

INCONSTITUCIONALIDADES DE LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL Y OTRAS FALACIAS JURÍDICAS

ORGANIC LAW OF JUDICIAL GUARANTEES AND CONSTITUTIONAL CONTROL

Ernesto López Freire *

Resumen: El estudio expone las diferentes inconstitucionalidades y falacias de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional. Para lo cual, se realizará un cotejamiento exhaustivo entre la mencionada ley y la Constitución de la República del Ecuador vigente. A través del presente análisis se denota falta de conocimiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano o las ciencias jurídicas por parte de sus autores. En este estudio se dilucidará, entre otras, las incongruencias en temas relativos a la interpretación de las normas constitucionales, la reparación integral, material e integral; impugnación de actos administrativos, de la unidad jurisdiccional.

Palabras clave: Derecho constitucional, inconstitucionalidad, falacias, Constitución, Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional

Abstract: *This paper demonstrates the various unconstitutional and fallacies of the Organic Law of Judicial guarantees and Constitutional Control. For that, there will be a comprehensive collation between the mentioned law and the Constitution of the Republic of Ecuador and force. Through this analysis shows a lack of knowledge of Ecuadorian law or legal science by their authors. This study elucidated, inter alia,*

* Profesor de post grado en la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). (s.email)

the inconsistencies in matters relating to the interpretation of constitutional provisions, full compensation, material and integral; challenge administrative acts, judicial unit.

Key words: *Constitutional law, unconstitutionality, fallacies, Constitution, Organic Law of Judicial guarantees and Constitutional Control*

Fecha de recepción: 31-02-2010

Fecha de aceptación: 23-03-2010

En el segundo suplemento del Registro Oficial nº 52, de 22 de octubre del 2009, se publicó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJ) en atención al mandato constante en el número 1 de la primera disposición transitoria de la Constitución, que disponía que se la aprobase en el plazo máximo de 360 días contados a partir del 20 de octubre del 2008, fecha de publicación de la Constitución.

En esta Ley existen normas claramente inconstitucionales, o que, por lo menos, revelan que sus autores desconocían el ordenamiento jurídico ecuatoriano o las ciencias jurídicas. No es atrevido decir que algunas de esas inconstitucionalidades nacen de la clara intención de soslayar los principios y las reglas constitucionales y de encubrir actos inmorales del pasado. En otros casos, como se expresará, podrían haberse originado por error u omisión explicables que no entrañan inconstitucionalidad. Entre las inconsistencias que aparecen en el texto analizaremos las más importantes.

(i) El artículo 427 de la Constitución dice: “Las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”.

El artículo 3 de la LOGJ expresa: “Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretaran en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad...”.

Es evidente que en la Ley se eliminó la frase “por el tenor literal”. ¿Por qué? Porque la actual Corte Constitucional interina ha venido sosteniendo la tesis de que la interpretación constitucional no se debe someter a las reglas sino a los valores constitucionales, claro está, de mayor jerarquía, pero también más amplios y genéricos, y, por lo tanto, más difusos. Por esa misma razón, las reglas legales pueden descatarse sí, a criterio del intérprete constitucional y del aplicador, no concuerdan con los valores constitucionales. Pero, en el presente caso, la exigencia de someterse al texto de una norma nace de la misma Constitución, y por lo tanto, es obligatoria, de tal manera que al habérsela eliminado del texto legal se ha cometido una inconstitucionalidad.

Esta elisión nace evidentemente del afán de desobedecer la Constitución en búsqueda de la posibilidad de interpretar la Constitución de manera que al juez constitucional o a la autoridad pública más le convenga, tanto que esa eliminación ya se plasmó en el artículo 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial n° 544, de 9 de marzo del 2009, cuyo texto fue copiado en la LOGJ.

(ii) También es inconstitucional la disposición del inciso final del artículo 7, que expresa: “La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados” por cuanto la regla de la letra b) del número 2 del artículo 86 de la Carta Suprema, manifiesta: “Serán hábiles todos los días y horas”, lo cual debe guardar armonía con la del número 2 del mismo artículo 86 que dice: “Será competente la jueza o juez del lugar en que se origine el acto o la omisión o donde se producen sus efectos...”.

Si todos los jueces son competentes con las limitaciones impuestas por el texto constitucional, la inconstitucionalidad deriva del hecho de que la ley asigna una competencia exclusiva a los jueces que laboren en los días feriados o fuera del horario de atención, cuando, por el contrario, la Carta Magna declara que todos los días son hábiles, y, por ende, también todos los jueces, sin excluir a ninguno. De esta manera, los jueces penales, de tránsito, y otros que trabajen en esos días supuestamente inhábiles se verán sobrecargados de trabajo para atender acciones constitucionales en beneficio de los demás que, al decir de la LOGJ laboren solamente en días hábiles y a cuyas manos jamás irán a radicarse las demandas que se presenten en días feriados y en horas fuera de las laborables.

Si las demandas se sorteasen entre todos los jueces sin atender la fecha y la hora de su presentación, se cumpliría con la Constitución.

(iii) El artículo 14 incurre en un reglamentarismo excesivo, pecado que, a la larga, conculca el derecho de defensa. Por supuesto, la mayoría de acciones de control constitucional no podrán exponerse verbalmente en el corto tiempo de 20 minutos. Haber reglamentado las audiencias revela el afán de salvaguardar el tiempo de los jueces y no los derechos constitucionales de las partes.

Según el inciso final del artículo 14, la ausencia del accionante debe considerarse como desistimiento de la acción, pena que también es inconstitucional, pues si “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”, como manda el artículo 169 de la Constitución, y si toda interpretación constitucional debe ser integral, y si, finalmente, toda interpretación debe priorizar la plena vigencia de los derechos humanos, como ordena el artículo 427, es injustificable que por una mera formalidad un ciudadano, una persona, pueda quedar marginada de la protección de la Constitución al no permitírsele

ejercer una acción constitucional, todas ellas, de protección, de habeas corpus, de habeas data, de acceso a la información, de incumplimiento y extraordinaria de protección.

(iv) El artículo 19 es inconstitucional por cuanto dispone que la reparación económica a la cual se haga acreedor el demandante debe ser cuantificada en trámite verbal sumario por cuerda separada, lo cual viola la norma y el sentido de la disposición del número 3 del artículo 86 de la Constitución, que ordena que el juez que resuelva una causa reivindicatoria de garantías jurisdiccionales debe ordenar “la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”, se entiende, dentro del mismo proceso constitucional. Abrir la posibilidad de un nuevo juicio contradice la norma transcrita.

(v) El artículo 24 determina el tiempo dentro del cual se debe apelar, tres días hábiles. Si, como se ha dicho, en los procesos de garantías jurisdiccionales todos los días son hábiles, la disposición legal peca por inconstitucional ya que cuando habla de “tres días hábiles”, sin duda alguna se está refiriendo a días laborables, no festivos. Si no se aplicase esta norma legal por contradecir el texto de la Constitución y de acuerdo con el mandato establecido en el inciso tercero del artículo 425 de la Constitución, y si el operador judicial confiriese únicamente tres días de plazo para que las partes pudiesen apelar, se restringiría, en cambio, el derecho de defensa de éstas y se correría el peligro de impedir la presentación oportuna del recurso de apelación, particularmente cuando hubiese un día feriado antes o después del fin de semana, lo cual, además, incrementaría la corrupción, habida cuenta que las notificaciones pueden efectuarse “por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador”, como lo dice la letra d) del número 2 del artículo 86 de la Carta Magna.

En igual inconstitucionalidad incurren otras disposiciones similares, como las del inciso final del artículo 10, el inciso segundo del artículo 24 y otras más que no se detallan.

(vi) Todas las sentencias que se dicten en las acciones de garantías constitucionales deben remitirse a la Corte Constitucional para “su conocimiento y eventual selección y revisión.”, como dice el artículo 25, para la selección de las sentencias ¿Qué significan conocimiento y revisión? Gramaticalmente la posibilidad de revocación, de nulidad, tanto que el número 9 dispone que “Se remitirá, una vez adoptada la decisión, el expediente a la jueza o juez competente de primera instancia, para que notifique a las partes la sentencia y la ejecute”. Pero en ninguna parte se establece que en este proceso, dígame de segunda instancia, se debe contar con las partes procesales. Esto es, alguien podría perder un derecho reconocido en una acción constitucional sin poder ejercer el derecho de defensa. Esto es, inconstitucional.

(vii) El artículo 27 se separa de la norma constitucional contenida en el artículo 88, pues añade algo insustancial y que puede originar corrupción. Dice que para que proceda una medida cautelar que pretenda evitar la amenaza de una violación de un derecho constitucional, aquella debe ser “inminente y grave”, lo cual contraría la regla del número 4 del artículo 11 de la Constitución, que expresa que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.”, pues todo quebranto de un derecho fundamental es en sí es grave, la peor herejía jurídica en el ordenamiento de un país. Todo aquello que limite su protección efectiva, es inconstitucional. Dejar que un juez constitucional califique cuando una posible violación constitucional es grave es dejar en sus manos el arca abierta y allí el justo peca.

(viii) De todas las normas de la LOGJ y de todas las inconstitucionalidades que se pueden hallar en ella, ninguna, más grave que la del número 4 del artículo 42, que dice: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.”

El artículo 173 de la Constitución expresa: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

Según el Código Orgánico de la Función Judicial los jueces están obligados a resolver problemas constitucionales que se les presenten antes de pronunciarse sobre las materias legales de la controversia, de tal manera que los jueces de las salas contencioso administrativas de las cortes provinciales que deben ejercer las competencias atribuidas por el artículo 217 de ese Código, previamente pueden y deben pronunciarse sobre problemas constitucionales que tengan que ver con los derechos fundamentales.

Cuando el numeral 4 antes transcrito supedita la acción de protección que impugne la constitucionalidad de un acto administrativo a que no pueda ser impugnado ante la Función Judicial, simple y llanamente lo está tornando residual, es decir, procederá una vez que se hubiese agotado la acción contencioso administrativa. ¿Y cuándo se demostrará que esa vía no era la adecuada ni había sido la eficaz? Cuando después de un juicio contencioso administrativo termine por negar la demanda y hubiere transcurrido, por lo menos cinco años de litis. Y, las acciones de protección proceden en contra de actos administrativos en un altísimo porcentaje, mayor que el noventa por ciento. Este condicionamiento que exige agotar la vía jurisdiccional ordinaria dentro de la Función Judicial para poder demandar protección, no está previsto en el artículo 88 de la Constitución, y, por lo tanto, la norma legal es inconstitucional.

Hay que remarcar que los jueces de primera y segunda instancias, desde la expedición de la nueva Constitución, han venido constantemente desechando las acciones de protección en un alto porcentaje, que, sin duda alguna, aumentará gracias a la disposición ya transcrita. En suma, la LOGJ ha castrado la acción de protección.

El número 6 del artículo 42 incurre en otra inconstitucionalidad, que quizás dimana del manejo deficiente de los conceptos. Expresa que no procede la acción de protección “Cuando se trate de providencias judiciales”, cuando posiblemente quiso decir “Cuando se trate de providencias jurisdiccionales”, dada la definición contenida en el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial –sin embargo, ese mismo Código, en no pocas veces también incurre en confusión y se refiere a “providencias judiciales” cuando quiere significar lo otro-. Si se tomase al pie de la letra la norma de ese número 6, los actos judiciales como las sanciones tomadas por el Consejo de la Judicatura o las resoluciones subjetivas adoptadas en un proceso de calificación de jueces, no serían impugnables a través de una acción de protección, porque serían “providencias judiciales”. Confundir el género con la especie conduce a la inconstitucionalidad, ya que habría actos administrativos de la Función Judicial inquestionables de cara a la acción de protección.

Este artículo 42 reiteradamente inconstitucional concluye con uno tan grave como los anteriores: en ninguna parte de la Constitución se atribuye al Consejo Nacional Electoral potestades jurisdiccionales, por lo cual a sus actos se les puede calificar de administrativos. Por esa misma razón, el número 7 expresa que esos actos u omisiones pueden ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral. Sin embargo, si estos actos u omisiones se estuviesen pervertidos de inconstitucionalidad por contrariar derechos fundamentales, no son susceptibles de acción de protección, lo cual no solo contraría la norma del número 2 del artículo 86 de la Constitución, sino también da competencia

constitucional al Tribunal Contencioso Electoral, en detrimento de la del artículo 429 de la Carta Suprema, que confiere a la Corte Constitucional esa atribución.

(ix) El artículo 46 de la LOGJ prevé que para resolver una acción de habeas corpus que se hubiere presentado cuando se desconociere el lugar de la privación de libertad y existieren indicios sobre la intervención de algún servidor público, el juez deberá convocar a una audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y al ministro competente. Si según el número 1 del artículo 44 la acción de habeas corpus debe interponerse “ante cualquier -sic- jueza o juez del lugar donde se presume está privada de libertad la persona,” es imperioso concluir que no estará presente en la audiencia correspondiente, como lo mande el artículo 46, o el máximo representante de la Policía Nacional o el ministro competente, o ambos, si la acción se hubiese presentado en, para dar ejemplos, en Zamora o en Loja. Así la disposición legal se torna en inejecutable y los propósitos gubernamentales en una suerte de engaño y falsedad.

(x) Cuando los artículos 54, 62 y 65 fijan términos están contraviniendo la disposición de la letra b) del número 2 del artículo 86 de la Constitución que declara que son hábiles todos los días y horas para ejercer y tramitar las acciones jurisdiccionales y es aplicable a este caso el análisis hecho en el número 5. de esta exposición.

(xi) Según el artículo 94 de la Constitución la acción extraordinaria de protección procede en contra de las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, lo cual corrobora el artículo 437, acción que debe presentarse en el término máximo de 20 días contados “desde la notificación de la decisión judicial”.

Como ya se ha dicho, la mera determinación de un término para formular la acción es inconstitucional, ya que la naturaleza de este concepto es incompatible con la Constitución. También lo es utilizar la palabra “judicial” por las razones antedichas.

Sin embargo, la LOGJ no responde suficientemente a las siguientes preguntas: ¿Sentencias, autos definitivos y resoluciones emitidos por quién o quiénes? ¿Quiénes en el Ecuador ejercen jurisdicción?

El número 3 del artículo 168 de la Carta Suprema expresa: “En virtud de la unidad jurisdiccional ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución” ¿A favor de quiénes? De los órganos jurisdiccionales determinados en el artículo 178 e integrados dentro de la Función Judicial; de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro de su ámbito territorial – artículo 171-; de los jueces de paz – artículo 189 -; de quienes conformen los tribunales de arbitraje y mediación y de otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos - artículo 190-; y de quienes integren los tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar los conflictos colectivos de trabajo – artículo 326 número 12-

La disposición del número 7 del artículo 62 de la LOGJ, excluye de la acción extraordinaria de protección a las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, posiblemente en atención a la regla del último inciso del artículo 221 de la Constitución, que, refiriéndose a este Tribunal, expresa: “Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral y serán de última instancia y de inmediato cumplimiento.”

No se ve la razón por la cual la LOGJ, en los artículos 65 y 66, crea una acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, pues la Constitución establece una sola acción extraordinaria de protección contra todas las decisiones jurisdiccionales, suscritas y emitidas por cualquiera de

los órganos que ejercen jurisdicción de acuerdo con la Constitución, y, claro está, contra las adoptadas por la denominada justicia indígena; por lo tanto, dividir la acción extraordinaria de protección en dos categorías es un error constitucional evidente, más allá de reconocer que la acción extraordinaria de protección debe tener normas especiales relativas a las decisiones adoptadas por las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, dada su singularidad jurídica y carácter excepcional. De todas maneras hay que insistir: la acción extraordinaria de protección es una sola.

Si la Función Judicial está supeditada al control constitucional a través de las acciones extraordinarias de protección, no hay nada que explique y justifique por qué razón las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral no deben estar sometidas a ese control, bajo el supuesto que este Tribunal ejerza funciones jurisdiccionales –lo cual es muy difícil de aceptar, en vista de la actividad eminentemente política de los actores políticos que acudirán a ese Tribunal, que hará que sus miembros difícilmente puedan ser considerados como jueces, ya que carecerían de la imparcialidad que es propia y caracteriza a esta clase de servidores públicos–. Pero, peor todavía, si sus decisiones son meramente administrativas, serían impugnables ante las salas de lo contencioso administrativo de las cortes provinciales, como derivación de la norma del artículo 173 de la Constitución que, se reitera, dispone que los actos administrativos pueden ser impugnados ante la Función Judicial. Si se quisiese argumentar que la disposición final del artículo 221 de la Constitución dispone que los fallos y resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral son de última instancia y de inmediato cumplimiento, hay que recordar que todos los actos administrativos que causan estado y se han ejecutoriado son también de última instancia administrativa y de inmediato cumplimiento, y, pese a ello, son cuestionables ante la Función Judicial. Ese pues no es un elemento diferenciador para que se

excluya a ese órgano público del control al cual están sujetos todos los demás. Legislar para excluir a ciertos actos públicos del control constitucional es claramente un error de naturaleza constitucional. Y, si sobre eso, tampoco son impugnables como cualquier acto administrativo, la inconstitucionalidad es dual.

(xii) Todo el capítulo décimo de la LOGJ –artículos 67, 68, 69, 70, 71, 72 y 73– es ajeno a las propósitos y esencia de ella, por cuanto no reglamenta ninguna acción de control constitucional y meramente regula el derecho de repetición que puede y debe ejercer el Estado para repetir las indemnizaciones que hubiere pagado por los actos de sus servidores en el ejercicio de sus funciones, tanto que el artículo 73 dispone que “De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia”, fallo que si tuviese naturaleza constitucional sería inapelable y nunca recurrible ante la Corte Nacional de Justicia. Por otra parte es criticable esta disposición del artículo 73, ya que el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley de Casación determinan que respecto de las sentencias que se dicten en las salas de lo contencioso administrativo de las cortes provinciales solo cabrán acciones de casación y no recursos de apelación. La norma es pues discriminatoria, frente a todo el ordenamiento jurídico que regula el procedimiento respecto de las impugnaciones de los actos administrativos, contratos administrativos, hechos administrativos, omisiones administrativas y materias concomitantes, pues el artículo 73 del Código Orgánico de la Función Judicial confiere un trato distinto a las sentencias que se emitan respecto de otra clase de acciones contencioso administrativas.

Por lo demás, incorporar dentro de las acciones constitucionales una que simplemente busca recuperar dineros fiscales, parece inconstitucional.

(xiii) La Constitución no prevé la caducidad o la prescripción de las acciones de inconstitucionalidad. Puede limitárselas en el tiempo en pos de un mejor manejo, para evitar que su multiplicación incontrolada afecte al derecho a la seguridad jurídica o a otros. La acción extraordinaria de protección es un ejemplo paradigmático. Pero, en cambio, la norma del número 2 del artículo 78 no tiene justificación posible, ya que dispone que “Por razones de forma, las acciones pueden ser interpuestas dentro del año siguiente a su entrada en vigencia.”

Esta limitación, claro está, no nace de la Constitución ni tampoco de la necesidad de restringirla para hacerla más eficiente. Si se revisase las demandas de inconstitucionalidad de leyes y de actos administrativos normativos podría encontrarse que no sobrepasarán el 10 % de las que han ingresado al Tribunal Constitucional por otras razones, desde que se dieron las reformas constitucionales de 1996. Pero, además, si una ley, una ordenanza, un reglamento se expiden por quienes no tienen competencia o sin seguir los procedimientos previstos en la normatividad, no hay posibilidad de que el tiempo los legitime, ya que esos actos no solo serían nulos sino inexistentes. El simple hecho que un reglamento de una ley fuese modificado por un ministro de Estado, es un sacrilegio de tal magnitud que no puede subsanarse. Si a una autoridad pública se le ha privado de una competencia reconocida en su favor por la Constitución, es evidente que tiene un derecho propio y exclusivo para demandar, de tal manera que ese derecho no podría renunciarse por el paso del tiempo, como lo dispone el número 6 del artículo 11 de la Carta Suprema.

Mantener la norma sobre la prescripción haría que el Ecuador dejase de ser un estado constitucional de derechos como reza el valor supremo que constituye el artículo 1 de la Constitución.

(xiv) Los artículos 95 y 96 son inconstitucionales, pues las sentencias que se expidan en el control abstracto de leyes y de los actos especificados en el artículo 75 de la LOGJ no puede gozar de efectos de cosa juzgada; esa limitación implica coartar la posibilidad de que las cortes constitucionales del futuro no puedan ejercer control constitucionales en ciertas áreas del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El control constitucional abstracto vigila, como dice, el artículo 74, “la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico...” de cara a las normas constitucionales y otras disposiciones que integran ese ordenamiento. Ese análisis jamás puede ser eterno o absoluto, ya que la Constitución es y debe ser un cuerpo orgánico que se adecua al presente y al futuro, dejando atrás aquello que una comunidad humana declaró obsoleto, dejó, como dijo Trotsky, “en el basurero de la historia”. La Constitución es perfectible no solo por ser optimizable todo producto del quehacer humano, sino también porque influirán en su interpretación, en su aplicación, nuevas realidades sociales, nuevos descubrimientos científicos, nuevas concepciones religiosas o nuevos factores económicos que exigirán cambios. Si la misma Constitución puede reformarse –no obstante que la vigente es casi irreformable y adolece de una petrificación inaceptable- ¿cómo no podría reformarse una sentencia constitucional, que haya declarado la constitucionalidad de la norma impugnada, a la luz de nuevas fuerzas sociales o por la sencilla razón de que el ser humano yerra? ¿Acaso los ecuatorianos de mañana deberán acatar por siempre y a rajatabla aquello que dijeron los ecuatorianos muertos, por el simple hecho de que hubo una corte constitucional que dio un veredicto, se presume, inequívoco e inmortal? En 1998 el Tribunal Constitucional despenalizó una de las disposiciones legales que discriminaba a quienes eran de una orientación sexual distinta. Y si no lo hubiera hecho, ¿acaso esa decisión se conservaría hasta que se congelase el infierno? Si ahora se negase una demanda de inconstitucionalidad que

impugnase la norma penal que sanciona el aborto en ciertos casos, ¿esa decisión impediría la aprobación legislativa de una norma legal que permitiese el aborto en otras circunstancias, porque simplemente sería inconstitucional incluso después de cien años? Eso, por supuesto, sería obstar el mejoramiento de una sociedad mutante y atarla a un pasado sobrepasado, a un lastre mortal. Finalmente, las reformas constitucionales y legales se imponen desde una base social que las impulsa; igualmente las nuevas demandas de inconstitucionalidad. Por todo ello son inconstitucionales los artículos 95 y 96.

(xv) El artículo 98 esconde simplemente un manejo deficiente de los conceptos: “acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales”, ya que un acto normativo es un acto administrativo de efectos generales, confusión que también se reproduce en la letra d) del artículo 75.

El acto normativo por excelencia es la ley, pero como no se ha hecho la distinción, también un acto normativo general es un reglamento, que, por otra parte, es un acto administrativo –se deja a salvo ciertas deficiencias nacidas del manejo de estos conceptos, y que constan en leyes, como la Ley de Modernización del Estado; la norma del artículo 173 de la Constitución ayuda a delimitar los conceptos con mayor precisión-.

(xvi) El inciso cuarto del artículo 142 es incomprensible. Dice: “No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia”, se refiere al control de la constitucionalidad que harían los jueces en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 428 de la Constitución, es decir, cuando un juez “considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos constitucionales de derechos humanos...”, en cuyo caso debe remitir el proceso en consulta a la Corte Constitucional. De la lectura del inciso antes transcrito dimanan varias preguntas: si la

norma jurídica impugnada es resuelta en sentencia, ¿cuál sentencia?; ¿en la tramitación de qué causa?; ¿en la justicia ordinaria o en la constitucional? No es posible barruntar respuestas razonables a estos interrogantes.

(xvii) Según el número 4 del artículo 172 de la LOGJ para ser designado juez constitucional es menester demostrar probidad y ética, a través de un concurso público. Eso es insuficiente, ya que la norma del número 7 del artículo 61 de la Constitución ordena que el ingreso a la función pública se debe hacer sobre la base de un concurso de méritos y capacidades. En suma, el número 4 es inconstitucional e inútil, pues a continuación, los artículos 177 y siguientes de la Ley contienen disposiciones que norman el concurso público para la selección que debe hacerse entre los postulantes a la categoría de juez de la Corte Constitucional.

(xviii) En el número 6 del artículo 185 se expresan las causas de destitución de un juez constitucional. Son tres, totalmente insuficientes, en el fondo y en el número. Si se pretendía proceder constitucional y legalmente era necesario detallar con minuciosidad, claridad y certeza todas y cada una de las posibilidades factuales que acarreasen una sanción de tal magnitud, bajo el principio universal de que no hay crimen no hay pena sin ley, cierta y previa. Las tres reglas citadas son generales, no dicen nada, contienen conceptos abiertos que admiten interpretaciones contradictorias, y, peor todavía, son inconstitucionales. Dicen: por incurrir en culpa inexcusable; por violar la reserva propia de la función y en caso de responsabilidad penal determinada por la Constitución y la ley.

La culpa siempre es un criterio subjetivo y más todavía cuando no se dice en qué consistiría, de tal manera que si se quisiese destituir a un juez constitucional por esta causa, solo podría hacerse sobre la base de acuerdos previos y no

necesariamente por hechos inculpatorios. No se dice que un juez no puede acudir embriagado o drogado a ejercer sus actividades; que no puede recibir prebendas o regalos de persona alguna; que no puede dejar de asistir a cierto número de sesiones mensuales, con justificación y sin justificación; que no puede tratar peyorativamente al personal subalterno; que no puede asumir responsabilidades administrativas propias del presidente o de otros subalternos administrativos; que no puede reunirse solo con las partes procesales para tratar de asuntos sometidos a su conocimiento; que no puede mal usar los bienes de la Corte Constitucional, particularmente sus vehículos; que no puede cobrar viáticos o subsistencias injustificadas; que no puede ordenar cambios en los informes del personal asesor; etc. ¿Acaso quienes redactaron la ley no conocían las listas de infracciones que constan, para dar ejemplos, en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa o en el Código Orgánico de la Función Judicial o en los reglamentos de conducta militar o policial? –no se avala, en este último caso, la constitucionalidad de esos reglamentos–.

No cabe que el juez constitucional mantenga reserva alguna “propia de la función.”. Eso es un adesio. El artículo 227 de la Constitución expresa que el servicio público es un servicio a la comunidad y que debe ser transparente, y siendo público es, como la palabra lo expresa, público. Lo demás es pretender tapar incorrecciones, aupar la corrupción. El número 2 del artículo 18 de la Carta Suprema dispone que hay acceso libre a la información generada en las entidades públicas, “excepto en los casos expresamente establecidos en la ley.”. ¿Cuáles son esos casos? No se los dice. La norma legal resta abierta de tal manera que el juez constitucional pueda reservarse todo y no ser sancionado o ser condenado por nada. Esa reserva propia de la función es, además, falsa, ya que si existiese, habría también reserva propia de la función de educador o de la función de ministro de Estado en agricultura y de la función de director del instituto de seguridad

social, así de todas las funciones públicas. Pamplinas. Así se contraría, al final, a una eficaz efectivación del derecho de petición protegido por la norma del número 23 del artículo 66 de la Constitución y el derecho a ejercer la acción de acceso a la información pública contemplado en el artículo 91. Esto es, la ley coadyuva a las inconstitucionalidades.

Y, finalmente, por responsabilidad penal determinada. ¿Cómo y cuándo? No se dice. No se aclara si esa responsabilidad penal es igual si el delito fuese cometido en el ejercicio de la función o en otra clase de actividades. No hay que olvidar que a más alta dignidad hay más alta responsabilidad administrativa y que los jueces constitucionales pueden ser enjuiciados penalmente, de acuerdo con la norma del artículo 431 de la Constitución, cuyo inciso tercero expresa que la destitución que se dé como consecuencia de una sentencia penal, debe seguir un procedimiento y cumplir con “los requisitos y las causas” que se determinen en la ley. Lamentablemente la ley no los ha determinado.

Todo este manejo irresponsable de las normas sobre las posibles destituciones de los jueces constitucionales revela la intención de perpetuar en sus solios a quienes resulten elegidos por primera vez, pese a las incorrecciones que podrían cometer. Habrá que estar atento a la elaboración de reglamentos que pretendiesen llenar los vacíos que el artículo 185 deja, especialmente en cuanto a destituciones, porque todo acto administrativo que pretenda establecer delitos y penas administrativos sería inconstitucional dada la norma del número 3 del artículo 76 de la Constitución.

(xix) La primera disposición transitoria afirma dos falsedades, que implican inconstitucionalidad. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional indica de qué manera se debe integrar la Corte Constitucional en atención a las disposiciones de los artículos 430 y siguientes de la

Constitución. Es menester recordar que la disposición transitoria primera de la Constitución confirió al órgano legislativo 360 días para que aprobara la ley que regulase el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad. El artículo 27 de las normas aprobadas por la Asamblea Constituyente para el régimen de transición el 23 de julio del 2008 dispuso que “los integrantes del Consejo Nacional de la Judicatura, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral terminarán sus períodos cuando se posesionen los vocales del nuevo Consejo de la Judicatura, los miembros de la Corte Constitucional,...”. Concomitantemente, el artículo 29 para este régimen de transición disponía que una vez constituido el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, “organizará las correspondientes comisiones ciudadanas seleccionadoras para escoger las autoridades y funcionarios que establecen la Constitución y la ley.”. A su vez el artículo 25 del régimen de transición manifestó que “Una vez constituidas las nuevas funciones legislativa, ejecutiva, y de transparencia y control social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integraran la primera Corte Constitucional.” – no subrayado en el original -

De la lectura de todas estas disposiciones de rango constitucional se desprende que el Tribunal Constitucional se desintegraría una vez que se constituyese la primera Corte Constitucional, la que todavía no se ha integrado porque tampoco se ha integrado aún el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Por lo tanto cuando la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional expresa que: “las acciones constitucionales establecidas en la Constitución de 1998 pendientes de despacho en la Corte Constitucional, continuarán sustanciándose...” se evidencian dos falsedades: la primera cuando se afirma que hay una Constitución de 1998, que no la hay, pues en agosto de 1998 se publicaron y codificaron reformas constitucionales, respecto de

la Constitución que había entrado en vigencia en agosto de 1979; por consiguiente, jamás habido una Constitución de 1998. En segundo lugar, tampoco ha habido una Corte Constitucional, ya que por primera vez se va a integrar una de acuerdo con la ley, ley que, por simple lógica no podía referirse a una Corte Constitucional que existiese antes de la ley y que solo se integraría después del 22 de octubre del 2009.

(xx) Para perpetuar una situación de hecho que se dio el 20 de octubre del 2008 –día en que los integrantes del Tribunal Constitucional asumieron por sí y se autoproclamaron competentes para ejercer las atribuciones que la Constitución y otras normas conferían a la Corte Constitucional, hasta ser legalmente reemplazados- los miembros del Tribunal Constitucional expidieron un acto normativo denominado Las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el Registro Oficial n° 466, de 13 de noviembre del 2008. Posteriormente, la disposición transitoria segunda de la LOGJ dio “validez jurídica” a las causas constitucionales ingresadas antes de la vigencia de ésta, lo cual, en esencia, es una medida que pretende tapar una cadena de falacias jurídicas e inconstitucionalidades.

En primer lugar, no es razonable que una ley dé “validez jurídica” a un acto normativo que, por si, por el principio de la presunción de legalidad y de constitucionalidad se supone que tiene validez jurídica. ¿Por qué hubo necesidad que se incorporase una disposición transitoria dentro de una ley orgánica para que un acto normativo tuviese validez jurídica? Porque, simple y llanamente, los autores de la ley sabían que no la tenía y que, por consiguiente, había que legitimarlo de algún modo.

Sin hacer un análisis jurídico de la medida de hecho asumida por los miembros del ex Tribunal Constitucional es menester resaltar que, en segundo lugar, esas reglas de

procedimiento eran inconstitucionales por otra razón igualmente evidente. Esas reglas son, en esencia, un reglamento, y, en el presente caso, uno que se expidió respecto de normas constitucionales, respecto de cómo se debía ejercer el control constitucional y como debía funcionar aquel ente que, en el futuro, sería la Corte Constitucional. El acto reglamentario se adelantó al futuro. El presidente de la República tiene competencia para dictar reglamentos de acuerdo con el número 13 del artículo 147 de la Constitución. No hay norma constitucional o legal que confiera poder al presidente de la República para regular, a través de actos reglamentarios, la Constitución. Si el presidente de la República quisiese reglamentar la Carta Suprema, debería esperar que primero se dictasen las leyes orgánicas y ordinarias que posibilitasen su aplicación, y, después, solo después, podría expedir los reglamentos pertinentes, que, necesariamente, debería suscribirlos el mismo presidente de la República y no un tribunal constitucional ni quienes dejaron de ser vocales miembros de éste y, peor todavía, quienes no se habían integrado a una corte constitucional no nata.

En tercer lugar, las personas de derecho privado solo pueden estar sometidas, en cuanto a derechos y obligaciones, a la Constitución y a la ley, como lo dice el derecho a la libertad reconocido en la letra d) del número 29 del artículo 66 de la Constitución: “Que ninguna persona puede ser obligada hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley.” Ese acto normativo contenía numerosas normas que obligaban a las personas a adoptar procedimientos jurídicos, obligaciones procesales propias de una ley y no de un reglamento, en perjuicio, claro está, de sus libertades y, en perjuicio de una verdadera protección de los derechos humanos a través de las acciones constitucionales.

En suma la disposición transitoria segunda es un complemento de la disposición transitoria primera y forma parte de un grupo de disposiciones transitorias que pretenden socapar,

tapar con inconstitucionalidades, los delitos y las inconstitucionalidades cometidos por los ex miembros de Tribunal Constitucional.

(xxi) La disposición transitoria cuarta juega el mismo juego ya indicado. Dice: “Las decisiones judiciales, dictámenes, sentencias ejecutoriadas y demás resoluciones expedidas o que se expidan por la Corte Constitucional para el período de transición, así como los efectos generados por aquellas tendrán validez y carácter de definitivos” Por primera vez la ley se refiere a una Corte Constitucional para el periodo de transición, un órgano carente de cimientos constitucionales o legales y, además, la disposición transitoria dice incongruencias, que desnudan las actividades de esa Corte Constitucional de transición.

La norma se refiere a las decisiones “que se expidan”, es decir, después del 22 de octubre del 2009. ¿Y sobre las que se “expidieron” antes de esta fecha y después del 20 de octubre del 2008, después de publicada la nueva Constitución? Ciertamente los autores de la ley intentaron legitimar todas las actuaciones de este ente creado espuriamente, pero fueron incapaces de advertir todas las aristas de las arbitrariedades cometidas. Así habría quedado la posibilidad de revisar algunas de esas sentencias, aquellas que se expidieron en un malhadado año, aquel que transcurrió entre octubre del 2008 y octubre del 2009. Para evitarlo, la disposición transitoria decimosexta declaró que esas sentencias, resoluciones y dictámenes quedaban también validados, lo que hace pertinente el análisis peyorativo que se hizo respecto del contenido de la cuarta disposición transitoria.

(xxii) La disposición transitoria quinta regula la acción extraordinaria de protección para evitar que en el futuro se multipliquen sin límite alguno las demandas relativas a sentencias expedidas antes del 20 de octubre del 2008, como aconteció en el lapso que va desde esta fecha hasta la de publicación de la LOGJ,

año en el cual y con una liberalidad reprochable la mencionada Corte Constitucional en el período de transición admitió demandas a troche y moche, sin importar el tiempo que había transcurrido desde que se ejecutorió la sentencia, sin considerar que carecían de base constitucional, sin advertir que muchas sentencias se habían ejecutado, sin llamar a los terceros beneficiarios de esas sentencias, la mayoría de las cuales, las demandas, ni siquiera se debieron admitir a trámite y muchas de las cuales ni siquiera se han resuelto. Pero, aún en este caso hay una omisión notoria: la ley olvidó decir dentro de qué plazo se deberían presentar estas demandas extraordinarias de protección. He ahí otra muestra de ineptitud.

(xxiii) Finalmente la disposición transitoria decimoséptima dispuso que los jueces alternos que habían venido actuando en la Corte Constitucional para el período de transición continuarían en sus funciones hasta ser reemplazados de conformidad con la Constitución y la ley. Esta es una nueva falacia que encierra otra arbitrariedad. Según la resolución que los antiguos vocales del Tribunal Constitucional expidieron el 20 de octubre del 2008, asumieron “las atribuciones que la Constitución” confería a la Corte Constitucional. Según la disposición transitoria decimoséptima “Los jueces alternos” continuarían actuando “hasta ser reemplazados de conformidad con la Constitución y esta ley.”; mas la Constitución no contempla alternos para los jueces miembros de la Corte Constitucional, y, por lo tanto, los alternos designados por la anterior Constitución debieron cesar ipso jure en el primer minuto del día en que entró en vigencia la nueva Constitución, a la cual esos alternos y sus titulares dijeron que iban a respetar y cuyas competencias dijeron que iban a aplicar. Pero no, siguieron actuando, ilícitamente, inconstitucionalmente, delictualmente, y podrán seguir ad infinitum porque, adicionalmente, durarían hasta ser debidamente reemplazados, y como la Constitución no contempla alternos para

la Corte Constitucional, jamás podrán ser reemplazados –no se sabe si la Contraloría ha establecido responsabilidades administrativas o civiles respecto de todo este galimatías jurídico- y gracias a la autoprorroga en sus funciones, formalmente podrían actuar hasta las calendas griegas. Quienes redactaron y aprobaron estas disposiciones transitorias son culpables por falta de idoneidad moral y profesional, por haber consolidado este caos.