

REFLEXIONES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD Y SOBRE ARBITRAJE

(Presentación del libro Derecho Procesal Orgánico, elaborado por el doctor Alejandro Ponce Martínez, profesor de la Universidad Católica de Quito).

Por: Dr. Miguel Macías Hurtado

Señoras y señores:

¡Qué atrevimiento el mío!: hablar después de que me ha introducido ante concurso tan selecto como numeroso, con galanas palabras, el doctor Gonzalo Zambrano, meritisimo Decano de la Facultad de Jurisprudencia de esta Pontificia Universidad y Ex-presidente de la Corte Suprema. ¿Cómo supliré mis deficiencias para acercarme al concepto que ha hecho formar su discurso en la mente de ustedes?

¡Pero también, cuanta fe en el poder de la enseñanza, la del profesor Alejandro Ponce Martínez: escribir un ejundioso libro sobre el Derecho Procesal Orgánico, en el Ecuador, donde la Constitución y el Código de Procedimiento Civil son pública y continuamente desobedecidos! Yo, soy testigo presencial de como en estos días hay en Guayaquil jueces que al ejecutar una sentencia revisan y desnaturalizan fallos de la Corte Suprema. Mas, el doctor Ponce Martínez no ha escrito este libro únicamente con la finalidad de obtener una gratificación emocional; porque sabe lo que ocurre en el país, es que se empeña en modificar la realidad actual; de ahí su manifestación en el prólogo de que "en las enseñanzas que se imparte en la Cátedra de Derecho Procesal Orgánico se trata de influir para que los estudiantes se convenzan que la única forma de lograr una vida social civilizada es la real eficacia del ordenamiento jurídico vigente, *eficacia* que solo se logra si es que los abogados no se doblegan ante la deshonestidad y los jueces se llenan de sabiduría y probidad".

En esa confesión de propósitos hay también siembra de estímulos y de ejemplo, que no se perderá totalmente sino que fructificará en mentes jóvenes, ansiosas de conocer la ley y respetarla.

Como sostiene el doctor Ponce Martínez: "EL DERECHO PROCESAL ORGÁNICO", parte del Derecho Procesal, no es fundamentalmente adjetivo sino más bien sustantivo, pues contiene principios sobre la organización y estructura de los Tribunales, sobre las facultades de los jueces, sobre sus derechos y obligaciones y sobre los requisitos para las diversas judicaturas". Por consiguiente es marcadamente público; se halla vinculado con el Derecho Constitucional y el

Administrativo y estudia una estructura administrativa destinada a hacer justicia.

El autor proporciona en su libro una visión clara de la indicada materia, en ocho capítulos dedicados a temas fundamentales: Naturaleza del Derecho Procesal, la Organización Judicial en las Constituciones del Ecuador, Jurisdicción y competencia, Principios de la organización judicial y procesal ecuatoriana, Jurisdicción legal y convencional, el papel del Ministerio Público en el Estado ecuatoriano y las Funciones Auxiliares de la Administración de Justicia.

Me hubiera gustado seguir al doctor Ponce Martínez en su preciso análisis sobre el Derecho de acción, materia que no por haber sido estudiada por múltiples autores ha dejado de tener la especial atracción que merece la actuación del Derecho a través de los principios de la organización judicial y procesal ecuatoriana, todos ellos tratados con pleno conocimiento del tema; pero las circunstancias me llevan a detenerme en dos problemas trascendentales: el juez frente a las leyes inconstitucionales y la jurisdicción convencional. El primer tema, por la irresponsabilidad con que proceden en nuestro tiempo los congresistas; y el segundo, debido a mi simpatía por las instituciones vinculadas con el Derecho Mercantil, cuyos elementos me he esforzado en divulgar desde mi cátedra en la Universidad Católica de Guayaquil.

Una de las cuestiones tratadas con esmero en el libro es la de si el juez puede efectuar la declaración de inconstitucionalidad de una ley dentro del proceso que conoce.

El doctor Ponce Martínez recuerda que la Constitución Política otorga al Tribunal de Garantías Constitucionales la facultad de suspender total o parcialmente en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, ley, ordenanza o decreto que fueren inconstitucionales por la forma o el fondo; y la autorización a la Corte Suprema para que en los casos particulares de que tuviera conocimiento pudiese declarar inaplicable cualquier norma jurídica que pugnara con la Constitución. Tal facultad, conforme a las reformas de septiembre de 1983, fue extendida al Tribunal Fiscal y al de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, atinadamente destaca que los citados preceptos no facultan al juez de primera instancia para dejar de aplicar un artículo por considerarlo contrario a la Constitución.

Es concepto elemental, tanto en el Derecho Constitucional como en el Procesal, el principio de que los órganos judiciales no pueden pronunciarse de oficio, o sea fuera de los juicios que conocen. Tal limitación deriva del criterio que considera a la administración de justicia como una operación lógica de individualización de la norma general en un caso singular y concreto.

Es corriente también -exceptuando el proceso penal- aceptar que la jurisdicción sea incitada a petición de parte, y que éstas fijen al juzgador por medio de la demanda y, contestación (en el proceso civil), los límites de lo que puede conocer y decidir; de tal modo que lo que no presentan las partes no puede ser materia de decisión del juez.

Es verdad que las partes fundan sus pretensiones en el orden jurídico positivo. Pero esa fundamentación puede estar errada. De otro lado, el juez -probablemente- basará también la sentencia en alguna parte del orden jurídico, y al hacerlo puede dar origen a dos situaciones: a) que la invocación de preceptos legales que hicieron las partes sea admitida por el juez; y b) que si el juez considera errada la fundamentación hecha por las partes, busque otra y la exponga en la sentencia.

Entonces estaríamos frente al principio "iura novit curia", axioma que quiere decir que mientras en lo relativo a los hechos el juzgador no puede apartarse de lo alegado y probado, en lo referente al Derecho falla basándose en lo que él considera aplicable. En otras palabras, el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar (salvo en lo laboral, donde puede concederse en el Ecuador más de lo pedido), pero no en lo concerniente a cómo debe fallar.

Al manejarse con este esquema, el juez debe seleccionar el precepto aplicable, prefiriendo según la clasificación de Kelsen, la norma superior frente a la inferior que la ha violado.

El razonamiento anterior me lleva a creer que el control de la constitucionalidad es parte de la operación de aplicar la ley, y que consecuentemente debe efectuarse por el juez aunque no se lo pida la parte. Aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho, y esa aplicación incorrecta no se sana porque nadie haya discutido la inconstitucionalidad. El juez tiene la obligación de suplir el derecho invocado, y en esa suplencia está obligado a fiscalizar de oficio la inconstitucionalidad.

El leading-case norteamericano "Marbury c/Madison" aclara esta posición en el voto famoso de Marshall (es el juez quien al seleccionar la norma tiene que preferir la del rango superior, prescindiendo de la inferior, que le es incompatible). El orden jurídico escalonado y conservando distintos planos no admite su desconocimiento; aplicar normas de los planos inferiores que contradicen a las de los superiores es aplicar mal el derecho porque se rompe la hilación de las fuentes y la armonía entre las subordinantes y subordinadas.

Hay autores que sostienen que la invocación de inconstitucionalidad debe ser hecha por el titular del derecho agraviado. Y si el actor o demandado no

impugna la ley inconstitucional, opinan que debe entenderse que renuncian a cuestionar su validez en ese caso y consienten en la lesión.

Pienso que tal presunción, de que la falta de pedido expreso para que la inconstitucionalidad se declare, implica renuncia al derecho subjetivo, es equivocada. Si como principio toda renuncia debe ser expresa, con más razón cuando se trata de una cuestión que atañe a la fiscalización de la constitucionalidad no puedo aceptar que el silencio con que un individuo soporta la lesión de un derecho implica renuncia a ese derecho, y menos que consiente la conculcación en su persona, donde aquel derecho encuentra su base.

La Constitución configura una superlegalidad, que es el origen positivo de la legalidad. Ningún órgano del Poder constituido puede quebrantar la Constitución so pena de privar de validez el acto emitido. Toda ley inconstitucional implica en el fondo una reforma de la Constitución, operada fuera del Poder constituyente y de las formas establecidas por él para reformar la Constitución.

Me parece que las ideas expuestas coinciden con las del autor del libro que presento, quien sostiene que "al decidir el caso sometido a su análisis el juez estima que un precepto legal una norma concreta es contrario a un precepto constitucional, la más elemental lógica jurídica le obliga a aplicar la norma constitucional por sobre la norma legal", y para demostrar la absurda posición de aquellos juristas que sostienen la falta de poder del juez para declarar en la causa que tramita la inconstitucionalidad de una ley, ilustra que bajo el imperio de la Constitución 1883, que en su Art. 14, prohibía expresamente la pena de muerte por delito político, cierto juez, partidario de ese criterio, condenó a un ciudadano a tal pena por un delito político (...).

Además, es muy oportuno el recuerdo de la doctrina sentada con claridad **por el Presidente de** la Corte Suprema de Justicia, doctor Belisario Ponce, en un manifiesto publicado el 24 de octubre de 1941, en el cual hay expresiones como la siguiente: "Con precisión y claridad declara en este Artículo (el 6 de la Constitución de 1906) que todo acto legislativo contrario a la ley Suprema de la República no tendrá valor alguno; de donde se sigue la necesaria consecuencia de que, si ha de tener aplicación práctica este precepto, los jueces y cuantos estuvieren llamados a dar cumplimiento a la ley pueden declarar que es inconstitucional y abstenerse de cumplirla. En materia de interpretación de una ley los jueces la interpretan en cada caso que la aplican, puesto que la interpretación no es sino el sentido que, en concepto del juez, tiene la ley en el caso particular sometido a decisión judicial".

Aquí hago memoria que Luis Felipe Borja, de manera rotunda enseña -refiriéndose a la supremacía de la Constitución-: "tal artículo, eminentemente

republicano y práctico, obliga a todos los jueces a no cumplir las leyes inconstitucionales".

Se ha dicho que: "Un Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es un órgano legislativo"; mas me sitúo en la corriente de quienes consideran que es de naturaleza jurisdiccional la declaración de inconstitucionalidad de la ley, pues, en esencia, el juez realiza una actividad jurisdiccional, resumida en un conflicto de normas que se origina con motivo de la posible aplicación de varias leyes en un determinado caso concreto.

Termino este comentario marginal del tema alabando el celo con que el doctor Ponce Martínez lo ha estudiado.

Pero tengo que enfocar otra cuestión.

El Derecho Mercantil debe mucho al Derecho Procesal; las relaciones entre ambos son intensas. Probablemente, por ese antecedente es que el doctor Ponce Martínez ha traído a un modesto mercantilista, como es quien les habla, para presentar su muy buen libro.

Y he dicho que lo mercantil debe mucho a lo procesal porque el Derecho Mercantil, nacido de los gremios, comienza por reglamentar a los comerciantes (personas que hacen de los negocios su profesión), pero no se aplica en consideración solamente a la persona sino también en relación a la naturaleza del acto ejecutado para saber si penetra en la jurisdicción del Tribunal Consular, o sea de ese organismo integrado por comerciantes para juzgar discrepancias entre comerciantes, jurisdicción que luego se atribuye para sí un lugar en todos los casos dependientes o conexos con un asunto considerado por la costumbre como comercial.

El libro que presento clasifica al arbitraje dentro de la jurisdicción convencional, y estudia la reglamentación de esta institución tanto en el Código de Procedimiento Civil como en la Ley Comercial de Arbitraje, sin detenerse por la finalidad del estudio en la naturaleza de aquel.

Ese agrupamiento es muy debatido entre los tratadistas del arbitraje privado.

Como sabemos, la naturaleza del arbitraje es explicada por diferentes teorías: a) contractual, b) jurisdiccional, y c) las que sin aceptar los elementos de la teoría jurisdiccional ven en el arbitraje el desarrollo de un proceso.

Creo que el tiene un origen netamente contractual, pero que está dotado de efectos que trascienden la esfera procesal. Su vitalidad -en mi opinión- se ha-

lla en la coincidencia de las voluntades de las partes en la elección del juez que es el alma del proceso civil. La fuerza que emana de la manifestación del poder de las partes para dictarse la solución a un conflicto planteado, da al arbitraje un carácter voluntarista y privado, que se enfrenta al carácter finalista determinante y público del proceso. Desde luego el poder público dicta normas mínimas para el desarrollo del arbitraje y la efectividad del laudo arbitral. Y hay zonas de derecho intangibles al convenio arbitral, como el Derecho de Familia.

La nacionalidad o internacionalidad de un arbitraje no afecta sustancialmente a la nombrada institución. El árbitro decide el conflicto de la misma manera, tenga o no carácter internacional.

El análisis del arbitraje revela tres elementos necesarios: el compromiso, o sea el contrato por el cual dos o más personas aceptan la decisión de un tercero; la recepción del arbitraje o sea la aceptación por los terceros del encargo de arbitrar y el procedimiento arbitral. Y un cuarto elemento que aparece en muchos arbitrajes, que constituye una estipulación previa llamada cláusula compromisoria, en la cual ya las partes no se comprometen, sino que se obligan en el futuro a comprometer.

Pero es hora de terminar.

Me hubiera gustado internarme en el tema, pero debo cuidar el tiempo.

Querido Alejandro: un libro es un hijo espiritual del autor. El suyo es un buen hijo. Gracias por haberme distinguido al requerirme para presentarlo al público.

En el reloj de la famosa Universidad de Oxford están escritas estas palabras: "Las horas pasan, dareis cuenta de ellas". Usted no tiene por que asustarse porque ha empleado bien cada minuto.

NOTA: ESTE DISCURSO FUE PARTE LEIDO Y PARTE IMPROVISADO.