

EFFECTUA RECUSACIÓN.

Señores Jueces y Juezas de la Corte Constitucional::

ALEJANDRO OLMOS GAONA, ciudadano argentino, con pasaporte número AAA990688, constituyendo domicilio legal en la Avenida 12 de octubre 1035, Edificio 12 de Octubre, piso 10, oficina 1002, en Quito; con correo electrónico olmosgaona@gmail.com, ante esa Corte Constitucional, me presento y como mejor proceda en derecho digo:

El 16 de agosto de 2019, el Tribunal de la Sala de Admisión, conformado por los Dres. Hernán Salgado Pesantes, Carmen Corral Ponce y Daniela Salazar Marín, admitió a trámite la acción de interpretación presentada por la ex Presidenta de la Asamblea Nacional, Elizabeth Cabezas Guerrero, con base en la resolución del Pleno de la Asamblea Nacional de 28 de junio de 2018 en la que se decidió: “*Artículo 1.- Solicitar a la Corte Constitucional del Ecuador, la interpretación del primer inciso del artículo 422 de la Constitución (...)*”. Tal acción de interpretación corresponde al caso N. 0002-18-IC. que oportunamente se presentara para la consideración de esa Corte.

Al haber tomado conocimiento de tal circunstancia, el día 2 de marzo del año 2020, presenté un “Amicus Curiae” a los efectos de aportar elementos de relevancia que pudieran ser evaluados por ese Tribunal. En ese momento yo ignoraba que el Dr. Hernán Salgado Pesantes y la Dra. Teresa Nuques Martínez podían estar incurso en causales de recusación para expedirse sobre el tema, debido a lo cual no los recusé.

Con posterioridad y a través de elementos que fui recolectando, pude tomar conocimiento que los referidos magistrados deben excusarse de intervenir en la acción de reinterpretación oportunamente solicitada, debido a una serie de hechos que estimo de singular relevancia y que son fundamento de esta acción de recusación que debe formar parte del “Amicus” presentado el 2 de marzo de 2020, como lo señalara ut-supra.

FUNDAMENTOS DE LA RECUSACIÓN RESPECTO AL DR. HERNAN SALGADO PESANTES.

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 incursos 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

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»

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 recusación, pues parecen poner en duda «la honorabilidad y profesionalidad del juez recusado²».

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, como también los antecedentes de la Dra. Nuques Martínez; sino plantear cuestiones que, a mi juicio, tienen entidad suficiente para que se excusen ambos de intervenir en la presente acción de inconstitucionalidad.

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, remitiendo el informe de la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del Congreso Nacional respecto al Convenio CIADI,

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

“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, Gonzalo Salvador Holguín, que *“se debería asegurar que el dictamen del Tribunal Constitucional sea favorable de manera que se facilite la aprobación por 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.

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

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 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 indicó

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

que no existía 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

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

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 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, el Dr. Salgado Pesantes 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 Sr. Presidente y en virtud de ello, me parece que el criterio de

⁶Ibidem.

imparcialidad que se debería tener al analizar la petición de la Asamblea Nacional 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 como abogado, magistrado, ni como integrante del Tribunal Constitucional, ni como prestigioso jurista que es, y eso suma mis reparos a su intervención al tratar la acción de reinterpretación del Artículo 422 de la Constitución de la República, ya que se infiere que esa petición tiene como objeto relativizar la prohibición contenida en la primera parte de la referida norma.

A lo expuesto anteriormente se suma otro hecho que estimo de singular relevancia, el de que su hija la Dra. CLAUDIA SALGADO LEVY, quien 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. 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 su padre, 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](#)⁷ que hiciera el Procurador General, Dr. Iñigo Salvador Crespo, en favor de la ratificación del Convenio CIADI, ya que él resulta ser el superior inmediato de la Dra. Salgado, existiendo entre ambos la lógica coincidencia sobre cuestiones jurisdiccionales.

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.

⁷ <https://bit.ly/Carta-PGE-CorteConstitucional>

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 Procuraduría General del Estado a la que ella pertenece como Directora Nacional de Asuntos Internacionales. En efecto en la [presentación](#)⁸ que efectuara oportunamente el Dr. Marco Antonio Proaño Durán, como Director Nacional de Patrocinio y Delegado del Procurador de la República, al pedir opinión a la Corte sobre si debía remitirse a la Asamblea Nacional la suscripción del Convenio CIADI 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, además de su labor en los distintos arbitrajes llevados adelante por la Procuraduría.

La relación familiar que une al Dr. Salgado Pesantes con la Dra. Salgado Levy, sumada a las anteriores circunstancias que planteara ut supra determinan

⁸ <https://bit.ly/Carta-PGE-CorteConstitucional>

que por una razón de prudencia jurídica, debiera excusarse de intervenir en el pedido de reinterpretación del art. 422 de la Constitución señalada en la Causa 0002-18-IC, ya que trata precisamente de una cuestión donde él emitiera opinión con anterioridad y donde su hija además de ser funcionara e intervenir en cuestiones arbitrales, ha expuesto públicamente sus concepciones favorables a este tipo de solución de conflictos.

Como dijera anteriormente, aquí no estoy cuestionando ni la honorabilidad, ni la versación jurídica del Dr. Salgado Pesantes 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 sostuviera 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 el Dr. Salgado Pesantes deba excusarse de intervenir en la presente acción.

FUNDAMENTOS DE LA RECUSACIÓN RESPECTO A LA DRA. TERESA NUQUEZ MARTÍNEZ

La recusación respecto de la Dra. Nuquez Martínez se funda en que es suficientemente conocida su posición respecto a la procedencia del arbitraje internacional, criterio dado a conocer en oportunidades donde se la invitara a exponer. Como es de público conocimiento el 12 de junio de 2018, se hizo presente en la Asamblea Nacional del Ecuador en calidad de Directora del Centro de Arbitraje y Mediación y delegada del Presidente de la Cámara de Comercio de Guayaquil donde planteó abundantes argumentos jurídicos en favor del arbitraje, considerando que el mismo estaba autorizado en la Constitución, coincidiendo en esa oportunidad con el criterio de la asambleísta Arteaga, quien habíase manifestado en el sentido de una reinterpretación del artículo 422 de la Carta Magna favor del arbitraje.

Analizando las numerosas publicaciones efectuadas por la Dra. Nuquez Martínez, puede observarse que ella considera que un Tratado Bilateral de Inversión, sin dejar de ser un instrumento jurídico es más que todo un instrumento de desarrollo de la economía. Tal posición sostenida en diversos ámbitos, hace incompatible que ella como miembro de esta Corte tenga la imparcialidad suficiente para opinar sobre la inconstitucionalidad que aquí se plantea, al

haber emitido con anterioridad opinión favorable al arbitraje que plantea la Convención CIADI. También puede verse uno de sus trabajos “Una aproximación al arbitraje en el Ecuador desde la óptica constitucional, del que es autora, junto con el Dr. Santiago Velázquez Velázquez, en la obra *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*” - Madrid 2011.

La Dra. Nuñez Martínez es una experta en cuestiones arbitrales y al respecto puede verse la Tesis de doctorado presentada en el año 2016 en la Universidad de La Coruña cuyo título es: “**Jurisdicción y arbitraje: Análisis comparativo en los ordenamientos jurídicos ecuatorianos y español**”, y sus criterios, como ya dijera son públicos, por lo cual tiene opinión formada al respecto, debido a lo cual entiendo que no puede sustanciar una petición donde ya se conoce cuál va a ser el criterio que sustente.

El artículo 175 numeral 1 de la vigente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece como causa de excusa de todo juez o jueza constitucional el tener interés directo o indirecto en la causa, y la posición de la Dra. Nuñez Martínez, respecto del arbitraje, significa un adelantamiento de opinión, porque la misma ha sido expresada reiteradamente a través de sus trabajos jurídicos. En razón de ello, estimo que tiene la

obligación legal de excusarse, por lo cual corresponde que se haga lugar a la recusación de la Dra. Nuques Martínez, dada la implicancia que tiene el tema traído a consideración de esta Corte, que ella integra como jueza.

Por lo anteriormente expuesto solicito:

1.- Se tenga presente la recusación efectuada respecto de los Dres. Hernán Salgado Pesantes y Teresa Nuques Martínez.

2.- Se les notifique de la misma a los recusados y se resuelva de conformidad con lo peticionado.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERA JUSTICIA

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'S. Salgado', with a horizontal line underneath it.