no sólo formales sino también sustanciales, de la validez de las leyes; en segundo término, de la estructura de la democracia, caracterizada a su vez ya no por la dimensión política o formal como única, sino también por su dimensión sustancial, relativa a las decisiones (p.33).

De igual forma, ha alentado a sus despistados seguidores que fungen en las cortes constitucionales de la región, a fundamentarse en él para que resuelvan de acuerdo a su mejor saber y entender de forma activa incluso caminado por donde no va la contienda legal con decisiones que a veces dista mucho de la ley.

En las garantías jurisdiccionales y en general en la justicia constitucional, el fin siempre ha sido el de buscar una justicia poco formal, con el objeto de que la tutela de los derechos sea expedita. Asimismo, el Ecuador ha consagrado en su Constitución lo siguiente:

- Art.11:** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (p.11).
- Art.172:** Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. (p.63).

Sin embargo, en ningún caso se establece en la Constitución o la ley, una figura equivalente y no definida, de los jueces de la corte constitucional como activismo. Atienza (2013) refiere que un juez no debe ser un justiciero, sino ser justo, porque dentro de las garantías del debido proceso se encuentra la imparcialidad. Sin embargo, el papel activo -no activista- que sostiene el juez, inclusive con figuras como *iura novit curia* en ningún caso fomenta el hecho de que él mismo se pueda desprender de la ley y es que tal como rezan los artículos anteriores a ello se deben ceñir los jueces para dictaminar, a nuestro ordenamiento jurídico, de manera inequívoca.

En ese sentido, la sentencia establece una premisa-el activismo- que no lleva a la conclusión que afirma, pues en ningún caso esto significaría un alejamiento de la ley.

La aplicación directa de la constitución en los procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, tiene como consecuencia que se pueda separar de la ley.

La aplicación directa de la Constitución de la República del Ecuador ob cit en los procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, tiene como consecuencia que se pueda separar de la ley. En este caso, la sentencia insiste de manera cansina en que el juez constitucional, debe aplicar directamente la Constitución, y esto es uno de los argumentos más fuertes y desarrollados, a fin de

que denota por esto una separación de la ley. Lo que puede constituir una falacia de falsa causa definida por Hamblin (2016) como “todo argumento que de manera incorrecta intenta establecer una conexión causal, es un argumento válido, pero no lo es” (p.19), pues la aplicación directa de la Constitución ecuatoriana, siendo la más larga del mundo y que en muchos pasajes tiene aspectos reglamentarios, no contradice el hecho de que se deba someter a ella como cuerpo jurídico. Sobre las falacias, Peñalva (2016) señala que: “Debemos aceptar, entonces, que las falacias son afecciones que padecen los razonamientos y los argumentos, y no las proposiciones que actúan como premisas o conclusión de los mismos” (p.708). Asimismo, es importante señalar que las leyes también están sometidas a la constitución, so pena de la invalidez.

Sin embargo, el punto neurálgico de este argumento, es que subliminalmente señalan que esto ocurre en los procesos constitucionales, o es una condición solo de ellos, cuando la propia carta magna establece que la aplicación directa de la constitución no es exclusiva de los jueces constitucionales, tal como lo manifiesta en su artículo 11:

Art.11: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (p.11).

Al respecto, los jueces tienen la obligación, no sólo cuando funjan de constitucionales, sino incluso dicha norma no sólo es para la función judicial sino para todos los funcionarios públicos. El hecho de la inmediata y directa aplicación de la Constitución constriñe sus actuaciones a una norma jurídica; y por lo tanto contradecirla sería un acto arbitrario que tiene sanción en nuestro ordenamiento jurídico.

El antiformalismo constitucional como causa de no poder prevaricar.

Es importante destacar que el antiformalismo, insiste en que la sentencia es una constante en las garantías jurisdiccionales, de alguna data anterior, y que la misma se dirige básicamente a lograr una efectiva resolución y amparo por parte del juez de los derechos vulnerados y puestos en peligros, por sobre las formalidades del proceso.

En este caso nos lleva básicamente a situaciones procesales bastante entendibles, como el hecho de que no existan declaraciones de nulidad, y que las falencias del proceso puedan ser saneadas por el juez (Timm-Hidalgo, 2014).

Sin embargo, es una falacia denominada falsa contradicción, tratar de afirmar, que el anti-formalismo constitucional, supone que al juez no lo obligue la ley en sus decisiones. De esto y aunque el proceso se defina de tal manera, no es menos cierto que tiene normas que deben de ser cumplidas; como la citación, términos de impugnación, etc. Situaciones que los jueces cumplen, porque la ley lo dispone de forma inteligente.

Asimismo, el antiformalismo es sobre el proceso, y no sobre la resolución judicial y por lo cual, siendo una falacia, es decir un ilícito argumentativo, la misma no puede sostenerse como fundamento de la decisión. En este sentido, surgen opiniones diversas de autores en materia de derecho, Medina (2005) señala que:

Existe una interpretación razonable de la ley según la cual los textos legales, sin ser nunca desconocidos, pueden ser interpretados razonablemente. Usted es un jurista que aboga por la interpretación razonable, pero que aborrece la jurisprudencia del capricho del nuevo derecho y del anti-formalismo (p.1)

La justicia ordinaria se basa en un método de subsunción, y esto es propio del estado legal.

Sobre este aspecto la Corte en la sentencia y al hablar del método de subsunción señala ideas que creemos no son acertadas; y como primer punto es importante señalar que el hecho de la multiplicidad de fuentes del derecho que cita la sentencia, no es una novedad de nuestra constitución, que rige desde el año 2008

y que nos consagra en el artículo 1 como un estado constitucional de derechos y justicia.

Así mismo, el trasfondo de todo es que definitivamente hay una sui géneris reflexión, sobre el prevaricato pues al manifestar que el mismo no se compadece con el sistema de fuentes de este estado constitucional que consagra nuestra carta magna; entonces sería un tipo penal inconstitucional; así las cosas y si esto tuviera consistencia, saltaría a la palestra una pregunta que demuestra cierta inconsistencia en el fundamento de la Corte Nacional de Justicia-Ecuador (2021): ¿Por qué no declararon inconstitucional el artículo, ya que contradecía al Estado constitucional de Derecho determinado en el artículo 1; y fundamentado en lo que disponen los artículos 424 y el artículo 436 No. 3 ib ídem?

Es claro que la corte en vez de sólo declarar la inaplicabilidad de la figura en las causas constitucionales, al determinar que la misma contradice nuestro estado constitucional consagrado en la carta magna, debería declarar la norma ineficaz.

El prevaricato como una instancia de control constitucional y un disuasivo para la protección de los derechos constitucionales.

Colamarco (2005) señala que en el Ecuador el control pleno lo ejerce el Tribunal Constitucional, sin embargo, ejercen también control constitucional los jueces y tribunales, quienes tienen la potestad de suspender la aplicación de una norma por considerarla inconstitucional, pero dicha declaración rige únicamente para ese caso particular. Posteriormente, los jueces remiten al Tribunal Constitucional un informe sobre tal declaratoria, para que dicho Tribunal se pronuncie con carácter general y obligatorio. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional puede aceptar o no, el criterio del juez.

En ese sentido, la sentencia esgrime un argumento que aplicable también lo sería a todos los órganos de la justicia, en las diversas materias y no sólo en lo que respecta a la justicia constitucional. En su parte pertinente la corte menciona que con el solo razonamiento equivocado o el empleo de una argumentación que no

satisface de manera plena la garantía de motivación, esgrimida en el contexto de procurar una tutela efectiva de derechos constitucionales, conforme es la obligación de los jueces constitucionales, y expuesta sobre la base del marco constitucional vigente, en relación con los hechos, materia de debate constitucional en la garantía, puesto a su conocimiento y resolución, tal como acontece en el caso sub examine, constituyen actuaciones constitucionales que no están en la esfera del derecho penal y/o administrativo sancionado.

De esto La Corte Nacional de Justicia ob cit vuelve a banalizar y a equivocarse, con respecto de la figura del prevaricato, en este caso asumiendo como supuestos del tipo penal elementos constitutivos que no son recogidos por el anterior Código Penal ni en el actual Código Orgánico Integral Penal.

La figura del prevaricato, que en términos amplios se puede sintetizar como el hecho de que una autoridad judicial mande a hacer lo que la ley prohíbe, o dejando de hacer lo que manda; ha sido analizada con suficiencia por el alcance, y se ha diferenciado, del error judicial, de manera clara. Esto se hace evidente que, al existir un error judicial, que es declarado en instancia, de tal manera, podemos asumir que en la mayoría de casos existieron razonamientos equivocados. Lo que no es menos cierto, que el sólo hecho de que exista una declaración en ese sentido, es algo naturalmente posible al sustanciarse un recurso vertical como la apelación, no quiere decir que exista una acción típica; pues los elementos para poder determinar dicho tipo penal, ha acontecido son los siguientes:

1.- La existencia de una norma aplicable en el proceso. Se entiende como norma para estos efectos una regulación legal, que dispone de forma imperativa; contrario esto a un principio.

2.- La oportunidad de aplicación de la norma de forma imperativa.

3.- El accionar del juez de forma contraria.

4.- La lesión de derecho y/o perjuicio a alguna parte procesal.

De allí que, un mal razonamiento, una mala valoración de prueba o una mala argumentación, no son elementos del tipo, sino sería delictual que un juez se

equivoque. De hecho, el principio del Doble conforme o el derecho a la instancia, en todos los procesos tiene como principio el reconocimiento de que un dictamen de justicia es susceptible a errores. En este sentido, vemos una vez más que el razonamiento no es consistente, o sigue teniendo como característica una falsa causa.

Asimismo, es importante, que estos argumentos que la corte los limita a la justicia constitucional de ser ciertos, fueran aplicables a la justicia ordinaria en el marco jurídico ecuatoriano; pues si conectamos lo aquí mencionado con el acápite anterior vemos que las normas no sólo se refieren a la justicia constitucional, sino que incluye de forma inequívoca a todo proceso judicial.

La Constitución de la República y la responsabilidad de los jueces.

En cuanto a la Constitución de la República ob cit y la responsabilidad de los jueces, la carta magna establece en el artículo 172 lo siguiente:

Art.172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley (p.45).

A partir de lo anterior, se puede inferir que la argumentación no es consistente en sí misma, sin embargo, la pregunta ahora que nos hacemos sería, si la resolución es sostenible en nuestro ordenamiento jurídico. De allí, que la Constitución de la República ob cit, es decir, el mismo cuerpo legal que manifiesta la sentencia que los separa a los jueces constitucionales del prevaricato, establece que los jueces son responsables del quebrantamiento de la ley. Lo cual es importante señalar que la resolución de la corte no sólo establece una salvedad cuando los jueces constitucionales interpreten la constitución al resolver, sino que manifiesta que los

jueces en el evento de garantías jurisdiccionales no podrán cometer este ilícito, en su resolución y su sustanciación.

Las actuaciones de las juezas y jueces, cuando intervienen en el conocimiento y resolución de garantías constitucionales, no son susceptibles de subsumirse en la conducta típica descrita en la infracción denominada como prevaricato. Sin embargo, es importante advertir en este orden de cosas que hay dos situaciones, que la resolución, ni siquiera menciona; y sin embargo ya resuelve sobre ellas:

1.- Existen regulaciones procesales que, aunque sean antiformalistas, son normas con carácter de imperativas, para los jueces constitucionales, y que no requieren de una interpretación constitucional, pero actuar contraria a ellas haría reo al juez del delito de prevaricato. Por ejemplo, para la acción extraordinaria de protección la persona que quiere iniciar un proceso tiene 20 días para proponerlo, desde que se le notifica la sentencia; y con la recepción de esta, el juez de primera instancia debe remitir el expediente a la corte constitucional.

El recurso de apelación de una acción de protección se debe presentar en el término de tres días después de que se le notificó la sentencia a quien se sienta perjudicada. Sobre todas las garantías jurisdiccionales de control constitucional, se puede apelar, pero dicho recurso sólo tendrá efecto devolutivo, esto es que la sentencia se deberá ejecutar sin perjuicio de su revocatoria en instancia superior.

Todas estas regulaciones procesales, se encuentran en la ley orgánica de la materia. Si por ejemplo: un juez decidiera no ejecutar la sentencia, o aceptar una apelación después de 8 días, o una acción extraordinaria de protección en 4 meses, sin lugar a dudas actuaría contra ley expresa, ordenando lo que ella prohíbe, o no haciendo lo que ella manda, con una obligación legal y en perjuicio de una parte.

Los argumentos esgrimidos establecen o remarcan como si todo el proceso se sustanciara a partir de principios constitucionales, cuando obvian que también existen normas en la carta magna; las que podemos entender en palabras de Zavala-Egas (2012) como el conjunto de significados prescriptivos de las

disposiciones de derecho fundamental, añadiendo que: “son un conjunto de significados que se expresan mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está fundamentalmente ordenado, prohibido o permitido (conductas deónticas) o que atribuyen a un sujeto una competencia de derechos fundamentales” (p.254).

A su vez también existen regulaciones procesales en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ob cit, cuyo acatamiento no requiere de ningún ejercicio de discrecionalidad.

2.- En la legislación ecuatoriana, existen más de una modalidad de la conducta de prevaricato en el mismo artículo, pues el Código Orgánico Integral Penal ob cit, recoge dos supuestos, y el segundo es totalmente distinto a fallar contra una ley expresa, y que también será inaplicable en la sustanciación de garantías jurisdiccionales de control constitucional, sin que exista en la sentencia motivación alguna para hacerlo. Dicho artículo cita lo siguiente:

Artículo 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses (p.104).

El segundo supuesto, resulta bastante oportuno; ya que no tendría ninguna incompatibilidad en las garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, y más aún el Código Orgánico de la Función Judicial, establecen en la vía administrativa de este supuesto la destitución inmediata. Para ello la corte en su sentencia, utiliza los argumentos de uno de los supuestos del prevaricato, para inaplicar todo el artículo que contiene dos modalidades de ejecución de conducta.

METODOLOGÍA

El estudio se enmarcó dentro del paradigma crítico propositivo, dado que se analizaron aspectos jurídicos concernientes al delito de prevaricato y la posibilidad de sanción a los Jueces Constitucionales por dicho delito. El tipo de investigación empleada es la documental- descriptiva, puesto que se analizó y describió la situación desde un enfoque teórico, basado en un diseño de carácter bibliográfico, de una revisión sistemática de materiales impresos, a través de diversas técnicas como fichajes, subrayados, internet.

Propuesta de solución de problema y argumentación en favor de la solución.

Es importante indicar que definitivamente, la Constitución ecuatoriana ob cit al establecer que los jueces responderán por el quebrantamiento de la ley, definitivamente cobija la figura del prevaricato y no excluye expresamente a la justicia constitucional.

Asimismo, las normas procesales que regulan el procedimiento de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, como los términos para la interposición de las acciones, la sustanciación de la audiencia, etc, pueden ser objeto de contradicción expresa, cuando así lo dispone la norma y por lo tanto, existe una hipótesis del cometimiento del ilícito de los jueces. Sin embargo, es importante acotar que siempre existió en las mismas normas, es decir, la solución sobre el prevaricato y la interpretación constitucional, pues hay razonamientos de las leyes que buscan es su propia desobediencia (García-Amado, 2017).

En ese sentido, surgen líneas de razonamientos, con respecto al tema: El tipo penal que establece como elemento constitutivo, básicamente el hacer lo que la ley prohíbe, o no hacer lo que la ley manda; de esto es importante la definición del elemento ley que tiene para el tipo penal.

Aunque se podría acotar que la ley debe ser entendida como el conjunto de cuerpos normativos obligatorios, los cuales son los cuerpos positivos del derecho;

esa interpretación amplia al no ser expresa estaría prohibida en el Ecuador, por el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal ob cit, que reza:

Artículo 13.- Interpretación: Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos (p.9).

En esta cadena de razonamientos observamos que el artículo 425 de la Carta Magna, señala al establecer el orden jerárquico de las normas, siguiendo la Pirámide de Kelsen (Galindo-Soza, 2018). Planteada de la siguiente manera:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución;
Los tratados y convenios internacionales;
Las leyes orgánicas;
Las leyes ordinarias (p127).

Kelsen (1982) indica que el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas sobre la base del principio de jerarquía. La pirámide kelsiana es un método jurídico estricto, mediante el cual se quiere eliminar toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica, es decir categoriza las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás: Constitución, ley, decreto ley, ordenanza etc.

En ese sentido, y sin ir a argumentos de falsos activismos o falacias de falsa causa, es objetivo que la norma antes relatada hace una diferencia, entre la Constitución y las Leyes, a las que incluso divide en orgánicas y ordinarias.

2.- Adicional, la Constitución, también manifiesta el origen distinto de estos dos cuerpos normativos, pues el primero viene de un suceso de poder amplio y fundacional, la cual está atribuida a la Asamblea Constituyente de la gestión 2007-2008; y el segundo es creación de un poder constituido, denominado Asamblea Nacional que encarna la función legislativa; y así mismo podemos establecer las diferencias evidentes como importantes entre uno y otra figura (Asamblea Constituyente, 2009).

Siguiendo el hilo de la interpretación restrictiva de la norma penal; se infiere que fallan contra la ley expresa, en perjuicio de una de las partes, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda. Es necesario, definir que la ley, sólo se podrá identificar a aquella que es producto del legislativo, no de la constituyente, y por lo tanto, el juez al hacer una interpretación constitucional, incluso contra las normas de la misma, no podría cometer un ilícito, porque simplemente no existe un prevaricato constitucional que lo sancione; lo cual recoge el adagio del nullum crimen, nullum pena sine lege, también desarrollado como garantía del debido proceso en el artículo 76 Numeral 3, que señala:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (p.25).

Sin embargo, no se podría señalar que en todos los casos que se conozca o sustancia una causa de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, no podría prevaricar un juez, por cuanto la ley de garantías jurisdiccionales también regula el proceso de estas acciones y si constituye evidentemente una ley, y por lo tanto su quebrantamiento sería un elemento del tipo penal.

Es importante manifestar que nuestro ordenamiento ha sido muy enfático en que las personas en todas las áreas y materias pueden acudir a la justicia y ser resarcidas en caso de error judicial; lo cual no excluye, como es lógico que pueda

sucedier en algún proceso, que exista una mala o contraria interpretación constitucional; y aun cuando por la interpretación literal de la palabra ley, en el tipo penal podría excluir la interpretación constitucional, no es menos cierto, que en otras áreas, como la responsabilidad civil y administrativa, definitivamente, el funcionario está llamado a responder en el caso que lo amerite.

CONCLUSIÓN

A partir de los sustentos bibliográficos mencionados en el artículo, podemos concluir que el delito de prevaricato no es incompatible con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y que la constitución de la República consagra la responsabilidad por el quebrantamiento de la ley de los jueces, en los cuales se incluye la justicia constitucional.

El argumento utilizado por la Corte Nacional para señalar que ese delito no es incompatible con el papel activista del juez en este tipo de garantías jurisdiccionales, sin perjuicio de que el concepto de dicho rol no está definido por la propia corte y menos por algún cuerpo normativo, donde habría que analizar si el mismo papel no reñiría con el principio de imparcialidad judicial, tampoco es incompatible con lo que se puede entender de dicho concepto.

Señalar que el antiformalismo procesal y la aplicación directa de la Constitución de la República del Ecuador ob cit en los procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, se contraponer a la figura del prevaricato está sostenido en una falacia de falsa causa.

De igual manera, el argumento que el prevaricato o proceso de este tipo penal, se convertiría en una instancia de control constitucional, también es una falacia de falso consecuente, y dicha afirmación está fundada en una confusión entre el control y el error judicial, con los elementos del tipo penal del prevaricato.

Finalmente, vemos que basada en las razones esgrimidas en la sentencia, que a nuestro juicio son incorrectas; lo pertinente hubiese sido que pensando en eso, la corte hubiese declarado al tipo penal como inconstitucional y no sólo no