

LA TUTELA JUDICIAL CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

Dr. Ernesto Salcedo Verduga

I ACUDIR AL ARBITRAJE NO SIGNIFICA RENUNCIA DE LAS PARTES A SU DERECHO CONSTITUCIONAL DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Muchas personas piensan que siendo la jurisdicción¹ una expresión de la soberanía del Estado, el acceso a una tutela judicial efectiva consagrada como garantía fundamental del ciudadano en la Constitución Política sólo se la consigue a través de los órganos especialmente instituidos de la Función Judicial y que dicha garantía constitucional no cubre las resoluciones adoptadas por la justicia particular otorgada por los árbitros.

¡Nada más errado!

La Constitución Política del Estado ecuatoriano da un reconocimiento expreso al arbitraje como método alternativo a la justicia estatal para resolver controversias interpartes, al expresar en el artículo 191: *“Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”*.

Hoy en día, en el Ecuador, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es, “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, no corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia y de procedimiento que estas establecen. **También los árbitros administran justicia.**

¹ “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes” (artículo 1 del Código de Procedimiento Civil)

Para regular el arbitraje, los legisladores –dentro de un Estado democrático como el nuestro – han debido fundamentarse en el respeto de determinados valores superiores del ordenamiento jurídico, como son *la libertad y la igualdad*, obligando a los poderes públicos a respetar dichos principios y a promover las condiciones necesarias para que ellos no sean palabras líricas y románticas sino que se conviertan en realidad así como a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, social, económica y cultural de cada nación.

Estos principios *-la libertad y la igualdad-* consagrados como derechos fundamentales por la Constitución Política en los numerales 3 y 4 del artículo 23, permiten a los ciudadanos no solamente disponer y gozar de ellos, sino también elegir la forma en que pueden restablecerlos en caso de que los mismos se vean perturbados, lo cual significa que **el ciudadano que se ve lesionado en sus derechos subjetivos puede exigir la plena satisfacción o resarcimiento de sus intereses, no sólo a través del acceso directo a la justicia estatal sino también acudiendo a los mecanismos extrajudiciales o alternativos de solución de conflictos**, como son el arbitraje y la mediación u otros sistemas alternativos equivalentes con base en la autonomía de la voluntad que, a su vez, es un principio, igualmente protegido por la Carta Fundamental. Acceder a la justicia, significa entonces, acceder al derecho a obtener la tutela judicial que la Constitución consagra en el numeral 17 de su artículo 24, que expresa: *“Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”*.

Por lo tanto, al contrario de lo que muchas personas podrían suponer, suscribir o aceptar un convenio de arbitraje no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en la Constitución Política.

En efecto, el llamado derecho a la tutela judicial establecido en el citado artículo 24, es un concepto que abarca no solo la protección de los derechos ciudadanos determinados en la misma Carta Política y en las demás leyes nacionales a través del método tradicional de acudir a los jueces ordinarios, sino que también incluye el derecho de todo ciudadano a buscar esa misma

LA TUTELA JUDICIAL CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

protección o tutela mediante los sistemas alternativos que nos proporciona la justicia privada. Ambos casos, –el acceso a la justicia común o a la justicia privada- son amparados por la Carta Fundamental. La primera nota del derecho a la tutela judicial consiste precisamente en la libre facultad que tiene el demandante en un proceso arbitral para incoar la acción pertinente y someter al demandado a los efectos del mismo.

II

EL ARBITRAJE: MECANISMO IDONEO QUE PERMITE EL ACCESO A LA JUSTICIA Y A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La doctrina constitucional reconoce al arbitraje como un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción común, esto es, la obtención de una resolución al conflicto a través de la emisión de un laudo que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y que se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio². Estas decisiones arbitrales se encuentran revestidas de *auto-rictas*, por imperativo de la ley; y sólo carecen del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente lo que resuelven, que las leyes vigentes reservan a los jueces y tribunales ordinarios.

Tres son los elementos que la doctrina atribuye al arbitraje para considerarlo como mecanismo idóneo para permitir el acceso a la justicia y a la tutela constitucional de los derechos ciudadanos: 1.- La de ser un método heterocompositivo; 2.- El reconocimiento del Estado a la autonomía de la voluntad de las partes; y, 3.- El hecho innegable de que la solución al conflicto a través del arbitraje sólo se produce mediante un adecuado procedimiento legal.

Analicemos brevemente cada uno de estos elementos:

1.- El arbitraje es un *método heterocompositivo* porque un tercero independiente y neutral en relación a las partes resuelve la controversia, al igual que como sucede frente a la justicia ordinaria. La diferencia está en que en el arbitraje, las partes dotan de poder jurisdiccional al árbitro con base en la autonomía de la voluntad, en cambio que el sistema

² Artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

heterocompositivo de intereses que se impone por la vía de la jurisdicción estatal surge directamente del poder soberano del Estado como derecho fundamental para proteger o tutelar los intereses subjetivos de las partes cuando entran en discordia, pero no olvidemos que el principio de la autonomía de la voluntad sobre la base de la libertad negocial de los ciudadanos se encuentra también protegido por el Derecho Constitucional (artículo 23, numeral 18 de la Constitución Política).

Mientras que en la jurisdicción ordinaria el proceso se presenta como parte inherente a ella (no puede haber jurisdicción sin proceso, ni viceversa), en el arbitraje su utilización sigue siendo una alternativa, una opción a escoger por los litigantes. Pero en todo caso, no debemos entender al arbitraje como un simple medio de exclusión de la jurisdicción estatal, sino que debe ser observado desde el punto de vista de su función heterocompositiva expresada a través de un proceso alternativo al impartido por la Función Judicial, pero por cuyo conducto las partes llegan también a obtener la tutela judicial efectiva y expedita de sus derechos.

2.- En cuanto a la *autonomía de la voluntad*, con base en ella, los ciudadanos gozamos en el país de total libertad para escoger cualquiera de los canales constitucionales existentes para acceder a la justicia y obtener la tutela de nuestros derechos o intereses. Conocerá de la controversia aquella tercera persona –juez o árbitro- al que las partes le reconozcan autoridad o mayor confianza para decidir un caso concreto. La eficacia de la actuación de este tercero imparcial reside en que el sistema heterocompositivo soluciona el problema a través de un proceso –judicial o arbitral- que permite a las partes comparecer, exponer, ser oídos y ejercer a plenitud su derecho a la defensa.

Esto no debe llamarnos la atención, porque en materia de derechos dispositivos –que son los únicos transigibles y consecuentemente los únicos arbitrables- los ciudadanos podemos libremente renunciar a ellos. Como dice con propiedad **Patricio Aylwin**: *“Si el juzgamiento de los litigios, en general, tiene importancia colectiva y por consiguiente, carácter público, la mayoría de las controversias sólo afecta a los individuos entre los cuales se producen. En cada caso particular en que esto ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados las facultades que poseen de disponer libremente de sus derechos y*

someterlos a jueces que les merezcan amplia confianza. Si una persona, por actos de propia voluntad, puede renunciar un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza. Y si en el hecho dos litigantes así lo hacen, y en ejercicio de su libertad de contratar, acuerdan someter la controversia que les divide al fallo de un individuo cualquiera por ellos elegido, no hay motivo alguno para que el Poder Público desconozca la ley de este contrato. Toda persona tiene derecho de ser juzgada por un tribunal que goce de su confianza y la jurisdicción no importa una facultad a favor del estado para resolver los litigios, sino que constituye una función establecida en utilidad social, que debe desempeñarse de oficio cuando un interés público está comprometido, pero que en los demás casos sólo puede ejercerse a petición de parte³

Si el Estado reconoce nuestra libertad para renunciar a un derecho privado, con tal que sólo mire al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia⁴, igualmente nos permite escoger cualquiera de los medios legales existentes para resolver los conflictos. Se trata de una opción, protegida por las normas constitucionales que permite llegar a la heterocomposición, y dentro de éste, al arbitraje o a los jueces comunes.

3.- Finalmente, hoy en día, todos los tratadistas reconocen que ***el sistema arbitral sólo puede hacer efectivos sus propósitos de solucionar la controversia a través de un proceso***. El proceso, conjuntamente con el elemento heterocompositivo, son los únicos nexos que realmente tienen en común la jurisdicción ordinaria y el arbitraje.

Y se considera al arbitraje como proceso, porque conceptualmente es eso, un medio de acción que tiene por objeto la efectividad de los derechos sustanciales dentro de un orden preestablecido que permite a los árbitros el cumplimiento del encargo conferido a ellos por las partes y que facilita también a estas una amplia discusión de sus derechos. Pero, claro, es un procedimiento que difiere de los demás, porque no lo adelantan personas investidas de jurisdicción proveniente del Estado,

³ Patricio Aywin Azócar: "El Juicio Arbitral". 4ta. Edición, 1982, pág. 16.

⁴ "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia" (artículo 11 del Código Civil)

sino particulares designados por las partes, que derivan del acuerdo celebrado por ellas la facultad de decidir con efectos de sentencia, por ministerio de la ley, sin necesidad de homologación o confirmación judicial posterior, porque es un procedimiento que no puede ser utilizado sino por personas que tengan capacidad para transigir, y porque sólo las cuestiones en que sea lícito o permitido transigir pueden ser sometidas a arbitraje.

III

EL DEBIDO PROCESO ARBITRAL GARANTIZA LA EMISIÓN DE UN LAUDO VALIDO

El proceso significa que cuando las partes escogen el arbitraje, tienen que cumplir con los principios formales de su ritualidad que consisten básicamente en la bilateralidad de las posiciones de las partes, en la contradicción y en la audiencia. Sólo cumpliendo estas formalidades y principios se podrá obtener un laudo que producirá efectos idénticos a los de la cosa juzgada. Es decir, que independientemente que el arbitraje resuelva el conflicto en derecho o en equidad, el Estado se vincula con las partes a través del laudo –resultado de la actividad arbitral heterocompositiva- que haya sido dictado de conformidad con las formas legales, es decir, siguiendo las reglas del debido proceso.

Los ciudadanos tendrían de esta manera un instrumento (un laudo expedido de conformidad con la Ley) que les permite acceder a la tutela judicial de sus derechos. En esta instancia del proceso arbitral, al Estado no le interesa ya la autonomía de la voluntad de las partes, sino cómo se llegó al resultado final o laudo, valga decir, si se lo expidió respetando o no las formalidades de ley, esto es, le interesa al Estado el *modus operandi*; pero ante los órganos jurisdiccionales funciona el mismo concepto: sólo una sentencia judicial firme que no transgreda los principios de legalidad del debido proceso es la que permite obtener la tutela constitucional de los derechos subjetivos. En ambos casos, -vía jurisdicción estatal o a través del arbitraje- debe existir un instrumento firme y válido (sentencia o laudo en su caso) para que goce a plenitud del respaldo del Estado que permita su ejecución.

Pero ¡cuidado! No debemos confundir la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos que pertenece a la esfera del Derecho Constitucional propiamente dicho, con aquella protección a categorías

procesales específicas relacionadas con el Derecho Procesal Constitucional.

IV LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA CONSTITUCIÓN

Existe una frontera que se difumina fácilmente entre el “Derecho Procesal Constitucional” y el “Derecho Constitucional Procesal” provocando confusiones. La primera de esas disciplinas y que tiene que ver con la llamada “justicia constitucional” establece instrumentos específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, incluyendo una jurisdicción especializada como el Tribunal Constitucional que existe en el país, pero pueden ser promovidos también directamente ante los jueces ordinarios.

En esta disciplina se establecen mecanismos de tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución como son: el amparo, el hábeas data, el hábeas corpus, que operan directamente en el tratamiento de las impugnaciones a hechos o circunstancias arbitrarias o ilegales surgidas de los órganos del Estado y de otras entidades del sector Público que afectan los derechos humanos de los ciudadanos en sus relaciones con el Poder Público. Se señalan como derechos humanos todos aquellos que son inherentes a la persona física y a su realización personal, custodian su privacidad y permiten una vida participativa en sociedad.

Por su parte, el contenido del “Derecho Constitucional Procesal” tiene relación con categorías procesales específicas que han sido elevadas a normas constitucionales y que refuerzan las garantías de la audiencia, del derecho a la defensa y del debido proceso: el acceso a la justicia o derecho a acudir a la jurisdicción; las garantías del juez natural, independiente, imparcial; el derecho a no ser juzgado más de una vez por un mismo hecho; igualdad y uniformidad en la aplicación del derecho, racionalidad del proceso, etc.

V EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EN EL ARBITRAJE SE CRISTALIZA CON LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

VÍA NULIDAD

Estas mismas categorías del Derecho Constitucional Procesal que configuran el debido proceso se aplican en toda su extensión al procedimiento arbitral. Su cabal cumplimiento configura un laudo válido. En cambio que la violación a las formas del proceso de arbitraje que provoque indefensión de cualquiera de las partes, produce la nulidad del laudo arbitral.

Ahora bien, conocemos que el arbitraje no excluye absolutamente la intervención de los tribunales de justicia ordinarios, pues el órgano jurisdiccional puede intervenir para formalizar el arbitraje o auxiliar al árbitro en materia de pruebas o en la ejecución de medidas cautelares, pero sobre todo, las partes tienen derecho a impugnar el laudo ante la justicia común. Problema diferente es que el ámbito del recurso de nulidad del laudo es bastante restrictivo y fundado en taxativas o puntuales causas señaladas en la ley y que rara vez puede afectar el fondo del asunto decidido en el laudo. Los motivos o causales de anulación se refieren fundamentalmente a aspectos formales o de regularidad en la obtención del laudo (artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

El arbitraje es un medio pacífico y heterónomo de solución de cuestiones litigiosas que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Por tanto, cuando se solicita la anulación del laudo, no se debe pretender corregir con este recurso las deficiencias en la decisión de los árbitros, pues se desnaturalizarían sus principales características. Si las partes acuerdan someter sus controversias al arbitraje, como vía distinta de los tribunales ordinarios, es evidente que se obligan a estar y cumplir con el único juicio de fondo emitido por los árbitros libremente elegidos. Esta recíproca limitación del derecho a la tutela es libremente asumida y/o querida por los suscriptores del convenio arbitral.

No cabe entender –como algunos pueden pensar - que por el hecho de someterse voluntariamente al arbitraje, quede menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución Política reconoce a todos los ciudadanos. El sometimiento de la cuestión controvertida al

arbitraje supone que ésta ha de decidirse en el laudo y que **el derecho a la tutela judicial, se reduce a impugnar en anulación la decisión arbitral cuando ésta haya vulnerado los principios y garantías del debido proceso y del derecho a la defensa de cualquiera de los litigantes.**

Las garantías que consagra la Constitución relativas a la actividad jurisdiccional arbitral, se refieren a que pueden ser comprobadas por los órganos de la justicia ordinaria que tienen las facultades para verificar si en el proceso de arbitraje se cumplieron las formalidades y requisitos propios de su trámite, es decir para verificar si se ha vulnerado o no el derecho al debido proceso, o lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva. Por eso, el recurso de nulidad no es una instancia más en la que se deba de examinar el fondo del asunto debatido, sino una vía para comprobar que el laudo no se emitió contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a la decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución. Admitir lo contrario, sería privar al arbitraje de su función como mecanismo heterónomo de solución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados.

Consecuente con los principios enunciados, la doctrina es casi unánime en señalar que el fundamento del recurso de nulidad del laudo arbitral se encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cito al tratadista español **Almagro Nosete**, quien dice: *“Tan peligrosa es una legislación restrictiva y, prácticamente, impeditiva del arbitraje, como una legislación que haga tabla rasa de inevitables y ponderados controles jurisdiccionales específicos del arbitraje, necesarios para no despertar legítimas descon-fianzas”*⁵

Sin embargo, no han faltado voces en la doctrina que han rechazado por inadecuado e improcedente un control público sobre una decisión privada. Es el caso de **Ogayar y Ayllón**, de España, quien sostiene que *“contra el laudo no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los comprometidos que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la decisión de los árbitros; y es de desear que en la futura reforma del arbitraje se suprima todo recurso contra el laudo,*

⁵ Almagro Nosete J.: “La ejecución del laudo arbitral”, pág. 22.

*para ser consecuente el legislador con la naturaleza contractual de la institución*⁶.

En mi opinión, el laudo arbitral debe ser materia de control por la justicia ordinaria. Si el laudo atenta contra el orden público, vulnera derechos y libertades contenidas en la Ley Fundamental o cuando en el aspecto procesal se ha dictado una decisión que viola los derechos y garantías del debido proceso también garantizados por la Constitución, qué duda cabe que la instancia judicial debe corregir tales infracciones.

VI

CONCLUSIONES:

1.- El ordenamiento jurídico ecuatoriano, concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas entre la vía jurisdiccional y la extrajudicial o arbitral;

2.- La Constitución Política señala que todo ciudadano tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, más no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela a través del cauce del proceso arbitral. Tan constitucional es la tutela judicial efectiva que prestan los juzgados y tribunales ordinarios como la tutela procesal efectiva que prestan los árbitros;

3.- La vulneración de los principios y garantías del debido proceso: igualdad, audiencia y contradicción y de las formalidades procedimentales, acarrea la nulidad del laudo arbitral y consecuentemente viola el derecho a la tutela judicial efectiva;

4.- El restablecimiento de la tutela judicial efectiva tiene un cauce específico que es el recurso de nulidad del laudo interpuesto ante la justicia ordinaria, que tiene la función de intérprete último de la Constitución en los aspectos de la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros;

5.- Las causales de nulidad de los laudos tienen una perspectiva sustancial más que formal, pues lo que se garantiza no es la protección de

⁶ Ogayar y Ayllón: "El contrato de compromiso y la institución arbitral" ed. RDPriv., Madrid, 1977, pág. 232.

LA TUTELA JUDICIAL CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

un interés ritual del procedimiento sino la de ciertos derechos subjetivos constitucionales, cuyo contenido esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico. La garantía jurisdiccional que constituye el recurso de nulidad, no es sino una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en el arbitraje.

6- En definitiva, podemos decir que los motivos de nulidad de los laudos constituyen un sistema de garantías procesales en el arbitraje encaminados a posibilitar un correcto desarrollo de la institución arbitral que, en esencia, debe consistir en la oportunidad de comparecer, alegar y probar en el procedimiento arbitral, para hacer de este modo efectiva la tutela judicial que permite la ejecución del laudo.