



Quito, D. M., 17 de abril del 2012

SENTENCIA N.º 152-12-SEP-CC

CASO N.º 0552-09-EP

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Juez constitucional sustanciador: Dr. Edgar Zárate Zárate

I. ANTECEDENTES

De la solicitud y sus argumentos

El doctor Diego García Carrión, en su calidad de procurador general del Estado, amparado en lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, presenta una acción extraordinaria de protección, en contra de las siguientes resoluciones: 1. Sentencia expedida el 28 de marzo del 2006 a las 10h00, por los doctores Víctor Terán Martínez, Eloy Torres Guzmán y Carlos Pérez Patiño, jueces de la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, dentro del proceso N.º 10669-MQ; y, 2. Sentencia expedida el 6 de mayo del 2009 a las 09h00, por los doctores Juan Morales Ordóñez, Freddy Ordóñez Bermeo y Manuel Yépez Andrade, jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso N.º 302-2006-NA, por considerar que las referidas decisiones judiciales transgreden el derecho al debido proceso, establecido en el artículo 76, numerales 1 y 7 literal I de la Constitución de la República y el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 ibídem.

De esta forma, señala como antecedentes que la actora del juicio contencioso administrativo, cuya sentencia se impugna, fue removida de su cargo como asesora constitucional, mediante acción de personal N.º 182-TC-JP-2003 del 25 de septiembre del 2003, en aplicación del literal h del artículo 17 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, en concordancia con el literal k del artículo 24 del Reglamento Orgánico Funcional del ex Tribunal Constitucional y la resolución N.º 004-2003-AD del 15 de abril del 2003; es decir, al estar justificada legalmente la referida acción de personal, no podía ser considerada como una sanción o destitución, sin embargo, la Primera Sala del Tribunal Distrital N.º 1 de lo Contencioso Administrativo falla a favor de la recurrente, disponiendo el inmediato reintegro a sus funciones.

Señala igualmente que en idéntico error incurre la Sala de Casación, la cual en sentencia extra petita, dispuso que se le reconozca el pago de los valores dejados de percibir, reconociéndose además el derecho de estabilidad. En este sentido, considera que la motivación realizada por los juzgadores no se ajustó a la realidad ni a los presupuestos establecidos, pues no existió ninguna destitución, al no gozar de la categoría de funcionaria de carrera, y menos aún procedía el pago de remuneraciones dejadas de percibir. Es decir, sostiene que los juzgadores confundieron las figuras jurídicas de la destitución y la remoción; una de las diferencias es que los cargos de libre remoción no garantizan estabilidad, y que la remoción puede ser dispuesta en cualquier momento sin necesidad de ningún proceso de contradicción.

Pretensión concreta

El accionante solicita admitir la demanda extraordinaria de protección, para que mediante sentencia se declare la vulneración de los derechos constitucionales, del debido proceso y de la seguridad jurídica, y consecuentemente, se deje sin efecto en todas sus partes las sentencias recurridas.

Auto impugnado

Sentencia de fecha 28 de marzo del 2006 a las 10h00.- Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo.- Proceso N.º 10669-MQ:

“TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- DISTRITO DE QUITO.- PRIMERA SALA.- Quito, 28 de marzo del 2006.- Las 10h00.- VISTOS.- (...) en el caso si bien es verdad que el Tribunal Constitucional ha emitido la resolución No. 004-2003-AD el 15 de abril del 2003 que ha servido de base para la remoción de la actora del cargo de Asesor Constitucional 4; dicha resolución se halla en contradicción con la norma dirimente expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo que se ha señalado, esto es que el Tribunal Constitucional ha expedido una resolución que hace extensivo a otras funciones como funcionarios de libre remoción y se ha aplicado a la actora, que desempeñaba el cargo de Asesor Constitucional 4, que no se halla en la lista taxativamente señalada en el literal b del art. 90 de la ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, lo que constituye un acto ilegítimo, por lo que sin otras consideraciones, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta en parte la demanda, declara ilegal el acto administrativo impugnado y dispone que en el término de cinco días la Dra. Zoralba Umayá Martínez





Paredes sea restituida al cargo de Asesor Constitucional 4; no se manda a pagar las remuneraciones reclamadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 literal h) de la ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa en vigencia.- sin costas.- Notifíquese.-”

Sentencia de fecha 6 de mayo del 2009 a las 09h00.- Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.- Proceso N.º 302-2006-NA:

“Ponente: Dr. Juan Morales Ordóñez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, a 06 de mayo de 2009; las 09h00.- VISTOS: (302-2006) (...) CUARTO: En el presente caso, una vez que el Tribunal a quo ha declarado la ilegalidad del acto administrativo impugnado y ha ordenado la inmediata restitución de la actora al cargo que desempeñaba. A esta Sala le corresponde únicamente analizar la pretensión propuesta en la demanda por la cual la actora pretende que la autoridad accionada sea condenada “... al pago de todas mis remuneraciones y beneficios legales hasta el momento del cabal cumplimiento del fallo” (fs. 8). Es preciso señalar que en la época del reclamo presentado, en razón de la vigencia de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, era requisito exigido para viabilizar la referida pretensión, el que el administrado cuente con el certificado correspondiente que señale su calidad de servidor público de carrera. Así lo determinan los artículos 94 y 65, letra n) en concordancia en el artículo 110, letra f) de su Reglamento General. Sólo con la presentación de dicho certificado procede el pago de remuneraciones reclamadas, como ratifica el artículo 112, inciso segundo, de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente en esa época. Consta en el proceso, que la actora, Zoralba Martínez Paredes, cuenta con el reconocimiento del status de servidor público de carrera, concedido por la Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional, en el Certificado número 28766, según Resolución 231 de 18 de abril de 1988, conforme lo señala el Secretario General de la referida dependencia en el Oficio No. OSCIDI-SG-2003-1988 (fs. 5), por lo que se reconoce la pretensión del pago de remuneraciones que dejó de percibir. Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se casa parcialmente la sentencia, por lo tanto, con la inmediata restitución de Zoralba Umaya Martínez Paredes en el cargo que venía desempeñando, se dispone, también, que la institución demandada pague a la actora los

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

haber es que dejó de percibir desde el a fecha en que fue ilegalmente separada de sus funciones, valores que serán liquidados pericialmente en la etapa de ejecución. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-”

De la contestación y sus argumentos

Dando cumplimiento a lo dispuesto por la Segunda Sala de la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante providencia del 19 de agosto del 2009; los doctores Marco Idrobo Arciniega y Jaime Enríquez Yépez, jueces de la Primera Sala del Tribunal Distrital N.º 1 de lo Contencioso Administrativo, en atención a la acción extraordinaria de protección presentada el 29 de julio del 2009, emiten el respectivo informe. En lo principal manifiestan que al haber recibido el proceso de la Corte Nacional, una vez expedido el fallo por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia con fecha 6 de marzo del 2009, procedieron a solicitar al Colegio de Contadores de Pichincha una terna de profesionales para designar un perito que practique la liquidación correspondiente.

Hasta la presente fecha no se ha designado el perito y, por el contrario, informan que una vez recibida la notificación de la Segunda Sala de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, han emitido el auto mediante el cual suspenden la ejecución de la sentencia y del fallo dictados en el caso materia de impugnación.

Finalmente, solicitan que al no haber dictado la sentencia ni tampoco el fallo impugnados, se los exima de toda responsabilidad, puesto que su obligación era cumplir las resoluciones aludidas por disposición expresa del artículo 172 de la Constitución de la República y artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En igual forma, la doctora Raquel Oderay Lobato Romero de Sancho, en su calidad de jueza de la Primera Sala del Tribunal Distrital N.º 1 de lo Contencioso Administrativo, comparece y señala que la sentencia ejecutoriada del 28 de marzo del 2006, dictada por los ex magistrados, doctores Eloy Torres Guzmán, Carlos Pérez Patiño y Víctor Terán Martínez, exjueces de la Primera Sala, a quienes no se les ha notificado con la presente acción, son los llamados a informar sobre las motivaciones que tuvieron para dictar la sentencia que se impugna. En tal virtud, los actuales jueces no tienen participación alguna; su participación se circunscribe únicamente a la fase de ejecución que obligatoriamente les corresponde.





Por lo expuesto, señala que en lo que respecta a la participación de la compareciente como juez de la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no a lugar por no haber participado de ninguna manera en la dictación de la sentencia mencionada, debiendo eximirle en la resolución que dicte esta Corte.

Por su parte, los doctores Juan Morales Ordóñez, Freddy Ordóñez Bermeo y Manuel Yépez Andrade, en sus calidades de jueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, integrantes de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, dando cumplimiento a la providencia de fecha 19 de agosto del 2009, manifiestan que conforme lo determina el artículo 437 de la Constitución de la República, únicamente los ciudadanos tienen derecho para promover la acción extraordinaria de protección, y en consecuencia, el procurador general del Estado no puede presentarse como parte activa, por no ser el Estado un ciudadano. En este sentido, sostienen que el procurador general del Estado comparece a juicio, sin tener capacidad jurídica para hacerlo, tornándose la acción promovida en improcedente e injurídica.

Adicionalmente, señalan que el procurador general a pesar de los seudos argumentos expuestos, no logra demostrar que en la sentencia expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia se han producido violaciones al debido proceso y demás derechos constitucionales.

De esta forma, expresa que la orden emitida por la Corte Constitucional para que Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo presente un informe motivado de descargo, a más de resultar inoficiosa, transgrede principios constitucionales como el de la autonomía de la Función Judicial y la independencia de los jueces. Concluye solicitando que los jueces constitucionales actúen con independencia, sabiduría y fortaleza de espíritu, para garantizar el principio de independencia de los jueces.

De los argumentos de otros accionados con interés en el caso

En atención a lo previsto en el literal b del artículo 56 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, publicadas en el Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, que establece que la Sala de Sustanciación, en el auto inicial avocará conocimiento del proceso y dispondrá la comunicación a la contraparte del accionante para que, de considerarlo pertinente, se pronuncie en el plazo de quince días exclusivamente respecto de la presunta vulneración en el proceso de

juzgamiento de los derechos reconocidos en la Constitución, mediante providencia del 19 de agosto del 2009 se dispone comunicar el contenido de la demanda y el mencionado auto a la contraparte del accionante, señora Zoralba Umaya Martínez Paredes, para que se pronuncie en el plazo de quince días, respecto de la presunta vulneración del debido proceso en el proceso de juzgamiento.

Afirma que la Corte Constitucional no ha reparado en que no puede convertirse en juez de sus propios actos, puesto que el procurador general del Estado deduce una acción extraordinaria de protección de las sentencias expedidas en contra del ex Tribunal Constitucional, y de producirse tal actuación estarían incurriendo en un irrefutable prevaricato tipificado por el artículo 277 del Código Penal.

Por otro lado, solicita tomar en cuenta que la Constitución no tiene carácter retroactivo, y por tanto no podría el procurador general deducir una acción extraordinaria de las sentencias expedidas el 28 de marzo del 2006 y 6 de mayo del 2009. En igual forma, sostiene que la intervención del procurador general del Estado, como legitimado activo, está viciada, puesto que la referida autoridad es parte procesal cuando los actos impugnados judicialmente provienen de entes públicos sin personería jurídica, que no es el caso, y por lo tanto, le corresponde al representante legal del Tribunal Constitucional comparecer directamente a juicio.

Igualmente, la contraparte señala que el Tribunal Constitucional no interpuso el respectivo recurso de casación en el año 2006, y en consecuencia, las supuestas razones que ahora esgrime no pudieron ser consideradas por la justicia ordinaria, debido a un desconocimiento jurídico de los representantes del órgano superior de control constitucional.

Finalmente, solicita que la Corte Constitucional, y en especial la Sala de Sustanciación, respeten la Constitución de la República, especialmente lo reglado en el artículo 75 ibídem, en la tramitación de la presente causa.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 191 numeral 2, literal d y Tercera



Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3 numeral 8, literal b y el tercer inciso del artículo 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en el presente caso, sobre las sentencias: 1. Sentencia expedida el 28 de marzo del 2006, por la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, dentro del proceso N.º 10669-MQ; y, 2. Sentencia expedida el 6 de mayo del 2009, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso N.º 302-2006-NA, mediante las cuales se restituye a la accionante al cargo que venía desempeñando, y se ordena el pago de los haberes que dejó de percibir desde la fecha en que fue separada de sus funciones.

Mediante auto del 5 de agosto del 2009 a las 11h30, la Sala de Admisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, al considerar que la acción extraordinaria de protección reúne los requisitos de procedibilidad determinados en el artículo 52 de dichas Reglas, admite a trámite la presente acción; y de conformidad con lo previsto en el artículo 87 de la Constitución de la República, se ordena la inmediata suspensión de la ejecución del fallo expedido el 6 de mayo del 2009, por los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso N.º 302-2006-NA.

Supremacía constitucional

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, siendo, por tanto, indispensable que ejerza ese control y demás atribuciones en estricto término al señalado en la Constitución de la República, pues su función primordial es preservar la supremacía e integridad de la misma, y asegurar la efectiva aplicación de los derechos y principios constitucionales, conforme lo prescribe en su artículo 424. Sin embargo, de lo dicho no se puede desconocer lo dispuesto en los artículos 425, 426, 427 y 428 ibídem, toda vez que el control de constitucionalidad abarca a otros operadores, y sin distinguir de quien lo aplique perseguirá igual fin, que es el de garantizar la supremacía de la Constitución de la República del Ecuador y por tanto, las decisiones judiciales adoptadas no pueden escapar a dicho control, y se sujetarán también a lo dictado por la Carta Suprema.

Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección procede exclusivamente contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.

En este orden, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en los cuales se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución, mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los mandatos del Ordenamiento Supremo. Lo contrario sería que no existiera una acción o recurso al cual recurrir para impugnar las acciones u omisiones de los operadores judiciales que violan derechos fundamentales, resultando que aquellos funcionarios supremos no se encuentran vinculados o bajo el control de la Constitución. Sin duda, entonces, la “procedencia de las acciones constitucionales frente a las decisiones judiciales constituye un verdadero avance en esta materia. En efecto, el reconocimiento de la supremacía constitucional implica aceptar que todos los poderes del Estado, incluso el Poder Judicial, se encuentran vinculados a la Constitución y a los derechos humanos”¹.

Problema jurídico planteado

La presente acción extraordinaria de protección tiene como origen la presunta vulneración del derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica en las sentencias recurridas que declaran el acto impugnado ilegal; dispone la restitución al cargo de asesor constitucional 4 a la doctora Zoralba Umayá Martínez, y el pago de los haberes que dejó de percibir desde la fecha en que fue separada de sus funciones la peticionaria. En este orden, se menciona que la funcionaria fue desvinculada del ex Tribunal Constitucional, mediante acción de personal N.º 182-TC-JP-2003 del 25 de septiembre del 2003, en virtud de las facultades legales y reglamentarias que permitían la remoción del cargo de

¹ Claudia Escobar, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 347.



asesores constitucionales, por tratarse de cargos de libre remoción, conforme la resolución N.º 004-2003-AD.

Conforme lo afirma el accionante, las sentencias impugnadas se sustentan en interpretaciones contrarias a la normativa legal vigente a esa fecha, y en consecuencia, violan el derecho al debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica previstos en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República, en la medida en que la motivación de las mismas no se ajustó a la realidad ni a los presupuestos establecidos, y a todas luces ajenas a la verdad material, al ser un acto justificado legalmente no podría ser considerado como una sanción o destitución; olvidándose del rigor del recurso de casación volvió a estudiar la prueba, reconociendo un derecho a la estabilidad que no le asistía a la accionante y confundió las figuras jurídicas de la remoción y la destitución.

Por tanto, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, previo a resolver, debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

Las sentencias impugnadas ¿violan los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, consagrados en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República?

La Constitución de la República proclama como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales, y en concordancia con aquel postulado, el artículo 76 de la Constitución establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las garantías básicas previstas en los numerales 1 al 7 del referido artículo. Igualmente, el artículo 82 ibídem consagra el derecho a la seguridad jurídica, el cual se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

En doctrina, el derecho al debido proceso es aquél que permite que la tutela jurisdiccional sea efectiva², y cuyo contenido está constituido por los siguientes derechos, a criterio de Álvarez Conde: "a) Derecho al Juez ordinario; b) Derecho a la asistencia de letrado; c) Derecho a ser informado de la acusación formulada; d) Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; e) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa;

² Álvarez Conde E, *El régimen político español*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1990, p. 181.

f) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables; y g) Derecho a la presunción de inocencia”.

Es decir, la importancia del derecho al debido proceso (previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador) deriva de la relevancia misma del ejercicio de la mayoría de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República, puesto que si bien la Constitución no establece un procedimiento determinado al cual debe regirse el juez, el ejercicio efectivo de este derecho, y en general del derecho a la tutela judicial efectiva (prescrito en el artículo 75 *ibídem*), sí que implica la existencia de todo un conjunto de garantías que se traducen en la consagración de una serie de derechos fundamentales, constitucionalizados³. Por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución, y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho.

Así, debemos entender por debido proceso aquel “derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentalmente procesales (excepcionalmente sustantivos) y por demás relevantes, para que una causa, pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia”⁴.

Bajo estas consideraciones, dentro del proceso la estricta observancia, tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho al debido proceso son de vital importancia, “pues de nada vale acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garanticen una correcta administración de justicia, pero tampoco podrá pregonarse el respecto de las categorías procesalmente debidas cuando aquello que se va a conocer por intermedio del proceso es, por voluntad misma del Estado, deficientemente planteado o una vez resuelto, ineficazmente cumplido”⁵.

En el caso concreto, el derecho al debido proceso que se considera vulnerado con la expedición de las sentencias impugnadas, más concretamente, las garantías básicas establecidas en los numerales 1 y 7, literal I del artículo 76 de la Constitución de la República, prevén que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de

³ Iñaki Esparza Leibar, *El Principio del Proceso Debido*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1995, p. 166.

⁴ Luis R. Sáenz Dávalos, “La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional 1*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999, p. 488.

⁵ Luis R. Sáenz Dávalos, *Op. Cit.*, p. 490.



las partes, así como el derecho de las personas a la defensa, que garantiza que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas.

En este orden, de la revisión del expediente se evidencia que las sentencias impugnadas lesionan los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, puesto que los juzgadores desconocen que el acto impugnado, esto es, la acción de personal N.º 182-TC-JP-2003, que remueve del cargo a la señora Zoralba Umaya Martínez Paredes, asesora constitucional 4, fue realizado en estricto ejercicio de las facultades legales y reglamentarias que le otorgaba a esa fecha la Ley del Control Constitucional al expresidente del Tribunal Constitucional, doctor Oswaldo Cevallos Bueno, y concretamente, en consideración a la resolución N.º 004-2003-AD del 15 de abril del 2003, en virtud de tratarse de una funcionaria que ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción, como es el de asesora constitucional. En consecuencia, resulta improcedente el reconocimiento que realiza el Tribunal de instancia de declarar ilegal el acto, e implícitamente reconocer el derecho a la estabilidad laboral de la peticionaria, otórgale un status de funcionaria de carrera del que no gozaba.

El cargo de asesora constitucional ¿es un cargo de libre nombramiento y remoción?

Conforme se menciona en líneas anteriores, la respuesta a esta interrogante es afirmativa, puesto que no se puede desconocer el contenido de la Resolución N.º 004-2003-AD, mediante la cual el ex Tribunal Constitucional declara que los asesores constitucionales son cargos de libre remoción, con fecha 15 de abril del 2003, en armonía con lo dispuesto en el literal b del artículo 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, actual artículo 92, literal b de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, manteniéndose hasta la actualidad tal hecho.

En el presente caso, la servidora removida ¿formaba parte de aquellos considerados como funcionarios de carrera administrativa, al ejercer el cargo de asesora constitucional 4 y, por tanto, gozaba del derecho a la estabilidad laboral?

En consecuencia con lo expresado, la funcionaria aludida ejercía el cargo de asesora constitucional 4, conforme se desprende de la acción de personal respectiva, a la fecha de producido el acto de remoción, esto es, el 26 de septiembre del 2003, es decir, posterior a la expedición de la Resolución N.º 004-2003-AD del 15 de abril del 2003; por tanto, no es posible considerar a la

funcionaria como servidora de carrera, y mucho menos se podría reclamar los derechos propios de esta categoría de servidores, como el ser titular del derecho a la estabilidad laboral. Al contrario, es perfectamente claro que la máxima autoridad de la Institución, en ejercicio de las facultades legales y reglamentarias que ejerce, pueda disponer en cualquier momento la remoción de aquellos funcionarios de libre nombramiento y remoción, caso contrario, se estaría desconociendo la diferencia que existe entre aquellos funcionarios de carrera que ingresaron al servicio cumpliendo ciertos requisitos y aquellos que lo hicieron por la confianza que les ha otorgado la máxima autoridad, y por ello la necesidad de hacer una distinción al interior de todo ente, de aquellos funcionarios que no forman parte de la carrera administrativa por ejercer puestos de dirección o "confianza".

En este orden, conviene recordar lo que bien manifestó el profesor Devis Echandía, sobre los principios fundamentales de la ciencia procesal que sientan las bases generales del derecho procesal, específicamente, sobre el principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos: "Los derechos subjetivos se originan en el derecho positivo y principalmente en la ley, su fuente formal más común en el mundo moderno. Los procedimientos sirven para obtener su tutela, su ejecución, su garantía, para permitir, en ocasiones, su ejercicio, pero no para crearlos. (...) El juez, al decidir, se limita a declarar los derechos que conforme a las normas positivas tiene la parte, y no le otorga ninguno que ellas no consagren".

Es decir, el Estado protege, como regla general, el ingreso a la carrera administrativa, con varias salvedades, esto es, excluye de tal categoría el ejercicio de cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción, y para establecer cuándo un cargo debe ser de elección popular o de libre nombramiento y remoción, en armonía con lo dispuesto en la Constitución, la ley determinará los criterios que han de ser observados para tal definición, en este caso, la Ley del Control Constitucional, la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y el Reglamento Orgánico Funcional de la Entidad, que importa señalar en el presente caso por ser relevantes para el examen que corresponde realizar a la Corte.

Bajo estos argumentos, le corresponde al legislador establecer las normas que rigen el ingreso, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa en todas las instituciones públicas, así como determinar aquellos cargos excluidos de la regla general de carrera administrativa, a más de los señalados: cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción, pues existen otros; en armonía con lo dispuesto en la Constitución de la República, que se constituye a

d

h



su vez en garantía de que tales excepciones consagradas no se conviertan en regla general y por tanto, violen el principio de carrera administrativa, y otros derechos fundamentales que el Estado constitucional de derechos y justicia busca proteger.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia N.º C-195-1994, manifestó: “Por tanto, como base para determinar cuando un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.

Posteriormente, la referida Corte analizó la facultad del legislador para clasificar un empleo como de libre nombramiento y remoción, y determinó que:

“...siendo la regla general la de pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al

manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata”.

Queda claro entonces que se debe distinguir entre las figuras de la remoción y la destitución, puesto que la primera opera cuando la máxima autoridad decide desvincular del cargo al funcionario por tratarse del ejercicio de uno de los denominados de libre nombramiento y remoción, mientras que la destitución responde a un procedimiento disciplinario como consecuencia de un procedimiento sumario que demuestre una grave falta cometida por el funcionario de carrera. Es decir, las dos figuras coinciden en romper el vínculo que existe entre el funcionario público y la administración, pero con una diferencia sustancial en cuanto al procedimiento utilizado para tal terminación del vínculo jurídico.

Por otro lado, la doctrina concuerda que por regla general todos los actos administrativos deben ser motivados, en consideración a la garantía básica del debido proceso; sin embargo, aquellos por medio de los cuales se remueve a una persona de su cargo, tiene sus excepciones, como en el caso de aquellos que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción, puesto que su permanencia en el mismo depende de la autoridad nominadora, y por tanto, bajo estas consideraciones, la falta de motivación del acto administrativo no vulnera derechos constitucionales, cosa que no ocurre con la destitución de funcionarios de carrera, que deben fundamentarse en el cometimiento de faltas disciplinarias, porque el mérito es la garantía básica para su ingreso, permanencia y promoción.

En definitiva, y luego del análisis del expediente, es posible determinar que durante todas las fases sustanciadas no se ha garantizado los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, puesto que los encargados de velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, han omitido la aplicación de normas legales sustanciales, incurriendo en una interpretación irrazonable, contraria a la Constitución de la República y a los instrumentos internacionales, al reconocer a la peticionaria la condición de servidora de carrera, y por tanto, con derecho a la estabilidad laboral.

Por estas consideraciones, la Corte Constitucional, para el período de transición, ha determinado que existe vulneración de derechos fundamentales de contenido sustantivo, desconociendo la primacía de los derechos inalienables del ser humano y la correspondiente protección constitucional, tornándose por tanto viable la excepcional acción extraordinaria de protección.

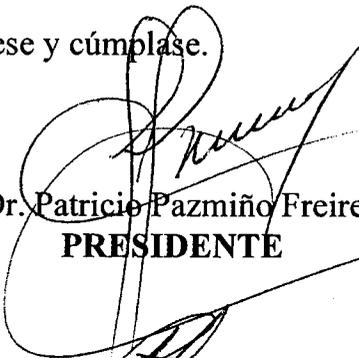
d
s

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica, consagrados en los artículos 76, numerales I y 7, literal I y 82 de la Constitución de la República.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada.
3. Dejar sin efecto la sentencia expedida el 28 de marzo del 2006 a las 10h00, por los jueces de la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, dentro del proceso N.º 10669-MQ; y, la sentencia expedida el 6 de mayo del 2009 a las 09h00, por los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso N.º 302-2006-NA.
4. Revocar la medida cautelar ordenada por la Sala de Admisión, mediante auto de fecha 5 de agosto del 2009 a las 11h30.
5. Remítase copia certificada de la presente sentencia a la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, para los fines pertinentes.
6. Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE



Dra. Marcía Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con seis votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Alfonso Luz Yunes, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Edgar Zárate Zárate, Patricio Pazmiño Freire, siendo concurrentes los votos de los doctores Alfonso Luz Yunes y Nina Pacari Vega y dos votos salvados de los doctores Hernando Morales Vinueza y Manuel Viteri Olvera; sin contar con la presencia del doctor Patricio Herrera Betancourt, en sesión extraordinaria del diecisiete de abril del dos mil doce. Lo certifico.



Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

MRB/ccp/pnff





Caso N°. 0552-09-EP

**VOTO SALVADO DE LOS DOCTORES HERNANDO MORALES
VINUEZA Y MANUEL VITERI OLVERA**

Nos apartamos del criterio de mayoría y consigamos nuestro voto en la presente causa con las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- El doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado, alega vulneración a los derechos al debido proceso (artículo 76 de la Constitución) que impone la obligación de toda autoridad de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (Art. 76.1) así como el derecho a la defensa que se garantiza con la motivación de las resoluciones de los poderes públicos (Art. 76,7, 1) y la seguridad jurídica consistente en la certeza que deben tener ciudadanos, jueces y autoridades del respecto a la Constitución y las leyes". A su criterio, estos derechos han sido vulnerados en la sentencia emitida por la Primera Sala del Tribunal Contencioso-Administrativo, Distrito Quito, el 28 de marzo de 2006, en el proceso N° 10559-MQ y en la sentencia adoptada por los jueces de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso N° 302-2006-NA.

SEGUNDA.- El artículo 76 de la Constitución de la República garantiza como derechos de las personas, respecto de quienes se determine derechos y obligaciones, el aseguramiento de un debido proceso, que conlleva la garantía de reglas que se encuentran claramente determinadas en la normativa de la Carta Fundamental, entre otras, la prevista en el número 1 que determina: "*Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes*" previsión constitucional que se enmarca en los objetivos de un estado de derechos, pues corresponde a toda autoridad garantizar la plena vigencia de los mismos, tanto más si se trata del acceso a la tutela judicial, en la que los jueces están abocados a definir sobre situaciones conflictivas que requieren una actuación en justicia y equidad lo cual solo puede obtenerse con el respeto a los derechos garantizados por la Constitución a las partes procesales y el cumplimiento de la normativa aplicable.

De otra parte el artículo 76 referido, en la letra l) del número 7, garantiza como regla del debido proceso la necesaria motivación que deben contener las resoluciones de todo poder público, en el que lógicamente se encuentra inmersa la actividad jurisdiccional, con el siguiente texto:

"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o

principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

La finalidad de esta garantía, tratándose de la actuación de los jueces, es asegurar que las personas que constituyen parte de un proceso judicial no sean sujetos de la arbitrariedad de quienes deciden, razón por la que éstos están obligados a adoptar sus decisiones con un claro sustento jurídico, aplicable a los hechos sobre los cuales se pronuncian, actuación que permite que las partes conozcan las razones que llevan al juez a fallar en determinado sentido.

TERCERA.- El derecho a la seguridad jurídica, consagrado por la Constitución en el artículo 82, conlleva la certeza del cumplimiento del ordenamiento jurídico (constitucional y legal), de ahí que hagan parte de esta regla el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano; para aquello y para tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde a la Constitución se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada, cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto a los derechos consagrados en el texto constitucional.

CUARTA.- De la revisión efectuada a las sentencias impugnadas en esta acción, se realizan las siguientes determinaciones:

Sobre la sentencia de instancia.

- a) Las Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en la sentencia emitida, acepta parcialmente la demanda y declara ilegal el acto administrativo impugnado, consiste en la acción de personal N° 182-TC-JP-2003, mediante la cual el Presidente del Tribunal Constitucional removió de sus funciones a la Dra. Soralba Umayá Martínez Paredes, quien se desempeñaba como asesora constitucional 4.
- b) Para llegar a esta decisión la Sala ha considerado que la demandada impugnó la remoción de su cargo de asesora, hecho que operó con base en la resolución N° 004-2003-AD, de 15 de abril de 2003, emitida por el Pleno del entonces Tribunal Constitucional mediante la cual se declaró que los cargos de asesores eran de libre remoción. Al respecto, la sentencia contiene el análisis jurídico referido a la legalidad de la



resolución en la cual el Presidente del Organismo de Control Constitucional fundamentó su decisión de remover a la funcionaria de su cargo, análisis que, en esencia, plantea que existiendo una norma dirimente expedida por el Tribunal Contencioso-Administrativo, publicada en el Registro Oficial N° 901 de 29 de marzo de 1992, respecto a la aplicación del artículo 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que establecía taxativamente los cargos de libre remoción, norma que determinó que no era facultativo de las autoridades *“señalar, a su libre arbitrio, a otras funciones como de confianza o pertenecientes a la dirección política y administrativa del estado con el propósito de remover a sus titulares”*, la Resolución adoptada por el Tribunal Constitucional, *“se halla en contradicción con la norma dirimente expedida por el Tribunal Contencioso-Administrativo”*, concluyendo que *“el Tribunal Constitucional ha expedido una resolución que hace extensivo a otras funciones como funcionarios de libre remoción, y se ha aplicado a la actora, que desempeñaba el cargo de Asesor Constitucional 4, que no halla en la lista taxativamente señalada en el literal b) del artículo 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa”*.

- c) Con esta argumentación que es muy clara, la Sala declara ilegal el acto de remoción por haberse adoptado en aplicación de una ilegal resolución adoptada por el Tribunal Constitucional, cuando estaba impedido de señalar otras funciones no contempladas en la Ley de la materia, como de libre remoción, conclusión que como se ve, precisamente garantizó las normativa legal vigente a la fecha en que se dictó la Resolución. De otra parte, la manera concreta con la que realiza el análisis jurídico respectivo, con la enunciación de las normas aplicables a la situación de hecho que se conoce en la sentencia, garantiza que la decisión adoptada se encuentra debidamente motivada, razones por las se señala que la sentencia no vulnera el debido proceso.
- d) Finalmente, la decisión adoptada por la Sala, precisamente se orientó a restablecer el derecho a la seguridad jurídica, según la cual lo previsible era que el máximo Organismo de Control Constitucional, actúe respetando la normativa jurídica vigente y no amplíe la lista de cargos de libre remoción que taxativamente establecía la Ley, lo cual no sucedió, conforme analiza la sentencia, de manera motivada. Si esta es la obligación de los jueces, mal puede concluirse que la sentencia vulnera el derecho a la seguridad jurídica, como aduce el demandante en esta acción.

Sobre la sentencia de casación.

- a) La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conoció el recurso de casación presentado por la Dra. Soralba

Umayra Martínez Paredes, respecto de la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Contencioso-Administrativo por considerar que si bien resolvió su restitución al cargo de Asesora Constitucional 4, no dispuso el pago de las remuneraciones reclamadas *“de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 25 literal h) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.”* El recurso resolvió sobre la aplicación retroactiva de una norma, efectuada por la Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, que condujo a la misma a negar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por la actora.

- b) El análisis jurídico efectuado por la Sala Especializada, luego de explicar la procedencia del recurso de casación interpuesto, por aplicación indebida del artículo 7 del Código Civil que establece el principio de irretroactividad de la Ley, señala que este principio es aceptado por nuestro ordenamiento jurídico como regla general, por lo que las leyes tienen vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. A partir de esta premisa, analiza que la decisión de la Sala del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, al aplicar una disposición vigente desde el 6 de octubre de 2003, fecha de publicación en el Registro Oficial N° 184 de la Ley Orgánica de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público (requisito de la declaratoria de nulidad del acto) a un hecho ocurrido el 25 de septiembre de 2003, infringió el principio de irretroactividad de las leyes.
- c) Una vez que constató la infracción denunciada, la Sala procedió a dictar la sentencia correspondiente, fundando su decisión en el artículo 16 de la Ley de Casación, pronunciándose sobre la pretensión propuesta en la demanda respecto al pago de remuneraciones, la cual acepta luego de exponer detalladamente la normativa aplicable al caso, consistente en que en la época del reclamo presentado, según la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (artículo 94 y 95, letra n) en concordancia con el artículo 110, letra f) de su Reglamento) era requisito exigido para viabilizar tal pretensión, que el administrado cuente con el certificado sobre su calidad de servidor público de carrera, además que el pago procede solo con la presentación del certificado, conforme disponía el artículo 112 de la misma Ley. La sentencia detalla el certificado presentado por la demandante según el cual cuenta con el reconocimiento del status de servidor público de carrera, por lo que reconoce la pretensión del pago de remuneraciones reclamado.



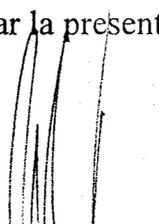
- d) Como puede observarse, la sentencia emitida en el recurso de casación, es muy claro y concreto, en el que se enuncian las normas pertinentes aplicables al caso y contiene una clara argumentación de las razones por las que procede la casación de la sentencia, se orienta a garantizar la aplicación de la normas vigentes a la época del reclamo y asegura la vigencia del ordenamiento jurídico aplicable al caso, que, se insiste, era lo previsible en la actuación de los jueces, lo cual no ocurrió. Por todas estas razones, no se encuentra que en la sentencia de casación emitida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se encuentren vulnerados los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídico

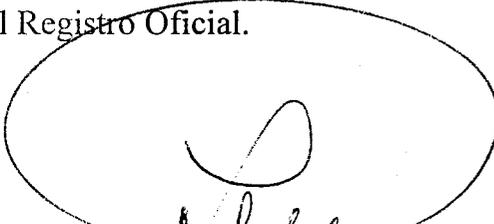
DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, en nombre del Pueblo Soberano y de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Negar la acción extraordinaria de protección planteada por Diego García Carrión, Procurador General del Estado.
2. Publicar la presente sentencia en el Registro Oficial.


Dr. Hernando Morales Vinuesa
JUEZ CONSTITUCIONAL


Dr. Manuel Viteri Olvera
JUEZ CONSTITUCIONAL

VOTO CONCURRENTENTE DE LOS DOCTORES NINA PACARI VEGA Y ALFONSO LUZ YUNES

Causa No. 0552-09-EP

No obstante estar de acuerdo con el criterio de fondo constante en el proyecto elaborado por el Juez Sustanciador, al existir argumentos de fondo esgrimidos por otros con interés en el proceso, los mismos que deben ser absueltos para una mejor comprensión de la sentencia, emito mi voto concurrente en los siguientes términos.

1.3 De los argumentos de otros accionados, con interés en el caso.-

En atención a lo previsto en el literal b) del artículo 56 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición, publicadas en el Registro Oficial No. 466 de 13 de noviembre del 2008, que establece que la Sala de Sustanciación en el auto inicial avocará conocimiento del proceso y dispondrá la comunicación a la contraparte del accionante para que de considerarlo pertinente, se pronuncie en el plazo de quince días, exclusivamente respecto de la presunta vulneración en el proceso de juzgamiento de los derechos reconocidos en la Constitución; mediante providencia de fecha 19 de agosto del 2009, se dispone comunicar el contenido de la demanda y el mencionado auto a la contraparte del accionante, señora Zaralba Umaya Martínez Paredes, para que se pronuncie en el plazo de quince días, respecto de la presunta vulneración del debido proceso en el proceso de juzgamiento.

Afirma que la Corte Constitucional no ha reparado que no puede convertirse en juez de sus propios actos, puesto que el Procurador General del Estado deduce una acción extraordinaria de protección de las sentencias expedidas en contra del ex Tribunal Constitucional; y de producirse tal actuación estaría incurriendo en un irrefutable prevaricato tipificado por el artículo 277 del Código Penal.

Por otro lado, solicita tomar en cuenta que la Constitución no tiene carácter retroactivo, y por tanto no podría el Procurador General del Estado deducir una acción extraordinaria de las sentencias expedidas el 28 de marzo del 2006 y 6 de mayo del 2009. En igual forma, sostiene que la intervención del Procurador General del Estado como legitimado activo esta viciada puesto que la referida

Luiz

autoridad es parte procesal cuando los actos impugnados judicialmente provienen de entes públicos sin personería jurídica, que no es el caso, y por lo tanto, le corresponde al representante legal del Tribunal Constitucional comparecer directamente a juicio.

Igualmente, la contraparte señala que el Tribunal Constitucional no interpuso el respectivo recurso de casación en el año 2006, y en consecuencia las supuestas razones que ahora esgrime no pudieron ser consideradas por la justicia ordinaria, debido a un desconocimiento jurídico de los representantes del órgano superior de control constitucional.

Frente a estas posiciones jurídicas planteadas por el tercero con interés en la causa es necesario que la Corte despeje las mismas en los siguientes aspectos.

La Corte Constitucional frente al delito de prevaricato al resolver esta causa.-

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel en su obra Manuel de Práctica Procesal Penal, al referirse al delito de Prevaricato manifiesta:

“El prevaricato, en cualquiera de las modalidades típicas previstas en el Art. 277 del Código Penal, es estructuralmente doloso. En el numeral 1 se reputan como prevaricadores, 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.”

En el numeral 3 se reputan prevaricadores a los jueces y árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan. Y, en el numeral 4 se prevé como hipótesis típica de prevaricato, el caso de los empleados públicos de cualquier clase que ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto, desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público.



Este tipo de delito al que se denomina doctrinariamente como *PREVARICACION JUDICIAL*, se refiere a comportamientos ilícitos del Juez o Magistrado respecto a determinadas funciones que le son propias. *Sujeto activo* sólo puede ser el Juez unipersonal o los Jueces pluripersonales como los que conforman un Tribunal, “siempre que pueda imputarse a cada uno de sus miembros a título personal en calidad de autor o coautor, el acto constitutivo de los mismos. Por Juez o Magistrado debe entenderse aquella persona que ejercita la actividad jurisdiccional” (Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Decimoquinta edición, Tiran lo Blanch, Valencia, 2004, p. 921).

En la primera hipótesis de nuestro Código Penal y como elementos del *Tipo Objetivo* se exige una acción, la de dictar una sentencia o resolución injusta, el concepto de injusticia es un elemento *objetivo*. Se demanda la presencia de un *elemento normativo* del tipo que es el fallar en contra de ley expresa o proceder penalmente en contra de una persona conociendo que no lo merece. *La injusticia se constituye por toda interpretación que sea injustificable en el plano teórico*. Se sostiene que el Juez debe estar vinculado a la ley y también al Derecho, está sin duda vinculado a la realidad de los hechos a los que la ley tiene que ser aplicada. *Si un Juez deja de valorar unos hechos o da como probados unos hechos en contra de toda lógica científica puede cometer igualmente prevaricación*.

Como elemento del *Tipo Subjetivo* se requiere un actuar *doloso*, vale decir, con el querer de un resultado típico, lo que es desarrollado doctrinariamente con el concepto de actuar *a sabiendas*; como bien dice el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “la mayoría de las veces el problema que se plantea en la prevaricación judicial dolosa no es tanto el de la prueba del tipo objetivo (*injusticia de la resolución*), como el de la del elemento *a sabiendas*” (ob.cit. p. 923). En el numeral 3 del Art. 277 se destaca *proceder maliciosamente* contra leyes expresas, con lo cual se hace referencia a un comportamiento estructuralmente doloso, pues la malicia es sinónimo del dolo que se compone de un elemento *intelectual* o de *representación* y de un elemento *voluntario* o *intencional* de querer la concreción del tipo, pues el sujeto activo se representa el delito como posible y dirige su actividad para conseguir ese resultado.

El tipo subjetivo de la prevaricación dolosa, no queda desvirtuado por las convicciones particulares, morales o no, altruistas, patrióticas o partidistas del

mejor

Juez que dicta la resolución objetivamente injusta, sino por la ignorancia o el error jurídico burdo. En el numeral 4 del Art. 277 se amplía el espectro punitivo, para los casos de denegación de justicia y de retardo malicioso, que solo son punibles bajo la forma modal de comisión dolosa. Vale aclarar, que en legislaciones modernas como la española con el Código Penal de 1995, a diferencia del nuestro, se penaliza incluso la prevaricación *imprudente*, cuando el juez por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta (cf. Art. 447 Código Penal español). Si el juez está consciente de la injusticia aparece la prevaricación dolosa, que en el caso de Ecuador es la única que está tipificada como delito.”

En el caso que la Corte Constitucional analiza en esta sentencia, no existe los elementos objetivos ni subjetivos del delito de prevaricato en la actuación que establece la Corte, pues su accionar en el recurso extraordinario de protección se circunscribe al análisis de sentencias que no fueron expedidas por la Corte ni aún por el ex tribunal Constitucional, ya que lo que se analiza es las sentencias expedidas el 28 de marzo del 2006 por la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo dentro del proceso No.10669-MQ y la sentencia dictada el 6 de mayo del 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del proceso No.302-2006-NA, siendo el estudio dentro del campo estrictamente constitucional mas no de legalidad.

El Art. 94 de la Constitución de la República establece que la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hubiera violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y se interpone ante la Corte Constitucional.

De lo establecido en la carta fundamental se determina que la presunta violación a los derechos constitucionales que dan origen a la acción extraordinaria de protección devienen de la actuación del órgano judicial, es este el que a decir del legitimado activo ha cometido o mantenido una acción contraria a preceptos constitucionales la misma que se refleja en el proceso o en el fallo dictado; bajo este razonamiento la actuación de las partes procesales no conllevan quebrantamiento a la norma constitucional, en tanto que el comportamiento judicial si y es por ello que se establece la acción extraordinaria de protección para lograr la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

En este orden de cosas, al nacer la competencia para este tipo de acción tutelar de carácter extraordinario a favor de la Corte Constitucional de la propia carta



fundamental, la actuación de esta no puede convertirse en prevaricadora frente al análisis de actuaciones procesales judiciales que no han emanado de si y que por el contrario obligan a un debido estudio de las normas constitucionales del debido proceso, su respeto aplicación y observancia.

El juez constitucional en su labor hermenéutica tiene mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos fundamentales. Al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que en estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos.

El juez constitucional debe esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la mejor defensa de los derechos fundamentales. La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos, como bien lo dice Robert Alexy los jueces constitucionales ejercen una “representación argumentativa”.

Es en este escenario, de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico como el nuestro, conforme lo señala el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, que la Acción Extraordinaria de Protección establecida en el Art. 94 de la Norma Suprema, edifica una múltiple garantía de protección a favor de la víctima de violación de derechos constitucionales o del debido proceso, bien sea por la acción u omisión en sentencias o autos definitivos dictados por un órgano de la Función Judicial; por ende, cuando se refiera a un derecho constitucional violado por acción u omisión, su reclamo de tutela, debe plantearse ante una instancia diferente de la que expidió el fallo presuntamente infractor; esto es, que en el caso de sentencias judiciales, la instancia distinta a la función Judicial, la competente es la Corte Constitucional.

Estas consideraciones conllevan a que la Corte no se halle al analizar esta causa, convirtiéndose en Juez de sus actos, pues el objeto de la acción extraordinaria de protección recae sobre actos y providencias de la Función Judicial.

Tiene facultad el Procurador General del Estado para planear esta acción en defensa de los intereses del Estado.

Juicio

Los otros con interés en la causa, han cuestionado el hecho que el legitimado activo de esta acción sea el procurador General del Estado, aduciendo para ello la circunstancia de que éste es parte procesal únicamente respecto de los entes públicos carentes de personería jurídica; al respecto se debe considerar lo siguiente.

El Art. 226 de la Constitución de la República manifiesta que: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*.

Es decir que la Procuraduría General del Estado debe cumplir con la misión establecida para dicho ente en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; en este orden de cosas el Art. 237 de la Constitución de la república manifiesta:

“Corresponde a la Procuradora o Procurador General del estado, además de las otras funciones que determine la Ley:

- 1.- La representación judicial del Estado*
- 2.- El patrocinio del estado y de sus instituciones*
- 3.- El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.*
- 4.- Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”*.

De su parte la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su Art. 3 literal c), al establecer las atribuciones legales del Procurador establece:

“Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos propios, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte de ellos, en defensa del patrimonio nacional o del interés público.”

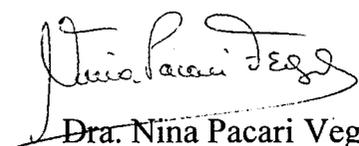


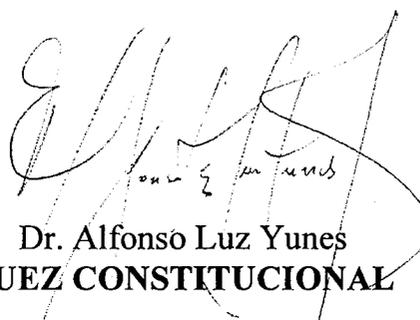
De las disposiciones Constitucionales y legales transcritas se desprende claramente que el Procurador General del Estado tiene toda la competencia jurídica para iniciar este tipo de acciones extraordinarias de protección pues se constituye en legitimado activo en defensa del patrimonio nacional o del interés público, máxime aun cuando la acción extraordinaria de protección versa sobre violaciones constitucionales y actos judiciales que al atentar, presumiblemente, contra estos derechos conllevan a que las mismas sean de tal naturaleza que impriman una relevancia jurídica constitucional que debe ser analizada y resuelta en sentencia que fijará la correspondiente jurisprudencia constitucional futura.

Por lo tanto la aseveración formulada por el tercero con interés en la causa no tiene asidero constitucional ni legal.

En lo que respecta a que el ex Tribunal Constitucional no interpuso el respectivo recurso de casación en el año 2006, la misma no tiene relevancia Constitucional dentro del análisis del caso que se sentencia, pues es evidente que la Corte Nacional de Justicia tuvo el conocimiento en última instancia del proceso judicial correspondiente, emitiendo su fallo al respecto; no obstante aquello debe resaltarse que la Corte Constitucional no se constituye en una instancia judicial que analiza legalidades, sino en la instancia tutelar que impide la vulneración de derechos constitucionales tanto en el proceso como en la sentencia; consideraciones estas por las que el argumento planteado se convierte en ajeno a la materia de este recurso extraordinario de protección y nos releva de un mayor comentario.

En lo demás, comparto con el análisis efectuado.


Dra. Nina Pacari Vega
JUEZA CONSTITUCIONAL


Dr. Alfonso Luz Yunes
JUEZ CONSTITUCIONAL





CORTE
CONSTITUCIONAL

CAUSA 0552-09-EP

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, el día miércoles veintisiete de junio de dos mil doce.- Lo certifico.

Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

MRB/lcca

