

Vías de hecho de la Corte Constitucional que corrigen sentencias y autos judiciales ejecutoriados por “error de Derecho” e “Injusticia del Resultado”

COMENTARIOS A LA SENTENCIA No.020 –09 – SEP – CC (CASO: 038-09-EP) DE 13 DE AGOSTO DE 2009 CON REFERENCIA A LA SENTENCIA NO.003-09-SIN-CC. CASO No. 0021-2009-IA) DE 23 DE JULIO DE 2009

Jorge Zavala Egas

Resumen: la Corte Constitucional dice tener legitimidad para examinar un auto o sentencia ejecutoriados y juzgar de un modo diferente si determina error de derecho derivado de una laguna filosófica en la norma aplicada (“la realidad normativa y filosófica que caracteriza la actual Constitución”) y concluye en la «injusticia del resultado» de la sentencia juzgada, pues, se basa esta en un fundamento “pre jurídico e ilusorio”.

Síntesis del caso:

El Procurador General del Estado acusa ante la Corte Constitucional, vía Acción Extraordinaria de Protección, a un auto expedido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia de vulnerar derechos constitucionales inherentes al debido proceso. En ese Auto los juzgadores rechazan el Recurso de Hecho interpuesto contra la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que inadmite el Recurso Extraordinario de Casación, el mismo que había sido presentado contra una sentencia que condena al Estado al pago de una indemnización a favor de una asociación de productores de derecho privado. La Corte Constitucional decide que la actuación judicial vulnera los siguientes derechos constitucionales: a) Tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e interés de las personas (artículo 75 de la Constitución); b) Sacrificio de la justicia por la omisión de formalidades (artículo 169), así como c) la garantía del debido proceso (artículo 76, numerales 1 y 7, literal a).

El Recurso de Casación fue estimado como inadmisibles por la Sala de la ex CSJ por haberse “*presentado fuera de término, afirmando que el Recurso Extraordinario de Casación es esencialmente formalista, tal como se ha pronunciado la extinta Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos reiterados. Sostienen que la Sala cumplió con lo dispuesto en la Ley de Casación en cuanto a la observancia de los términos aclarando que por la rigidez del recurso de casación la Sala no puede considerar el fondo del asunto* (pág.4), tal como se concluye de la contestación a la demanda.

Lo que sucedió fue que dictada la Sentencia por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la Procuraduría solicitó la aclaración y la ampliación del fallo después vencido el término para hacerlo, al caer en cuenta de ello y antes de que se provean dichos recursos horizontales, el Procurador interpuso Recurso de Casación, “el cual, a juicio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, es impropio por apresurado, en virtud de que sólo a partir de la fecha de notificación del auto definitivo que negaba la aclaración y ampliación, discurre el término para la interposición del recurso de casación” (pág.6).

La Corte Constitucional corrige el «error de Derecho» y la «injusticia del resultado»

Para nuestro comentario lo trascendente de la Sentencia de la Corte Constitucional es su afirmación final que explica la razón para decidir: “La aceptación de la presente acción extraordinaria de protección no es de ningún modo arbitraria, pues por el contrario, se sustenta sobre la base del «error de derecho» y la «injusticia del resultado». El error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la injusticia del resultado se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto con un sustento pre jurídico e ilusorio” (págs. 11/12, los subrayados no son originales).

¿En qué se fundamenta la Corte Constitucional para la corrección del auto ejecutoriado determinando «error de derecho» e «injusticia del resultado»?

Dice la Corte que:

1. “Las sentencias y autos luego de manifestadas o expedidas, se basan en una presunción de verdad, mas hay que aclarar que la verdad no es sino la adecuación del concepto que se tiene sobre un objeto y lo que dicho objeto es en la realidad de los hechos. Lograr la verdad absoluta es algo que está fuera del alcance del intelecto del juez, por lo que en una sentencia o auto el juez acoge una aproximación de lo que considera la verdad que idealmente se pretende alcanzar. Esto significa que la verdad es un fenómeno perfectible, pues ante la presencia de nuevos elementos de juicio es posible abordar nuevamente una sentencia para acercarla de mejor manera hacia el ideal de verdad” (pág.11).
2. En conclusión: la Corte Constitucional dice tener legitimidad para examinar un auto o sentencia ejecutoriados y juzgar de un modo diferente si determina «error de derecho» derivado de una laguna filosófica en la norma aplicada (“la realidad normativa y filosófica que caracteriza la actual Constitución”) y concluye en la «injusticia del resultado» de la sentencia juzgada, pues, se basa ésta en un fundamento “pre jurídico e ilusorio” (págs. 11/12).

Esta tesis de la Corte Constitucional ya se aplicó antes (Sentencia No.003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA) de 23 de julio de 2009 y dijo, en esa oportunidad, que la Sentencia que dicta “de ningún modo es una resolución arbitraria de esta Corte, pues, por el contrario, se trata de sustentarse sobre la base sostener la supremacía de la Constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia del resultado”. Y agregó:

“El «error de derecho» se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la «in-

justicia del resultado» se viene expresando con anterioridad a la emergencia del nuevo paradigma constitucional...”.

Tanto el «*error de derecho*» que conlleva la incongruencia con la actual Constitución de normas anteriores a su vigencia como la «*injusticia del resultado*», se afirman, por parte de la Corte Constitucional, porque “*los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son irreconciliables, no pueden mantenerse, ni aun poniendo en práctica los métodos más sofisticados de interpretación constitucional, pues los fundamentos filosóficos que inspiraron a las sentencias mencionadas¹ y aquellos fundamentos que sostienen la ingeniería constitucional vigente, tienen un génesis tan opuesto... , la evolución del pensamiento científico-doctrinario, así como del pensamiento jurídico-político de una nación como la ecuatoriana, transita hacia la emergencia de un nuevo paradigma que cambia sustancialmente la realidad y las características nucleares de los hechos y situaciones en la que en un momento se basaron las sentencias, sujetas a crítica²”.*

Es decir, la Corte Constitucional según su propia afirmación, tiene potestad para corregir autos o sentencias judiciales ejecutoriadas cuando éstos deriven de la incongruencia entre la norma jurídica vigente que aplican los jueces ordinarios y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución, «*error de derecho*» que conlleva la «*injusticia del resultado*» que se expresa en la inseguridad en que se encuentran quienes sufren el menoscabo de sus derechos e intereses por “*un auto con un sustento pre jurídico e ilusorio*”.

Veamos de qué se trata todo lo expresado.

Los jueces ordinarios y su función

No es discutible que los jueces en los procesos judiciales deben hacer justicia conforme al Derecho (Art.172 CRE) y, lo es, declarar que el recurso de casación debe ser interpuesto dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración (Art. 5 de la Ley de Casación) y, en consecuencia, aplicando la norma procede a inadmitir el que fue interpuesto *antes* que haya sido resuelto el petitorio de aclaración o ampliación o después de los cinco días de tal providencia.

La Corte afirma que esta declaración y aplicación judicial “*se apega a un acto de ruptura a la simple lógica, así como violatoria de la justicia por hacer prevalecer formalidades*” (pág.8). Para sustentar esta conclusión la CC afirma que, en el caso concreto, “*fue más que obvio que dicha petición (de aclaración y ampliación) sería rechazada*” por presentada después del término legal para hacerlo y que, por ello, se justifica que el recurso de casación fuese interpuesto antes que el rechazo sea objeto de la providencia judicial respectiva, y, según la Corte, *¿debió ser admitido aun cuando la ley lo prohíba!* Pues, razonaron los jueces constitucionales, “*la petición de dicho recurso es obvia y hasta inminente*” (¿?).

Se trata, en definitiva, de la aplicación de la norma jurídica previa, clara y pública en cumplimiento de la seguridad jurídica (Art.82 CRE) realizada por la Sala de la

1 Se refiere a las sentencias en materia constitucional dictadas con fundamento en la Constitución 1998 (págs.53 y 54).

2 Ídem

ex Corte Suprema, operación aplicativa que es juzgada por la Corte Constitucional como *violatoria de la justicia* porque, según su argumentación, la *petición del recurso es obvia y hasta inminente*. Estamos de acuerdo con que la solicitud del recurso es expresa, patente y manifiesta (obvia) y que era próximo el día de la oportunidad de Recurso de Casación (inminente), pero ello no elimina la realidad: fue presentada en tiempo prematuro, no lo presentó después de negadas las peticiones de ampliación y aclaración y se aplicó la consecuencia prevista en la norma legal que es su inadmisibilidad.

Lo que no se alcanza a entender -ni lo explica la Corte Constitucional es cómo vulneró la *Justicia* la Sala de la Corte Suprema cuando aplicó la norma jurídica vigente y que es adecuada a la Constitución.

De ahí concluye, la Corte Constitucional, que se violó el derecho a la tutela judicial efectiva, *“pues si bien el accionante ejerció inicialmente su legítimo derecho a la defensa en diferentes etapas procesales, es colocado en un estado de incertidumbre cuando el recurso de casación, presentado por el ahora accionante, recibe una respuesta negativa con una argumentación de poca consistencia y sustentada en razonamientos de poco peso jurídico y constitucional”*. Sin decir, por otra parte, que el razonamiento de la Sala de la ex CSJ se concreta en una norma jurídica que, como regla que es, tiene condiciones de aplicación que son del todo claras, detalladas y precisas que no ameritan siquiera interpretación y que estaba en la obligación de aplicarla.

De las formalidades y solemnidades como núcleo duro de la seguridad jurídica a la injusticia del resultado

La Corte Constitucional deja entrever en su oscuro razonamiento que la Sala de la ex Corte Suprema de Justicia hizo prevalecer una formalidad jurídica sobre la *justicia* del caso y que esto se encuentra prohibido por la Constitución (Art.169), pero es necesario aclarar que el Recurso de Casación es extraordinario porque se configura de modo particular y limitado y, además, porque no impugna la decisión sobre todo el fondo del litigio, sino por determinados errores de derecho. Por ello es rigurosa y esencialmente formalista. Ha reiterado ese órgano y lo sigue haciendo, ahora con el nombre de Corte Nacional de Justicia, que *“el recurso de casación es de carácter extraordinario, formalista, restrictivo en cuanto a los condicionamientos que la Ley exige para su procedencia”*, que *“se constituye en recurso eminentemente formalista, es decir, que quien impugna acogiéndose a esta institución, debe cumplir estrictamente lo dispuesto por la correspondiente Ley de Casación, que rige este tipo de impugnaciones; vale deducir, que deben sujetarse a cumplir en forma escrita lo requerido por la indicada Ley”* o que *“se constituye en un recurso eminentemente formalista, es decir, que quien impugna acogiéndose a esta institución, debe cumplir estrictamente lo dispuesto por la correspondiente Ley de Casación, que rige este tipo de impugnaciones...”*. Esto responde a doctrina jurídica universal y pacífica sobre los recursos extraordinarios y particularmente al de Casación.

La Constitución no reprueba el formalismo procesal, ha dicho la ex CSJ, *“lo que condena es que se conviertan meras complicaciones de las formas, que impongan la realización de prácticas vacías de contenido, que se constituyan en un fin de tal manera que el proceso se convierta en un instrumento a su servicio al punto que la justicia pase a segundo plano”* (Juicio No. 208 – 00 de 12 de octubre de 2000. Aldaz vs. Bco. Pichincha). Sobre este punto el profesor Santiago

ANDRADE UBIDIA, ex Magistrado de la ex CSJ, afirma que si se encuentra pendiente de resolución la aclaración o la ampliación, no cabe interponer el Recurso de Casación y si se lo hace tendrá que volver a presentarlo dentro de los cinco días posteriores a que se haya proveído aquélla³. No hacerlo equivale a no presentarlo, agregamos y su solución normativa es la inadmisibilidad.

La Corte Constitucional acepta lo esencial del respeto a las formalidades y solemnidades procesales diciendo que “Es la necesidad de certeza y seguridad jurídica uno de los principios que alimentan el núcleo duro del deber ser de las formalidades y solemnidades que caracterizan a los procesos en derecho”, pero relativiza esa afirmación y dice que “sin embargo, la seguridad jurídica no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sin razón jurídico” (pág.11). El valor referente es la Justicia y la Corte Constitucional justifica las formalidades cuando sean “justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues de lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia” (ídem). Ahora bien, ¿cuándo la omisión del cumplimiento de las solemnidades procesales provoca desenlaces justos y cuándo resultados injustos? En el caso en cuestión, resuelta la causa por su fondo, declarado el derecho de la parte a recibir una indemnización por parte del Estado, vencido el plazo para interponer cualquier recurso ordinario, ejecutoriada la decisión, presentado un recurso extraordinario de casación fuera del término y pasando la sentencia en autoridad de cosa juzgada formal y material, ¿por qué es injusto el resultado? Dice la Corte Constitucional que “una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada” (pág.11). Si el auto de inadmisión del recurso de casación está sustentado en norma legal expresa, válida y eficaz, evidentemente es justo y bien fundamentado, pero no resulta así dado que, según la Corte, hay una incongruencia de la norma vigente y aplicada con la norma y el *sustento filosófico* actual que fluye de la Constitución, el mismo que no es explicado razonadamente por la Corte, afirma simplemente una incongruencia filosófica que es producto de su voluntad y de su intuición.

El error de derecho es creación de una falsa laguna en el sistema jurídico por parte de la misma Corte Constitucional

En efecto, la Corte Constitucional arguye que su decisión “se sustenta sobre la base del error de derecho... (Que) se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza la actual Constitución” (págs.11/12).

Es decir, afirma la Corte Constitucional que la norma contenida en el Art.5 de la Ley de Casación, que es la que sirve de fundamento al auto de la Sala de la ex Corte Suprema de Justicia por el que se inadmite el Recurso, es *incongruente* con respecto a la *realidad normativa y filosófica* que particulariza a la Constitución vigente. En otras palabras, dice la Corte, que la norma fundamentadora de la providencia judicial atacada no se nutre del contenido filosófico que tiene la actual Constitución y por ello es incongruente. Pura voluntad e intuición.

3 La Casación Civil en el Ecuador. ANDRADE&ASOCIADOS, Quito, 2005, pág. 225.

Esto es, la situación jurídica objetiva resuelta por el auto judicial atacado tiene solución jurídica prevista por una norma del Ordenamiento, en consecuencia, no hay laguna normativa; pero la solución prevista por el Ordenamiento jurídico no es satisfactoria con respecto a la *realidad normativa y filosófica*, es decir, existe laguna desde el punto de vista de un derecho perfectible por alguna norma que existe en una dimensión ideal y que se concretará en el futuro (*de lege ferenda*), pero no una laguna existente en el Ordenamiento normativo vigente (*de lege lata*). He aquí el caso de una laguna axiológica: el hallazgo de una solución normativa legal, pero injusta por intuición.

La Corte en su operación crea una falsa laguna, pues, no hay ausencia de norma para el caso, sino que ésta es defectuosa y falla al no dar una solución satisfactoria para su concepción sobre la justicia del caso. Lo que la CC plantea es que, en efecto, la presentación del recurso de casación fue prematura y, por ello, inadmisibile, según la norma procesal de la Ley de Casación, pero que ésta no es una situación *justa*, según su criterio. De este modo, según la Corte, la norma de la Ley de Casación crea una *injusticia* al sancionar con la inadmisibilidad a toda presentación del recurso de casación que esté fuera del término previsto en la Ley sin diferenciar cuál sea el momento anterior (por eso pone el ejemplo de un recurso de casación presentado apenas iniciado el proceso en la página 9, en que ahí sí la inadmisibilidad sería una solución justa), igualando el legislador la relevancia del caso al recurso interpuesto en tiempo posterior a los cinco días de la ejecutoria de la sentencia. Esa relevancia legislativa igualitaria de las dos situaciones es lo que choca con la diferencia de relevancia que otorga la Corte a la no presentación del Recurso de Casación que, sin embargo, es *obvio e inminente*. Por ello, la norma legal dejaría de crear una situación *ilegítima* (injusta) si no se subsume el caso del recurso interpuesto antes que la sentencia se ejecutorie, he aquí la corrección que hacen los jueces constitucionales al legislador, no aplicando la ley para no subsumir el caso real al supuesto fáctico de la norma que son idénticos.

En este caso, la CC no declara la norma procesal inconstitucional en sí misma, si así fuera lo habría declarado y la norma sería anulada, lo que hace es juzgarla como creadora de una situación injusta o ilegítima si no se la acompaña de la nueva norma que la Corte agrega: *será admitido el recurso si se lo presenta después de dictada la sentencia, antes que se provea su aclaración o ampliación y hasta cinco días después de notificada esta providencia*.

Es decir, la afirmación, por parte de la Corte Constitucional, de la situación de ilegitimidad que produce la norma procesal aplicada es equivalente a la creación de una laguna del valor justicia, principio axiológico que la Constitución reconoce "*normativa y filosóficamente*" (El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y «Justicia», Art. 1 CRE) y la Corte procede a colmar o integrar esa aparente laguna con la norma que dicta en su Sentencia.

Objetivamente, en este caso no hay una laguna auténtica, pues, el Ordenamiento jurídico tiene una norma (Art. 5 de la Ley de Casación) que prevé el caso juzgado, además de aprehender otros dos supuestos fácticos, es decir, contempla el precepto legal citado la situación del recurso interpuesto. En definitiva el Recurso de Casación es normativamente:

- a) Inadmisible una vez que ha sido dictada la sentencia y antes de proveída la aclaración o ampliación solicitada;
- b) Inadmisible el que no es presentado dentro de ese término, sino después.
- c) Admisible sólo cuando se presenta dentro y hasta los quince días⁴ después de ejecutoriada la sentencia o después de proveída la aclaración o la ampliación

Para el primero (a) y segundo caso (b) la solución normativa (Art. 5 de la Ley de Casación) es la inadmisibilidad del recurso, formalmente sólo es admisible el tercer recurso (b). Lo que sucede es que la solución de la norma es, para la Corte Constitucional, insatisfactoria o injusta para el primer caso y crea una laguna ideológica o axiológica. Es decir, surge una falsa laguna porque existe una expresa prescripción legal, pero lo que falta es una más justa disposición, según la Corte. Para ésta el primer caso (a) tiene relevancia porque ha sido dictada la sentencia desfavorable y se interpone inmediatamente el recurso, diferente al caso en que se deja transcurrir con exceso el término de cinco días. Es claro que hay un conflicto entre el criterio de relevancia del juzgador y el que tiene la norma legislativa, lo que equivale a una discrepancia valorativa. O sea una laguna axiológica que crea, en este caso, la Corte Constitucional al expresar su criterio de relevancia del caso concreto que juzga.

Esta laguna axiológica se provoca, por parte del juzgador, con la evidente finalidad de no aplicar el derecho vigente y, en su lugar, encubrir la creación de una norma que elabora y concreta para el caso él mismo, norma que no es previa a la situación que juzga, a la que le concede efectos retroactivos, que no es pública, tampoco es clara (Art.82 CRE) y que la Corte no tiene potestad atribuida para crearla, ejerciendo, de facto, tal potestad normativa. Es decir, la Corte ha dictado una decisión que es una auténtica *actuación de hecho (vía de hecho)* en sede de la jurisdicción constitucional, pues, no encuentra, la decisión, calificación como acto jurídico de ninguna especie.

En el caso, se impone la pregunta ¿por qué es *injusta* la situación del que presenta el recurso de casación antes que la sentencia esté ejecutoriada, no obstante haber sido dictada y notificada, siendo como es un medio de impugnación extraordinario y, por tanto, de interpretación restrictiva y de aplicación formalmente rígida?

La Corte Constitucional se atribuye facultades carentes de juridicidad y legitimidad democrática.

En conclusión, el Ordenamiento jurídico es objeto de alteración, pues la ley, que es la fuente de Derecho reconocida como legítima, ha sido sustituida por una norma de creación judicial, sin legitimidad ni juridicidad alguna, que supuestamente es más justa que aquélla.

Al respecto de lo antes analizado y como justificación dice la CC en la página 11:

“Un auto como el que es objeto actual de análisis vale como mandato que contiene una voluntad

4 En este caso por ser la Procuraduría General del Estado

imperativa del Estado, manifestada, en este caso, por los magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia; pero esta eficacia del auto no puede por sí misma impedir a un juez posterior, investido también él de plenitud de los poderes otorgados por la Constitución, como es el caso de esta Corte Constitucional, examinar el auto decidido y juzgar de un modo diferente.

Cabe hacer lugar a la posibilidad de atacar un auto sin el sustento y motivación coherente del Ordenamiento normativo del país y la supremacía del paradigma democrático en curso”.

Esta doctrina es ajena al sistema constitucional ecuatoriano, más aún, es contraria a nuestra Constitución y, por tanto, prohibida aplicarla por la Corte Constitucional.

Para demostrarlo comencemos por la primera afirmación de la Corte en la Sentencia que comentamos:

“Para esta Corte, la acción extraordinaria de protección en el Ecuador es una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir causas (sic) que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo 1); que los derechos son plenamente justiciables, sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento (artículo 11, num.3); que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso (artículo 11 num.9); que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin que pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades (artículo 169)” (pág.4).

Luego, afirma que le corresponde *“efectuar un análisis a través del cual se coteje los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto y disponible en la documentación constante en el proceso, para así lograr plantear los problemas jurídico – constitucionales a ser descifrados, con la finalidad de encontrar una solución en apego al derecho y a la justicia” (pág.5).*

Luego, la Acción Extraordinaria de Protección es según la opinión de la Corte Constitucional:

1. Un medio para examinar el auto o sentencia decididos y juzgar de un modo diferente a como lo ha hecho el Poder Judicial.
2. Un instrumento para tener la posibilidad de atacar un auto sin el sustento y motivación coherente del Ordenamiento normativo del país y la supremacía del paradigma democrático en curso.
3. Una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir cauces que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo 1).
4. Una oportunidad para efectuar un análisis a través del cual se coteje los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto y disponible en la documentación constante en el proceso, para así lograr plantear los problemas jurídico – constitucionales a ser descifrados, con la finalidad de encontrar una solución en apego al derecho y a la justicia.

Después de leer esos párrafos de la Sentencia expresamos nuestra más absoluto desacuerdo con esa descripción de la Acción Extraordinaria de Protección que termina siendo no la garantía creada por el constituyente para la defensa de los derechos constitucionales, sino un instrumento forjado por la Corte Constitucional para construir el Derecho ecuatoriano de acuerdo a los valores, las ideologías y las concepciones ético-políticas de jueces que se declaran, en forma expresa, situados más allá de los límites que la Constitución les impone, a extramuros de la democracia y del Derecho y ejemplares redivivos para adjudicar la justicia soberana del Cadí.

Lo que se concluye es que, con esas afirmaciones, los autos de admisión de las acciones propuestas serán dictados, no una vez cumplidos los presupuestos y requisitos que exige la norma, sino por la conveniencia de escoger las sentencias judiciales que se quieran revocar o anular o que sirvan para instaurar un nuevo paradigma democrático o una nueva justicia con un contenido sesgado y que de a cada quien lo que le corresponde, según lo que decidan los jueces constitucionales. Esa es una conclusión obvia derivada de la postura *sui generis* que asume la Corte. Se utiliza el valor *Justicia* como excusa para la misma, pero se olvida que éste es un valor que todo juez toma como referencia y no como parámetro con un contenido prefijado por la Constitución. O, al menos, la Corte no enuncia cuál es el *contenido* de la Justicia al cual referir cada fallo judicial y, en la realidad, será un contenido *ad hoc*, propio y único para cada caso.

De hecho, en el Fallo ya mencionado (Sentencia No.003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA) de 23 de julio de 2009 la situación de injusticia provocada por la laguna axiológica del ordenamiento jurídico fue que los fundamentos filosóficos de la Constitución de 1998 pregonan “*el rol mínimo del Estado y de la dimensión estructural de la dinámica social sometida a las fuerzas del mercado y de la libre oferta y demanda y a los designios del hombre como agencia individual que se superpone a la dimensión colectiva del desarrollo*”. Filosofía que es totalmente distinta a lo que se ha llegado con “*la evolución del pensamiento jurídico-político de una nación como la ecuatoriana, transita hacia la emergencia de un nuevo paradigma que cambia sustancialmente la realidad y las características nucleares de los hechos y situaciones*”, y, por ello, todos los precedentes del ex Tribunal Constitucional carecen de obligatoriedad, pues, ahora la Corte Constitucional se trata de sustentar “*sobre la base de sostener la supremacía de la Constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia del resultado*” (págs. 55/56).

En el actual que analizamos, la *incongruencia* entre la norma vigente y aplicada por los jueces de la Sala de la ex CSJ y la *justicia* del caso es que la formalidad exigida para que el Recurso de Casación sea presentado indefectiblemente dentro de los cinco días después de ejecutoriado el auto o la sentencia, constituye una violación al debido proceso, pues, la parte procesal, de presentarlo fuera de ese plazo y serle inadmitido, queda en indefensión.

En ambos casos el contenido de la Justicia ha sido pura creación de la Corte Constitucional, no siquiera en forma discrecional, sino en acto de pura decisión fáctica o acto judicial sin motivación jurídica, *per curiam*.

El futuro parámetro que, como *contenido de la Justicia*, imponga la Corte para cada fallo judicial queda en poder de ésta y, como es natural comprenderlo, ni ella misma lo

puede conocer aún y ahí va el Ecuador con su poder judicial disminuido, acotado, desnaturalizado y sin potestad para decir el Derecho que es aplicable en definitiva mientras la Corte no lo estime congruente con el que debe ser según su intuición de la justicia del caso.

Esta usurpación de atribuciones efectuada por la Corte Constitucional rompe en su base la división de poderes del Estado y quiebra el principio de representación popular democrática, pulveriza el imperio de la Ley y el principio vital de la seguridad jurídica. El Ecuador, si triunfa esta tesis de la Corte por indolencia de la Asamblea Nacional, del Poder Judicial y del cuerpo de abogados del país, dejará de ser una democracia representativa y pasa a ser un Estado bajo la férula de nueve togados quienes son los que dictarán las normas que constituyan la justicia que concrete el *paradigma democrático en curso*.

La pretensión de corrección según la Corte Constitucional y el abandono del positivismo jurídico.

La Acción Extraordinaria de Protección, de acuerdo al constituyente de Montecristi y al legislador, tiene como exclusiva finalidad juzgar las violaciones a los derechos constitucionales y al debido proceso, cometidas en autos definitivos, sentencias o resoluciones judiciales con fuerza de sentencia, sea por acción u omisión y en forma directa e inmediata (Arts.94 y 437 CRE y Art.58 LOGJYCC) y disponer la reparación integral al afectado (Art.63 LOGJYCC). Esto es de claridad meridiana y no encierra ningún misterio reconocerlo en nuestra normativa constitucional.

Sin embargo, la Corte Constitucional, como vemos en las dos sentencias citadas, considera al proceso constitucional extraordinario de protección como un medio para, en cualquier caso, *“examinar el auto o sentencia decididos y juzgar de un modo diferente”* a como lo ha hecho el Poder Judicial o como instrumento para tener *“la posibilidad de atacar un auto sin el sustento y motivación coherente del Ordenamiento normativo del país y la supremacía del paradigma democrático en curso”* y, a su criterio, es *“una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir cauces que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo1)”*.

No tiene sustento normativo jurídico alguno la supuesta potestad de la Corte Constitucional para sustituir las normas legales vigentes por decisiones valorativas de los jueces constitucionales salvo que, en consideración a éstas constaten su contradicción material con la Constitución, en cuyo caso deberán proceder a la declaración de inconstitucionalidad y a su expulsión del ordenamiento jurídico. Si las normas con rango de ley son adecuadamente constitucionales, por su forma y contenido material, se aplican al caso. Si en situación especiales las normas vigentes son insatisfactorias para lo que la Corte Constitucional considera, por *intuición*, que es justo para el caso concreto, ésta debe dar preferencia a la obra del legislador por defectuosa que haya sido la valoración efectuada al momento de expedir la ley; pero no postergar la aplicación de ésta dando preferencia a la justicia *intuida* por el juez.

No se trata de otra la postura de la Corte Constitucional ecuatoriana al suponer que la norma dictada por el legislador ubica a los juzgadores, en ocasiones, en la posición de crear un estado de injusticia. Se trata, así es, de aplicar la tesis de Robert ALEXY y otros quienes afirman que el poder normativo (léase legislativo) tiene una *pretensión de corrección* o, lo que es lo mismo, que está necesariamente vinculado con la moral crítica social. Esto significa, dicen, que nadie dicta normas con el propósito de crear injusticias y es deber del juzgador impedir las aplicando en sus fallos la convicción de lo que *intuye que* es justo, acoplado la decisión jurídica a la moral crítica social. Esto de por sí, convengamos en ello, es un abandono del positivismo jurídico.

En efecto, en casos como el analizado, la Corte Constitucional juzga en base de normas sí, pero de normas morales que se estiman correctas, pues la justicia es un concepto ético. Claro, si la Constitución impone que los jueces hagan *justicia* conforme o según el Derecho se afirma, a la vez, una conexión entre éste y la moral y no puede, en consecuencia, admitirse el Derecho injusto, por eso la necesaria corrección judicial aplicando reglas justas (morales) en lugar de normas jurídicas válidas y vigentes. Nuestros jueces constitucionales se adhieren a la tesis que lo que justifica la decisión, en ciertos casos especiales, es una argumentación jurídica y si es cierto que la argumentación jurídica tiende a concretar la justicia, resulta claro que el Derecho se vincula a una argumentación y a una decisión moral. Un ejemplo se encuentra en las dos sentencias comentadas en que la argumentación es exclusivamente de moral política, no cita una sola norma reconocida como válida en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano para sustentar las correcciones a los fallos de los que afirman produjeron una *injusticia de resultado*.

Por nuestra parte, afirmamos que nuestra Constitución no autoriza a que ningún juez fundamente su decisión en un criterio, por intuitivamente justo que sea, contrario a una norma legal que no ha sido declarada inconstitucional. No obstante lo valioso que puedan ser sus concepciones morales o políticas no pueden los jueces del nivel al que pertenezcan, en función de éstas, traspasar los límites que le imponen las normas de autoridad. El juez está impedido de considerar como aplicable lo que él estima correcto de acuerdo con su particular idea de justicia. Las normas legales válidas, dotadas de las suficientes condiciones de aplicación (las reglas) constituyen razones suficientes y excluyentes para decidir.

Una decisión jurídica, siguiendo la línea del pensamiento de Atienza, está justificada si y sólo si: 1) respeta los principios de *consistencia* que pauta la lógica, de *universalidad* y de *coherencia*; 2) no elude la utilización como premisa de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; 3) no desconoce la existencia de hechos probados en la debida forma; y, 4) no utiliza como elementos decisivos criterios éticos, políticos, etc. no previstos específicamente por el Ordenamiento jurídico.

En la Sentencia analizada la norma vinculante que debía utilizarse como *premise mayor* es: El Recurso debe interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días (Art. 5 Ley de Casación). El hecho probado constituye la *premise menor* y es que el Recurso se interpuso antes que sea negada o aceptada

la ampliación o aclaración de la sentencia. La *conclusión* debió ser, como fue en la instancia de casación: El Recurso es inadmitido por inoportunamente interpuesto. Mediando esta regla que enuncia sin indeterminación alguna la que debe ser la consecuencia en el supuesto previsto, la Corte Constitucional decide, sin embargo, por la justicia del caso, que la premisa mayor no la aplica por ser insatisfactoria y la *corrige* creando una norma especial: “sin embargo, si el Recurso se ha interpuesto en tiempo *anterior* al del auto definitivo que niegue o acepte la ampliación o aclaración será admitido”. Lo cual no guarda consistencia lógica con la regla válida que precisa días *posteriores* al auto definitivo que niegue o acepte la ampliación o aclaración.

Es decir, la Corte Constitucional dictó una sentencia irracional (sin consistencia lógica), eludiendo una norma válida y vinculante, argumentando criterios éticos y políticos no reconocidos por nuestro Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, expidió una sentencia sin justificación alguna, un acto de hecho, pues, jurídicamente no tiene calificación posible.

Comentario a manera de epílogo

A partir de 1950 los Tribunales o las Cortes Constitucionales comenzaron a desarrollar sus competencias como jurisdicción especial en el mundo europeo, aun cuando antes lo había hecho la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero en no pocas ocasiones aquellos jueces quisieron adueñarse de la potestad judicial y sepultar la potestad legislativa. La reacción no se hizo esperar por parte de los poderes del Estado lesionados por la envidia y el desenfrenado activismo constitucional que mutaron a los jueces constitucionales en creadores de normas y correctores de fallos, entablándose las guerras de las Cortes entre los protagonistas. Todas concluyeron suscribiendo la paz, luego de la mesurada comprensión que los tribunales y cortes constitucionales debían respetar el Ordenamiento jurídico válido por imperfecto y perfectible que fuese o nos lo parezca.

En nuestro país no se puede aceptar que se generalicen fallos como los que hemos comentado, pues, la inseguridad jurídica que generaría sería de tal dimensión que mejor es preguntar a la Corte Constitucional, antes que los legisladores expidan las leyes y los jueces las apliquen, si la valoración ética y política efectuada por los primeros es conforme a lo que ella comprende por Justicia y, los segundos, si en el caso concreto, al aplicar las leyes vigentes, cumplirán o no la expectativa de la Justicia que ella intuya aplicable.

La esencia de nuestro Estado democrático no es compatible con el esquema construido por la Corte Constitucional en el que prima una concepción canónica del sistema jurídico, vale decir, sólo se acepta como justicia lo que deciden los jueces si es adecuado a lo que ella percibe y declara que lo es. Se ha auto-erigido como única sede donde se concibe la justicia, con exclusión del legislador y de los demás jueces a quienes debe corregir en su labor. Es una fiel réplica de la única sede donde vive la justicia divina entendida por los hombres: el Vaticano, que es único legislador y solitario juez de los católicos creyentes.

Esta impostura amerita un llamado de atención a los integrantes de la Corte Constitucional para que reciban el consejo que dieran tres de los más ilustres Magis-

trados del Tribunal Constitucional español, a saber: Francisco RUBIO LLORENTE, Francisco TOMÁS Y VALIENTE y Luis DIEZ-PICAZO: "(STC No.53/1985)⁵: "El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica. En la fundamentación de la presente Sentencia falta ese razonamiento riguroso y es esa falta de rigor la que conduce a la... errada decisión".

Aún es oportuno reflexionar y enmendar.

5 Lo escrito es del primero, pero es de los tres la línea de pensamiento en cada uno de sus votos.

