



La interpretación del delito de prevaricato en la sustanciación y resolución de las garantías jurisdiccionales: un recorrido por la jurisprudencia constitucional.

Alex Omar Lucio Paredes¹

RESUMEN: El objeto de estudio es una línea jurisprudencial construida por la Corte Constitucional. A través del análisis de precedentes indagamos sobre la interpretación que la Corte Constitucional ha realizado al tipo penal de prevaricato en el contexto de la justicia constitucional. El desarrollo del trabajo explica cuestiones relativas al tipo penal de prevaricato en el ordenamiento jurídico nacional, la aplicación directa de la Constitución y las garantías jurisdiccionales. Luego, se analizó varias sentencias para identificar la regla y subregla jurisprudencial, poniendo énfasis en el estudio de la *ratio decidendi*. Dentro de las conclusiones presentadas ponemos en evidencia que la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial presenta una contradicción entre los argumentos de la *ratio decidendi* y la regla creada, mientras que la sentencia consolidadora de la línea, realiza un símil de interpretación conforme al tipo penal de prevaricato, añadiendo a la figura penal propiedades (fallar-ley sustantiva y proceder-ley adjetiva) inexistentes dentro del tipo penal, para suplir la deficiente argumentación de la sentencia fundadora y poder justificar la creación de una subregla jurisprudencial. La línea jurisprudencial es sólida.

PALABRAS CLAVE: Regla jurisprudencial, prevaricato, garantías jurisdiccionales, aplicación directa de la Constitución.

ABSTRACT: The object of study is a jurisprudential line constructed by the Constitutional Court. Through the analysis of precedents we investigate the interpretation that the Constitutional Court has made of the criminal type of prevarication in the context of constitutional justice. The development of the work explains issues related to the criminal type of prevarication in the national legal system, the direct application of the Constitution and jurisdictional guarantees. Then, several sentences were analyzed to identify the jurisprudential rule and subrule, emphasizing the study of the *ratio decidendi*. In the conclusions presented, we highlight that the founding sentence of the jurisprudential line presents a contradiction between the arguments of the *ratio decidendi* and the created rule, while the founding sentence of the line makes a similar interpretation according to the criminal type of prevarication, adding to the criminal figure properties (to rule-substantive law and to proceed-adjective law) that do not exist within the criminal type, to make up for the deficient argumentation of the founding sentence and to be able to justify the creation of a jurisprudential subrule. The jurisprudential line is solid.

KEYWORDS: Jurisprudential rule, prevarication, jurisdictional guarantees, direct application of the Constitution.

¹ Alex Omar Lucio Paredes, Universidad Central del Ecuador, alexomarlucio@hotmail.com; aolucio@uce.edu.ec, 0987999093, orcid.org/0000-0002-1033-2688.

INTRODUCCIÓN

Manuel García Pelayo afirma que las constituciones del Estado constitucional se caracterizan por la supremacía y la jurisdicción constitucional.² En cambio, para Josep Aguiló, el Estado constitucional cuenta con constituciones que tienen como cualidades la rigidez, la limitación al poder político, la garantía de derechos y la eficacia de sus disposiciones.³ Al respecto de los derechos, la Constitución de la República del Ecuador incorporó un catálogo extenso de derechos redactados con fórmulas abiertas y abstractas;⁴ siendo estos plenamente justiciables y de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidor judicial.⁵ Por otra parte, las garantías constitucionales “en sentido amplio son los medios de los que disponen los ciudadanos para hacer efectivos sus derechos constitucionales”.⁶ Nuestra Constitución clasifica a las garantías constitucionales en: garantías normativas, garantías de políticas públicas y servicios públicos y, garantías jurisdiccionales; siendo estas últimas de competencia de los órganos jurisdiccionales.

Las garantías jurisdiccionales hacen posible la justiciabilidad de los derechos constitucionales vulnerados. No obstante, varias sentencias dictadas en el contexto de la justicia constitucional, nos permiten inferir que existe una diferencia sustancial entre lo prescrito normativamente y la práctica procesal en la sustanciación de las garantías jurisdiccionales, provocando la desnaturalización de estas.⁷ El conocimiento que hacen los jueces de las garantías jurisdiccionales son procedimientos reglados por la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sin embargo, en el procedimiento, varios jueces han inobservado las disposiciones de la Constitución y la Ley. Por lo general, cuando un juez falla o procede contra ley expresa, se configura el delito de prevaricato, siempre que se cumplan con los elementos constitutivos del tipo penal. Entonces, surgen las siguientes inquietudes, ¿las conductas judiciales dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales son susceptibles de ser investigadas y sancionadas por configurar prevaricato? Este trabajo analiza la línea jurisprudencial creada por la Corte Constitucional sobre el tipo penal de prevaricato en los procedimientos de las garantías jurisdiccionales.

El documento tiene tres partes: introducción, desarrollo y conclusiones. El propósito del artículo es dotar de insumos a los integrantes de la cultura jurídica del país para el estudio, el debate y la crítica. Que el contenido expuesto en el trabajo, permita fortalecer la observancia de los precedentes jurisprudenciales en miras de garantizar la seguridad jurídica, fortalecer la justicia constitucional y, limitar el abuso de las garantías jurisdiccionales bajo el pretexto de desconocimiento de los precedentes.

2 Manuel García, “Estado legal y Estado Constitucional del Derecho” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 82 (1991): 40-3, <https://n9.cl/6cr6r>.

3 Josep Aguiló, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional” (Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2001), 451-3. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10216/1/doxa24_16.pdf.

4 Pedro Salazar, “Capítulo 53: Sobre el concepto de Constitución”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, ed. Fabra Zamora y Spector Ezequiel (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3, 2008), 1930.

5 Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, numeral 3.

6 Agustín Grijalva, “Constitucionalismo en Ecuador” *Capítulo 1 Panorama general, Panorama básico de la nueva Constitución, Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador de 2008*. (Quito: Pensamiento Jurídico Contemporáneo, n.º 5, 2011), 29, <https://n9.cl/mdzrr>.

7 En cinco años, el trámite de acciones de protección y habeas corpus subió 211%. Para hacer uso de este contenido cite la fuente y haga un enlace a la nota original en <https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/garantias-constitucionales-mediadas-cautelares-reformas-justicia/>.

METODOLOGÍA

La línea jurisprudencial “permite agrupar racionalmente un conjunto de decisiones judiciales a partir de la identificación de un problema jurídico específico con el fin de establecer cuáles han sido las respuestas que le ha dado la jurisprudencia”.⁸ El artículo tiene por objeto de estudio la línea jurisprudencial abierta por la Corte Constitucional con la sentencia No. 141-18-SEP-CC dictada el 8 de abril de 2018 dentro del caso No. 0635-11-EP. La pregunta que guía el trabajo es: ¿Las conductas judiciales en la sustanciación y resolución de garantías jurisdiccionales pueden ser investigadas, procesadas y sancionadas penalmente por configurar el tipo penal de prevaricato? El método aplicado fue el hermenéutico jurídico, teniendo como referencia el análisis dinámico y estático de precedentes constitucionales. El estudio estático es una técnica que atiende principalmente a la descomposición estructural de la sentencia para identificar y hacer una distinción entre la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*.⁹ En cambio, el análisis dinámico busca identificar las subreglas dentro del conjunto de sentencias, partiendo de la delimitación del escenario constitucional, selección de sentencias hito y, construcción de teorías jurídicas estructurales.¹⁰ El análisis propuesto recoge elementos de ambas técnicas. Hemos seleccionado las sentencias importantes y no importantes para identificar dentro de estas: 1) el problema jurídico; 2) el patrón fáctico; 3) la *ratio decidendi*; 4) el núcleo duro de la *ratio decidendi*; 5) subreglas.

DESARROLLO

APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Entender a la Constitución como una norma jurídica exigible y aplicable es el resultado del proceso constitucional de Estados Unidos de América de 1787. Luego de la Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo europeo también acogió esta idea. Hoy, la Constitución normativa, vista como norma jurídica exigible y aplicable, es una característica de las constituciones contemporáneas.¹¹ La aplicación directa de la Constitución implica que “ella obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos”.¹² De esta forma, la Constitución ya no es solo un programa político, sino, una norma jurídica con posibilidad de ser aplicada por los operadores de justicia.¹³

8 Héctor Santaella, “La Línea Jurisprudencial como Instrumento Esencial para Conocer el Derecho”, *Docencia y Derecho, Revista para la docencia jurídica universitaria*, n.º 10 (2016): 6, <http://hdl.handle.net/10396/15157>.

9 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 109-11-IS/20*, 2020, párr. 23.

10 Diego López, *El Derecho de los Jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Bogotá: Legis Editores, 2da ed., 2011), 140, <https://n9.cl/j0krlt>.

11 Sebastián López, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador* (Quito: Derecho y Sociedad, 4, 2018), 3 y 281, <https://n9.cl/uailp>.

12 Luz Bulnes, “La fuerza normativa de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, número especial (2004): 137, <https://n9.cl/nwnhl>.

13 Julio Trujillo, “La Fuerza Normativa de la Constitución Ecuatoriana Actual”, *FORO, revista de derecho*, n.º 2, UASB-Ecuador (2004): 90-1, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/284/283>.

De manera equivocada se podría pensar que solo la Corte Constitucional puede aplicar directamente la Constitución (CRE, art. 429), cuando todos los jueces pueden aplicar directamente la Constitución (CRE, arts. 11.3, 428). Sin embargo, la aplicación directa de la Norma Suprema no procede en cualquier escenario.

Gustavo Medinaceli sistematiza los derroteros ante los cuales el juez puede aplicar directamente la Constitución, siendo estos; aplicación indirecta de la Constitución, aplicación directa de la Constitución ante un vacío normativo infraconstitucional, aplicación directa de la Constitución ante un conflicto de reglas o colisión de principios.¹⁴ De los derroteros enunciados, nos detenemos en la explicación del tercero, porque en una de las sentencias analizadas (Sentencia No. 141-18-SEP.CC), el supuesto de la aplicación directa de la Constitución ante un conflicto de reglas, se convirtió en el argumento medular para la *ratio decidendi* que ocasionó la creación de la regla de precedente que fundó la línea jurisprudencial analizada.

En este derrotero, los principios constitucionales pueden colisionar de forma indirecta. Por ejemplo, una regla infraconstitucional puede ser contraria a un principio constitucional, pero esa regla infraconstitucional está formulada con base en otro principio constitucional; en consecuencia, existe una colisión indirecta. Aparentemente, estamos frente a un conflicto entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional, donde la regla deberá ser inaplicada bajo alguna excepción o declarada inconstitucional, para dar paso a la aplicación de la Constitución. No obstante, la explicación de orden teórica tiene algunos límites; por ejemplo, la imposibilidad del juzgador de inaplicar una regla que, a su juicio, con certeza sea contraria a la Constitución¹⁵ o, inclusive su conducta podría configurar el tipo penal de prevaricato. Sobre la conducta del juez que por aplicar directamente la Constitución en desobediencia de una regla infraconstitucional expresa, en la Asamblea Constituyente de Montecristi y años más tarde de entrada en vigencia la CRE, se discutió sobre la posibilidad de eliminar el prevaricato en el contexto de la justicia constitucional:

Concretamente se debatió en forma acalorada sobre la necesidad de eliminar el juicio político a los jueces de la Corte Constitucional, y los mecanismos alternativos de responsabilidad de los mismos. Los miembros del Tribunal Constitucional insistieron mucho en la necesidad de regular adecuadamente la responsabilidad penal de los jueces constitucionales, y sobre la necesidad de eliminar el delito de prevaricato, en un contexto de activismo judicial como el que es propio de la justicia constitucional. Sobre los dos primeros tópicos hubo al final consenso, pero no lograron convencer a los constituyentes sobre la eliminación del delito de prevaricato.¹⁶

Sin embargo, hasta el año 2018 la situación del ejercicio de la jurisdicción constitucional y el prevaricato, no fue abordado directamente ni por la Asamblea Nacional o la Corte Constitucional.

Para abordar una parte de la justicia constitucional debemos preguntarnos ¿quiénes ejercen jurisdicción constitucional? Todos los órganos judiciales ejercen jurisdicción constitucional.¹⁷ Estos jueces se envisten de jurisdicción constitucional, cuando conocen

14 Gustavo Medinaceli, *La aplicación directa de la Constitución* (Quito: serie Magíster, 134, 2013), 37-40, <https://n9.cl/t56gr>

15 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Juicio n.º 003-13-SCN-CC*, 2013, 5, 23.

16 Juan Montaña, "Apuntes de derecho procesal constitucional", *Aspectos generales*, (Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición, Tomo 1, 2011), 72, <https://n9.cl/kr82q>.

17 Todos los jueces son competentes para resolver garantías jurisdiccionales, salvo, los jueces del Tribunal Contencioso Electoral y los jueces de Unidades Judiciales de la Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario.

y resuelven garantías jurisdiccionales. En consecuencia, resulta necesario explicar qué son las garantías.

Las constituciones contemporáneas incorporan garantías para que los derechos alcancen eficacia jurídica.¹⁸ Luigi Ferrajoli propone “llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por «derecho subjetivo» toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.¹⁹ Estas garantías son herramientas para promover, tutelar y reparar los derechos. Existen varios criterios para clasificarlas, pero en este trabajo, haremos uso de la propuesta desarrollada por Ferrajoli.

Si la expectativa que genera el derecho consiste en una prestación, la garantía será positiva porque impone al Estado obligaciones de hacer o dar. Si la expectativa que genera el derecho consiste en la abstención de una acción, la garantía será negativa porque impone al Estado una prohibición. La suma de garantías positivas y negativas pueden ser calificadas como garantías primarias, mientras que, los mecanismos de justiciabilidad frente a la violación de los derechos o expectativas normativas son denominadas como garantías secundarias. Tomando de referencia los criterios de clasificación, podemos establecer algunas relaciones con las garantías de la Constitución.

En el Título III de nuestra Constitución el constituyente desarrolló tres tipos de garantías para los derechos constitucionales. Aparecen en el Capítulo I, las garantías normativas como obligaciones y prohibiciones destinadas al legislador y otros órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente las normas jurídicas a los derechos, por lo tanto, son garantías primarias negativas y garantías primarias positivas. En el Capítulo II se encuentran las garantías de políticas públicas y servicios públicos, como deberes encomendados a los órganos estatales con capacidad de gestión para formular, ejecutar, evaluar y controlar las políticas públicas y servicios públicos con la finalidad ulterior de garantizar el goce de los derechos, por lo tanto, son garantías primarias positivas. En el Capítulo III el constituyente incorporó las garantías jurisdiccionales entendidas como “los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución”,²⁰ por lo tanto, son garantías secundarias. En nuestro ordenamiento jurídico tenemos ocho garantías jurisdiccionales que son: medidas cautelares constitucionales, acción de protección, hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de hábeas data, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección y acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.²¹

La competencia para resolver la acción extraordinaria de protección y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales recae en la Corte Constitucional, mientras que, para el resto de garantías jurisdiccionales, los jueces de la función judicial, son los competentes para conocerlas y tramitarlas.

Los procesos de las garantías jurisdiccionales se encuentran regulados fundamentalmente por la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y varias sentencias constitucionales que contienen precedentes vinculan-

18 Claudia Storini, “Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador”, *FORO, revista de derecho*, n.º 2, UASB-Ecuador (2010): 104, <https://n9.cl/v2oh9>.

19 Luigi Ferrajoli, “Garantías: Garantías y Garantismo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 42 (2019), párr. 6, <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0983813>.

20 Ramiro Ávila, “Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva”, *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, Avances conceptuales en la Constitución del 2008* (Quito Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008), 89, <https://n9.cl/huurk>.

21 Las primeras siete garantías jurisdiccionales fueron incorporadas por el constituyente en la Constitución; sin embargo, la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales es una creación de la Corte Constitucional a través de la sentencia No. 001-10-PJO-CC.

tes y obligatorios. En consecuencia, el fondo de las controversias ventiladas en los procesos de garantías jurisdiccionales se resuelve por medio de la aplicación de los principios y derechos y, no necesariamente a través de las reglas -subsunción judicial-. Por lo tanto, podrían darse casos donde los jueces para justiciar los derechos violados, interpreten y apliquen de forma directa e inmediata la Constitución ocasionando la transgresión a una regla -derrotabilidad de la regla-.²²

No obstante, cuando el juzgador transgrede una disposición jurídica, dejando de hacer lo que la ley manda o haciendo lo que la ley prohíbe, puede provocarle consecuencias de orden administrativo, civil o penal. En la esfera del derecho penal, tal conducta podría configurar el delito de prevaricato.

EL PREVARICATO

Prevaricato es una palabra construida a partir de dos términos latinos: *proe* y *varus*. En el derecho romano se utilizó el concepto de prevaricador para describir el comportamiento de una persona que de forma consentida se prestaba para favorecer los intereses de la parte adversaria aun en desmedro de los suyos.²³

Los orígenes del prevaricato como institución jurídica aparecen en el Digesto.²⁴ Aunque la primera manifestación como tipo penal aparece formalmente en 1807 en el proyecto de Código Penal para el Reino Itálico.²⁵ Desde una lectura histórica-jurídica, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el prevaricato aparece en el Código Penal de 1837, Título VII, De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, Capítulo I, De la prevaricación de los funcionarios públicos, artículo 360 que prescribió:

Art. 360.- Son prevaricadores:

1º. Los jueces de derecho o árbitros de la misma clase, que a sabiendas, por interés personas, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de tercer interesado, juzgan contra ley, o proceden criminalmente contra alguno, sabiendo que no lo merece.²⁶

La descripción del prevaricato hecha en el Código de 1837 se mantiene redactada de forma idéntica en los posteriores Códigos penales de 1871, 1889 y 1906.²⁷ En el Código Penal de 1938, existen cambios en la redacción del tipo penal, relativos a uno de los verbos rectores de las conductas punibles. En el Código Penal de 1938, el Art. 252 tipificaba:

Art. 252.-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 corporación²⁸ o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, faltaren contra ley expresa; o procedieren criminalmente contra alguno, conociendo que no lo merece.²⁸

22 Jorge Rodríguez, "La Derrotabilidad de las Normas Jurídicas", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. °6 (1997): 154-5, <https://n9.cl/a4e3o>.

23 Alberto Donna, "Derecho penal", *Parte especial*, tomo 3, (Rubinzal culzoni editores, n. ° 2, 2003), 413.

24 Hugo Villasís Rojas, "El prevaricato y la predictibilidad en un estado de derecho" (tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Sede Perú, 2022), 94, <https://hdl.handle.net/20.500.12672/19740>.

25 Javier Villacrés López, "La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en el Ecuador: prohibición de fallar contra norma expresa" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 338, <https://n9.cl/jl95d>.

26 Ecuador, *Código Penal*, (Normativa histórica, 1837), art. 360.

27 Villacrés, "La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en el Ecuador", 13.

28 Ecuador, *Código Penal*, (Normativa histórica, 1938), art 252.

La redacción del tipo penal del Código Penal de 1837 se mantuvo similar hasta el Código Penal de 1906, donde los verbos rectores fueron juzgar y proceder. En cambio, en el Código Penal de 1938 los verbos rectores fueron faltar contra ley expresa y proceder criminalmente.

En la codificación que se realizó en 1971 al Código Penal de 1938, encontramos el tipo penal de prevaricato redactado de la siguiente manera:

Art. 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: lo.- 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.²⁹

La redacción del prevaricato en la Codificación de 1971 es aparentemente similar a la descripción del tipo penal de 1938, salvo algunas modificaciones en las conductas punibles. El primer verbo rector se modifica de faltar contra ley expresa a fallar contra ley expresa y, en el proceder criminalmente se cambia a proceder penalmente.

Finalmente, en el Código Orgánico Integral Penal (en vigencia), encontramos el tipo penal de prevaricato, tipificado de la siguiente manera:

Art. 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 cinco a siete años y multa de veinte a treinta salarios básicos unificados del trabajador en general [...] ³⁰

En la ley penal vigente (COIP) se podría pensar equivocadamente que no existe modificación porque los verbos rectores son idénticos respecto a la codificación de 1971. Sin embargo, en los tipos penales anteriores, había dos conductas punibles. La primera era fallar contra ley expresa. La segunda conducta punible era proceder penalmente contra una de las partes. En el Código Orgánico Integral Penal -en vigencia- desde su promulgación las conductas punibles son: fallar contra ley expresa y proceder contra ley expresa. En cambio, en los tipos penales anteriores al tipo penal del COIP, el verbo rector de proceder no era contra la ley expresa, sino contra una de las partes. Han existido reformas al tipo penal del prevaricato del COIP relativos a la pena. Al principio la sanción era de tres a cinco años, posteriormente el legislador aumentó el *quantum* de la pena.

Con base en la Teoría Especial del Delito, hacemos un análisis prescriptivo del prevaricato contenido en el art. 268 del Código Orgánico Integral Penal para precisar sobre el delito e identificar el sujeto activo, la conducta punible, el verbo rector y el bien jurídico protegido del tipo penal.

El prevaricato es un delito de resultado o de consecuencias dañosas porque se requiere “una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor

²⁹ Ecuador, Código Penal, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 277.

³⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral penal COIP*, Registro oficial 180, Suplemento, 2014, art. 268.

de la conducta que lo ha causado”.³¹ El prevaricato es un delito especial porque nuestro legislador atribuyó características específicas al sujeto activo del delito, quien deberá ser integrante de la carrera judicial jurisdiccional. Por lo tanto, el sujeto activo del tipo penal de prevaricato será el funcionario de la carrera judicial jurisdiccional. En consecuencia, cabe la pregunta ¿Quiénes son miembros de la carrera judicial jurisdiccional? El Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 42 numeral 1 prescribe que, son integrantes de la función judicial jurisdiccional “quienes prestan sus servicios como juezas y jueces pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional”³². No obstante, el COFJ establece una excepción: los jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia no pertenecen a la carrera judicial. En consecuencia, no podrían ser investigados ni sancionados por prevaricato, independiente de la materia que sustancien.

La conducta penalmente relevante entendida como la manifestación “en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones”³³ se encuentra redacta en el COIP, como “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”.³⁴ Las conductas punibles son fallar contra ley expresa y proceder contra ley expresa. Los verbos rectores son: fallar y proceder.

El prevaricato “atenta contra la administración pública pero esencialmente contra la administración de justicia, ya que el delito es cometido por los protagonistas del Poder Judicial”.³⁵ El bien jurídico protegido del tipo penal de prevaricato es la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que este derecho tiene tres dimensiones que son: 1) el derecho al acceso a la justicia; 2) el derecho al debido proceso judicial; 3) el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia.³⁶

Se lesiona la tutela judicial efectiva cuando se falla contra ley expresa o se procede contra ley expresa en perjuicio de las partes. El tipo penal es claro al señalar que el fallar o proceder debe ser contra la ley. La ley es la creación del legislador.

Desde una posición formalista la ley es la declaración de la voluntad soberana que manda, permite y prohíbe.³⁷ La Asamblea Nacional es el órgano competente para crear normas generales de interés común. Las reglas legales de manera genérica se componen de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica y cumplen la función de persuadir en la conducta de las personas y grupos.³⁸ Es conocido que, en nuestro sistema jurídico a partir del 2008, se reconoce otro tipo de reglas que también son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces cuando resuelven los casos. Nos referimos a los precedentes jurisprudenciales. Los precedentes son reglas creadas por el juez para resolver un caso concreto. Para Taruffo “el precedente provee una regla – susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo”.³⁹

31 Francisco Muñoz y Mercedes García, *Derecho penal, parte general* (Valencia: editorial Tirant lo Blanch, 8va ed., 2010), 226, <https://n9.cl/wb8ti>.

32 Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 42.1.

33 Muñoz y García, *Derecho penal*, 214.

34 COIP, art. 268.

35 Muñoz y García, *Derecho penal*, 415.

36 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencias” n.º 889-20-JP/21, párr. 110; 062-17-SEP-CC, p. 8; 1678-18-EP/23, párr. 35.

37 Código Civil, art. 1.

38 Norberto Bobbio, Teoría General del derecho, *Capítulo I, El derecho como norma de conducta*, (Bogotá: Editorial Temis, 5ta ed., 2016), 22-3, <https://n9.cl/a6sny2>.

39 Michelle Taruffo, “Precedente y jurisprudencia”, trad. Claudia Martínez y Fernando Gandini, *Precedente: Revista jurídica* 7, (2007): 88, <https://n9.cl/nloih0>.

En nuestro país existen dos órganos con potestad constitucional para crear precedentes, estos son: la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional.

La Corte Nacional de Justicia creará los precedentes jurisprudenciales a partir de los fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho que posteriormente deberán ser ratificados por el pleno de la Corte Nacional. En cambio, la Corte Constitucional desarrolla los precedentes jurisprudenciales, de manera preferente no exclusivamente, a través de la selección y revisión de los casos de garantías jurisdiccionales. Los precedentes de la Corte Constitucional son vinculantes y de obligatorio cumplimiento y su inobservancia vulnera la seguridad jurídica.

No obstante, si un juez falla o procede contra una regla de precedente obligatorio y vinculante, no cometería prevaricato, porque el precedente no es una ley o norma jurídica creada por el legislador. El tipo penal señala que se debe fallar contra ley expresa o proceder contra ley expresa. Por lo tanto, la inobservancia de los precedentes jurisprudenciales no puede configurar prevaricato.

Considerando que en el año 2017 la Corte Constitucional hizo un control de constitucionalidad sobre la aplicación del tipo penal de prevaricato en el contexto de la justicia constitucional; en este trabajo solo analizamos la figura penal del prevaricato en el contexto de la justicia constitucional, es decir, cuando los jueces de instancia y de Corte Provincial conocen y resuelven garantías jurisdiccionales.

SENTENCIA FUNDADORA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL (No. 141-18-SEP-CC DICTADA EL 18 DE ABRIL DE 2018)

La sentencia fundadora da inicio a la línea jurisprudencial. Se caracteriza por encontrarse cargada de *obiter dicta* y, convertirse en un punto de inflexión en el sistema jurídico a través de una interpretación ambiciosa o polémica de derechos.⁴⁰

Hemos reconstruido el problema jurídico de esta sentencia porque la regla creada jurisprudencialmente no aparece a partir de la formulación de un problema jurídico dentro del caso, sino que, a través de un hecho concreto pero externo al objeto de la *litis*, la Corte realiza un control de constitucionalidad de la norma jurídico penal de prevaricato del Código Penal,⁴¹ y del Código Orgánico Integral Penal.

En consecuencia, el problema jurídico lo formulamos de la siguiente manera: ¿Las conductas judiciales en la sustanciación de un proceso de garantías jurisdiccionales pueden ser investigadas, procesadas y sancionadas penalmente por configurar el tipo penal de prevaricato?

En los hechos del caso encontramos que, CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., a través de su representante legal presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 4 de marzo de 2011 dentro un proceso de acción de protección. Los accionantes alegaron que se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación.

Los jueces de la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas que sustanciaron la acción de protección en segunda instancia,

⁴⁰ López, *El Derecho de los Jueces*, 164.

⁴¹ El Código Penal a la fecha del control ya había sido derogado, sin embargo, la Corte tiene la facultad de hacer control de constitucionalidad de normas que puedan tener efectos ultractivos.

fueron procesados porque sus conductas en la sustanciación de la acción de protección, configuraron el tipo penal de prevaricato. El proceso penal terminó declarando la culpabilidad de los jueces. La Corte Constitucional, a propósito de estos hechos argüidos por las partes, realizó un control de constitucionalidad del tipo penal de prevaricato.⁴²

La Corte de oficio hizo el control concreto de constitucionalidad sobre la aplicación del tipo penal de prevaricato que terminó con efectos generales. La sentencia de control concreto termina con efectos generales cuando se pronuncia sobre la compatibilidad de la norma con las disposiciones constitucionales confrontadas.⁴³ Sin embargo, al momento de realizar el control del tipo penal de prevaricato, la Corte no identificó las reglas, derechos o principios posiblemente transgredidos por la norma objeto del control constitucional.

Los argumentos medulares esgrimidos por la Corte Constitucional se basan en la justicia constitucional dentro del paradigma del Estado constitucional, en la función de los jueces como garantes de derechos y la aplicación directa de la Constitución como medio para resguardar los derechos constitucionales.

Sobre el primer argumento, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

la actuación de los juzgadores en el contexto de la justicia constitucional, no está gobernada por las mismas concepciones, principios o directrices, rígidas y excesivamente formales, que gobiernan la justicia ordinaria, en la que, las actuaciones de los sujetos procesales, en cada una de las etapas, están expresamente delimitada por la ley, y en la cual, el razonamiento del juzgador en la resolución final, principalmente, se reduce a un ejercicio de subsunción de los hechos frente a la regla jurídica.⁴⁴

Para la Corte el papel del juez constitucional en el Estado constitucional tiene una concepción y un rol diferente con respecto al juez discrecional (Estado absolutista), el juez conservador (Estado legal de derecho), y el juez progresista (Estado social y democrático).⁴⁵ El juez en el Estado constitucional deberá tutelar los derechos y garantizar la justiciabilidad de los mismos. Pero, en el razonamiento de la Corte no se explica que el legislador dotó al juez constitucional de varios métodos y reglas de interpretación constitucional; por ejemplo, la ponderación que permite establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto que conoce. El argumento transcrito es en exceso retórico y no permite evidenciar las vastas herramientas que poseen los jueces para realmente tutelar los derechos constitucionales y ordenar su eventual reparación.

La Corte nuevamente señalará la finalidad de los jueces en la justicia constitucional y las diferencias con la justicia ordinaria, pero dibujando las circunstancias que deben orientar el ejercicio de la jurisdicción dentro de la justicia constitucional. La Corte indicó que:

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*

42 La sentencia hace un control de constitucionalidad del tipo penal de prevaricato, pero los jueces no enunciaron los principios, derechos o reglas a los que presumiblemente se contrapondría la norma legal objeto del control de constitucionalidad.

43 Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 143.

44 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Juicio n.º 141-18-SEP-CC*, 2018, 66-7.

45 Wilson Suárez, "El rol del juez en el Estado constitucional", *JUSTITIA*, n.º 12 (2014): 105-7, <https://doi.org/10.15332/iust.v0i12.1492>.

*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.*⁴⁶ (El subrayado me pertenece).

El párrafo citado, parte de la idea de que el juez constitucional es garante de derechos y cuando administra justicia constitucional, deberá tener a la Constitución como marco de referencia a aplicar, inclusive inobservando reglas infraconstitucionales. Sin embargo, la parte del párrafo que hemos subrayado aparece construido como una proposición condicional, donde la aplicación directa de la Constitución e inobservancia de la ley es factible, siempre que, la actuación judicial no sea arbitraria o desatienda el marco constitucional —entiéndase como desnaturalización de la garantía jurisdiccional—. Existe una tendencia a creer que la regla jurídica expresa una correlación automática entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, sin mediar condición alguna. La condición en las normas jurídicas es el puente que correlaciona los casos concretos con las soluciones normativas. Permite el paso del ser al deber ser.⁴⁷ Para el filósofo del Derecho, Georg Henrik von Wright, toda norma de prescripción cuenta con un núcleo normativo conformado por el carácter de la norma, el contenido de la norma y, la condición de aplicación. El carácter es la finalidad que motivó la promulgación de la norma. El contenido de la norma es la declaración de mandar, permitir o prohibir. La condición es la circunstancia que debería darse para que el contenido de la norma se cumpla.⁴⁸

El argumento expuesto por la Corte en este párrafo difiere de la regla de precedente creada al término de la sentencia. Del argumento citado, a modo de ejemplificación podemos construir una regla que se formularía de la siguiente manera:

El juez que aplica directamente la Constitución en inobservancia de la ley expresa (Supuesto de hecho), para tutelar los derechos y atender correctamente el marco constitucional (condición); no podrá ser investigado y procesado por el tipo penal de prevaricato (consecuencia jurídica).

Sobre la aplicación directa de la Constitución en inobservancia de normas infraconstitucionales como la ley, la Corte argumenta que:

los jueces que conocen las distintas garantías constitucionales, están en la obligación de *actuar-resolver en favor de los derechos y principios constitucionales, incluso más allá de cualquier regulación de orden legal*; ello, en algunos casos, sumado al amplio margen de actuación con el que cuentan los juzgadores, puede ocasionar actuaciones alejadas de las reglas infra-constitucionales.⁴⁹ (El subrayado me pertenece).

Aunque la Corte en la sentencia No. 001-13-SCN-CC desarrolló argumentos sobre la aplicación directa de la Constitución, en la sentencia analizada la Corte Constitucional debía graficar con mayor claridad los posibles escenarios donde el juez que conoce una garantía jurisdiccional puede inobservar a la ley. Sin embargo, de la cita analizada sí se puede corroborar nuevamente, la condición para la aplicación directa de la Constitución por encima de regulaciones legales. La condición es actuar y resolver en favor

46 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 141-18-SEP-CC*, 2018, 67.

47 Pablo Navarro, “Normas Condicionales y Falacia Naturalista”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007): 603 y 615, <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckh146>.

48 Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Buenos Aires, ARG, Colección mayor, Filosofía y Derecho, Editorial Astrea, 2003), 75-76, <https://n9.cl/6iwhy>.

49 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 141-18-SEP-CC*, 2018, 67.

de los derechos y principios constitucionales. Por lo tanto, no toda inobservancia de la ley expresa en la sustanciación de las garantías jurisdiccionales es posible. Solo aquellas que permiten garantizar la justiciabilidad de los derechos constitucionales. No obstante, la inobservancia de leyes para garantizar derechos tiene límites y el sobrepasar estos, trae consecuencias. Al respecto la Corte no explicó cuáles son esos límites y por qué se convierten en obstáculos para la vigencia de los derechos. Sin embargo, los magistrados identificaron al tipo penal de prevaricato como un límite para la aplicación directa de la CRE, expresándolo con los siguientes argumentos:

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 hemónica es la ley; con lo cual, este tipo penal no se compadece con el sistema de fuentes del Estado constitucional.⁵⁰

Si el tipo penal de prevaricato es contradictorio a la aplicación directa de la CRE y no se compadece de las otras fuentes del Derecho, que no sean la ley, la Corte debió mencionar que se hace el control del tipo penal de prevaricato por ser contrario a los artículos 11 numeral 3 y 426 de la CRE.

De la revisión histórica jurídica, es verdad que en nuestro país el Estado legal tipificó el prevaricato como un mecanismo de control de las actuaciones judiciales para que estas no deformen el sentido de la ley a aplicarse en un caso concreto en perjuicio de alguna de las partes.⁵¹ La figura penal apareció ya en el primer Código Penal y se mantiene con algunas variaciones en la descripción del tipo penal en el Código Orgánico Integral. Al respecto la Corte reflexiona sobre uno de los posibles efectos que tendría el prevaricato en los jueces que resuelven garantías jurisdiccionales:

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.⁵² (El subrayado me pertenece).

El efecto del prevaricato se traduce en persuadir al juez de su papel garantista de derechos. No se ahondan en otras consecuencias que pueda ocasionar la aplicación del prevaricato en la justicia constitucional; por ejemplo, la violación a la independencia judicial y a la autonomía del juez⁵³ en sus decisiones, al ver sus actuaciones amenazadas por un poder punitivo que en la historia de nuestro país se ha caracterizado por su selectividad. Resulta interesante que, en el párrafo citado, nuevamente se hace hincapié

50 *Ibíd.*, 68.

51 Roberto Jiménez, Gerardo Morales y Cinthya Cisneros, "El prevaricato de los jueces en el sistema jurídico ecuatoriano", *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, Edición Especial, n.º12 (2007): 6, <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2691>.

52 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Juicio n.º 141-18-SEP-CC*, 2018, 67-8.

53 Licett Uribe González y Luz Andrade Palacio, "Autonomía del Juez para la toma de la decisión frente a la comisión del delito de prevaricato por acción en Colombia durante los años 2015-2020" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Colombia, 2020), <https://hdl.handle.net/20.500.12442/6162>.

en la condición de que las actuaciones de los jueces deberán destinarse a garantizar los derechos y el diseño constitucional.

La sentencia termina creando la regla jurisprudencial de la siguiente manera:

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.⁵⁴

La regla construida por los jueces es una norma de prohibición, dirigida a los agentes fiscales quienes ejercen la acción penal pública donde: el juez que al sustanciar y resolver garantías jurisdiccionales falla contra ley expresa (supuesto de hecho); no podrá ser investigado y procesado por el tipo penal de prevaricato (consecuencia jurídica).

Parece contradictoria la regla de precedente con la *ratio decidendi*. Los jueces en su argumentación —*ratio decidendi*— construyeron proposiciones condicionales, donde la circunstancia que justificaba el fallar contra la ley expresa, sería la tutela de derechos, el fortalecimiento de la justicia constitucional y la aplicación directa de la Constitución. Finalmente, la regla termina eliminando la condición expuesta por los magistrados en sus razonamientos y construye una regla con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, sin condición alguna, y que no distingue los fines de la justicia constitucional y el objeto de las garantías jurisdiccionales.

La sentencia No. 141-18-SEP-CC, dictada el 18 de abril de 2018, es una sentencia cuyos argumentos no justifican de manera suficiente la regla jurisprudencial creada. No abordan y menos aún precisan los argumentos nucleares de su exposición, como la aplicación directa de la Constitución en inobservancia de la ley expresa, el rol del juez garantista derechos, la finalidad de la justicia constitucional. Los argumentos son repetitivos, excesivamente abstractos y hasta retóricos.

Haciendo uso de esta regla jurisprudencial, desde el 2018 hasta el momento en que se escribe este artículo —2024—, varios jueces han concedido sentencias polémicas en favor de políticos privados de libertad con sentencias ejecutoriadas, políticos en desempeño de funciones de gobierno, personas privadas de libertad con sentencias ejecutoriadas por delitos contra la vida que ocupan cargos de relevancia dentro de las estructuras de los grupos de delincuencia organizada.⁵⁵ Estas sentencias fueron dictadas en inobservancia de las reglas previstas en la CRE y LOGJCC y escudriñadas bajo el precedente de que los jueces que fallan contra disposiciones legales expresas en la sustanciación de garantías jurisdiccionales no pueden ser investigados ni sancionados por el tipo penal de prevaricato.

54 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 141-18-SEP-CC*, 2018, 72.

55 Anastasia Austin, “Cómo las élites criminales manipulan las leyes para eludir la justicia en Ecuador”, *InSight Crime*, 17 de abril de 2024, párr. 4, <https://n9.cl/iqplp>.

SENTENCIA CONSOLIDADORA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL (No. 2231-22-JP/23 DICTADA EL 07 DE JUNIO DE 2023)

La sentencia consolidadora se caracteriza por construir una subregla jurisprudencial que decanta el balance constitucional establecido con la sentencia fundadora. Este tipo de sentencias modifican el balance constitucional, pero respetan los argumentos de la sentencia fundadora de la línea. Consideramos que la sentencia No. 2231-22-JP/23 no reconceptualiza la línea jurisprudencial redefiniendo la *ratio decidendi*, aunque sí explica de mejor manera el sentido y alcance del precedente de la sentencia fundadora.⁵⁶ No obstante, debemos recordar que las clasificaciones de las sentencias son modelos abstractos y no se constituyen en camisa de fuerza donde obligatoriamente deba encajar un fallo. Por lo tanto, la sentencia No. 2231-22-JP/23 es una sentencia consolidadora de la línea jurisprudencial.

A diferencia de la sentencia fundadora que construye la regla desde el conceptualismo abstracto, los jueces en la sentencia No. 2231-22-JP/23 reflexionan a partir de la selección y revisión de casos concretos.⁵⁷ El problema jurídico a resolver fue: ¿Las conductas judiciales analizadas en esta sentencia pueden ser investigadas y sancionadas por configurar el tipo penal de prevaricato? Por cuestiones metodológicas, para comprender el problema jurídico principal, hemos formulado tres subproblemas jurídicos que expresan cuáles son las conductas judiciales que podrían configurar el tipo penal de prevaricato en los casos revisados dentro de la sentencia.

Los tres subproblemas jurídicos son: ¿Las conductas de los jueces que concedieron una acción de protección en contra de una medida cautelar dictada dentro de un proceso penal pueden ser investigadas, procesadas y sancionadas penalmente por el tipo penal de prevaricato? ¿La conducta del juez que sin competencia revoca el auto definitivo de desistimiento tácito puede ser investigado, procesado y sancionado penalmente por el tipo penal de prevaricato? ¿La conducta del juez ejecutor que sin competencia extiende los efectos de la sentencia dictada por los jueces de segunda instancia puede ser investigada, procesada y sancionada penalmente por el tipo penal de prevaricato?

Como patrón fáctico tenemos que el liquidador y algunos accionistas de las compañías Multisun S.A. en liquidación, Multiregi S.A. en liquidación, Lemantec S.A. en liquidación, e Ibicampus S.A. en liquidación, presentaron una acción de protección en contra del Banco Central, porque esta institución financiera retuvo los fondos obtenidos por las operaciones de comercio exterior realizadas por las compañías accionantes. El Banco Central retuvo los fondos en cumplimiento de una medida cautelar dictada dentro de un proceso penal.

En la primera instancia el juez de la Unidad Judicial aceptó la acción de protección y ordenó la devolución de los valores retenidos. En la segunda instancia los jueces de la Corte Provincial confirmaron el fallo subido en grado. En la fase de ejecución —el juez de primera instancia se encarga de la ejecución de la sentencia—, el juez de la Unidad Judicial modificó la sentencia dictada por la Corte Provincial y, declaró la vulneración de los derechos de quienes habían desistido tácitamente de la acción y, ordenó al Banco Central que restituya los valores retenidos a estos.

⁵⁶ López, *El Derecho de los Jueces*, 165.

⁵⁷ En la revisión de las sentencias la Corte Constitucional, atendiendo a las particularidades del caso, puede examinar los hechos del caso o, las conductas judiciales dentro del proceso. Esta sentencia se circunscribe a analizar las conductas judiciales en primera y segunda instancia.

La Corte Constitucional aprovechará la revisión de estos casos para examinar las conductas judiciales dentro del proceso y emitir una subregla jurisprudencial. La Corte inicia su argumentación, descomponiendo con base en la Teoría Especial del Delito la figura penal del prevaricato, indicando que este tipo penal en nuestra legislación vigente (COIP) tiene dos modalidades típicas, que son: 1) Fallar contra ley expresa en perjuicio de una de las partes; 2) Proceder contra ley expresa incurriendo en una conducta prohibida por la ley u omitiendo un deber prescrito en ella.⁵⁸

Sin embargo, dentro del tipo penal, el legislador no precisó cuál es la naturaleza jurídica de las leyes que el juez desobedecerá para que se configure el prevaricato. Nunca mencionó si estas leyes deben ser sustantivas o adjetivas. No obstante, los magistrados constitucionales, añaden un sustantivo a cada verbo rector del tipo penal que nos indica la naturaleza jurídica de la ley contra la que el juez deberá fallar o proceder para la configuración del prevaricato.

Por lo tanto, la sentencia hace una distinción de las conductas típicas del prevaricato que no se desprenden del Código Orgánico Integral Penal, sino, de la interpretación que hacen los jueces constitucionales al tipo penal. Aunque el legislador es el intérprete auténtico de la Ley,⁵⁹ el juez constitucional en el paradigma del Estado constitucional abandona paulatinamente el rol kelseniano de legislador negativo para convertirse en un verdadero legislador positivo por medio de la interpretación conforme de la disposición legal a la Constitución.⁶⁰

Si bien la Corte en la sentencia No. 2231-22-JP/23 no realiza un control de constitucionalidad del tipo penal de prevaricato a diferencia de la sentencia No. 141-18-SEP-CC, ni termina dictando una sentencia manipulativa de tipo aditiva; para la examinación de regla jurisprudencial, sí interpreta el delito de prevaricato extendiendo el alcance y aclarando el sentido del tipo penal, no para hacer más gravoso al prevaricato, sino, para dotar de coherencia a la regla creada en la sentencia No. 141-18-SEP-CC y modificar el balance constitucional que se había decantado por la prohibición total de investigar y sancionar a los jueces por el delito de prevaricato en la sustanciación de las garantías jurisdiccionales.

Sirviéndose de la interpretación realizada nuevamente al tipo penal de prevaricato, la Corte se refiere a la sentencia fundadora, diciendo que “la interpretación conforme contenida en el decisorio 6 de la sentencia 141- 18-SEP-CC no hace mención alguna a la segunda modalidad del prevaricato, relativa a proceder contra ley expresa, así como tampoco lo hace la argumentación en que esta se sostiene.”⁶¹

Como la sentencia fundadora no se refirió a la conducta típica de proceder en contra de ley expresa, la Corte aprovechará la deficiencia argumentativa de la sentencia fundadora para manifestar que:

es claro para esta Corte que la sentencia 141-18-SEP-CC no estableció que los jueces constitucionales de la función judicial estén exentos de responsabilidad penal por el delito de prevaricato cuando proceden contra ley expresa, es decir, cuando inobservan normas adjetivas durante la tramitación del proceso o cuando, al emitir la resolución correspondiente, contravienen normas procesales expresas.⁶²

58 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 2231-22-JP/23*, 07 de junio de 2023, párr. 123.

59 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 120, 6.

60 Francisco Fernández, “El Tribunal Constitucional español como legislador positivo”, *Revista Pensamiento Constitucional PUCP*, 15, n.º 15 (2011): 131 y 175, <https://n9.cl/c7itd>.

61 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 2231-22-JP/23*, 07 de junio de 2023, párr. 130.

62 *Ibíd.*

Por lo tanto, en la *ratio decidendi* de la sentencia No. 2231-22-JP/23 la Corte Constitucional manifestó que:

la interpretación conforme realizada por la Corte en la sentencia 141-18- SEP-CC no excluyó de forma absoluta a los jueces y juezas constitucionales de la función judicial de ser procesados y eventualmente sancionados por el delito de prevaricato. Las y los juzgadores que proceden contra norma expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda al momento de sustanciar o resolver una garantía jurisdiccional, pueden ser investigados y sancionados por la conducta típica conocida como prevaricato, siempre y cuando se cumplan todos los elementos del tipo fijados en la legislación penal.⁶³

De la *ratio decidendi* citada arriba, extraemos la subregla jurisprudencial. La subregla la formulamos en los siguientes términos: el juez que al sustanciar una garantía jurisdiccional procede o resuelve en contra de ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda la ley (supuesto de hecho); podrá ser investigado, procesado y sancionado penalmente por el tipo penal de prevaricato, siempre que se cumplan con los elementos del tipo penal (consecuencia jurídica).

En el voto de mayoría hay escasos argumentos sobre la conducta típica de fallar contra ley sustantiva expresa. Con esta insuficiencia argumentativa los jueces confirmaron en totalidad la regla que prohíbe investigar y sancionar por prevaricato a los jueces que fallan en contra de normas sustantivas expresas inherentes a las garantías jurisdiccionales y que provocan una desnaturalización al objeto de estas. El voto de mayoría no problematiza sobre las consecuencias jurídicas que acarrearán las actuaciones judiciales que inobservan abiertamente las normas sustantivas. Aunque, la Corte Constitucional en el párrafo 129 de sentencia No. 2231-22-JP/23 se refiere en los siguientes términos a la regla creada en la sentencia No. 141-18-SEP-CC

la sentencia sostuvo que no pueden configurar el delito de prevaricato solo aquellas conductas que respetan el objeto de las garantías y la competencia material de las y los jueces constitucionales. Lo anterior implica que la interpretación conforme del artículo 268 del COIP no excluye del prevaricato a las actuaciones que son arbitrarias o desatiendan el marco constitucional.⁶⁴

En el párrafo citado, la Corte menciona que no pueden ser procesados los jueces por prevaricato, siempre que sus actuaciones respeten el objeto de las garantías y la competencia material. Parece que la Corte se da cuenta que los argumentos de la sentencia fundadora fueron construidos como proposiciones condicionales y, que no todo fallo contra la ley expresa era justificado ni prohibía que aquel juez sea investigado y sancionado por prevaricato. Sin embargo, no problematizó sobre esto. Solo se refirió a la regla de la sentencia fundadora como una proposición condicionada, donde la circunstancia para que el juez no sea investigado ni procesado en caso de fallar contra ley expresa en la sustanciación de las garantías jurisdiccionales es que se respete el objeto de las garantías jurisdiccionales.

Esta proposición condicional abre la puerta para la discusión sobre posibles escenarios donde un juez que no procede contra las leyes procesales, pero inobserva dolosamente una ley sustantiva trastocando de forma grosera e irrazonable el objeto de la garantía, también pueda ser investigado y eventualmente sancionado por prevaricato.

63 *Ibíd.*, párr. 133.

64 *Ibíd.*, párr. 129.

La Corte pudo aprovechar la condición establecida en la argumentación de respetar el objeto de las garantías jurisdiccionales fijada desde la sentencia fundadora, para precisar sobre la conducta típica de fallar contra ley expresa, o alejarse explícitamente del precedente o por lo menos, ahondar en los posibles escenarios donde la inobservancia de leyes sustantivas sea plausible. La Corte no debió consolidar sin mayor discusión una regla jurisprudencial que en lugar de fortalecer a la justicia constitucional ha provocado su deterioro.

No obstante, en el voto concurrente de la sentencia, la jueza constitucional sí reflexiona sobre las consecuencias jurídicas recaídas en el objeto de las garantías jurisdiccionales cuando un juez se aleja (falla en contra) de normas expresas y esenciales de carácter sustantivo. En este sentido, la magistrada argumenta que:

estimo que precisamente la desnaturalización de las garantías ha involucrado aspectos de la normativa sustantiva que la regula, por lo que, a mi criterio, si el juzgador se ha apartado del objeto material que le otorga la naturaleza propia a la correspondiente garantía jurisdiccional, terminando por desnaturalizarla, también sería susceptible de ser investigado y eventualmente procesado y responsabilizado por el delito de prevaricato.⁶⁵

Todas las garantías jurisdiccionales tutelan derechos constitucionales, aunque el objeto específico de cada garantía es diferente. Haciendo una generalización, la desnaturalización de la garantía jurisdiccional se produce cuando se dicta una sentencia que es evidentemente contraria al objeto de la garantía que se ha fijado en la Constitución y la Ley.⁶⁶ Para dictar una sentencia el decisor debe conocer el fondo del asunto y declarar la vulneración del derecho — norma sustantiva —. Pero, ¿sí la norma sustantiva aplicada al caso concreto termina desnaturalizando la garantía jurisdiccional? ¿Si la actuación judicial que desnaturalizó la garantía jurisdiccional lesiona derechos constitucionales? Existen varios casos seleccionados y revisados por la Corte Constitucional⁶⁷ en lo que va del año 2024, donde se identificó actuaciones judiciales que trastocaron el objeto de las garantías jurisdiccionales.

Por lo tanto, la inobservancia de normas sustantivas en el conocimiento y resolución de las garantías jurisdiccionales además de acarrear la desnaturalización de las garantías, también vulnera la tutela judicial efectiva —bien jurídico protegido por el tipo penal de prevaricato— y otros derechos constitucionales. En este sentido, el voto concurrente de la sentencia No. 2231-22-JP/23, aborda una parte conflictiva de la realidad jurídica que tiene connotación social. A juicio de la magistrada, el fallar contra ley sustantiva expresada dentro de la justicia constitucional sí puede dar lugar a la investigación y eventual procesamiento por el delito de prevaricato. Siempre que, el fallar contra norma expresa sea una conducta judicial contraria e irrazonable para con el objeto de la garantía jurisdiccional.

Para que el argumento de la magistrada sea materializado, la Corte Constitucional debería alejarse explícitamente del precedente fijado en la sentencia No.141-18-SEP-CC. Sin embargo, la riqueza del voto concurrente radica en la posibilidad de abrir la discusión para el futuro, sobre un sistema de garantías que normativamente se encuentra diseñado de forma adecuada, pero que, la práctica de ciertos jueces y abogados litigantes alimentan a su desnaturalización.

65 *Ibíd.*, párr. 4.

66 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 2231-22-JP/23*, 07 de junio de 2023, párr. 11.

67 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencias”, en *Juicio n.º 224-23-JP/24; 151-21-JD/24; 3638-22-JP/24*.

Dentro de la sentencia No. 2231-22-JP/23 hay un voto salvado. Partiendo del principio de formalidad condicionada reconocido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la jueza realiza una precisión sobre la esencia de las normas adjetivas que regulan las garantías jurisdiccionales. En este sentido, la jueza en el voto salvado expresa que:

en la esfera de las garantías jurisdiccionales, las normas procesales tienen una naturaleza de “medios” y no de “fines”, motivo por el cual, en ocasiones, la falta de aplicación o interpretación estricta de este tipo de normas, no implica una infracción adjetiva (*yerro in procedendo*), sino que más bien es un mecanismo constitucionalmente reconocido para “adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales.”⁶⁸

Bajo este argumento no todas las conductas judiciales que inobserven normas adjetivas deberían configurar el tipo penal de prevaricato porque en ciertas ocasiones la inobservancia de las leyes procesales podría ocasionarse para garantizar la tutela judicial efectiva y una eventual reparación de los derechos constitucionales. Este argumento cuestiona la subregla creada en la sentencia No. 2231-22-JP/23 que permite investigar y sancionar a los jueces que proceden contra ley adjetiva en la sustanciación de las garantías jurisdiccionales.

En el voto salvado encontramos argumentos que fortalecen la regla creada en la sentencia No. 141-18-SEP-CC que se expresan de la siguiente manera:

Por otra parte, en lo que atañe al ámbito sustantivo de las garantías jurisdiccionales, es pertinente tener en cuenta que las controversias que resuelven las garantías jurisdiccionales, en la mayoría de los casos están regidas por principios no por reglas, los cuales pueden ser cumplidos en mayor o menor medida, siendo la ponderación el principal método de aplicación e interpretación.

Esto conlleva la posibilidad, que en ciertos casos no se aplique una regla expresa (sustantiva) a efectos de hacer prevalecer un principio (derrotabilidad de la regla); sin que por esto se deba entender que el operador de justicia ha incurrido en una infracción normativa.⁶⁹

El razonamiento de la jueza arguye a la irradiación de los derechos y los principios al ordenamiento jurídico dentro del paradigma del Estado Constitucional y a los métodos y reglas de interpretación. Siguiendo la línea argumentativa, pueden existir escenarios donde un juez para garantizar la justiciabilidad de los derechos, aplicará los derechos y principios de forma directa en contra de normas legales adjetivas, provocando justicia para el afectado, pero con posibilidad de ser procesado penalmente.

Haciendo una lectura entre líneas —esta lectura dependerá la posición ideológica, jurídica y política de quién lee— del voto concurrente y del voto salvado podemos concluir que, el voto concurrente parte de un análisis del ser del derecho. Reconoce que ciertas prácticas judiciales que han inobservado leyes sustantivas en perjuicio del objeto de las garantías han ocasionado problemas para la justicia constitucional, por lo tanto, podrían configurar prevaricato. El voto concurrente apela a realizar una interpretación más amplia del tipo penal de prevaricato para que la conducta del juez que falla contra leyes sustantivas provocando una desnaturalización de las garantías jurisdiccionales, puede ser investigada, procesada y sancionada penalmente por prevaricato.

68 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 2231-22-JP/23*, 2023, párr. 9.

69 *Ibíd.*, párr. 11-2.

Por otra parte, el voto salvado realiza su análisis desde el deber ser del derecho, donde las normas adjetivas y sustantivas hacen posible que las garantías jurisdiccionales sean verdaderos mecanismos de tutela y reparación de derechos constitucionales. Aunque la jueza rechaza implícitamente la subregla creada por la sentencia No. 2231-22-JP/23, también parecería alertarnos sobre el peligro que conlleva abrir el camino de la represión punitiva para corregir y regular adecuadamente el funcionamiento de las garantías jurisdiccionales.

SENTENCIA DE SIMPLE REITERACIÓN (No. 98-23-JH/23 DICTADA EL 13 DE DICIEMBRE DE 2023)

El problema jurídico se presenta de la siguiente manera: ¿La conducta del juez que sin competencia territorial sustancia y acepta una demanda de hábeas corpus correctivo puede ser investigada, procesada y sancionada penalmente por el tipo penal de prevaricato?

Siguiendo la clasificación propuesta por Diego López Medina, estamos frente a una sentencia no importante. Es una sentencia de reiteración que permite consolidar las subreglas jurisprudenciales por medio de la obediencia de los jueces a sus precedentes. La Corte Constitucional seleccionó y revisó tres casos de hábeas corpus.⁷⁰ Como patrón fáctico tenemos que, un tercero en favor de una persona privada de libertad (en adelante “PPL”) con sentencia ejecutoriada que cumplía la pena en la cárcel 4 del Cantón Quito, presentó una demanda de hábeas corpus correctivo ante un juez del Cantón Portoviejo.⁷¹

La pretensión de la acción de hábeas corpus era obtener medidas alternativas a la privación de libertad para el cumplimiento de la pena y recibir atención médica. Luego, dos personas ajenas a la causa y también privadas de libertad con sentencia ejecutoriada, dentro de este proceso, presentaron un escrito para acreditarse como terceros interesados. El juez del Cantón Portoviejo, dictó una sentencia donde aceptó la acción de hábeas corpus además de extenderla con efecto intercomunis para los terceros interesados.

De la revisión de los hechos descritos, se puede colegir que los jueces no solo procedieron contra norma adjetiva expresa. También trastocaron el objeto de la acción de hábeas corpus correctivo⁷² al conceder una acción con la finalidad de interrumpir la ejecución de una sentencia. En este sentido, cobra fuerza el voto concurrente de la sentencia No. 2231-22-JP/23 que nos interpelaba mencionando que, también hay conductas judiciales que desnaturalizan el objeto de las garantías jurisdiccionales, cuando se falla contra norma sustantiva expresa para favorecer intereses ajenos a la justicia constitucional.

La sentencia No. 98-23-JH/23 termina ratificando la subregla de la providencia consolidadora de la línea jurisprudencial en los siguientes términos:

Es decir, los jueces y juezas constitucionales de la función judicial no se encuentran exentos de ser procesados y eventualmente sancionados por el delito de prevaricato

70 En este trabajo solo se enuncia el patrón fáctico del primero de los tres casos seleccionados por la Corte Constitucional, por ser el caso que comparte patrones fácticos con los hechos que dieron origen a las sentencias n.º 141-18-SEP-CC y n.º 2231-22-JP/23.

71 Son circunscripciones territoriales diferentes. Según las reglas de competencia territorial el juez competente para conocer la acción de hábeas corpus correctivo es el juez de garantías penitenciarias del lugar donde está cumpliendo la sentencia.

72 Según la Sentencia No. 365-18-JH/21 el hábeas corpus correctivo tiene por objeto la tutela principalmente del derecho a la integridad física de las personas privadas de libertad dentro del centro de rehabilitación.

al proceder contra norma expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda al momento de sustanciar o resolver una garantía jurisdiccional.⁷³

SENTENCIA DE SIMPLE REITERACIÓN (No. 12-23-JC/24 DICTADA EL 28 DE FEBRERO DE 2024)

En esta sentencia encontramos dos problemas jurídicos: ¿La conducta judicial de conceder una petición de medidas cautelares constitucionales autónomas para suspender la ejecución de sentencias penales ejecutoriadas puede ser investigada, procesada y sancionada penalmente por el tipo penal de prevaricato? y, ¿La conducta judicial de conceder una petición de medidas cautelares constitucionales autónomas sin competencia territorial puede ser investigada, procesada y sancionada por el tipo penal de prevaricato?

La Corte Constitucional seleccionó y revisó cuatro autos que concedieron medidas cautelares constitucionales autónomas otorgadas a personas privadas de libertad. En el primer caso, una persona solicitó una medida cautelar autónoma en favor de un privado de libertad con sentencia ejecutoriada por asesinato y sicariato en contra del SNAI y el Centro de Rehabilitación. En el segundo caso, una PPL con sentencia ejecutoriada por asesinato, presentó una petición de medidas cautelares constitucionales autónomas en contra del SNAI y el Centro de Rehabilitación. En el tercer caso, una PPL con sentencia ejecutoriada por porte de armas y tráfico ilícito de armas de fuego, presentó una solicitud de medidas cautelares constitucionales autónomas en contra del Centro de Rehabilitación. En el cuarto caso, una persona solicitó en favor de una PPL con sentencia ejecutoriada por asociación ilícita y cohecho, una petición de medidas cautelares constitucionales autónomas en contra del SNAI. En los cuatro casos, los jueces concedieron las medidas cautelares y ordenaron la libertad de las personas que tenían sentencias penales ejecutoriadas.

La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales regulan la competencia y objeto de las medidas cautelares, sean autónomas o conjuntas. La LOGJCC prescribe la improcedencia de medidas cautelares en contra de órdenes judiciales. En los cuatro casos, los jueces concedieron las medidas cautelares con fines de suspender sentencias penales ejecutoriadas. Por lo tanto, la Corte Constitucional se pronunció:

Estas conductas judiciales además desnaturalizan el objetivo de las medidas cautelares autónomas, al ordenar la libertad de personas sobre las cuales pesan sentencias condenatorias ejecutoriadas, so pretexto de proteger el derecho a la salud o resolviendo cuestiones propias de la justicia penal ordinaria, como lo son la unificación de penas o vulneraciones al debido proceso en las causas penales de donde surgen sus condenas. Lo dicho constituye un claro abuso y fraude a la Constitución y al propósito mismo de las garantías jurisdiccionales como mecanismos de tutela y efectivización de derechos constitucionales. Se tratan, en definitiva, de actuaciones arbitrarias que generan graves daños a la institucionalidad del sistema de administración de justicia constitucional.⁷⁴

El motivo de inobservar las reglas, derechos y principios regulativos y orientadores de las garantías jurisdiccionales no fue la protección de los derechos constitucionales y aún menos, el fortalecimiento de la justicia constitucional. Las actuaciones de los jueces en la concesión de las medidas cautelares no fue cesar la amenaza o violación a derechos

73 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Juicio n.º 98-23-JH/23*, 2023, párr. 74.

74 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Juicio n.º 12-23-JC/24*, 2024, párr. 117, numeral 1.

constitucionales. Hoy, varios de los jueces de este caso se encuentran procesados por delincuencia organizada, recibieron dinero a cambio de sentencias a la carta. Estos jueces procedieron en contra de leyes adjetivas expresas —artículo 27 de la LOGJCC—.

El juez ponente hace alusión a un argumento de la sentencia consolidadora de la línea (No. 2231-22-JP/23) en los siguientes términos:

La Corte en esa sentencia dejó claro que quedan excluidas normas que puedan plantear dudas interpretativas plausibles, o que no contengan una clara prohibición o deber a ser observadas por el operador de justicia cuando conoce garantías jurisdiccionales.⁷⁵

Por lo tanto, no toda procedencia en contra de reglas adjetivas, dejando de hacer lo que la norma manda o haciendo lo que la norma prohíbe, puede configurar el delito de prevaricato. Se requiere que la ley adjetiva que se inobserva, no abra la posibilidad a dudas interpretativas verosímiles.

La sentencia termina reiterando la subregla de la providencia No. 2231-22-JP/23 de la siguiente manera:

la Corte Constitucional en la sentencia 2231-22-JP/23, en la cual se pronunció sobre el alcance de la sentencia 141-18-SEP-CC aclaró que las y los jueces constitucionales de la función judicial no están exentos de “(...) responsabilidad penal por el delito de prevaricato cuando proceden contra ley expresa, es decir, cuando inobservan normas adjetivas durante la tramitación del proceso o cuando, al emitir la resolución correspondiente, contravienen normas procesales expresas.⁷⁶

La sentencia reconoce que las actuaciones judiciales desnaturalizaron el objeto de las medidas cautelares. Explica brevemente las razones para llegar a la afirmación. No obstante, sobre el prevaricato de los jueces en la sustanciación de las medidas cautelares no aporta mayores argumentos; solo reafirma los razonamientos vertidos en la sentencia No. 2231-22-JP/23, por lo tanto, es una sentencia de reiteración del precedente.

SENTENCIA DE SIMPLE REITERACIÓN (No. 3638-22-JP/24 DICTADA EL 04 DE ABRIL DE 2024)

El problema jurídico es el siguiente: ¿La conducta del juez que sustancia y acepta una acción de protección para dejar sin efecto una medida cautelar real dictada dentro de un proceso penal puede ser investigada, procesada y sancionada penalmente por el tipo penal de prevaricato?

Como patrón fáctico tenemos que, personas naturales y jurídicas fueron procesadas por el delito de lavado de activos. El juez de la Unidad Judicial Penal de Guayaquil, dictó en contra de los procesados como medida cautelar la incautación de bienes inmuebles y su prohibición de enajenación, además dispuso que los bienes sean puestos a disposición de la empresa pública INMOBILIAR. El representante de una de las compañías procesadas, presentó en la Provincia de Santo Domingo una acción de protección en contra de INMOBILIAR.⁷⁷ Una de las pretensiones fue que se deje sin efecto la orden judicial de incautación y prohibición de enajenar los bienes inmuebles incautados. El

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 164.

⁷⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 2231-22-JP/23*, 2023, párr. 130 (citado en “Sentencia”, en *Juicio n.º: 12-23-JC/24*, párr. 165).

⁷⁷ El artículo 86 de la CRE dispone que el juez competente para conocer una petición de medidas cautelares es el juez del territorio donde se produce los hechos que violan los derechos o, en el lugar donde se producen sus efectos.

juez se declaró competente, aceptó la acción de protección y, ordenó la devolución inmediata del bien inmueble a la persona designada por la compañía accionante.

En el caso concreto la acción de protección era inadmisibles.⁷⁸ Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la acción de protección que busca dejar sin efecto una providencia judicial es inadmisibles y debe ser rechazada en la primera providencia.⁷⁹ Desnaturalizar el objeto de la acción de protección e inobservar las reglas adjetivas, a criterio de la Corte Constitucional “tiene una gravedad tal que imposibilita la ejecución de las mismas y conlleva la imposición de sanciones de distinta índole para la autoridad judicial que dictó dicha resolución”.⁸⁰ En síntesis:

la acción de protección que pretende impugnar una providencia judicial — providencia entendida en los términos señalados supra—, debe ser inadmitida por improcedente al contravenir las disposiciones del artículo 88 de la CRE y los artículos 41 numeral 1 y 42 numeral 6 de la LOGJCC.⁸¹

Con estos argumentos, la Corte pasará a reiterar nuevamente los precedentes de las sentencias No. 141-18-SEP-CC y No. 2231-22-JP/23:

Por ello, en atención a la precisión realizada por este Organismo en la sentencia 2231- 22-JP/23, respecto a la interpretación conforme de la sentencia 141-18-SEP-CC,⁶¹ se dispone el envío del expediente a la Fiscalía General del Estado para que inicie las investigaciones pertinentes y, determine si existen elementos suficientes para iniciar el procesamiento penal por el delito de prevaricato. Lo anterior, sin perjuicio de que en función de sus competencias, la Fiscalía encuentre indicios del posible cometimiento de otros delitos.⁸²

En el caso analizado las actuaciones contravienen claramente las leyes adjetivas — competencia material—, razón por la cual, la Corte no analiza con mayor profundidad si dentro de las conductas judiciales existió el fallo contra leyes sustantivas. Por lo tanto, las conductas judiciales del caso en revisión encuentran respuesta en la subregla de la sentencia No. 2231-22-JP/23. El juez que aceptó una acción de protección en contra de una orden judicial, sí puede ser investigado y procesado por prevaricato. Por estas razones, la providencia analizada es una sentencia de mera reiteración. Dentro de la línea jurisprudencial estudiada es una sentencia no importante.

CONCLUSIONES

La sentencia fundadora de la línea jurisprudencial es la No. 141-18-SEP-CC. Los argumentos de la *ratio decidendi* son construidos con proposiciones condicionales, donde la circunstancia que justifica el fallar contra la ley expresa es la tutela de derechos y el fortalecimiento de la justicia constitucional. No todo fallo contra ley expresa en el contexto de la justicia constitucional sería justificado. Sin embargo, la Corte termina creando una regla que veta totalmente la posibilidad que las conductas de los jueces que fallaron contra una ley expresa, en la sustanciación de las garantías jurisdiccionales, pueda configurar prevaricato.

78 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art 42, numeral 6.

79 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 102-13-SEP-CC*, 04 de diciembre de 2013, 22.

80 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 3638-22-JP/24*, 04 de abril de 2024, párr. 50.

81 *Ibíd.*, párr. 43.

82 *Ibíd.*, párr. 67.

La sentencia consolidadora de la línea jurisprudencial es la No. 2231-22-JP/23. La Corte Constitucional realiza un símil de interpretación conforme al tipo penal de prevaricato, porque, en el desarrollo argumentativo añade al tipo penal, características que no habían sido incorporadas por el legislador en la redacción del tipo penal. Así, la Corte partiendo de los verbos rectores del tipo penal que son: fallar y proceder, añade que se falla con ley sustantiva y se procede contra ley adjetiva. De esta forma, la Corte logra suplir la insuficiente argumentación de la sentencia fundadora para poder justificar la creación de la subregla jurisprudencial.

La estructura de la regla creada judicialmente en la sentencia No. 141-18-SEP-CC es la siguiente: [supuesto de hecho] La conducta del juez que en la sustanciación y resolución de garantías jurisdiccionales fallé en contra de ley expresa; [Consecuencia jurídica] no será susceptible de subsumirse en el tipo penal de prevaricato. La estructura de la subregla creada judicialmente en la sentencia No. 2231-22-JP/23 es la siguiente: [supuesto de hecho] La conducta del juez que al sustanciar y resolver garantías jurisdiccionales proceda en contra de ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda; [consecuencia jurídica] podrá ser investigado, procesado y sancionado penalmente por el tipo penal de prevaricato, siempre que se cumplan con los elementos del tipo penal. Por lo tanto, en el contexto de la justicia constitucional, los jueces si pueden ser investigados y sancionados por prevaricato, siempre que, procedan contra ley expresa, y; no podrán ser investigados ni procesados cuando fallan contra ley expresa.

En los últimos meses, se han dictado varias sentencias (No. 98-23-JH/23; No. 12-23-JC/24; No. 3638-22-JP/24) de simple reiteración que confirman la obediencia de los jueces a las reglas jurisprudenciales, permitiendo inferir que la línea jurisprudencial es sólida.

Para finalizar, el sistema de garantías se diluye debido a prácticas altamente cuestionadas, provocando una erosión de la justicia constitucional y una desnaturalización del objeto de las garantías jurisdiccionales. El voto salvado y concurrente de la sentencia No. 2231-22-JP/23 abren una discusión frente a esta realidad. Existen varios caminos que van desde la incorporación de mecanismos punitivos que motiven negativamente a los juzgadores de abstenerse de prevaricar en el contexto de las garantías jurisdiccionales, la reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, y Control Constitucional, la capacitación continua a los servidores judiciales, la divulgación y explicación de las sentencias constitucionales para fortalecer la cultura precedente. Las soluciones deben ser integrales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep. “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2001). https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10216/1/doxa24_16.pdf.
- Austin, Anastasia. “Cómo las élites criminales manipulan las leyes para eludir la justicia en Ecuador”. *InSight Crime*, 17 de abril de 2024. <https://n9.cl/iqp1p>.
- Ávila, Ramiro. Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. *Avances conceptuales en la Constitución del 2008*. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008. <https://n9.cl/huurk>.
- Bobbio, Norberto. Teoría General del derecho. Capítulo I. *El derecho como norma de conducta*.

- Bogotá: Editorial Temis, 5ta ed., 2016. <https://n9.cl/a6sny2>.
- Bulnes, Luz. “La fuerza normativa de la Constitución”. *Revista Chilena de Derecho*, número especial (2004): 137. <https://n9.cl/nwnh1>.
- Donna, Alberto. “Derecho penal”. Parte especial. tomo 3. Rubinzal culzoni editores, n. ° 2, (2003).
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 109-II-IS/20*, 2020.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 98-23-JH/23*, 2023.
- _____. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.
- _____. *Código Orgánico Integral penal COIP*. Registro oficial 180, Suplemento, 2014
- _____. *Código Penal*. Normativa histórica, 1837.
- _____. *Código Penal*. Normativa histórica, 1938.
- _____. *Código penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971.
- _____. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- _____. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 003-I3-SCN-CC*, 2013.
- _____. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 141-18-SEP-CC*, 2018.
- _____. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 2231-22-JP/23*, 07 de junio de 2023.
- _____. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 12-23-JC/24*, 2024.
- _____. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 102-13-SEP-CC*. 04 de diciembre de 2013.
- _____. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n. °: 3638-22-JP/24*, 04 de abril de 2024.
- _____. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- Fernández, Francisco. “El Tribunal Constitucional español como legislador positivo”. *Revista Pensamiento Constitucional PUCP*, 15, n.° 15 (2011): 131 y 175. <https://n9.cl/c7itd>.
- Ferrajoli, Luigi. “Garantías: Garantías y Garantismo”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. ° 42 (2019), <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0983813>.
- García, Manuel. “Estado legal y Estado Constitucional del Derecho”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.° 82 (1991): 40-3. <https://n9.cl/6cr6r>.
- Grijalva, Agustín. Constitucionalismo en Ecuador. *Capítulo I Panorama general, Panorama básico de la nueva Constitución, Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador de 2008*. Quito: Pensamiento Jurídico Contemporáneo, n°5, 2011. <https://n9.cl/mdzrr>.
- Jiménez Roberto, Morales Gerardo y Cisneros Cinthya. “El prevaricato de los jueces en el sistema jurídico ecuatoriano”. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, Edición Especial, n.° 12 (2007). <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2691>.
- López, Diego. *El Derecho de los Jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis Editores, 2da ed., 2011. <https://n9.cl/j0krlt>.
- López, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Derecho y Sociedad, 2018. <https://n9.cl/uailp>.
- Medinaceli, Gustavo. *La aplicación directa de la Constitución*. Quito: serie Magíster, 134, 2013. <https://n9.cl/t56gr>.
- Montaña, Juan. *Apuntes de derecho procesal constitucional*. Aspectos generales. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición, Tomo I, 2011. <https://n9.cl/kr82q>.
- Muñoz, Francisco y García, Mercedes. Derecho penal, parte general. Valencia, ES, editorial Tirant lo Blanch, 8va ed., 2010. <https://n9.cl/wb8ti>
- Navarro, Pablo. “Normas Condicionales y Falacia Naturalista”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 30, (2007): 603 y 615. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckh146>.
- Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, ARG, Colección mayor, Filosofía y Derecho, Editorial Astrea, 2003. <https://n9.cl/6iwhy>.

- Rodríguez, Jorge. “La Derrotabilidad de las Normas Jurídicas”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. °6 (1997): 154-5. <https://n9.cl/a4e3o>.
- Salazar, Pedro. Capítulo 53: Sobre el concepto de Constitución. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, ed. Fabra Zamora y Spector Ezequiel. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3, 2008.
- Santaella, Héctor. “La Línea Jurisprudencial como Instrumento Esencial para Conocer el Derecho”. *Docencia y Derecho, Revista para la docencia jurídica universitaria*, n.° 10 (2016): 6. <http://hdl.handle.net/10396/15157>.
- Storini, Claudia. “Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador”. *FORO, revista de derecho*, n.° 2, UASB-Ecuador (2010): 104. <https://n9.cl/v2oh9>.
- Suárez, Wilson. “El rol del juez en el Estado constitucional”. *JUSTITIA*, n. °12 (2014): 105-7. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i12.1492>.
- Taruffo, Michelle. “Precedente y jurisprudencia”. Trad. Claudia Martínez y Fernando Gandini. *Precedente: Revista jurídica* 7, (2007), <https://n9.cl/nloiho>.
- Trujillo, Julio. “La Fuerza Normativa de la Constitución Ecuatoriana Actual”. *FORO, revista de derecho*, n. ° 2, UASB-Ecuador (2004): 90-1. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/284/283>.
- Uribe González, Licett y Andrade Palacio, Luz. “Autonomía del Juez para la toma de la decisión frente a la comisión del delito de prevaricato por acción en Colombia durante los años 2015-2020”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Colombia, 2020. <https://hdl.handle.net/20.500.12442/6162>.
- Villacrés López, Javier. “La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en el Ecuador: prohibición de fallar contra norma expresa”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014. <https://n9.cl/jl95d>.
- Villasís Rojas Hugo. “El prevaricato y la predictibilidad en un estado de derecho”. Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Sede Perú, 2022. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/19740>.