

Señor Presidente de la Corte Constitucional

Dr. **HERNÁN SALGADO PESANTEZ**

S _____ / _____ D

ALEJANDRO OLMOS GAONA, ciudadano argentino, pasaporte número AAA990688, con domicilio legal constituido en la Avenida 12 de octubre 1035, edificio 12 de octubre, piso 10, oficina 1002, en Buenos Aires, Argentina, correo electrónico olmosgaona@gmail.com en la Causa 5-21-TI ante esa Corte Constitucional, me presento y como mejor proceda en derecho respetuosamente digo:

I.- PLANTEA NUEVA RECUSACIÓN

Que sin que ello importe menoscabo alguno a la dignidad del Sr. Presidente, vengo a recusarlo en forma expresa a los efectos de intervenir en la petición efectuada oportunamente por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la Nación, Abogado Fabián Pozo Neira para que la Corte Constitucional que Ud. preside se expida si a los efectos de la ratificación del Convenio CIADI se requiere o no la aprobación de la Asamblea Nacional.

En el “amicus curiae” que presentara anteriormente, a los efectos de que se no se haga lugar a la presentación efectuada por el gobierno, para que la suscripción del Convenio CIADI no sea remitido a la Asamblea Nacional, y se establezca la obligatoriedad de que sea tratado por ese poder del Estado, recusé a la Dra. Teresa Nuques Martínez. En razón de los fundamentos expuesto en el presente escrito, me veo en la obligación de hacer un planteo similar a su respecto, aunque los fundamentos resulten diferentes.

II.- FUNDAMENTOS DE LA RECUSACIÓN

En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la abstención y la recusación de los jueces y magistrados son aquellos instrumentos procesales que tienden a asegurar la imparcialidad de los juzgadores en un proceso determinado. A través de la imparcialidad judicial se garantiza no solo la igualdad entre las partes en el proceso, sino se trata de evitar que los jueces intervinientes, resuelvan sobre la base de opiniones anteriores que pueden inevitablemente condicionarlos a la hora de resolver la cuestión traída a su conocimiento. Esa condición del juez imparcial está inescindiblemente ligada a la jurisdicción como función de uno de los tres poderes del Estado, y que hace a la plena independencia del poder judicial.

La imparcialidad judicial es un elemento esencial a la jurisdicción, supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión como dos principios estructurales básicos del poder judicial, distintos, pero complementarios. Y esto no obsta a la independencia del juez, que puede ser independiente, pero no imparcial, al existir cuestiones subjetivas que puedan afectar esa garantía en alguna causa determinada¹. Al proceder a examinar algunas cuestiones relacionadas con la imparcialidad judicial el profesor Jiménez Asensio expone algunas consideraciones sobre la abstención y recusación que han de tenerse en cuenta en la práctica forense. Así, advierte que, por regla general, los jueces y magistrados muestran una gran renuencia, incluso en casos muy evidentes, a encontrarse incurso en causas de abstención. Pero esa reticencia aumenta todavía más cuando se está ante el instituto de la recusación. En este sentido, abundan casos en los que este instituto no se ve como un mecanismo a través del cual se ejerce un derecho fundamental, sino que se considera como una «práctica dilatoria o, incluso, como un espurio procedimiento para apartar del conocimiento de la causa a un determinado magistrado». Asimismo, se observa en la judicatura una «resistencia numantina» a aceptar los incidentes de

¹ Al respecto el Tribunal Constitucional de España en la STC 47/1982, 12 de julio, establece dos notas que caracterizarán a la imparcialidad judicial: «el desinterés y la neutralidad»

recusación, pues parecen poner en duda «la honorabilidad y profesionalidad del juez recusado»²

En el presente caso en ningún momento pretendo poner en duda la honorabilidad ni profesionalidad del señor Presidente de este Tribunal, cuya trayectoria como respetable jurista es suficientemente conocida sino plantear cuestiones, que a mi juicio tienen entidad suficiente para que se excuse de intervenir en la petición efectuada por el gobierno.

Yendo a algunos antecedentes que resulta importante puntualizar, debe recordarse que el 5 de junio del año 2000, el entonces Presidente del Ecuador Gustavo Noboa Bejarano, mediante oficio número 00-550-DAJ.T.332 se dirigió al Presidente del Tribunal Constitucional, René de la Torre Alcivar, remitiéndole el informe de la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del Congreso Nacional respecto al Convenio CIADI, “*con el fin de que lo someta a dictamen del Pleno del Tribunal Constitucional, conforme lo ordena el segundo inciso del artículo 162 de la Constitución.*”. En respuesta a esta remisión, el Secretario General del Tribunal Constitucional, Fausto Garcés Pastor, remitió al Presidente de la República, mediante oficio número 371-TC-SG de 21 de junio de 2000, copia certificada de la providencia de misma fecha en el caso número 0008-2000-CI, en que el Presidente del Tribunal Constitucional avoca conocimiento del caso relativo al dictamen del Convenio CIADI y designa como Vocal Informante a Luis Chacón Calderón para que presente el informe para que el pleno del Tribunal emita dictamen.

Continuando con el procedimiento, el Presidente del Tribunal Constitucional solicitó al Ministro de Relaciones Exteriores, mediante oficio número 231-00-TC-P de 16 de agosto de 2000, copia certificada de la suscripción del Convenio CIADI a fin de realizar el análisis constitucional correspondiente. Así mismo, en memorándum número 315DGT de 5 de septiembre de 2000 el Director General de Tratados, encargado, Juan Pablo Valdivieso, se refiere al trámite ante el Tribunal Constitucional e indica al Secretario General, encargado, Gonzálo Salvador Holguín, que “*se debería asegurar que el dictamen del Tribunal Constitucional sea favorable de manera que se facilite la aprobación por*

² JIMÉNEZ ASENSIO, R., Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial, Pamplona, 2002, pág. 71

parte del Congreso Nacional sin inconvenientes; por ello considero, señor Secretario General, que resultaría adecuado que una alta autoridad de la Cancillería realice una aproximación al doctor Chacón Calderón con el objeto antes puntualizado.” Finalmente, mediante oficio número 00-1404-DAJ.T.391 de 2 de octubre de 2000, el Subsecretario General de la Administración Pública, Gonzalo Muñoz Sánchez, remite al Ministro de Relaciones Exteriores, la resolución original del Pleno del Tribunal Constitucional respecto al Convenio CIADI.

El Tribunal Constitucional, consideró en su análisis que en el informe de la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional se destacaba la naturaleza del Convenio CIADI, como la de un tratado que se recae uno de aquellos instrumentos internacionales establecidos en el artículo 161 de la Constitución de 1998. Específicamente el *“que atribuye a un organismo supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley y que además, contiene el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley”*³, el pronunciamiento del Tribunal sobre la constitucionalidad del referido Convenio era pertinente y necesaria para la aprobación del mismo por parte del Congreso Nacional.

El Tribunal Constitucional, una vez verificada su competencia para la realización del dictamen, conforme a lo dispuesto en el artículo 276 de la Constitución de 1998, el cual otorgaba competencia para *“dictaminar acerca de la conformidad de los Tratados o Convenios Internacionales”* con la Constitución, pasó a considerar las disposiciones constitucionales con relación a la naturaleza del convenio CIADI. El Tribunal citó los artículos 244, 271 de la Constitución de 1998 que contenían garantías constitucionales para la inversión nacional y extranjera, y consideró también el artículo 191 que se refería al reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros medios alternativos para la solución de conflictos. En concordancia con el mencionado artículo, el Tribunal se refirió a los artículos 41 y 42 de la Ley de Mediación y Arbitraje, los cuales indican los criterios para considerar a un arbitraje como internacional y que

³ Dictamen Nro. 171-2000-TP del Tribunal Constitucional del Ecuador publicado en el Registro Oficial No.180 del 10 de octubre del 2000.

este será regulado por los tratados y otros instrumentos internacionales en vigencia para Ecuador.⁴

Basándose en la normativa constitucional expuesta, el Tribunal concluyó que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico pues, *“no está en contraposición por cuanto para acudir al órgano creado por dicho Convenio es indispensable que -en este caso- el Estado ecuatoriano, a través del titular del Ejecutivo, dé su consentimiento al momento de suscribir un contrato.”* En este mismo sentido el Tribunal indica que no existe contradicción de la Constitución con el Convenio puesto que este dispone en su preámbulo que el Estado no se encuentra obligado a someter ninguna diferencia a conciliación o arbitraje a menos que exista el consentimiento del mismo. Desafortunadamente este análisis no consideró la prórroga de la jurisdicción a arbitraje internacional de inversiones a través de los TBI que abarcan una amplia variedad de opciones para que un inversionista extranjero pueda demandar. Así mismo, no se consideró la posibilidad que tribunales arbitrales constituidos y procediendo bajo las reglas del centro de arbitraje CIADI realizarían interpretaciones extensivas de lo que constituye consentimiento del Estado bajo un TBI.

El Tribunal Constitucional indicó que *“por otro lado, se estaría cumpliendo con algunos de los tres requisitos (los literales a/ y b/) señalados en la Ley de Arbitraje respectiva en cuanto a que para ir al arbitraje u otro medio similar es necesario que se trate de un nacional de otro Estado (o sea que debe ser extranjero) frente al Estado ecuatoriano y que este nacional extranjero esté domiciliado fuera del Ecuador”*.⁵ Esta conclusión resultaba confusa y parecía referirse a los requisitos establecidos en el artículo 41 de la referida ley, la cual no hacía más que definir un arbitraje internacional y no sería suficiente para considerar la legalidad de un tratado internacional como el Convenio CIADI.

De tal forma, el Tribunal concluyó que las disposiciones del Convenio *“guardan conformidad con el texto constitucional en cuanto condiciona el sometimiento a la jurisdicción del*

⁴ Ecuador. *Ley de Mediación y Arbitraje*. Quito, 4 de Septiembre de 1997.

⁵ Dictamen Nro. 171-2000-TP del Tribunal Constitucional del Ecuador publicado en el Registro Oficial No.180 del 10 de octubre del 2000.

*Centro a la existencia de un consentimiento escrito de las partes, se entiende que una de ellas se refiere al Estado contratante”*⁶ Este dictamen contó con el voto favorable de 5 miembros del Tribunal y con 3 abstenciones, sin embargo ninguno de los miembros que se abstuvieron del voto favorable emitió voto salvado o explicación de su abstención. El dictamen del Tribunal Constitucional se constituyó así en el principal argumento de la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso Nacional para mocionar al Pleno la aprobación del Convenio, el que luego fue ratificado por Decreto del Presidente de la República Gustavo Noboa Bejarano.

En ese momento, Ud. integraba el Tribunal Constitucional, que emitió opinión favorable para la suscripción del Convenio CIADI, lo que me hace suponer fundadamente, que en las actuales instancias tal criterio favorable es el que tiene actualmente el Señor Presidente y en virtud de ello, me parece que el criterio de imparcialidad que se debería tener al analizar la petición presidencial no es tal, ya que existe un precedente que lo relativiza de manera evidente. Es cierto que las opiniones cambian y las concepciones jurídicas que uno tenga en un determinado momento pueden modificarse, sin embargo en todo lo que hace al arbitraje internacional y el sometimiento del Ecuador al CIADI, no ha existido nunca el menor cuestionamiento por su parte, ni como integrante del Tribunal Constitucional, ni como prestigioso jurista que es, y eso suma mis reparos a su intervención al tratar la cuestión traída a conocimiento de esta Corte y que fuera parte del “amicus curiae” que interpusiera oportunamente.

A lo expuesto anteriormente se suma otro hecho que estimo de singular relevancia, y es el hecho, de que su hija la Dra. CLAUDIA SALGADO LEVY, ocupa el importante cargo de Directora Nacional de Asuntos Internacionales de la Procuraduría del Estado, que es precisamente la Dirección que se ocupa de todos aquellos asuntos referidos a los temas internacionales referidos al arbitraje. En importantes trabajos de la autoría de esta distinguida letrada he visto también que ella no presenta reparo alguno al arbitraje internacional y a la actuación del CIADI en las distintas disputas en las que pueda encontrarse el Estado ecuatoriano,

⁶Ibidem.

cuestión esta que procedimos a analizar en la CAITISA, mostrando los perjuicios ocasionados al país por este sistema de arbitraje internacional. Los casos de Oxy y de Perenco son claros ejemplos de esas decisiones arbitrales que suponen afrontar enormes sumas de dinero en concepto de reparación a esas empresas.

La Dra. Salgado Levy es docente especializada en arbitraje internacional comercial y de inversiones. Como es de su conocimiento ella trabajó durante varios años en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en Ginebra donde realizó varios análisis y reportes sobre tratados internacionales de inversión y sobre arbitraje internacional en materia de inversiones. Obtuvo su Ph.D en Derecho Internacional en su enfoque sobre arbitraje de inversiones internacionales en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y Desarrollo en Ginebra, Suiza, donde además cursó un Master en Derecho en Solución de Controversias Internacionales de la Universidad de Ginebra. Si bien no resulta inevitable que exista coincidencia de criterios jurídicos sobre arbitraje internacional entre la Dra. Salgado y Ud., ello en el presente caso resulta cuestionable, debido a los antecedentes que citara respecto a su anterior actuación en el Tribunal Constitucional. Es decir pareciera que existe coincidencia objetiva sobre esa cuestión sobre la que debe decidirse, y queda confirmada por la reciente presentación del Procurador General, Dr. Iñigo Salvador Crespo, en favor de la ratificación del Convenio CIADI, ya que él resulta el superior inmediato de la Dra. Salgado, existiendo entre ambos la lógica coincidencia sobre cuestiones jurisdiccionales que cuestionamos en la CAITISA, y están relacionadas con mi anterior presentación.

Entre las causales de excusación obligatoria para juezas o jueces de la Corte Constitucional mencionadas por el Art. 175 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establecen las siguientes aplicables al presente caso:

1. Tener ella o él, su cónyuge o conviviente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

2. Ser cónyuge o conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandataria o mandatario, o de su abogada o abogado defensor.

En el caso traído a consideración de esta Corte resulta evidente el interés de la Dra. Salgado, no solo por sus criterios favorables al arbitraje sino por el criterio sustentado en la causa por la Procuración del Estado a la que ella pertenece como Directora Nacional de Asuntos Internacionales. En efecto en la presentación que efectuara el Dr. Marco Antonio Proaño Durán, como Director Nacional de Patrocinio y Delegado del Procurador de la República, se repitieron los argumentos del Secretario General Jurídico de la Presidencia en el sentido de que dada las características del Convenio CIADI, no corresponde la intervención de la Asamblea Nacional. Indudablemente que esos criterios son sustentados por todos los directores de la Procuraduría, porque de lo contrario no podrían ocupar tales cargos, pero además la especial función que desempeña la Dra. Salgado Levy hace mucho más comprometido su interés, debido a las opiniones que sustentara en sus importantes trabajos, y aún su labor en los distintos arbitrajes llevados adelante por la Procuraduría.

La relación familiar que lo une con la Dra. Salgado Levy, sumada a las anteriores circunstancias que planteara *ut supra* determinan que por una razón de prudencia jurídica, debiera excusarse de intervenir en la cuestión planteada por el gobierno que preside Guillermo Lasso Mendoza.

Como dijera anteriormente, aquí no estoy cuestionando ni su honorabilidad, ni su versación jurídica que es más que conocida en todos los ámbitos de su actuación, como así también el respeto y la consideración que existe en los mismos sobre su persona. Sino que estoy valorando cuestiones que se encuentran muy bien especificadas en la norma legal que citara, y que también tienen que ver con ese derecho sustancial que sostuvo el eminente jurista brasileño André Franco Montoro, quien reiteradamente hablaba de no estar condicionado por formas procesales que muchas veces en su rigidez impiden la búsqueda de la verdad. Es por ello que estimo que una interpretación amplia de las

normas establecidas por el art.175 citado, hacen viable que Ud. deba excusarse.

Por lo anteriormente expuesto, al Sr. Presidente de la Corte solicito:

1.- Se tenga presente la recusación efectuada, a los efectos de que Ud. se excuse de intervenir en la presentación efectuada por el Secretario General Jurídico de la Presidencia Dr. Fabián Pozo Neira.

2.- Se de curso al proceso de recusación a los efectos que correspondan.

3.-. Se tenga presente lo demás expuesto que

SERA JUSTICIA

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Fabián Pozo Neira', written over a horizontal line.