

EL JUEZ FRENTE A LA INCOMPETENCIA, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA APLICACIÓN DIRECTA DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Ab. **Ciro Camilo Morán Maridueña***
cirocamillo@hotmail.com
moranc@fondodesolidaridad.gov.ec

RESUMEN:

El actual Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo del 2009, trae consigo importantes reformas en el sistema procesal ecuatoriano, involucrando no sólo a los jueces, auxiliares, sino inclusive también a los abogados y hasta los estudiantes de derecho. En el presente artículo se pretende dejar claro el papel o rol del juez en cuanto a la aplicación directa de normas constitucionales, qué es lo que esto significa y cuáles son sus efectos y alcances en la práctica. Se presenta un ejemplo relacionado con la posibilidad de ordenar un arraigo por parte de los funcionarios recaudadores de la coactiva frente a la disposición constitucional de que sólo el juez competente lo puede ordenar, lo cual tiene que ver con el análisis del juzgador entre lo legal y lo constitucional, inclusive explicándose cuando cabe que tenga duda al respecto y qué debe hacer si la tiene. Así mismo, se realiza un análisis en relación a la incompetencia del juzgador versus la tutela judicial efectiva de los derechos, de tal forma que se trata en el artículo de encontrar los diferentes momentos en los cuales el juez se puede ver en la necesidad de tomar en consideración la competencia que tenga o no respecto de un caso determinado y cómo debe resolver sobre dicha competencia dependiendo del estado procesal de la causa. Principalmente se realiza un análisis de la situación de incompetencia advertida por el juez al

* Abogado y Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Profesor invitado de la materia Derecho Procesal Civil I de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Secretario General del Fondo de Solidaridad; Presidente del Directorio de Hidropastaza S.A.; y, Asesor de varias instituciones públicas y empresas privadas.

momento de dictar sentencia, cuáles son las posibilidades de una declaratoria de nulidad comparándolo inclusive con el caso colombiano así como con la doctrina nacional y extranjera. Finalmente se destacan algunos casos particulares respecto del análisis de la competencia que debe hacer el juez, como cuando debe realizar inspecciones fuera de su territorio, siempre que sea necesario para verificar la verdad.

ANTECEDENTES.-

Con la promulgación del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial (de aquí C.O.F.J.), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo del 2009, aparece en la esfera de lo legal los principios procesales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador (de aquí Constitución), así entonces, por ejemplo tenemos lo que contempla el artículo 75 de dicha Constitución en cuanto a que 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 y que en ningún caso quedará en indefensión. Pero esto no sólo queda en una simple repetición normativa, sino que es claro que el C.O.F.J. dispone que el juez debe en primer lugar fallar sobre la base de la Constitución y por ende no existe posibilidad de hacer omisión ni de las normas constitucionales ni de los principios procesales que tienen rango constitucional y que también se contemplan como quedó dicho en una ley orgánica.

Así, entonces, tenemos que el rol que le concede al juez el artículo 4 del C.O.F.J. que concuerda con los artículos 129 numeral 1 del mismo cuerpo orgánico y 426 segundo inciso de la Constitución, escala en el campo de acción que venía desempeñando anteriormente, puesto que el juez debe aplicar directamente las disposiciones constitucionales y por ello, de ser el caso, crear derechos, quedando sus resoluciones para el caso concreto, por sobre cualquier otra norma de menor jerarquía que, a criterio del juez, contradiga la Constitución. De tal forma que a manera de resumen, podemos afirmar que, por encima de la legalidad de una norma, está la constitucionalidad que tenga, pues faltándole este último carácter indispensable, puede el juez reemplazarla con su resolución. Ya para aspectos de orden general, como el de desplazar del ordenamiento jurídico a una norma legal determinada, entra en juego otras consideraciones e instituciones como por ejemplo el papel de la Corte Constitucional dentro de una acción de inconstitucionalidad.

Continuando con el nivel del juez, sería una mala actuación de éste si realiza lo contrario, pues no sólo que no ha comprendido el mandato constitucional y también legal, sino que además su fallo eventualmente puede ser revisado por la Corte Constitucional mediante una acción extraordinaria de protección, quedando en evidencia, por tanto, su falta de efectividad.

El tratamiento de los principios procesales establecidos en el C.O.F.J. recogidos de la Constitución, es demasiado abundante para tratarlo en un solo artículo, de ahí que el presente trabajo básicamente se centrará en analizar algunas consideraciones relacionadas con la aplicación directa de las normas constitucionales por parte del juez y del enfrentamiento entre la tutela judicial efectiva de los derechos y la incompetencia del juez, a propósito de lo que se contempla en el inciso tercero del artículo 23 del C.O.F.J.

ANÁLISIS.-

Aplicación directa de normas constitucionales.-

La aplicación directa de las normas constitucionales es un aspecto bastante reforzado por el C.O.F.J., pues del artículo 5, por ejemplo, podemos extraer que el juez no puede alegar falta de ley para negar el reconocimiento de algún derecho fundamental, lo cual puede ocurrir inclusive de manera indirecta cuando el juez establezca en su resolución que niega una pretensión porque existe una norma legal que permite al demandado realizar tal o cual acto que el actor considere violatorio de algún mandato constitucional, es decir, el juez indirectamente estaría resolviendo que como no hay una ley que derogue o que haya modificado lo dicho por alguna norma legal, no importa que viole la Constitución y puede seguir vigente; esto es, a mi criterio, un completo error judicial y más aún debe recordar el juez que la norma constitucional y legal establece que ni siquiera la parte está obligada a invocar expresamente la necesidad de aplicar las disposiciones constitucionales, sino que es obligación del juez su debida y oportuna aplicación.

Y ni siquiera la duda razonable y motivada le permite al juez escaparse de la aplicación obligatoria y directa de los preceptos constitucionales, para lo cual es necesario que no se confundan las dispo-

siciones contenidas en los artículos 427 y 428 de la Constitución y los artículos 4 segundo inciso y 6 del C.O.F.J. Una cosa es la duda respecto del alcance o interpretación de alguna norma constitucional, en este caso se debe aplicar de la forma que más se favorezca al constituyente “indubio pro constituyente”, por lo que en este caso no cabe ninguna consulta, ésta se debe dar sólo en el evento de existir alguna duda en cuanto al alcance y aplicación de alguna norma de rango inferior a la Constitución, lo cual implica que si existe una duda es porque no hay otra norma clara de tipo constitucional que establezca alguna situación diferente y es por ello que el artículo se expresa de forma general “es contraria a la Constitución”, de tal modo que el juez luego del análisis de determinada norma, tiene una conclusión dubitativa en cuanto a lo que deba resolver, pero insisto de existir una norma constitucional clara o definida que disponga otra situación, no cabe la menor duda que el juez debe aplicarla. Es decir, en términos muy generales, el juez jamás puede decir que tiene duda porque no sabe si debe o no aplicar una norma constitucional, más aún si sabe que favorece más al constituyente.

Para aclarar más este aspecto, voy a establecer como ejemplo un caso en relación al funcionario recaudador, a veces mal llamado “juez de coactiva”. Resulta que el artículo 66 de la Constitución (derechos de libertad) contiene el numeral 14 que indica que la prohibición de salida del país o arraigo, sólo podrá ser ordenada por juez competente. Por su parte, el artículo 164 (medidas precautelatorias) del Código Tributario expresa que el ejecutor podrá ordenar, en el mismo auto de pago o posteriormente, el arraigo o la prohibición de ausentarse. Tenemos, entonces, una norma de carácter legal que permite que un funcionario pueda disponer una prohibición de salida, a pesar de que la Constitución claramente indica que dicha prohibición sólo la puede ordenar el juez competente.

Anteriormente a la promulgación del C.O.F.J., uno de los argumentos más fuertes que se daban a favor de la facultad del funcionario recaudador para ordenar un arraigo, estaba dado por el artículo 3 inciso tercero de la Ley Orgánica de la Función Judicial promulgada en el Registro Oficial 636 del 11 de septiembre del 1974 y actualmente derogada, por cuanto les daba a los que ejercen la jurisdicción coactiva la categoría de jueces especiales que a su vez eran un tipo de juez con jurisdicción legal. Pero el actual C.O.F.J. no sólo que derogó la men-

cionada Ley, sino que además contiene una disposición clara respecto de cómo deben considerarse las actuaciones de este tipo de funcionarios: *“Art. 31.- Principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos. Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.”*

Por lo tanto, el juez en un caso, por ejemplo, de acción de protección en contra de una orden de arraigo impuesta por un funcionario recaudador, según mi criterio, debe aplicar la norma constitucional que dispone que sólo el juez competente puede ordenar un arraigo, de tal forma que se deje sin efecto la antedicha orden. Resolver lo contrario implicaría, además, contravenir lo dispuesto por los artículos 424 segundo inciso y 425 segundo inciso de la Constitución. Y como explicaba líneas arriba, tampoco cabe aplicar el criterio de la duda para someter el caso a consulta, puesto que sí existe una norma constitucional clara y contundente que debe ser aplicada. Supongamos que no exista el número 14 del artículo 66 de la Constitución, en ese caso, el juez al considerar que la facultad contemplada por la norma de rango inferior estipulada en el artículo 164 del Código Tributario, es contraria a la Constitución por cuestiones de falta de imparcialidad o cualquier otro argumento, pero aún así tiene duda, ahí sí cabe remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, cuyo fallo, considero, será erga omnes y no sólo del caso específico.

Finalmente, dentro de este breve análisis de la aplicación directa de las normas constitucionales, es importante también destacar que las sentencias del juez no pueden ser atacadas de incongruentes ni de extrapetitas, siempre que dicha incongruencia o dicho exceso se refieran a la aplicación de normas constitucionales o de normas consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que haya considerado que están siendo o pueden ser vulneradas. Esta situación respecto de la incongruencia y de fallar más allá de lo pedido, se presenta tanto en los casos comunes conforme lo determina el inciso tercero del artículo 140 del C.O.F.J. como en los casos sobre garantías constitucionales que refiere el segundo inciso del artículo 19 del C.O.F.J., es decir, el juez debe

tomarlo en cuenta en todo momento, además que así lo establece el segundo inciso del artículo 426 de la Constitución.

Al respecto, el Pleno de la Corte Constitucional, ha expuesto lo siguiente en la Sentencia No. 001-09-SEP-CC del 31 de marzo del 2009, dentro del caso 0084-09-EP, citándose al Dr. Rubén Martínez Dalmau (“Supremacía Constitucional, control de constitucionalidad y reforma constitucional”, Quito, Serie de Justicia y derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad No. 2, Ed. Ramiro Ávila, Ed. 1era. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, p. 282): “Al respecto, Rubén Martínez Dalmau dice: “Que, la Constitución (sea) una norma suprema del ordenamiento jurídico no es una afirmación gratuita, porque no siempre ha sido así, aunque hoy nos resulte común en el pensamiento jurídico. Los intentos del positivismo reduccionista en oprimir el concepto Constitución aún permanecen en varias posiciones que definen Constitución formal y material. El Estado Constitucional no puede admitir esta diferenciación, únicamente existe Constitución en donde existe Constitución material (...) por esta razón el artículo 424 es taxativo (...) no hay excepción al artículo y debe ser aplicado directamente por los jueces y autoridades públicas...”

Incompetencia del Juez frente a la tutela judicial efectiva de los derechos.-

Concordante con el inciso segundo del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 156 del C.O.F.J. dice: “**Competencia.-** Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados.” O para tener presente una definición doctrinal, Chiovenda indica que: “Desde un punto de vista, se llama competencia de un tribunal al conjunto de las causas en que pueden ejercer, según la ley, su jurisdicción, y en otro, la facultad del tribunal en los límites en que le es atribuida.”

Para efectos de repasar y recordar lo que implican cada una de estas formas de distribución de la jurisdicción, cito al Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM: “1. *Materia*. Es el criterio que se instaura en virtud de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio (Carnelutti); o por razón de la naturaleza de la causa, o sea de las cuestiones jurídicas que constituyen la materia litigiosa del proceso (Pallares,

Liebman); o es la que se atribuye según las diversas ramas del derecho sustantivo (*Becerra, Bautista*), Este criterio de distribución del quehacer judicial toma en consideración la creciente necesidad de conocimientos especializados, respecto de las normas sustantivas que tutelan los intereses jurídicos involucrados en el debate sujeto a juzgamiento; así encontramos órganos que conocen de materia civil, familiar, penal, constitucional, administrativa, laboral, agraria, fiscal, etcétera.

2. Territorio. Entendido desde la óptica jurídica, el concepto de territorio no se restringe a la 'costra terrestre', sino que abarca el subsuelo, la superficie terrestre, una columna del espacio aéreo hasta los límites que los recientes descubrimientos astronáuticos recomienden. Por otro lado, en planos internacionales se comprenden otras instituciones como el mar jurisdiccional, la plataforma continental, el zócalo submarino, etcétera. Amén del denominado principio de extraterritorialidad por el que el territorio se extiende al espacio que ocupan las embajadas, legaciones, ubicadas en el extranjero, así como el de naves y aeronaves nacionales. Además de ese ámbito espacial, en cuya esfera de acción pueden producirse los actos y sus efectos jurídicos, debe tomarse en cuenta el problema que plantea el ángulo de distribución territorial de la competencia entre los diversos órganos judiciales; otros principios jurídico-políticos influyen sobre la división territorial de la competencia, como ocurre en México, donde existe una organización constitucional que establece autoridades y normas de carácter federal y estadual, así como la creación, en algunos sectores como el fiscal, el electoral, el agrario, de nuevos tribunales regionales...

4. Grado. Este vocablo en su acepción jurídica significa cada una de las instancias que puede tener un juicio (*Pallares*); o bien el número de juzgamientos de un litigio. También se hace referencia 'al grado de jurisdicción', como el lugar que ocupa un órgano jurisdiccional en el orden jerárquico de la administración de justicia (*De Pina*); o sea, se emplea la palabra grado como sinónimo de instancia. Así las cosas, un sector mayoritario de tratadistas se ocupan de la competencia funcional, como la aptitud de un órgano judicial de conocer los pleitos en primera -órganos superiores- (desde *Wach*, pasando por *Kisch*, *Carnelutti*, *Calamandrei*, *Rosenberg*, *Devis Echandía*, *E. Pallares*). Empero, otros autores apuntan matices de diversificación entre los criterios funcional y de grado (*Alcalá-Zamora Y Castillo y Levene, hijo*; *Oderigo*), por ejemplo, basados en la gravedad mayor o menor de los actos antisociales que pueden caer dentro de la competencia de distintos órganos del orden penal.

5. *Subjetivo. Ahora el punto de atribución de esta categoría de competencia se centra en el justiciable, en el sujeto que pide justicia; o sea, para fincar la capacidad objetiva del órgano de juzgamiento se tiene en consideración la condición o calidad personal de las partes involucradas en el pleito, como una reminiscencia de los denominados fueros o privilegios personales que antaño abundaban y que en México de manera muy limitada se han conservado, como ocurre con el art. 13 constitucional al regular el fuero militar o castrense. Puede citarse también el caso del procedimiento para menores infractores.*"

Entrando ya en el tema, el primer punto a considerar al respecto, es el establecido en el tercer inciso del artículo 23 del C.O.F.J., en cuanto a la obligación del juez de dictar su fallo a pesar de ser incompetente y aunque la norma no es muy clara, por cuanto se indica que no le es permitido al juez excusarse o inhibirse por no corresponderles, debemos entender que se encuentra en estado de resolver y lo que corresponde en este aspecto de conformidad con el artículo 344 del C.P.C. es dictar un auto definitivo de nulidad y no una excusa o inhibición. Pero en todo caso queda claro que el juez, que no es competente por cualquier razón, puesto que la norma no distingue, esto es, se puede tratar de incompetencia en razón de la materia, el territorio, el grado o personas; debe de todas formas resolver. Siguiendo a Chiovenda debemos tener en cuenta lo siguiente: *"Por lo común, todo juez, ordinario o especial, puede decidir sobre la propia competencia (tiene lo que los alemanes llaman la competencia sobre la competencia: Kompetenz-Kompetenz), pero a veces la ley la niega..."*

Considero que el legislador debió hacer una salvedad al igual que lo hizo en el inciso segundo anterior al que estamos tratando, indicándose que puede resolver salvo que se haya provocado indefensión en el proceso, pues de otro modo la disposición puede traer algunos abusos o exageraciones de las cuales nuestro aparato judicial no es ajeno, de ahí que el inciso en mención me es en lo personal un poco incomodo y habrá que examinar la forma en que será utilizado.

Además, Chiovenda señala muy bien que no todos los límites de la jurisdicción tienen la misma importancia, por lo cual este autor nos habla sobre tres criterios sobre la distribución de los juicios, el objetivo que se da entre jueces de distinto tipo; el territorial que se da entre jueces del mismo tipo; y, el funcional que se da entre jueces de la misma o distinta clase y siguiendo estos criterios expresa:

EL JUEZ FRENTE A LA INCOMPETENCIA, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA APLICACIÓN

“a) Son absolutos los límites deducidos de la materia de la causa. Si la ley atribuye a un juez una causa en atención a la naturaleza de ésta, es porque considera más idóneo a ese juez para conocer de ella; y esta consideración de la ley no tolera un parecer contrario de los particulares. La incompetencia por la materia puede ser considerada en cualquier estado o instancia de la causa; la autoridad judicial deberá declararla de oficio...b) Respecto a la competencia por razón de la cuantía, en el código ocupaba una posición intermedia respecto a su prorrogabilidad: los límites objetivos de la competencia por la cuantía son siempre absolutos para lo más, no para lo menos; o sea que el juez inferior no puede convertirse en competente para conocer de causas que por razón de su cuantía corresponden al superior, pero éste sí puede convertirse en competente para conocer de causas que por razón de su cuantía corresponden al inferior...c) Son absolutos e improrrogables los límites deducidos del criterio funcional. No puede prescindirse de un grado de jurisdicción, acudiendo directamente al juez de la apelación. Tampoco se pueden proponer demandas nuevas en apelación; si son propuestas, deben desestimarse incluso de oficio...d) Es prorrogable la competencia territorial (Cód. Proc. Civ., art 187), si no se quiere aceptar la prórroga, debe proponerse, antes de cualquiera otra gestión o defensa, la excepción correspondiente, no pudiendo pronunciarse de oficio la incompetencia por razón del territorio, y, e) La conexión de las causas puede influir sobre la competencia del juez en el caso concreto. Esta influencia no puede hacerse efectiva de oficio por el juez, pero puede hacerse valer por las partes en cualquier estado o instancia...”

Por lo tanto, compartiendo el criterio con el autor mencionado, no es aconsejable que el juez resuelva en juicios que por la materia o por el grado no le competen, siendo distinta la solución para los casos de incompetencia en razón del territorio, lo cual va acorde inclusive con las disposiciones legales contempladas en el C.O.F.J. en su artículo 162 último inciso en cuanto a que en ningún caso se prorroga la competencia en razón de la materia y que se mejora con el texto del último inciso del artículo 6 reformado del Código de Procedimiento Civil (de aquí C.P.C.), el cual es más tajante y establece que la competencia sólo podrá prorrogarse en razón del territorio.

El mismo C.O.F.J. se encarga de reforzar el criterio que he expuesto, respecto de que el artículo 23 tercer inciso de dicho código, se refiere al momento de sentenciar, por cuanto su artículo 129 señala lo siguiente: *“Art. 129.- Facultades y deberes genéricos de las juezas y jueces. A más de*

los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:

9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva.

Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción."

Es decir, en primer lugar el juez debe tener en cuenta que en cualquier momento puede y debe resolver sobre su competencia, más aún si así es reclamada por una de las partes, de tal forma que esta disposición por estar en una ley orgánica está por encima de cualquier otra de rango inferior que implique que el juez resuelva este aspecto en sentencia, tal como por ejemplo sucedía en el caso de los juicios verbal sumario según el artículo 844 del C.P.C. o en los juicios de trabajo según el artículo 571 del Código del Trabajo.

Segundo, si se trata de una incompetencia por razón del fuero personal, territorio o los grados, el juez se deberá inhibirse sin declarar la nulidad y remitir el caso al juez competente, quien deberá continuar sustanciándolo desde el punto en que se produjo la inhibición, es decir, a pesar de la incompetencia del juez, se considera válido todo lo que haya actuado hasta antes de su inhibición.

Y tercero, si la incompetencia se presenta por motivo de la materia, en este caso el juez sí debe declarar la nulidad y remitir el caso al juez competente, sin embargo todo el tiempo corrido entre la citación y dicha declaratoria, no se considerará ni para la caducidad ni para la prescripción. Esta tercera consideración, es la que más me preocupa debido a que el actor deberá iniciar un proceso nuevo, pero puede haber sucedido que el demandado no solo que haya hecho notar la falencia de la

incompetencia del juez, sino también muchos otros errores procesales o jurídicos del demandante, de tal forma que en el nuevo juicio éste tendrá toda la ventaja de poder corregir cualquier situación que obviamente lo pondrá en una mejor situación que antes frente al demandado, por lo que la norma debió dejar abierta la posibilidad para que el juez decida si se considera o no que corrió el tiempo para la prescripción dependiendo si la mayor parte del error estuvo en el juzgador o en el actor o al menos establecerse una condena de costas que en algo favorezca el esfuerzo del demandado.

Pero si bien la disposición del artículo 129 del C.O.F.J. que hemos analizado mejora el tratamiento de las diferentes formas en que se divide la jurisdicción y establece claramente mayor importancia en razón de la materia, esto no es claro que pueda ser aplicado por el juez al momento de la sentencia por lo expuesto en el inciso tercero del artículo 23 del C.O.F.J., es decir, seguimos sin poder determinar en ese caso, si el juez debe tener diferentes consideraciones según que tipo de distribución de la jurisdicción se trate, por lo pronto parecería que sigue prevaleciendo el hecho de que no importa si se trata de incompetencia en razón de la materia, los grados, la persona o el territorio.

De alguna manera, el juzgador puede encontrar una solución en las normas del C.P.C., toda vez que el artículo 346 de dicho cuerpo legal establece que es una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, la competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila y por otra parte los artículos 349 y 352 del mismo código nos indican que para que el juez pueda declarar incluso de oficio la nulidad por ese tipo de solemnidad, deberá influir en la decisión de la causa. Por lo tanto, queda claro que si una de las partes alega incompetencia, el juez debe resolverlo de inmediato y no dejar que el caso avance hasta sentencia, pues en ese momento, se le exige que resuelva. Pero si nadie alega la incompetencia, pero el juez advierte que lo es al momento de dictar la sentencia, deberá hacer caso omiso de dicha incompetencia y fallar, siempre que no haya, dicho aspecto, influido en la decisión de la causa. Considero que esta última solución es totalmente factible, porque si bien hay un principio de tutela efectiva que debe ser vigilado, por encima de dicho principio está uno que es original de todo proceso y que consiste en el legítimo derecho a la defensa.

Precisamente respecto al tema de solemnidades sustanciales y en relación a la nulidad que debe declarar el juez, realizó un análisis de derecho comparado con la legislación colombiana y siguiendo a Fernando Canosa Torrado, quien en primer lugar divide las nulidades según el grado de invalidez que las afecte en tres categorías, la inexistencia del acto procesal, la nulidad absoluta y la nulidad relativa y sobre dichas categorías expresa: *“Las sintetiza así Couture (Citado por Enrique Véscovi, Teoría general del proceso, Santa Fe de Bogotá D.C., Edit. Temis, 1984, pág. 300): ‘En primer término, la inexistencia que plantea un problema de ser o no ser del acto; más que de su eficacia, de su vida misma. No es posible hablar de desviación de algo que no es. No es un acto, en un simple hecho (sentencia dictada por quien no es juez: no sentencia). La inexistencia no puede ser convalidada ni necesita ser invalidada. La nulidad absoluta es el grado superior en el sentido de la eficacia: es un acto jurídico, pero gravemente afectado. Tiene existencia, pues cuenta con un mínimo de elementos para que el acto adquiera realidad jurídica. Pero la gravedad de la desviación es tal, que resulta indispensable enervar sus efectos, lo que puede hacerse aún de oficio y no puede convalidarse. La forma sería: la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada...La nulidad relativa es la que se deriva de un vicio por apartamiento de las formas que no es grave, sino leve. El consentimiento purifica el error; solamente la parte perjudicada podría pedir su invalidación. En consecuencia: la nulidad relativa admite ser invalidada pero puede ser convalidada’.”*

Continúa Canosa Torrado explicando que en el sistema colombiano, los grados de nulidad absoluta e insubsanable serían los consagrados en los numerales 1 al 4 del art. 140 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, entre los cuales está el caso cuando el juez carece de competencia funcional, es decir, a diferencia de nuestro C.P.C., en Colombia se agrega la palabra funcional.

Y para comprender que es esto de competencia funcional, en primer lugar debemos tener en cuenta, de acuerdo al mismo autor, que existen los siguientes factores de competencia:

- A. El objetivo. Se refiere al objeto de la pretensión y contiene dos elementos: naturaleza y cuantía.
- B. El subjetivo. Es atinente a la calidad de las personas.

- C. De las dos instancias, vertical o funcional. Se origina en la clase de asunto y se refiere a las funciones del juez.
- D. Territorial. Se refiere al sitio de Colombia, donde debe adelantarse determinado asunto.
- E. De conexión. Según el cual, por economía procesal, debe acumularse en una misma demanda pretensiones que tengan elementos objetivos o subjetivos en común.

Por lo que podemos determinar que sólo se declara la nulidad por incompetencia cuando es un asunto que no le corresponde al juez por razón de los grados, pero en todo caso para una mejor explicación, cito lo pertinente del autor Canosa Torrado: *“La Corte refiriéndose a ellos, en casación civil del 4 de julio de 1979, con ponencia de Alberto Ospina Botero, dijo lo siguiente:*

‘3. Para determinar la competencia de los juzgadores, la ley y la doctrina han acudido a un conjunto de factores, que se concretan a cinco: a) objetivo; b) subjetivo; c) territorial; d) conexión; y, e) funcional. El primero, tiene que ver con la naturaleza del asunto; el segundo, con la calidad de las partes que intervienen en el litigio; el tercero, con el lugar donde debe ventilarse el proceso; el cuarto, con acumulación de pretensiones o pretensiones conexas; y, el quinto, con clase especial de funciones que ejerce el juez en los procesos.

4. De los anteriores factores determinantes de la competencia interesa, para el despacho del cargo, el último de ellos, que corresponde, como se ha dicho con propiedad, a una distribución vertical de la competencia, como quiera que la ley asigna el conocimiento de la primera instancia (a quo) a unos jueces y la segunda a otros (ad quem). Según esto, hay jueces de primera y de segunda instancia...’.

Hasta ahora hemos analizado el caso de tener que sentenciar a pesar de resultar ser incompetente, pero no podemos dejar de lado el caso de aquella sentencia que se ejecutorie y que la parte considere que es nula en atención a la disposición contemplada en el número 1 del artículo 299 del C.P.C., en lo que se refiere a la incompetencia del juez que la dictó. ¿Puede el juez que conoce de esta acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, resolver negarla exponiendo que si bien el juez es incompetente, por cuestión de una tutela judicial efectiva, no acoge la demanda? Según mi criterio, sí puede, toda vez que este juez tiene un escudo muy fuerte que es la Constitución, norma jerárquica superior que le permite

defender los derechos fundamentales que eventualmente puedan verse vulnerados, no obstante ello, me remito a todo lo analizado para el primer caso respecto de si influyó o no en la causa. En todo caso, es mejor para la parte afectada considerar otros argumentos o en el mismo proceso original, exigir que el juez aclare si sentenció en aplicación del artículo 23 tercer inciso del C.O.F.J. o si simplemente se considera con toda la competencia necesaria y a esto si está obligado el juez por disposición constitucional de motivar debidamente su sentencia.

Esta opinión expuesta en el párrafo anterior seguramente no es muy convincente y por lo pronto observo que no se comparte con el criterio de Armando Cruz Bahamonde, cuya obra aunque fue editada con anterioridad al nuevo C.O.F.J., lo cito para mejorar los criterios: *“Algunos tratadistas sostienen que se produce cosa juzgada en la fijación de la competencia; otros, en cambio, creen que el fenómeno es de preclusión vocablo que aquí se usa en el sentido que le dio Eduardo J. Couture, o ‘principio procesal según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla.’*

En el contexto de nuestro derecho procesal, la declaración de competencia es meramente provisional, no causa ejecutoria; puede considerársela, con la opinión de Couture, como una etapa judicial que ‘preclude’ pero que no es definitiva ni siquiera por el fallo judicial que la declare, toda vez que el fallo ejecutoriado puede ser materia de declaración posterior de nulidad por incompetencia del juez o tribunal que lo dictó, si el perjudicado plantea el juicio de nulidad de esa sentencia fundándose en lo establecido por los Arts. 303 y 304 CPC, siempre que se dieran los presupuestos de tales normas.

De allí que la ‘perpetuatio iurisdictionis’ se produce, en el Ecuador, sólo en aquellos casos en los que la competencia es prorrogable por la voluntad de las partes, mas no en aquellas que puede y deben ser declaradas de oficio, como cuando se trata de incompetencia por razón de la materia, de los grados o de las funciones, las mismas que, en todo caso, influyen en la decisión de la causa, aunque es requisito indispensable para intentar la acción de nulidad de la sentencia ejecutoriada que el que la alega haya señalado en la instancia correspondiente la existencia de la causa de incompetencia del juez, lo cual sería groseramente contradictorio con su aceptación voluntaria de la competencia del juez.”

EL JUEZ FRENTE A LA INCOMPETENCIA, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA APLICACIÓN

Lo cierto es que si el juez en su sentencia señala que falla en consideración a una tutela judicial efectiva y por lo tanto afirme ser incompetente, no es procedente que luego se pretenda que otro juez declara que la sentencia es nula por incompetencia, pero insisto que es por ello muy importante la forma como resuelva el juzgador original.

A propósito, he preferido dejar para el final de este análisis, las consideraciones de si el tercer inciso del artículo 23 del C.O.F.J. es o no constitucional, para lo cual previamente transcribo las siguientes disposiciones de la Constitución:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3....Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente...

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente...”

Claramente se observa que la Constitución por una cuestión de debido proceso y de derecho a la defensa, exige que quien juzgue sea competente, es decir, no deja abierta la posibilidad de que hayan casos en los que puedan ser juzgados eventualmente por un juez o una autoridad que no lo sea, ni siquiera con la excusa de la tutela judicial efectiva de los derechos. Pero en todo caso queda abierta la discusión respecto de si es preferible tomar en cuenta la tutela efectiva o si debemos acatar en estricto derecho lo que dicen las normas constitucionales, seguramente la solución irá por lo que más favorezca al constituyente en el caso concreto, lo cual es un aspecto adicional para tomar en cuenta por parte del juzgador, pues creo que podrá aplicar la norma del C.O.F.J., siempre que se cumplan con todas las demás garantías del debido proceso y que la falta de competencia no pese a la hora de sentenciar y más bien hacer lo contrario provocaría inobservar dichas garantías, lo que puede conllevar a que sean sometidos a procedimientos administrativos según lo manda el artículo 125 del C.O.F.J.

Otros aspectos relacionados con la competencia y la tutela judicial efectiva.-

Es importante, como parte de este pequeño estudio, destacar que para situaciones de reconocimientos o inspecciones en lugares en donde el juez no ejerza competencia, podrán realizar tales actos, siempre que sean necesarios para verificar la verdad, conforme lo determina el artículo 145 del C.O.F.J.

Así también, es importante, en atención al numeral 3 del artículo 164 del C.O.F.J., que el juez tome en cuenta que ya no se suspende su competencia cuando es notificado con el pedido inhibitorio, siempre que el juez considere que se encuentra actuando por razón de una prórroga de la competencia debidamente establecida conforme el artículo 162 del C.O.F.J. En estos casos, el juez continuará con el proceso y sólo cuando llegue una sentencia que dirima y que concluya que no es competente, pierde la competencia y no podrá seguir sustanciando la causa.

Por último, al menos en este análisis, debe considerar el juez que en asuntos de fuero personal, en caso de duda entre el fuero común y el fuero especial en razón de la materia, prevalecerá el fuero común. (Artículo 168 del C.O.F.J.)

CONCLUSIONES.-

- Queda claro que existe un cambio de paradigma en nuestra legislación procesal, dentro de la cual el juez juega un papel predominante, evolucionando su actuar, de tal forma que no sólo está para decidir entre dos posiciones, sino que puede además convertirse en una especie de legislador, siempre que aplique directamente las normas constitucionales cuando el caso lo amerite, aplicación que, queda claro también, es obligatoria e incondicional. Es importante que el juzgador comprenda y conozca su rol dentro de la esfera jurisdiccional, que observe principalmente la Constitución y que utilice su función de manera proba y sin temores.
- Estoy de acuerdo con que el juez haga prevalecer la tutela judicial efectiva, siempre que, como quedó explicado, la incompetencia no influya en la decisión de la causa y siempre que se hayan con-

siderado las demás garantías básicas del debido proceso. Tanto la doctrina como en el derecho comparado, nos dejan claro que no toda incompetencia puede ameritar una declaración de nulidad por parte del juez, como era la situación anterior en nuestra legislación, con lo cual comparto criterio.

- Debo de todas formas expresar, como se puede colegir de la lectura de este trabajo, que la situación respecto de la incompetencia del juez versus la tutela judicial efectiva de los derechos, no es muy fácil de interpretar ni aplicar, de tal manera que ascienden en importancia los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, más allá que el propio Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 28 inciso tercero, establece que servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal y mejor aún continúa la norma, también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.
- Finalmente, el juzgador deberá observar las reglas que han sido modificadas en lo que respecta a la competencia en diferentes aspectos como en los conflictos de competencia cuando hay un caso de prorroga debidamente actuada. Reglas que buscan simplemente un mejor y más eficaz manejo de los juicios.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la UNAM, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal, Volumen 4, Segunda Edición, Oxford University Press México, S.A. de C.V., México D.F., 2001, páginas 65 y 66.
2. Giuseppe Chiovenda, Curso de derecho procesal civil, Primera Serie, volumen 6, Oxford University Press México, S.A. de C.V., 1999, páginas 271, 275, 276, 277 y 278.
3. Fernando Canosa Torrado, Las Nulidades en el Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Santafé de Bogotá, 1995, páginas 55, 74 y 75.

4. Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Volumen I, Edino, Guayaquil, 1995, páginas 87 y 88.
5. Constitución Política de la República del Ecuador.
6. Código Orgánico de la Función Judicial.
7. Código de Procedimiento Civil.
8. Código Tributario.
9. Código del Trabajo.
10. Ley Orgánica de la Función Judicial promulgada en el Registro Oficial 636 de 11 de septiembre de 1974 y actualmente derogada.
11. Resolución tomada por el Pleno de la Corte Constitucional el 31 de marzo del 2009, consultado en el sitio web <http://tribunalconstitucional.gov.ec> el día 25 de mayo del 2009.