

REGIMEN DE INMUNIDADES Y COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN: EL CASO ECUATORIANO¹

RAFAEL OYARTE MARTÍNEZ²

1.- INTRODUCCIÓN.

Fundamental para la lucha contra la corrupción resulta la actuación de los órganos jurisdiccionales. Las constituciones suelen contener disposiciones que impiden la actuación de esos órganos o, por lo menos, la condicionan, y aquello se produce a través del régimen de inmunidades.

Se debe establecer si la inmunidad es un mecanismo necesario para proteger a determinados funcionarios o la actividad de éstos o, en realidad, no es sino la demostración de la desconfianza que el poder suele tener respecto de los jueces o, incluso un elemento que puede destinarse a consagrar la impunidad frente a la comisión de diversos actos que podrían incluso ser de corrupción. En definitiva, qué lleva a consagrar un privilegio al que el común de los ciudadanos y de los funcionarios no accede, pues todos se someten a los controles y al régimen de responsabilidad general.

La experiencia en Latinoamérica determina múltiples coincidencias, como el abuso de la inmunidad, aunque también enseña la existencia de factores diferenciadores, especialmente respecto de la independencia de los órganos de justicia, lo que resulta concluyente a la hora de analizar la conveniencia de mantener o no esa institución. Ahora bien, ¿no será aquello la consagración de una contradicción? Por una parte, no hay texto constitucional que, de uno u otro modo, no determine la independencia de los órganos de justicia y, por otra, esas mismas constituciones establecen estos mecanismos de protección contra la acción de la justicia.

La Constitución ecuatoriana de 2008, como muchas, establece dos clases de inmunidad: la inviolabilidad o inmunidad de fondo, y la inmunidad de forma o antejuicio. La vigente Constitución establece, de forma taxativa aunque de distintas maneras, la inmunidad a favor de los legisladores,³ del Presidente y

¹ En este artículo se utilizan las siguientes abreviaturas: CE (Constitución); COFJ (Código Orgánico de la Función Judicial); CPP (Código de Procedimiento Penal); LOEOP (Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia); LOFL (Ley Orgánica de la Función Legislativa); LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

² Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de posgrados en la Universidad de Cuenca, en la Universidad del Azuay, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

³ *Constitución de la República del Ecuador*. Art. 128.- Las asambleístas y los asambleístas gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia durante el ejercicio de sus funciones; no serán civil ni penalmente responsables por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional. // Para iniciar causa penal en contra de una asambleísta o de un asambleísta se requerirá autorización previa de la Asamblea Nacional, excepto en los casos que no se encuentren relacionados con el ejercicio de sus funciones. Si la solicitud de la jueza o juez competente en la que pide la

Vicepresidente de la República⁴ y del Defensor del Pueblo,⁵ lo que se contemplaba en similares términos en la Constitución de 1998. Una diferencia notable es que a los miembros de la Corte Constitucional les retira la inmunidad que antes se les otorgaba a los magistrados del Tribunal Constitucional,⁶ sino que establece de modo expreso que deben responder por sus actos,⁷ como ocurre con la generalidad de los jueces. En todo caso, se ha descartado expresamente la posibilidad de juicio político en contra de estos jueces.

Se entiende que el régimen de inmunidades debe establecerse en norma constitucional, toda vez que esta institución impide que órganos del poder público cumplan con las atribuciones que les ordena la Constitución. De este modo, si bien la Fiscalía podría resolver el inicio de la instrucción (Art. 195 CE), los jueces verían frenada la posibilidad de procesar al funcionario si es que no se autoriza dicho procesamiento en el caso de la inmunidad de forma o antejuicio, o éste se torna simplemente imposible si se trata de la inviolabilidad o inmunidad de fondo. Asimismo, el establecimiento de inmunidades puede impedir el ejercicio de un derecho constitucional como es el de la tutela judicial efectiva.

A pesar de ello, en Ecuador el legislador no solo que ha otorgado inmunidades mediante ley a funcionarios a los que la Constitución no se las ha establecido, como es el caso de los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal

autorización para el enjuiciamiento no se contesta en el plazo de treinta días, se entenderá concedida. Durante los periodos de receso se suspenderá el decurso del plazo mencionado. Solo se les podrá privar de libertad en caso de delito flagrante o sentencia ejecutoriada. // Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo continuarán en trámite ante la jueza o juez que avocó el conocimiento de la causa.

⁴ *Constitución de la República del Ecuador*. Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 10. Autorizar con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente.

⁵ *Constitución de la República del Ecuador*. Art. 216.- Para ser designado Defensora o Defensor del Pueblo será necesario cumplir con los mismos requisitos exigidos para las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia y acreditar amplia trayectoria en la defensa de los derechos humanos. La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad en los términos que establezca la ley.

⁶ *Constitución Política del Ecuador de 1998*. Art. 275, inc. 2º.- Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los exigidos para los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y estarán sujetos a las mismas prohibiciones. No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo.

⁷ *Constitución de la República del Ecuador*. Art. 431.- Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones. // Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscalía o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.

Contencioso Electoral,⁸ sino que incluso ha llegado al extremo de pretender otorgar una inviolabilidad a quienes la Constitución no solo que se las niega, sino que determina que son responsables por sus actos, como es el caso de los miembros de la Corte Constitucional, estableciéndose una norma abiertamente inconstitucional.⁹

2.- INMUNIDAD PARLAMENTARIA.

En el Ecuador el órgano legislativo se organiza de forma unicameral desde la Constitución de 1978-79,¹⁰ cuerpo fundamental que en su texto original previó dos clases de legisladores: congresistas elegidos por votación nacional y representantes elegidos por cada provincia. En la Constitución de 1998 se eliminaron los diputados nacionales, por lo que los legisladores eran elegidos, exclusivamente, por provincias. En la Constitución de 2008 el órgano legislativo pasó a denominarse Asamblea Nacional y se integra por asambleístas elegidos a nivel nacional, a nivel de provincia y por el exterior (Arts. 118 CE y 150 LOEOP), estableciéndose además la elección de legisladores por regiones y distritos, asunto que no ha ocurrido, pues, en la actualidad, aún no se conforman. Todos los asambleístas tienen el mismo tratamiento.

Dos clases de inmunidad se consagran en el artículo 128 de la Constitución: una de fondo (inviolabilidad) y otra de forma (autorización de enjuiciamiento y

⁸ *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia*. Art. 19.- Las y los integrantes del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral son servidoras y servidores públicos sujetos a control ciudadano y enjuiciamiento político por incumplimiento de sus funciones y tendrán las responsabilidades establecidas en la Constitución y la ley. // Mientras ejercen sus funciones no podrán ser privados de su libertad ni procesados penalmente, salvo los casos de delito flagrante, delitos sexuales, y de violencia de género sin autorización del pleno del Consejo Nacional Electoral o del Tribunal Contencioso Electoral, por requerimiento de la Sala correspondiente de la Corte Nacional de Justicia de cuyo fuero gozan. Tampoco tendrán inmunidad en los casos de violencia intrafamiliar en los cuales no se reconoce fuero alguno. // La Función Legislativa no podrá designar reemplazos de funcionarios electorales destituidos por juicio político y estará impedida de iniciarlo una vez que se hubiere efectuado la convocatoria al proceso electoral y hasta que éste concluya con la proclamación de resultados.

⁹ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Art. 186.- Régimen de responsabilidades.- Las juezas y jueces de la Corte Constitucional se encuentran sometidos al siguiente régimen especial de responsabilidades: 2.- Sin perjuicio de la responsabilidad civil, la responsabilidad penal por hechos punibles cometidos durante y con ocasión de las funciones ejercidas en la judicatura, serán objeto de denuncia, investigación y acusación única y exclusivamente por la o el Fiscal General del Estado, y de juicio por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de sus integrantes; excepto en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso, no serán objeto de responsabilidad penal.

¹⁰ Tradicionalmente en el Ecuador el Congreso Nacional se organizó de forma bicameral a través de sus diecisiete constituciones, con las solas excepciones de los textos constitucionales de 1830, 1851 y 1945, además de la Carta vigente, en los que se adoptó la forma monocameral. Como lo señala Hernán SALGADO, por lo efímero de esas Constituciones "sólo en nuestra época se ha podido experimentar las ventajas y desventajas que puede tener la unicameralidad", la cual se ha mantenido ya por veinticinco años (Hernán SALGADO PESANTES, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, ILDIS, 1987, p. 48).

ante privaciones de libertad), asunto que se reitera, casi sin ningún desarrollo, en el artículo 111 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.¹¹

2.1.- Inmunidad de fondo (inviolabilidad).

A través de la inmunidad de fondo se protege al legislador desde el punto de vista de su función, haciéndolo civil y penalmente irresponsable por decisiones, actos u opiniones que emite en el ejercicio del cargo (Arts. 128, inc. 1º, CE, 111, inc. 1º, LOFL). Esta clase de inmunidad ya se previó en el Bill of Rights inglés de 13 de febrero de 1689, en el que se declara “Que la libertad de palabra y los debates o procedimientos en el Parlamento no deben ser acusados o cuestionados en ninguna Corte o lugar, fuera del Parlamento”.

En virtud de esta inmunidad el asambleísta podría ejercer sus funciones con absoluta libertad, las que consisten fundamentalmente en legislar y fiscalizar. Cuando se aprueba una ley se pretende beneficiar al interés general, pero pueden existir sectores que se sientan afectados incluso en el ámbito patrimonial. Si el legislador no tuviera esta inmunidad, eventualmente, se vería avocado a procesos civiles por daños y perjuicios, por ejemplo. Del mismo modo, cuando se ejerce la potestad fiscalizadora, a través de la información documentaria y fundamentalmente a través del juicio político (Arts. 120, Nº 9, 130 y 131 CE), podría verse sometido a querellas por injurias, por ejemplo, en virtud de las acusaciones que realiza el legislador.

En ambos casos se ha señalado que la ausencia de esta inmunidad le impediría al asambleísta ejercer su función con independencia y autonomía, aunque, respecto del ejercicio de la facultad fiscalizadora también se ha indicado que existen eventos en que las acusaciones constitucionales pueden ser arbitrarias, esto es, carentes de fundamento, y hasta maliciosas, o, simplemente, manifestar una mera desviación de poder, al igual que la legislación. En este sentido, se debería desarrollar con precisión este instituto u determinar, de modo inequívoco, que en caso que el ejercicio de la facultad fiscalizadora sea fraudulento, arbitrario, abusivo o malicioso, lo que debe proceder es la inmunidad de forma o antejuicio y no la inmunidad funcional o inviolabilidad. No es posible que en un Estado de Derecho los principales obligados a respetar la Constitución y los derechos fundamentales, apliquen el

¹¹ *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. “Art. 111.- Del fuero y responsabilidades.- Las y los asambleístas gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia durante el ejercicio de sus funciones; no serán civil ni penalmente responsables por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional. // Para el inicio de una instrucción fiscal o enjuiciamiento penal en contra de una o un asambleísta se requerirá autorización previa del Pleno de la Asamblea Nacional, excepto en los casos que no se encuentren relacionados con el ejercicio de sus funciones. Si la solicitud del fiscal competente o de los jueces, según corresponda, en la que piden la autorización para el enjuiciamiento no se contesta en el plazo de treinta días, se entenderá concedida. Durante los períodos de receso se suspenderá el decurso del plazo mencionado. // Sólo se podrá privar de libertad a los asambleístas en caso de delito flagrante o sentencia condenatoria ejecutoriada. // Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo continuarán en trámite ante la jueza o juez que avocó el conocimiento de la causa.”

texto constitucional con fines desviados y vulneren la honra y la dignidad de las personas. En estos casos, debo decir que hasta la inmunidad de forma parece excesiva.

Ahora bien, la inmunidad de fondo no cubre al legislador de delitos cometidos formalmente durante sus funciones, al interior del recinto parlamentario, aunque tengan que ver con el ejercicio de sus atribuciones. En este caso se aplicará la inmunidad de forma o antejuicio. Por otra parte, la inmunidad de fondo no se restringe a opiniones vertidas dentro del Parlamento -como en apariencia se señalaba en el anterior Reglamento Interno de la Función Legislativa (Art. 154, inc. 2º, RIFL)-, lo que se aclara en la Constitución de 2008 (Art. 128, inc. 1º, CE). Si bien los votos deben emitirse dentro de la Legislatura, es decir, en el pleno de la Asamblea Nacional o en las comisiones especializadas permanentes en las que actúa el legislador (Art. 125 CE), las opiniones sobre asuntos de estricta competencia de la Asamblea (Art. 120 CE) pueden realizarse fuera del Parlamento, vgr. a través de medios de comunicación social, encontrándose cubierto por la inmunidad de fondo.

Se debe insistir en el hecho que la inmunidad de fondo protege la actividad del legislador, por lo que ésta es absoluta, es decir, no se puede enjuiciar ni civil ni penalmente por decisiones, actos u opiniones emitidos en calidad de asambleísta, ni siquiera concluido su período de funciones o habiendo perdido esa calidad de forma posterior, pues, en caso contrario, el legislador se vería sometido a los mismos predicamentos que se han señalado, los que simplemente se prorrogarían en el tiempo, es decir, bastaría con esperar que el legislador pierda esa dignidad para enjuiciarlo por asuntos atinentes al estricto cumplimiento de sus atribuciones.

2.2.- Inmunidad de forma: ante enjuiciamiento penal y ante detenciones.

La inmunidad de forma de los asambleístas presenta dos facetas: condicionar su procesamiento penal a la autorización legislativa y restringir la posibilidad que los parlamentarios sean sujetos de privación de libertad.

La inmunidad ante procesos, también denominado *antejuicio*, protege al legislador de enjuiciamientos penales por asuntos relacionados con el ejercicio de funciones y respecto de órdenes de privación de libertad (Art. 77, N° 1, CE). De este modo, para que proceda el enjuiciamiento penal de un asambleísta debe lograrse la autorización de la Legislatura, y su privación de libertad se limita a la comisión de delitos flagrantes o a la ejecución de una sentencia condenatoria (Art. 128, inc. 1º, CE), lo que implican notorias diferencias con el Código Político de 1998 (Art. 137, inc. 2º)

En este sentido, la inmunidad de forma se presenta como un privilegio que la Constitución otorga a los asambleístas. Digo privilegio porque el asambleísta, como cualquier servidor público, puede cometer delitos relacionados con el ejercicio del cargo, con la diferencia de que al común de los ciudadanos se le podrían dictar medidas preprocesales en su contra o medidas cautelares

personales, como es la orden de detención y la prisión preventiva, o se le pueden iniciar procesos penales sin ningún condicionamiento adicional.

2.1.1.- Inmunidad ante detenciones.

Como se señaló, los assembleístas no pueden ser privados de su libertad, salvo en el “caso de delito flagrante”. En principio, para que opere la detención se requiere de orden escrita de juez competente, estableciéndose como excepción a ese requerimiento el delito flagrante (Art. 77, N° 1, CE), esto es, el cometido “en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido” (Art. 162 CPP). La obligación de los agentes policiales es poner al detenido a órdenes de la autoridad judicial dentro de las siguientes veinticuatro horas, y si el aprehensor es un particular éste debe entregar al detenido a los agentes policiales para que se proceda conforme lo reseñado (Arts. 161 y 163 CPP). La flagrancia en la comisión de un delito es, entonces, una fórmula de excepción al requerimiento de orden judicial para proceder a la detención de una persona.

En definitiva, el assembleísta sólo puede ser aprehendido en caso de delito flagrante, por lo que no se pueden emitir órdenes de detención en su contra. En el evento de la detención por delito flagrante, el legislador es puesto a órdenes del juez competente, es decir, ante la Corte Nacional de Justicia (Art. 128, inc. 1º), aunque ya no hay norma que ordene el arresto domiciliario como se establecía en la anterior Ley Orgánica de la Función Legislativa de 1992 (Art. 62).¹²

En caso de delito flagrante el assembleísta sigue siendo inmune, lo único que ocurre es que se le ha privado de su libertad con fines investigativos. Tan inmune es que, incluso en el caso de detención, si el hecho se relaciona con el ejercicio de funciones se deberá requerir autorización legislativa para proceder a su enjuiciamiento, como se revisará.¹³

¹² La Constitución de 1978-79 señalaba que los diputados son inmunes, salvo el caso de delito flagrante, el que debía “ser declarado por el Congreso”, condición que se agregó en la primera codificación de 1984 (Art. 62) y que se mantuvo hasta la cuarta codificación (Art. 84), la misma que no se contenía en el texto original de 1978-79 (Art. 62). A esas codificaciones constitucionales responde el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, vigente desde 1992. La calificación legislativa de la flagrancia del delito resultaba curiosa (la detención ya había ocurrido) y pecaba de inútil, por los plazos de vigencia de la detención con fines investigativos y por la independencia de este acto con la autorización de enjuiciamiento, el que puede operar con o sin detención previa.

¹³ En la vigencia de la Constitución de 1978-79 señalaba que los diputados son inmunes, salvo el caso de delito flagrante, el que debía “ser declarado por el Congreso”, condición que se agregó en el artículo 62 de la primera codificación de 1984 y que se mantuvo hasta la cuarta codificación de 1997 en su artículo 84, la misma que no se contenía en el artículo 62 del texto original de 1978-79. A esas codificaciones constitucionales respondía el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa de 1992 que rigió durante la vigencia de la Constitución de 1998 y que, por ello, ocasionó algún predicamento respecto de la posibilidad de aplicar esta norma preconstitucional. La calificación legislativa de la flagrancia del delito resultaba curiosa (la detención ya había ocurrido) y pecaba de inútil, por los plazos de vigencia de la detención

Ahora bien, a diferencia de la Constitución de 1998, en la Carta Primera de 2008 se impide que se dicten autos de prisión preventiva dentro de un proceso penal: la única forma de privar de libertad al asambleísta es con la sentencia condenatoria ejecutoriada, momento en el cual, además, el afectado pierde su condición de legislador al suspenderse sus derechos políticos (Arts. 61, N° 1, y 64, N° 4, CE). Resulta complicado entender las razones por las que el constituyente de 2008 decidió ampliar este privilegio, pues es llamativo que, habiéndose autorizado el enjuiciamiento penal el juez no pueda dictar una medida cautelar personal como la prisión preventiva con la finalidad y los requisitos establecidos en la ley, es decir, cuando es “necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena” y, entre otras, con la condición que se motive la insuficiencia de otras medidas cautelares no privativas de libertad (Art. 167 CPP).¹⁴

2.1.2.- Inmunidad ante enjuiciamientos penales.

Para iniciar un proceso penal en contra de un asambleísta por hechos relacionados con sus funciones, se debe contar con la respectiva autorización legislativa (Art. 128, inc. 2º, CE). Se podría pensar que la autorización debe ser solicitada por la Corte Nacional de Justicia a través de su Sala Penal (Art. 192 COFJ), mas la actual Ley Orgánica de la Función Legislativa realiza una aclaración en esta materia –la única, en verdad- y es que la autorización en el caso de delitos de acción pública se debe requerir para el inicio de la instrucción fiscal y no para dictar el auto de llamamiento a juicio, por lo que la solicitud debe ser presentada por el Fiscal General del Estado. La solicitud por parte del juez de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia será en el caso de delitos de acción privada, en los que la Fiscalía no interviene (Arts. 111, inc. 2º, LOFL, 192 y 194 COFJ).

Por otra parte, según la anterior Ley Orgánica de la Función Legislativa, se requería remitir todos los antecedentes al Presidente la Legislatura (Arts. 62 y 63, inc. 1º, LOFL1992), asunto que la actual Ley Orgánica de la Función Legislativa omite señalar. Así, antes se disponía que remitida la solicitud, el

con fines investigativos y por la independencia de este acto con la autorización de enjuiciamiento, el que puede operar con o sin detención previa.

¹⁴ *Código de Procedimiento Penal*. “Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”

Presidente de la Legislatura designaba una comisión para que ésta emita el respectivo informe (Arts. 63, inc. 2º, LOFL1992 y 156, inc. 2º, RIFL).¹⁵

Si bien la inmunidad de fondo o funcional tiene por objetivo evitar que los asambleístas sean sometidos a apremios ilegítimos por parte de otras personas basándose en la comisión supuesta o real de infracciones penales,¹⁶ para lo cual es la Legislatura la califica los hechos y analiza si existen méritos suficientes para enjuiciarlo, tal como se señalaba en la cuarta codificación de 1997 (Art. 84), la Constitución 2008 establece que el antejuicio solo procede en caso de delitos relacionados con el ejercicio de funciones pues, en caso contrario, no se requiere de autorización legislativa, es decir, se puede iniciar el proceso penal sin ningún condicionamiento (Art. 128, inc. 2º, CE) aunque con la limitación de no dictarse medidas cautelares personales (Art. 128, inc. 1º, CE).

Creo que se debería modificar la situación relativa al órgano que autoriza el enjuiciamiento. Éste debería ser un órgano distinto a la Asamblea Nacional, pues en la Legislatura podrían entrar en juego intereses políticos conducentes a conformar mayorías o pactos coyunturales que nada tienen que ver con revisar el mérito del proceso, y que podrían llegar al extremo de asegurar impunidad.¹⁷ La inmunidad de fondo, en este aspecto, tiene por objetivo evitar que los legisladores sean sometidos a apremios ilegítimos por parte de otras personas basándose en la comisión supuesta o real de infracciones penales.¹⁸ Es por ello que la Asamblea debe calificar los hechos y analizar si existen méritos suficientes para enjuiciarlo, tal como se señalaba en el inciso cuarto artículo 84 de la cuarta codificación constitucional de 1997, luego de la

¹⁵ La autorización debía ser solicitada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, remitiendo todos los antecedentes al Presidente del Congreso Nacional, tal como se determina en los artículos 62 y 63, inciso primero, de la Ley Orgánica de la Función Legislativa de 1992. Remitida la solicitud, el Presidente de la Legislatura designa una comisión para que ésta emita el respectivo informe, conforme lo disponían los artículos 63, inciso segundo, de la anterior Ley Orgánica de la Función Legislativa codificada en 2005 y 156, inciso segundo, del entonces Reglamento Interno de la Función Legislativa de 1993. En todo caso, el artículo 6, letra e, del derogado Código de Ética de la Legislatura de 1998 determinaba que el informe debe ser emitido por el Comité de Excusas y Calificaciones del Congreso Nacional.

¹⁶ Cfr. Hernán SALGADO PESANTES, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Quito, Abya – Yala, 2003, p. 140

¹⁷ Vid. Tribunal Constitucional, Resolución N° 140-2001-TP adoptada dentro del caso N° 010-2001-TC, en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada por el entonces legislador Víctor Junior León Luna en contra de la resolución del Congreso Nacional mediante la que se autorizó su enjuiciamiento penal, aduciendo que no había denuncia reconocida en su contra. Si bien la Magistratura no analiza que el acto impugnado no tenía el carácter de normativo –lo que bastaba para desecharla, de conformidad con el número 1 del artículo 276 de la Constitución– niega la demanda toda vez que el Congreso Nacional cumplió con el procedimiento constitucional para tomar la decisión objeto del proceso.

¹⁸ Cfr. Hernán SALGADO PESANTES, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Quito, Abya – Yala, 2003, p. 140

reforma constitucional publicada en mayo de ese año, cuyo texto sería conveniente retomar para que no se confunda inmunidad con impunidad.¹⁹

La Constitución, al igual que la de 1998, establece un plazo para que la Asamblea se pronuncie sobre la solicitud de enjuiciamiento penal de un legislador y, en caso de omisión, se determina una consecuencia jurídica: se entiende concedida la autorización. La finalidad de esta disposición constitucional consiste en evitar que la Legislatura no discuta el tema y ello baste para impedir un enjuiciamiento penal. Pero de esa aparente ventaja se desprende una desventaja: bastará que la Asamblea no discuta el tema para que el asambleísta sea sometido a proceso, sin que se haya realizado el análisis de los hechos y del mérito de esos antecedentes, pudiéndose provocar así procesos tendentes a apremiar al legislador de forma ilegítima.

Durante los recesos el decurso del plazo de treinta días se suspende, en razón de que durante este tiempo la Legislatura no ejerce sus funciones, por lo que mal se podría tratar y decidir sobre la solicitud de enjuiciamiento durante ese lapso de tiempo. Durante los recesos se puede convocar a período extraordinario de sesiones, por lo que la suspensión de plazo no se interrumpirá si es que entre los asuntos materia de la convocatoria no consta este punto de discusión, pues otro tema no puede ser tratado (Art. 123, inc. 2º, CE).

Esta inmunidad, insisto, protege a la persona del legislador y no a la actividad legislativa (para lo que se prevé la inmunidad de fondo), por lo que si el legislador comete un delito relacionado con el ejercicio de su cargo, una vez que concluye su período podría ser sometido a proceso sin el requerimiento de autorización: la Asamblea no puede autorizar o negar la autorización de procesamiento de una persona que no ostente en ese momento la calidad de legislador. Incluso en el evento que se haya negado la autorización de enjuiciamiento, ello no obsta a que se inicie el proceso una vez que concluya su período. En este sentido, conveniente era retomar la norma incorporada a la Constitución en la reforma de mayo de 1997 que establecía que “el tiempo de la inmunidad no se computará para los efectos de la prescripción o el abandono de las causas por delitos cometidos antes o durante el ejercicio de la legislatura” (Art. 84, inc. 5º). Por otra parte, si el delito fue cometido con anterioridad a su posesión y ya se inició la causa penal el proceso continuará tramitándose sin requerir autorización legislativa (Art. 128, inc. 3º, CE).

Por último, se hace presente que el hecho que se autorice el enjuiciamiento penal de un asambleísta, comúnmente llamado *levantamiento de inmunidad*, no implica que el legislador no sea inmune. Tan inmune es que si comete otro delito, para enjuiciarlo se deberá requerir una nueva autorización legislativa. El

¹⁹ *Cuarta codificación constitucional de 1997*. Art. 84.- (Inc. 4º) “No podrán iniciarse ni continuarse causas penales en contra de legisladores, salvo que el Congreso Nacional lo autorice, si de los antecedentes procesales o las evidencias constantes en autos, respectivamente, se encontrare mérito suficiente.”

enjuiciamiento de un asambleísta sin la correspondiente autorización legislativa es un delito tipificado en el artículo 217 del Código Penal.

2.3.- Los asambleístas suplentes.

La actual Ley Orgánica de la Función Legislativa, a diferencia de la anterior (Art. 60), no señala el tiempo en el que los asambleístas gozan de inmunidad, aunque se entiende que la de forma se disfruta durante el período para el cual fueron elegidos, el mismo que es de cuatro años, de conformidad con el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución. Si bien la Ley Orgánica de la Función Legislativa trata de forma tangencial a los asambleístas suplentes, en sus artículos 112, 148 y 149, el artículo 99 de la Ley Orgánica Electoral exige que las listas de candidatos deben ser completas, con el número de candidatos principales y suplentes para todos los puestos a elegirse. El asambleísta suplente reemplaza al principal en caso de ausencia temporal o definitiva de este último (Art. 112 LOFL).

Los asambleístas suplentes –mal llamados alternos (Art. 12, N° 11, LOFL)- gozan de inmunidad parlamentaria. Con la anterior normatividad constitucional existía duda, al interior de la Legislatura, sobre el ámbito de la protección de los antes llamados *diputados* suplentes, lo que generó una consulta al Procurador General del Estado, funcionario que, mediante oficio N° 22.681 de 7 de febrero de 2002, el mismo que se encuentra publicado en el Registro Oficial N° 555 de 15 de abril de 2002, emitió su pronunciamiento en el sentido que: “La inmunidad parlamentaria únicamente ampara al diputado principal en ejercicio de sus funciones; el diputado alterno no goza de inmunidad parlamentaria sino exclusivamente cuando por ausencia temporal o definitiva del diputado principal sea llamado a actuar como titular”.

El Procurador General del Estado es el representante legal del Estado ecuatoriano y, entre otras facultades, le corresponde ejercer su patrocinio y el asesoramiento legal, de conformidad con los artículos 237 de la Constitución. Respecto de los dictámenes que emite este funcionario, el número 3 del artículo 237 de la Constitución le otorga la facultad de absolver “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”, con lo que se restringe la facultad que la Constitución de 1998 le otorgaba (Arts. 215 y 216) y a los que responde la letra e del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que señala, como atribución exclusiva de este funcionario la de absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, agregando que este pronunciamiento es obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley. En materia de asesoría y absolución de consultas, el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado reitera su carácter vinculante

sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, la que se realiza a petición de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública. En la actualidad el Procuraduría General del Estado no puede pronunciarse sobre el alcance de normas constitucionales, pues la interpretación auténtica de la Constitución corresponde solo a la Corte Constitucional (Arts. 429 y 436, N° 1, CE). De hecho, la Corte Constitucional ha dejado sin efecto pronunciamientos del Procuraduría General del Estado en los que ha dictaminado sobre la inteligencia o aplicación, no solo de normas constitucionales, sino de las contenidas en tratados internacionales.²⁰

La consulta formulada, en todo caso, resultaba llamativa, pues, si bien concuerdo con el contenido del dictamen, la atribución del Procurador General del Estado, producto de la absolución de consultas, es sin perjuicio de las facultades de las Funciones Legislativa y Judicial y del entonces Tribunal Constitucional. La Función Legislativa, antes encabezada por el Congreso Nacional, ahora por la Asamblea Nacional, ejerce funciones de ese carácter (legislar y fiscalizar). Si bien no es propio que éstos órganos, a través de sus máximos representantes, formulen consulta en temas que deben ser decididos privativamente por esos órganos, en virtud de las atribuciones constitucionales que se les señalan fundamentalmente en el artículo 120 de la Constitución (antes Art. 130), sí podrían consultar temas en los que deban actuar en ejercicio de la función administrativa, la que no es privativa de la Función Ejecutiva. En toda función del Estado existen potestades de administración, por el principio de separación de poderes, y la posibilidad de dictar actos de autoridad que no se incluyen dentro de las facultades legislativas o de fiscalización, por ejemplo, en lo relativo al régimen legal de los servidores públicos que laboran en esos órganos,²¹ aunque no debería hacerlo respecto de asuntos que son ajenos a este Poder del Estado.²²

En definitiva, estimo que la situación de los entonces diputados suplentes respecto de la inmunidad parlamentaria debía haber sido resuelta por la misma

²⁰ Cfr. Corte Constitucional en Sentencia N° 002-09-SAN-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 566 de 8 de abril de 2009. Al efecto, sobre la constitucionalidad de los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la Corte Constitucional indicó que el artículo 237, número 3, de la Constitución solo le autoriza a pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de la ley. La Corte Constitucional textualmente dispuso en esa Sentencia: “[...] **se dispone** al señor Procurador General del Estado, cumpla con la Constitución vigente **y se abstenga definitivamente de absolver consultas relacionadas a la aplicación o inteligencia de normas previstas en la Constitución o en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.** De conformidad con la Constitución de la República vigente, estas son facultades privativas de esta Corte. **Sus funciones deben limitarse a la absolución de consultad sobre la inteligencia y aplicabilidad de normas con rango de ley**”.

²¹ De este modo, mediante oficio N° 22940 de 26 de febrero se absuelve consulta sobre comisiones de servicio.

²² Mediante oficio N° 23235 de 19 de marzo de 2002, el PGE absolvió una consulta formulada por el Congreso Nacional determinando que los Municipios deben observar las resoluciones del CONAREM en materia de incremento salarial, asunto que no compete a la Legislatura.

Legislatura y no por el Procurador General del Estado, aunque, insisto, estoy plenamente de acuerdo con el criterio manifestado por este funcionario, aunque al tratarse de interpretación de normas constitucionales, el dictamen antes señalado hoy es solo referencial y no vinculante.

1.4.- Los parlamentarios andinos.

El Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, instrumento que se complementa por el Protocolo Adicional sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes, regula los aspectos orgánicos de ese órgano deliberante del sistema andino de integración, representándose a los pueblos de la Comunidad Andina de Naciones a través de parlamentarios electos, los que actúan en función de los objetivos e intereses comunes de los Estados, a través de las sesiones del órgano comunitario. El artículo 10 de este instrumento prevé la inmunidad diplomática que gozan los parlamentarios, representantes y funcionarios internacionales de este organismo, en el territorio de cada uno de los Estados parte del instrumento, normas que no pueden ser confrontadas con las inmunidades previstas en la Constitución ecuatoriana, en cuanto inmunidades de fondo y forma previstas para los legisladores, pues las contenidas en la especie se sustentan en normas de Derecho Internacional como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y otras sobre la materia.

El artículo 6 del Protocolo Adicional, señala que, además de la inmunidad diplomática prevista en el artículo 10 del Tratado Constitutivo, los representantes al Parlamento Andino gozarán de inmunidad parlamentaria, “en la misma forma y con la misma extensión que los Legisladores del País Miembro donde se encuentren”, la que, de conformidad con el artículo 128 de la Constitución del Ecuador es tanto de fondo como de forma, la primera relativa al privilegio de no ser sujetos de responsabilidad civil ni penal, por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones, y, la segunda, relativa tanto a la autorización legislativa para iniciar causas penales en su contra, salvo que la infracción no se relacione con el cargo, así como a la imposibilidad de privarles de su libertad, salvo el caso de delito flagrante o sentencia ejecutoriada.

Al respecto, el entonces Tribunal Constitucional señaló en su Resolución adoptada dentro del caso N° 005-2001-CI,²³ a través de la que ejerció el control previo de constitucionalidad del instrumento, de conformidad con los artículos 162 y 276, número 5, de la Constitución de 1998 (actual artículo 438, número 1, de la Constitución de 2008), “Que, la inmunidad parlamentaria tiene, desde sus orígenes, la finalidad de proteger al funcionario con el objeto de que el ejercicio de sus atribuciones se realice con plena independencia respeto de los demás órganos del poder público, y la extensión de este privilegio a los parlamentarios andinos, por lo señalado, responde al principio de igualdad ante la ley, consagrado en el número 3 del artículo 23 de la Constitución, en la especie,

²³ Tribunal Constitucional, Resolución N° 250-2001-TP

otorgando a similares funciones igual tratamiento, tal como se establece del respectivo tercio en comparación”.

3.- INMUNIDAD DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

Desde el nacimiento del Ecuador como Estado, en virtud de la Constitución de 1830, se adoptó el sistema de gobierno republicano presidencialista, el mismo que se ha desarrollado en el transcurso de las diecinueve constituciones que han regido los destinos del país,²⁴ sin contar con la Carta no promulgada en 1938 por don Aurelio Mosquera Narváez, a la sazón Presidente de la República elegido por la misma Asamblea Constituyente que elaboró el texto constitucional reseñado. Tal vez la Carta Fundamental que un tanto se aparta del sistema es la de 1929, sin embargo de lo cual el régimen no dejó de ser presidencialista.

En el Ecuador, por tanto, el Poder Ejecutivo se concentra en la figura del Presidente de la República, que asume el papel dual de jefe de Estado y jefe de Gobierno y, por tanto, tiene a su cargo, valga la redundancia, tanto el gobierno y la administración del Estado, como su representación, tal como se señala en el artículo 141 de la Constitución, siguiendo, de modo general, el esquema presidencialista implantado por los constituyentes de Filadelfia al redactar la Constitución de los Estados Unidos de 1784, la que sigue en vigencia con veintiséis enmiendas.²⁵

Al ser el Presidente de la República el titular único del Ejecutivo, es este dignatario quien tiene todo el poder de decisión política dentro de dicha Función del Estado, mas, en la actualidad, las facultades del Primer Mandatario superan en mucho las de la mera administración y gobierno del Estado, pues posee otras de importancia como, por ejemplo, las siguientes: en materia judicial, a través de la potestad de conceder indultos por delitos comunes; en materia legislativa, han llevado a señalar el Presidente de la República como un colegislador, al tener la facultad de iniciar proyectos de ley, con exclusividad en algunas materias,²⁶ y de reforma constitucional, de calificar de urgentes los proyectos de ley que sobre materia económica ha iniciado y, finalmente, la potestad de sancionar u objetar los proyectos de ley aprobados por el Congreso Nacional; y, también en materia de política exterior, como son las de: definir la política exterior, es decir, determinar la posición del Ecuador respecto de la comunidad internacional, dentro de los lineamientos que establece el artículo 423 de la Constitución; dirigir las relaciones internacionales, decidiendo

²⁴ Si bien siempre estimé que la llamada Constitución de 1998, aprobado por la entonces Asamblea Nacional, no era una nueva constitución, sino una mera codificación de las reformas que dicho cuerpo colegiado introdujo en el Código Político de 1978-79.

²⁵ Téngase presente que las diez primeras enmiendas, de 1791, incorporan básicamente al texto de la Constitución la Declaración de Derechos de Virginia, condición que se impone en su momento para que los estados de la Unión aprueben la Carta Política.

²⁶ *Constitución del Ecuador*, art. 135, que dispone que son materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República las que se refieren a la creación, modificación o supresión de impuestos, las que modifiquen la división político administrativa del Estado y las que aumenten el gasto público.

con qué Estados mantendrá el Ecuador relaciones diplomáticas, consulares o comerciales; y, celebrar y ratificar los instrumentos internacionales.

Al efecto, se hace presente que, si bien el único titular de la Función Ejecutiva es el Presidente de la República, por lo que toda decisión que se tome en este ámbito de competencia le corresponde exclusivamente a este personero, la Constitución prevé la designación de ministros, denominados en otros sistemas como secretarios de Estado, para diferenciarlos de sus pares en los sistemas parlamentarios, tal como ocurría en el texto original de la Constitución de 1978-79 hasta la cuarta codificación de 1997 que los denominaba ministros secretarios de Estado.²⁷ Los Ministros de Estado son funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (Art. 151 CE), pues, al representar al Jefe del Estado en la cartera a su cargo y por las atribuciones que ejercen, son de funcionarios de confianza del Primer Mandatario. Así, de modo general, el Ministro de Relaciones Exteriores puede celebrar o suscribir un instrumento internacional en representación del Presidente de la República y, por añadidura, a nombre del Estado, lo que también se puede realizar a través de un plenipotenciario u otro delegado para el efecto por parte del Presidente de la República.

Una de las facultades que en materia judicial es entregada por la Constitución a la Asamblea Nacional, además de las relativas al indulto y la amnistía, tiene relación con la inmunidad de forma del Presidente y del Vicepresidente de la República. La Legislatura está facultada para autorizar, con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Primer y Segundo Mandatarios, cuando el juez competente lo solicite fundadamente, de conformidad con lo dispuesto en el número 10 del artículo 120 de la Constitución, esto es, la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, que es el juez del fuero de ambos dignatarios de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 192 y 194 del Código Orgánico de la Función Judicial. Al igual que en el caso de los legisladores, la expedición o firma de autos o sentencias contra el Presidente de la República o el inicio de un proceso penal en su contra sin esa autorización, está tipificada como delito en el artículo 216 del Código Penal.

Ahora bien, la inmunidad de la que gozan el Presidente y Vicepresidente de la República es solo de forma, es decir, les protege mientras ejercen su función, por lo que si los hechos fueron anteriores a su posesión y el pretendido enjuiciamiento es posterior, se debe requerir la autorización legislativa. Del mismo modo, si los hechos que se le imputan fueron cometidos durante el

²⁷ *Constitución Política del Ecuador*, texto original, artículo 85, en que se los denomina simplemente “ministros”, mas la sección III del título II de la segunda parte de la Constitución se denomina “De los Ministros Secretarios de Estado”, lo que se mantuvo hasta la cuarta codificación. La Constitución de 2008 habla solo de ministros de Estado en sus artículos 151 y siguientes, al igual que la de 1998 (Art. 176 y ss).

ejercicio del cargo, pero el proceso se inicia después, no se hace necesaria la autorización de la Asamblea Nacional.²⁸

Hago presente que hasta la Constitución de 1967, la Cámara de Diputados examinaba las acusaciones que, por su conducta oficial o por infracciones de cualquier clase, se propusieron, entre otros, contra el Presidente de la República, correspondiéndole al Senado determinar si había lugar o no a su juzgamiento y, en caso afirmativo, poniendo al acusado a disposición del juez competente, de conformidad con los artículos 133 y 134, número 1, de ese texto constitucional. Esta facultad de la Legislatura se eliminó en la Constitución de 1978-79, por lo que se iniciaron procesos penales contra primeros y segundos mandatarios sin ese requerimiento, lo que se acusó, por una parte, de una suerte de inestabilidad que se podía promover de esta forma y, por otra, de una judicialización de la política. Es por ello que en la Constitución de 1998 se retoma la exigencia de la autorización legislativa para enjuiciar penalmente a los primeros mandatarios (Art. 130, N° 10).

El restablecimiento de la autorización legislativa como requisito para procesar penalmente al Presidente y Vicepresidente de la República ocasionó un problema jurídico, puesto que el inciso final del artículo 2 del Código del Procedimiento Penal, que se encuentra publicado en el Registro Oficial N° 743 de 13 de enero de 2003, determino que: "En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores". Esto originó que el anterior Presidente de la Corte Suprema de Justicia designada inconstitucionalmente el 8 de diciembre de 2004 por el Congreso Nacional declarara la nulidad de los juicios penales iniciados contra dos ex presidentes y un ex vicepresidente de la República. Más allá del hecho de que los dos ex presidentes de la República fueron procesados con posterioridad a su cese, por lo que no gozaban de inmunidad, esta norma plantea ese problema: cómo exigir que un Congreso o Asamblea, actualmente, autorice el enjuiciamiento de quien, en la actualidad, no ostenta ni la primera ni la segunda magistraturas, y cuyo proceso penal ya se encuentra iniciado.

4.- EL CASO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES:

La Constitución de 2008 establece diversos órganos que ejercen jurisdicción: los de la Función Judicial, encabezados por la Corte Nacional de Justicia (Art. 178 y 182 CE), el Tribunal Contencioso Electoral (Arts. 217, 221 y 222 CE) y la Corte Constitucional (Art. 429 CE), además de otorgar jurisdicción a las autoridades de los pueblos indígenas (Art. 171 CE) y a los tribunales de conciliación y arbitraje para la resolución de conflictos colectivos de trabajo (Art. 326, N° 12, CE).

²⁸ De hecho, en el año 2000, el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia solicitó al Congreso Nacional que autorice el enjuiciamiento penal del ex presidente de la República Jamil Mahuad. El Congreso Nacional señaló que no podía autorizar ni negar la autorización de enjuiciamiento, toda vez que el procesado no ostentaba, a la fecha, la jefatura del Estado.

La Constitución no consagra inmunidad alguna respecto de procesos judiciales a los miembros de órganos jurisdiccionales, aunque existe una extensión de ella en diversas leyes, en un caso de modo abiertamente inconstitucional, como se verá.

Lo que sí ocurre constitucionalmente es la inmunidad ante juicios políticos, lo que a veces ocurre de modo expreso, como es el caso de los miembros de la Corte Constitucional, y en otros de modo tácito como ocurre con los jueces de la Corte Nacional de Justicia.

4.1.- Los miembros de la Corte Constitucional: eliminación de su inmunidad en la Constitución.

La actual Constitución no establece ningún régimen de inviolabilidad o en general de inmunidad para los miembros de la Corte Constitucional, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1998 que, respecto de los vocales del Tribunal Constitucional disponía que “[n]o serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo” (Art. 275).²⁹ En el anterior sistema podía observarse que, a diferencia de los vocales del Tribunal Constitucional, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no gozaban de esa protección, a pesar del similar tratamiento que la Constitución de 1998 les da a ambos en materia de requisitos para ocupar el cargo como las prohibiciones a las que se sujetaban.

La respuesta a esa interrogante se la podía encontrar en la naturaleza de las funciones que se ejercían en ambas Magistraturas según la Constitución de 1998: la Corte Suprema de Justicia era, como ahora la Corte Nacional de Justicia, fundamentalmente, un tribunal de casación (Art. 200), por lo que las providencias que dictaban los jueces supremos se referían a la tramitación y resolución de causas concretas. En cambio, las funciones de los vocales del Tribunal Constitucional se destinaban, básicamente, a controlar la actividad legislativa, por lo que sus sentencias, entonces denominadas “resoluciones”, tenían alcance y efecto general al anular las normas irregulares (Art. 278), aunque también conocían causas concretas en materia de garantías jurisdiccionales. Se sostenía que la inviolabilidad de la que gozaban los vocales

²⁹ Como se observa, los integrantes del entonces Tribunal Constitucional se encontraban protegidos, exclusivamente, respecto del ejercicio del cargo, el que se determinaba en el cumplimiento de las atribuciones que el artículo 276 de la Constitución de 1998 confería privativamente al Tribunal Constitucional, esto es: el control concentrado, abstracto y a posteriori de constitucionalidad de determinados actos normativos y de actos administrativos; la revisión de sentencias en materia de garantías; el control preventivo de tratados internacionales y de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República en razón de vicios de inconstitucionalidad; la dirimencia de conflictos de competencia; además de otras que se le atribuyen en virtud de la ley. Los vocales del Tribunal Constitucional, como ahora los miembros de la Corte Constitucional, formulaban sus opiniones en las reuniones que se mantienen tanto en las Salas como en el Pleno de la Magistratura a fin de resolver las causas que conocen. Del mismo modo, los votos que emitían se encontraban formulados dentro de las resoluciones que se dictan en las respectivas causas.

del Tribunal Constitucional tenía por finalidad el permitirles ejercer sus funciones de modo independiente y autónomo, aunque era complicado sostener aquello si se consideraba que los demás jueces no gozaban ni gozan de ninguna especie de inmunidad o inviolabilidad. De hecho, perseguir actos de corrupción o la comisión de delitos comunes como el de prevaricato se complicaba con esa inmunidad que consagraba un privilegio que resultaba contrario al principio de responsabilidad jurisdiccional.

Por ello, el actual artículo 431, inciso primero, de la Constitución, textualmente dispone: “Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y **responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.**” A pesar de ello, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se les pretende extender esta inviolabilidad al señalar que los miembros de la Corte Constitucional pueden ser sujetos de juicio penal “excepto en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso, no serán objeto de responsabilidad penal” (Art. 186, N° 2, LOGJCC). Se debe indicar que esta pretendida inmunidad de fondo, sorprendentemente, fue propuesta por los integrantes de la denominada Corte Constitucional para el período de transición.

La eliminación de la inviolabilidad se debe no solo a hacer cumplir el precepto constitucional de que ningún servidor está exento de responsabilidad por los actos por los actos u omisiones en los que incurre en el ejercicio del cargo (Art. 233 CE), sino a que con la eliminación del enjuiciamiento político de sus miembros, si se estableciera la inviolabilidad, quedarían en una situación de total ausencia de control funcional.

Si bien la Constitución no les otorga inviolabilidad, les ha establecido fuero y un procedimiento de juzgamiento bastante llamativo en el inciso segundo del artículo 431 de la Constitución: “Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscal o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.” Esta disposición es desarrollada de modo insuficiente en el Código Orgánico de la Función Judicial,³⁰ y produce dificultades, a partir del sistema procesal penal ecuatoriano, que la torna en un real nudo gordiano.

³⁰ *Código Orgánico de la Función Judicial*. Art. 181.- TRIBUNAL DE JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.- Los miembros de la Corte Constitucional serán juzgados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en caso de que hubieren cometido infracciones penales, previa acusación de la Fiscal o el Fiscal General del Estado. // Para el efecto, habrá un magistrado que sustanciará la etapa de indagación previa, de instrucción fiscal y la intermedia, debiendo el Pleno dictar los autos y sentencias establecidos en el Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el instructivo que dicte para el efecto.

El proceso penal, a la luz de un sistema acusatorio vigente en Ecuador desde el año 2001 y a partir de sus últimas reformas³¹ se inicia en la audiencia de formulación de cargos, en la cual el Fiscal General del Estado, una vez que considere que cuenta con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, resolverá el inicio de la instrucción fiscal, para lo cual debe previamente remitir la petición al juez de garantías penales para que señale día y hora para que se lleve a cabo la indicada audiencia (Art. 217 CPP). La primera pregunta que nos formulamos es ¿quién hace las veces de juez de garantías penales? Al juez de garantías penales no solo le corresponde, convocar a la audiencia de formulación de cargos y la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen fiscal que concluirá con el auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento, sino que entre sus principales atribuciones, está la de garantizar los derechos del procesado y del ofendido, sin pasar por alto la delicada tarea de dictar medidas cautelares. ¿Puede hacer las veces de juez de garantías alguien que no integre el pleno de la Corte Nacional de Justicia?

Lo que es indudable es que, en la etapa de juzgamiento debe intervenir la Corte Nacional de Justicia de justicia en pleno (Art. 180, N° 1, COFJ). Pero ello tampoco está exento de dificultades: la Corte Nacional de Justicia haría las veces de tribunal de garantías penales, esto es, dictaría la correspondiente sentencia condenatoria o absolutoria, una vez que haya comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado.

¿Quiénes hacen las veces de corte provincial para efecto de pronunciarse sobre los recursos de apelación? sabiéndose que este recurso desde las reformas publicadas el 24 de marzo del 2009, también cabe para las sentencias que pronuncie el Tribunal de Garantías Penales, recurso previsto del mismo modo contra los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de llamamiento a juicio, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia, además del auto que concede o niega la prisión preventiva? ¿Quiénes conocen los recursos de nulidad? ¿Quiénes conocen y resuelven los recursos de casación contra la sentencia? ¿Quiénes conocen los recursos de revisión? En ambos casos, para quienes gozan de fuero común, la competencia se radica en la sala penal de la Corte Nacional de Justicia, conformada por al menos nueve jueces, tres de los cuales deben conocer y resolver el asunto por sorteo (Art. 183 COFJ). Si todos los jueces de la Corte Nacional de Justicia han tenido que pronunciar la sentencia con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes ¿cómo se resuelve el predicamento de que un juez no se puede pronunciar sobre su propio fallo? Si dictó sentencia, mal se podría pronunciar en un recurso de casación o de revisión.

El Código Orgánico de la Función Judicial no soluciona el asunto, se limita a señalar que los “miembros de la Corte Constitucional serán juzgados por el

³¹ Suplemento del Registro Oficial N° 555 de 24 de marzo de 2009.

Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en caso de que hubieren cometido infracciones penales, previa acusación de la Fiscal o el Fiscal General del Estado”, lo que es la reiteración de la norma constitucional, y agrega que “[p]ara el efecto, habrá un magistrado que sustanciará la etapa de indagación previa, de instrucción fiscal y la intermedia, debiendo el Pleno dictar los autos y sentencias establecidos en el Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el inductivo que dicte para el efecto” (Art. 181 COFJ). Las cosas quedan peor que antes: no sería ese magistrado el que dicte los autos, sino el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. ¿Cómo puede el pleno de la Corte Nacional de Justicia dictar un auto de llamamiento a juicio y luego juzgar? Sin pasar por alto que en los procedimientos especiales contenidos en el Código de Procedimiento Penal, cuando se norma lo referente al proceso en razón del fuero (Arts. 376 al 382 CPP), ha existido una gran cantidad de reformas e incongruencias, que desde el ordenamiento jurídico vigente no ha hecho más que ahondar.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sorpresivamente, no desarrolla la materia sino que, como quedó dicho, de modo inconstitucional, les pretende extender a los miembros de la Corte Constitucional una inviolabilidad que no tienen.

4.2.- Los miembros del Tribunal Contencioso Electoral y del Consejo Nacional Electoral.

La Constitución de 2008 no consagra inmunidad alguna a los miembros de los órganos de la Función Electoral que son el Consejo Nacional Electoral, que tiene carácter administrativo, ni del Tribunal Contencioso Electoral, que ejerce potestad jurisdiccional.

Es la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, la que establece una inmunidad de forma a los vocales de ambos órganos, aunque de un modo confuso: “Mientras ejercen sus funciones no podrán ser privados de su libertad ni procesados penalmente, salvo los casos de delito flagrante, delitos sexuales, y de violencia de género sin autorización del pleno del Consejo Nacional Electoral o del Tribunal Contencioso Electoral, por requerimiento de la Sala correspondiente de la Corte Nacional de Justicia de cuyo fuero gozan. Tampoco tendrán inmunidad en los casos de violencia intrafamiliar en los cuales no se reconoce fuero alguno” (Art. 19, inc. 2°, LOEOP):

1.- Queda claro que los miembros del Tribunal Contencioso Electoral y del Consejo Nacional Electoral no son inviolables, es decir, no gozan de inmunidad de forma, al no prohibirse el enjuiciamiento por votos u uniones emitidos en el ejercicio del cargo (más allá de lo inconstitucional que resultaría otorgar semejante privilegio en norma legal).

2.- Queda claro que gozan de inmunidad frente a órdenes de detención con fines investigativos, es decir, en indagación previa, toda vez que la excepción

del delito flagrante opera, precisamente para aprehender a quien lo comete y ponerlo a órdenes del fiscal y del juez competente.

3.- Queda claro que para procesar penalmente a uno de los miembros del Tribunal Contencioso Electoral o del Consejo Nacional Electoral, debe existir una autorización por parte de esos órganos, más allá de lo impropio de que sea el mismo ente el que permita o no al enjuiciamiento de uno de sus integrantes.

4.- No quedan claras las excepciones que señala la Ley, es decir, si “los casos de delito flagrante, delitos sexuales, y de violencia de género” eliminan la inmunidad ante detenciones o si relevan del requisito de autorización de enjuiciamiento penal, o si ocurre con ambos casos. Más allá de lo discutible que resultan estas excepciones, creo que se debe aclarar que el delito flagrante deben ser estimado solo como posibilidad de detener con fines de investigación y los dos casos restantes (delitos sexuales y violencia de género) una restricción a la inmunidad de forma. En todo caso, no comprendo por qué la protección no se contempla para esos casos, pues se entiende que, bien o mal, la inmunidad de forma tiene por objeto proteger al funcionario frente a procesamientos abusivos o indebidos.

5.- No deja de llamar la atención que esas excepciones (indudablemente los delitos sexuales y de violencia de género, aunque parecería que también el delito flagrante) afectan la inmunidad, pero la llamativa norma legal dice que ello también implica privación del fuero. Creo que una cosa es la inmunidad (un verdadero privilegio, insisto) y otro el fuero, que no es un derecho sino un mecanismo tendente a garantizar la independencia e imparcialidad de los juzgadores.

4.3.- Defensor del Pueblo.

La institución de la Defensoría del Pueblo fue instaurada en el Ecuador a través de la reforma constitucional de 1996,³² se la mantuvo en la Constitución de 1998, tal como ocurrió en la de 2008 (Arts. 214 y ss CE).

El Defensor del Pueblo tiene atribuciones para promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran, defender y excitar, de oficio o a petición de parte, la observancia de los derechos fundamentales que se consagran en el Código Político, las leyes y en tratados internacionales, observar la calidad de los servicios públicos, además de ejercer las demás funciones que le asigne la ley, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 215 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

De conformidad con el artículo 216 de la Constitución, este funcionario goza de fuero de Corte Nacional de Justicia y de inmunidad “en los términos que establezca la ley”. El artículo 5 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo

³² Publicada en el Registro Oficial N° 863 de 15 de enero de 1996.

establece que el Defensor del Pueblo goza de inmunidad “en los mismos términos que los legisladores del Congreso Nacional”.³³

En virtud de lo señalado, el Defensor del Pueblo goza de inmunidad de fondo y de forma. La inmunidad de forma le protege en cuanto no se le puede hacer civil ni penalmente responsable por las decisiones, actos u opiniones que emite en el ejercicio del cargo, entendiendo por sus decisiones las de patrocinar las acciones de garantía de derechos constitucionales y la de investigar a los prestadores de servicios públicos, y sus actos los informes obligatorios que expide en materia de protección de derechos, además de resolver quejas que las personas presentan por afeción a sus derechos humanos, según los artículos 13 y 16 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Respecto de sus opiniones, el Defensor del Pueblo interviene como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública y se pronuncia públicamente sobre los casos sometidos a su consideración, criterios que constituyen doctrina para la defensa de los derechos humanos, emite censura pública en contra de los responsables de hechos contrarios a los derechos humanos, de conformidad con las letras f y k del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

5.- LA INMUNIDAD CONTRA EL JUICIO POLÍTICO.

La Asamblea Nacional ejerce su potestad fiscalizadora a través del juicio político y de la información documentaria. En la actualidad ya no constan como sujetos de juicio político los miembros de la Corte Constitucional, como sí constaban los vocales del entonces Tribunal Constitucional en la Constitución de 1998, en la que ya se había excluido a los magistrados de la entonces Corte Suprema de Justicia, a quienes se podía enjuiciar políticamente hasta la cuarta codificación constitucional de 1997, de acuerdo con la letra g de su artículo 82.³⁴

La finalidad del constituyente de 1998 fue evitar injerencias extrañas a la actividad jurisdiccional. Al respecto, hace algunos años se planteó un juicio político contra el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia en virtud de una sentencia, y que resultó en su censura y destitución, en franco atentado

³³ Tribunal Constitucional. En el caso N° 0853-98-TC se impugnó el artículo 6, letra a, de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, que inhabilitaba para el ejercicio de este cargo a quien haya sido condenado, mediante sentencia ejecutoriada, a pena privativa de libertad por delitos dolosos. En la Resolución N° 034-2000-TP se declara la inconstitucionalidad de esta disposición, señalando, entre otras argumentaciones principales, que la inmunidad de la que goza este funcionario es un supuesto distinto al de la norma declarada inconstitucional.

³⁴ Sobre este último caso, que generó polémica tanto desde la publicación de la norma constitucional como en las sesiones parlamentarias de diciembre de 2004 en las que se cesó inconstitucionalmente a la Corte Suprema de Justicia designada en 1997, se llegó al extremo de expedir un fallo por parte del Tribunal Constitucional en 1999 en que se declaraba la inconstitucionalidad del inciso primero del número 9 del artículo 130 de la Constitución.

a la independencia externa de la Función Judicial.³⁵ La solución a la eventualidad de estos predicamentos fue excluir a los jueces supremos del enjuiciamiento político, lo que no ocurre en otros sistemas, como por ejemplo en las Constituciones de Chile (Art. 48, N° 2, letra c), Colombia (Art. 174), y Perú (Art. 99), entre tantos otros que siguen el sistema presidencialista republicano. En todo caso, se esté o no de acuerdo con la exclusión de los magistrados de la entonces Corte Suprema de Justicia, esa era una decisión adoptada por el constituyente que debía respetarse, como todas.³⁶ En el caso de México, los magistrados y jueces son sujetos pasivos de juicio político (Arts. 76, frac. VII, y 110), los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son inmunes, estableciéndose la autorización de la Cámara de Diputados para proceder contra ellos (Arts. 74, fracción V, y 111).

Sobre los magistrados del entonces Tribunal Constitucional se debía considerar que si bien el Congreso Nacional podía ejercer control político respecto de los vocales de esa Magistratura, según el artículo 130, números 8 y 9, de la Constitución de 1998 –con la duda y observación ya planteada–, ello debía ser interpretado con la debida correspondencia y armonía respecto de otros preceptos constitucionales que no pueden ser anulados, dejados sin efecto o privados de eficacia normativa, como es el principio de independencia jurisdiccional. Se debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia sobre el caso Tribunal vs. Perú, declaró violado el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando el Congreso de la República del Perú cesó en sus funciones a los magistrados del

³⁵ Esta situación se agravó cuando el Congreso Nacional, en resolución de 9 de diciembre de 2004, pretendió “respetar” ese fallo del Tribunal Constitucional, retomando inconstitucionalmente una atribución que no se le otorgaba: la de enjuiciar políticamente a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Resolución N° R-25-182, publicada en el Registro Oficial N° 484 de 17 de diciembre de 2004). Esta resolución, afortunadamente para la vigencia del Estado de Derecho y sus principios, fue dejada sin efecto de manera posterior (Resolución N° R-26-042, publicada en el Registro Oficial N° 16 de 12 de mayo de 2005).

³⁶ Una polémica sentencia del Tribunal Constitucional (Resolución N° 024-99-TP adoptada dentro del caso N° 867-98-TC), en tanto que esa Magistratura no estaba facultada para pronunciarse sobre reformas constitucionales, como se observa en el número 1 del artículo 276 de la Constitución de 1998, declaró la inconstitucionalidad del “acto legislativo” de la Asamblea Nacional contenido en el inciso primero del número 9 del artículo 130 de la Constitución, “por medio del cual se pretendió reformar el literal “G”, del artículo 82 de la Constitución codificada el 16 de enero de 1997”. Basó su decisión en que se sometía a juicio político a funcionarios no incluidos en el texto propuesto por la Comisión de Constitución y aprobado por la Asamblea (Defensor del Pueblo, Ministro Fiscal General y vocales del Tribunal Constitucional), además de otras violaciones formales al Estatuto Orgánico de Procedimiento de la Asamblea Nacional, que no era norma de rango constitucional, en todo caso. Si bien resulta inexplicable la inclusión en el inciso primero del número 9 del artículo 130 del texto constitucional de 1998 del Defensor del Pueblo, Ministros Fiscal General y vocales del Tribunal Constitucional, es inequívoco que la Asamblea excluyó a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y que mal podía volver a regir la letra g del artículo 82 de la cuarta codificación constitucional de 1997, la que fue expresamente derogada por la disposición final de la Constitución de 1998, más si ese texto constitucional no podía modular sus sentencias en lo temporal, como sí lo puede hacer la actual Corte Constitucional (Arts. 5, 95, 96 y 130 LOGJCC). Si lo inconstitucional era el agregado al que se ha hecho referencia, lo razonable era declarar esa inconstitucionalidad (para lo cual, insisto, el Tribunal Constitucional no estaba facultado) y no la de todo el inciso, menos aun pretender que el texto derogado expresamente recobraba vigencia.

Tribunal Constitucional de ese país por dictar un fallo, vulnerando la independencia de la Magistratura, al señalar: “75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento³⁷, con una duración establecida en el cargo³⁸ y con una garantía contra presiones externas³⁹”.⁴⁰

Como se señaló anteriormente, los miembros de la Corte Constitucional no pueden ser sometidos a juicio político por disposición expresa de la Constitución (Art. 431, inc.1º, CE), asunto que se corrobora desde que la Asamblea Nacional no tiene entre sus atribuciones de enjuiciamiento político las de procesar a los miembros de la Corte Constitucional ni a los jueces de la Corte Nacional de Justicia.⁴¹ A diferencia de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, a los miembros de la Corte Constitucional no los procesa administrativamente un órgano separado, sino el propio pleno de la Magistratura.⁴² Ahora bien, los requisitos, las causas y procedimiento de destitución no se desarrollan en el texto constitucional, sino en la ley (Art. 431, inc. 3º, CE). La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece las siguientes causales de destitución: incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo; violar la reserva propia de la función; y, en caso de responsabilidad penal determinada conforme a la Constitución y la ley.

La primera causal es especialmente abierta e imprecisa: ¿qué quiere decir “culpa inexcusable”? Una cosa es el error inexcusable y otras es esta categoría que no engarza con las clases de culpa establecidas en el Código Civil (Art. 29) y, respecto de la actividad jurisdiccional incluso se podría señalar como inexcusable incurrir en culpa levísima, esto es, la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.⁴³

³⁷ Cfr. *Eur. Court H.R., Langborger case, decision of 27 January 1989, Series A no. 155*, para. 32; y *Eur. Court H.R., Campbell and Fell, supra nota 47*, para. 78.

³⁸ Cfr. *Eur. Court H.R., Langborger case, supra nota 51*, para. 32; *Eur. Court H.R., Campbell and Fell, supra nota 47*, para. 78; y *Eur. Court H.R., Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43*, para. 55.

³⁹ Cfr. *Eur. Court H.R., Langborger case, supra nota 51*, para. 32; *Eur. Court H.R., Campbell and Fell, supra nota 47*, para. 78; y *Eur. Court H.R., Piersack judgment of 1 October 1982, Series A no. 53*, para. 27.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Serie 71), Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴¹ Además del enjuiciamiento político del Presidente y del Vicepresidente de la República (Art. 129 CE), la Asamblea Nacional puede proceder al juicio político “de las ministras o ministros de Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social” (Art. 131 CE).

⁴² A los jueces de la Corte Nacional de Justicia los sanciona el Consejo de la Judicatura (Art. 181, N° 3, CE)

⁴³ Código Civil. “Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus

La última causal, en cambio, podría tener dos interpretaciones: la responsabilidad penal, para efectos de la destitución, puede ser dada por cualquier causa o, por otra parte, solo puede ser establecida por la comisión de infracciones relacionadas con el ejercicio de la magistratura. Si es el primer caso, el asunto podría ser llevado al extremo de que por la comisión de una contravención se pueda destituir al juez constitucional. Si nos inclinamos por el segundo caso, delitos como el prevaricato o, en general, delitos contra la administración pública como la usurpación de funciones y de atribuciones, abusos de autoridad, peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito, etcétera, se sancionan, de modo general, con penas privativas de libertad, evento en el cual, por disposición constitucional los derechos políticos se suspenden (Art. 64, N° 2, CE), por lo que se tornaría inútil intentar destituir a quien, por ausencia de requisitos, no puede continuar ejerciendo el cargo (Arts. 61, N° 7, y 433, N° 1, CE).

6.- CONCLUSIONES.

En el Ecuador, como en otros sistemas constitucionales comparados, se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 75 CE)⁴⁴ y frente a este reconocimiento se podría alegar que el establecimiento de las diversas especies de inmunidad conlleva un privilegio que afecta e, incluso en determinados caso, puede dejar sin efecto a ese derecho. Ahora bien, no creo que se trate de contradicción entre bienes jurídicamente protegidos para aplicar el principio de concordancia práctica o la ponderación, sino que es una limitación (¿razonable?) a ese derecho fundamental. Por ello, la interpretación de esas normas debe ser restrictiva: no es un derecho, por tanto no cabe la interpretación amplia que ordena el artículo 11, número 5, de la Constitución. Es un privilegio que, como tal, puede afectar derechos como a la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica e igualdad, por lo que debe ser interpretada restrictivamente.

El establecimiento de inmunidades debe ser razonada y establecerse en casos excepcionales Resulta importante que la inviolabilidad o inmunidad funcional cumpla un fin específico: garantizar el desempeño autónomo de la función pública y que no se torne en un mecanismo a través del cual se otorgan privilegios indebidos con la simple finalidad de excluirle del régimen de

negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. / Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. / El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. / Culpa o descuido levisimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.”

⁴⁴ *Constitución del Ecuador*. “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”.

responsabilidades. De este modo, una cosa es impedir el enjuiciamiento político de jueces por sus fallos y otra, muy distinta, que no respondan en caso de prevaricato.

Respecto de la inmunidad de forma, se debe tender a su eliminación o, por lo menos, impedir su ampliación a otros casos, menos aún mediante ley. No es aceptable la huída de los funcionarios a la responsabilidad que debe ser establecida por los tribunales. Además, si se toma en cuenta que ésta protege al funcionario y no a la función, se debería retomar la pretérita disposición constitucional –aunque generalizándola para todos los casos y no sólo respecto de los legisladores- que señalaba que el tiempo de la inmunidad no se computaba para la prescripción o abandono de causas por delitos cometidos antes o durante el ejercicio de cargo.⁴⁵ Del mismo modo, se debe señalar con absoluta claridad que el análisis de los órganos facultados para autorizar el enjuiciamiento debe realizarse sólo en consideración del mérito para procesar al funcionario y no de otras circunstancias, para lo cual se debe establecer, de manera definitiva, la responsabilidad penal de quienes tomen una decisión de esta naturaleza contra norma expresa, o bien por afecto o desafecto, ora, en general, de forma parcializada.

Por otra parte, en el caso de la inmunidad de forma o antejuicio, se debería establecer que sea un tercer órgano, independiente del que integra el beneficiario, el que autorice el procesamiento del funcionario, con la finalidad de que el resultado sea el producto de una decisión imparcial. Esto no se produce siempre, pues muchas veces es el propio órgano del que es miembro el funcionario el que decide sobre la autorización de enjuiciamiento –en el caso ecuatoriano tanto respecto de la inmunidad parlamentaria como la de los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral- lo que puede derivar en el conocido “espíritu de cuerpo”. Por ello, estimo que de mantenerse la inmunidad de forma el órgano que autoriza debería ser o bien la Corte Nacional de Justicia de pleno o la Corte Constitucional. En todo caso, como alternativa no debería considerarse para la prescripción de la acción el tiempo de inmunidad en caso que no se autorice el procesamiento.

⁴⁵ *Constitución Política del Ecuador, cuarta codificación de 1997*. Art. 84, inc. 5º.- En cualquier caso, el tiempo de la inmunidad no se computará para los efectos de la prescripción o el abandono de las causas por delitos cometidos antes o durante el ejercicio de la legislatura. Artículo reformado por Ley No. 10, publicada en Registro Oficial N° 73 de 27 de mayo de 1997.