

JURIS DICTIO

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO



Octubre 2007

JURIS DICTIO

Año VII, Nº 11

Iuris Dictio

**Revista del Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito**

Año VII, Nº 11

Quito, Octubre 2007

**Director:
Fabián Corral Burbano de Lara**

**Editor:
Diego Pérez Ordóñez**

**Diagramación, impresión:
Ediciones Abya-Yala**

Las opiniones de los colaboradores de la Revista del Colegio de Jurisprudencia no implican que el Colegio de Jurisprudencia ni la Universidad San Francisco de Quito necesariamente estén de acuerdo con ellas.

| | |
|--|------------|
| EDITORIAL | 5 |
| <hr/> | |
| SECCIÓN MONOGRÁFICA “ASPECTOS SOBRE ARBITRAJE” | |
| <hr/> | |
| <i>Fernando de Trazegnies Granda</i> El Rasgado del Velo Societario en la Determinación de la Competencia Dentro del Arbitraje | 7 |
| <i>Manuel Villa-García Noriega</i> ¿Cómo Defender la Jurisdicción Arbitral Pactada Frente a las Cautelares y a los Amparos? | 17 |
| <i>Carlos Ruska Maguiña</i> Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú | 22 |
| <i>Rodrigo Jijón Letort</i> La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros | 26 |
| <i>César Coronel Jones</i> Arbitraje y Procedimiento | 37 |
| <i>Álvaro Galindo Cardona</i> El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones | 42 |
| <i>Dunker Morales Vela</i> Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas | 48 |
| <i>Edgar Neira Orellana</i> El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana | 62 |
| | |
| SECCIÓN LIBRE | |
| <hr/> | |
| <i>Allan R. Brewer-Carías</i> El Inicio del Proceso Constituyente en Ecuador en 2007 y las Lecciones de la Experiencia Venezolana de 1999 | 71 |
| <i>Domingo García Belaunde</i> Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional | 95 |
| <i>Jorge Zavala Egas</i> La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano | 100 |
| <i>María Elena Corral</i> Sobre “la Pastilla del Día Después” | 108 |
| <i>Sebastián Ignacio Donoso Bustamante</i> Recursos Genéticos, Patentes de Invención y el ADPIC | 115 |
| <i>Vladimir Villalba Paredes</i> La Teoría de los Poderes Implícitos | 126 |
| NUESTROS COLABORADORES | 139 |

El Rasgado del Velo Societario en la Determinación de la Competencia Dentro del Arbitraje

Fernando de Trazegnies
Granda

En circunstancias excepcionales, cuando está en juego la verdadera común intención de las partes, afectada por el fraude o el abuso del derecho con sus múltiples matices, es preciso integrar dentro del arbitraje a quienes son parte de la controversia pero que pueden no haber firmado el convenio arbitral.

I. EL VELO SOCIETARIO

1. Consideraciones básicas.

En el mundo moderno, se presenta cada vez más el caso de relaciones económicas en las que las partes están constituidas a su vez por redes de relaciones.

Tanto en el ámbito internacional como en el nacional pueden encontrarse situaciones tales como que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado y, para este efecto, utiliza una u otra de las compañías que integran el grupo, según criterios de especialidad o de oportunidad; y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra no necesariamente aquella empresa que la ejecutó directamente y que tiene un patrimonio reducido sino sobre la más importante de las compañías de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación sólo incidental en la obra. Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido escamoteado.

En estas circunstancias, los juristas, los jueces y los árbitros se preguntan si es posible responsabilizar a todas las compañías de un grupo económico por los actos de una de ellas o, inversamente, si una cualquiera de las compañías del grupo tiene derechos para exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el

contrato. Y es para responder a esta pregunta que se ha desarrollado en los últimos treinta años -primero en los países anglosajones pero ahora también en los países europeos y a nivel de los mecanismos de resolución de conflictos privados internacionales- la teoría de que, en ciertos casos, es posible "rasgar el velo societario" y tomar en cuenta las relaciones que existen detrás de la forma de persona jurídica independiente que ostenta la sociedad directamente contratante.

Es así como, desde hace algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y tribunales arbitrales internacionales ha tentado, cautelosa pero valerosamente, el camino espinoso de ver más allá de las formas jurídicas para resolver los conflictos de manera más conforme con la realidad. El descorrimiento del velo societario es una institución nueva, destinada a evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato. Para llegar a ese punto, se ha creado la teoría del "grupo de sociedades" -también llamada del *alter ego* o del rasgado o descorrimiento del velo societario (*piercing the corporate veil*) o, por último, como la teoría del *disregard*-, que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria.

Esta es, sin duda, materia jurídica altamente controvertida. Pero poco a poco, jueces, árbitros y tratadistas se han aventurado a explorar este peligroso -aunque muchas veces indispensable- túnel conceptual que permite atravesar la aparentemente maciza montaña de la personalidad societaria para echar una mirada al paisaje que se presenta del otro lado.

Como señalan los árbitros de un proceso auspiciado por la International Chamber of Commerce, el concepto de grupo no se basa en la independencia formal que nace de la creación de entes legales separados, sino en la uni-

dad de orientación económica dada por una autoridad común¹.

2. Condiciones para el rasgado del velo

Obviamente, tal “desvelamiento” sólo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica; lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, con todas las consecuencias que ello implicaría para el sistema económico liberal-capitalista que predomina en nuestro tiempo. Por consiguiente, las razones para arrancar el velo societario tienen que ser muy graves y específicas. Esto significa que los criterios para que un juez admita rasgar el velo societario tienen que ser trabajados con suma ponderación, de manera que muestren la excepcionalidad del caso.

¿En qué casos se admite ahora examinar el cuerpo de intereses comerciales que se encuentra más allá de los tules formales?

En principio, la doctrina sostiene que la sociedad debe ser ignorada como una existencia separada cuando ello es necesario para “hacer justicia básica”². Dado que ésta es una formulación todavía muy genérica y discutible (¿qué es justicia básica?), la doctrina ha ido más lejos a través de casos concretos sentando los fundamentos de la nueva institución en dos conceptos claves: evitar el fraude y controlar el abuso del derecho.

Uno de los casos típicos en que tal doctrina ha sido aplicada es cuando, aprovechando el velo de la forma societaria, el socio pretende quedar inmune frente al incumplimiento de ciertas obligaciones societarias fundamentales. No cabe duda de que quien se trata de ocultar detrás de una careta social (sociedad entendida como una existencia separada) para evitar cumplir con lo dispuesto en los Estatutos de aquella sociedad en la cual la primera es socia, está incurriendo en la situación mencionada. Esta situación se ha presentado, por ejemplo, cuando uno de los accionistas ha pretendido burlar los derechos de preferencia en la transferencia de las acciones sociales, utilizando una tercera sociedad de su grupo económico.

Como sostiene Hamilton: “Una explicación para rasgar el velo societario [...] es que el accionista no se encuentre permitido primero de ignorar las reglas de la conducta societaria y entonces, posteriormente, reclamar el beneficio del escudo societario”³. En ese caso, puede decirse con propiedad que la pretendida sociedad no es sino un “*alter ego*” o un “instrumento” de quien se esconde detrás del velo societario; y, consecuentemente, hay que descorrer tal velo para apreciar la situación de manera honesta y adecuada a la intención estatutaria.

Otro de los campos de aplicación de tal doctrina es en las relaciones entre principales y subsidiarias. Si bien no toda subsidiaria puede ser considerada simplemente una agente de la principal, los conceptos clásicos (e insoslayables para el Derecho) de equidad, buena fe, “*fairness*”, etc. hacen que el carácter formalmente independiente de la subsidiaria se pierda si a través de ella se pretende hacer algo que va contra el espíritu del pacto societario.

La situación puede presentarse no sólo en el interior de una sociedad sino en las relaciones de una sociedad perteneciente a un grupo frente a terceros vinculados contractualmente con alguna de las otras sociedades del grupo. El velo societario puede ser utilizado para que la sociedad responsable frente al tercero en un contrato de obra sea aquella a la que es más difícil emplazar judicialmente o aquella que menor patrimonio tiene para responder por el daño causado en la defectuosa ejecución o en la inexecución del contrato.

En esos casos, también puede decirse que la pretendida sociedad no es sino un “*alter ego*” o un “instrumento” de quien se cubre con el velo societario para defraudar los derechos de la sociedad misma o de otros socios o de terceros; y, consecuentemente, es justo descorrer tal velo para apreciar la situación de manera honesta y adecuada a la intención estatutaria, salvando la buena fe y la honestidad que se deben los socios o los contratantes.

Algunos autores y algunos tribunales prefieren utilizar palabras más gruesas para calificar a la “sociedad-escudo”, tales como las de “sociedades títeres” o “marionetas comerciales”.

III. EL RASGADO DEL VELO EN EL PERÚ

En el Perú, la doctrina del descorrimento del velo societario y de las implicancias jurídicas de que exista un grupo económico detrás de la sociedad, ha sido acogida tanto por los tratadistas como por jueces nacionales y tribunales arbitrales en sus sentencias y laudos.

Dentro de la legislación civil peruana, los conceptos de buena fe y de abuso del derecho, que forman parte del ordenamiento positivo vigente, permiten adelantar por el camino de la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad y pasar más allá de ella, apoyados estrictamente en la ley.

El artículo 1362 del Código Civil dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Es ésta una regla abierta, sujeta a interpretaciones variables, pero con un núcleo básico insoslayable.

En última instancia, buena fe es honradez, porque esta idea está estrechamente vinculada con la fidelidad, con la lealtad en el obrar; y la palabra “fe” (*fides*) tiene su origen en la palabra “fidelidad” (*fidelitas*). Tener fe en alguien es pensar que va a actuar con fidelidad, con lealtad; y tener buena fe en sus actos significa actuar sin que la conducta pueda ser interpretada como una traición, como una deslealtad. En consecuencia, fe, honradez, lealtad, son conceptos que forman un sistema, que crean una atmósfera en las relaciones contractuales basada en la confianza recíproca y en el cumplimiento de los pactos no solamente en la letra sino sobre todo en el espíritu en que fueron concebidos.

De ahí que el artículo del Código Civil que he citado asocia también la buena fe al respeto a la común intención de las partes: aquello a lo cual las partes contratantes deben ser fieles es a la común intención de ellas. En

otras palabras, establecida una voluntad común, expresa o tácita, explícita o implícita, los contratantes deben actuar de manera que esa voluntad o intención común se desarrolle en forma sana y natural, sin perversiones ni distorsiones, sin aprovechar las circunstancias ni las variaciones de interpretación para desvirtuarla, sin pretender escaparse de esa intención común mediante artificios o razonamientos basados en un aparato de documentos que ofenden la verdadera voluntad original de los contratantes.

Por su parte, la institución del abuso del derecho, que fue creada a mediados del siglo pasado en Francia con contornos imprecisos, adquiere mucha importancia dentro de este contexto. Originalmente, tuvo un alcance limitado y excepcional. Sin embargo, la institución ha sido desarrollada notablemente más tarde hasta el punto de desbordar la primigenia idea francesa. Es así como en el Perú la doctrina ha ampliado y profundizado esta institución hasta convertirla en un principio fundamental de eticidad del Derecho en general, subyacente en toda relación jurídica y garante de la buena fe y de la común intención de las partes en el campo contractual. Y es así como el Código Civil de 1984 le ha dado un alcance sin precedentes, al consagrarla de manera plena en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. Como lo atestigua el ilustre jurista desaparecido D. José León Barandiarán, autor de esa parte del Código actual: “No cabe ya abrir polémica sobre la conveniencia de adoptar la figura del abuso del derecho”⁴; y también: “El abuso del derecho es hoy una figura admitida en términos generales para las relaciones de Derecho Privado”⁵.

En razón de ello, es importante señalar que el abuso de derecho no debe ser entendido en nuestro medio desde la limitada perspectiva de la doctrina francesa sino como una institución bastante más amplia y en pleno crecimiento teórico. Para el Derecho peruano, como señala Marcial Rubio, “el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas”, “que es aplicable no sólo al Derecho Civil sino a todo el sistema jurídico; y que su mayor riqueza sólo puede provenir del desarrollo jurisprudencial”⁶. Dentro de esa línea, Juan Espinoza, en sus *Estudios sobre el Derecho de las Personas*, trata del abuso de la personalidad colectiva como una especie del principio general del abuso del derecho⁷; y señala que el remedio jurídico consiste en la desestimación de la personalidad para evitar los efectos no queridos por el Derecho⁸.

Por consiguiente, ya sea en razón de la buena fe clásica que debe presidir toda negociación, ejecución o interpretación de relaciones jurídicas, ya sea para evitar esa incongruencia que se conoce como abuso del derecho, los jueces pueden ignorar la existencia de la persona jurídica para ir más allá de las formas legales hasta encontrar a los verdaderos centros de decisión de los intereses económicos y, consecuentemente, revelar aquellos que son en última instancia responsables de las consecuencias de la operación.

Sin perjuicio de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales a los que me he referido, es interesante notar

que esta teoría tiene una consagración legislativa expresa en el campo del mercado de valores, habiendo quedado definido su objeto de la siguiente forma: “Grupo Económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera que sea su actividad u objeto social, donde alguna de ellas ejerce el control de las demás, o donde el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido por una misma persona natural o un mismo conjunto de personas naturales”⁹. Y la norma establece además presunciones *iuris tantum* de la existencia del grupo: “Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de control en los siguientes casos: [...] cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, o acuerdos con otros accionistas, se puede ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica...”¹⁰.

II. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DENTRO DEL ARBITRAJE

1. El problema

Prácticamente, en el mundo de hoy, ya no existe objeción académica alguna para aceptar la teoría del levantamiento del velo societario como cuestión de fondo, a título excepcional y si se cumplen ciertas condiciones de hecho que tendrían que ser plenamente acreditadas. Pero, con relación a esta materia, quedan muchas dudas frente a una pregunta crucial: ¿es aplicable también en la vía arbitral?, ¿puede un árbitro asumir jurisdicción arbitral frente a empresas o personas que no formaron parte -al menos directamente- del convenio de arbitraje sobre la base del desgarramiento del velo societario?

Como señala el Prof. Otto Sandrock, la pregunta sobre “si un convenio arbitral suscrito por una compañía miembro de un grupo de compañías obliga o les da título a otros miembros de ese grupo no signatarios del convenio, queda como una cuestión abierta. Algunos laudos y algunas resoluciones judiciales relativas a este tema, han contestado afirmativamente. Otros laudos y otras resoluciones judiciales han negado todo efecto vinculante -y el nacimiento de cualquier derecho- de un convenio arbitral suscrito solo por uno de los miembros del grupo de compañías en relación con los otros miembros de tal grupo. En doctrina, la respuesta a este problema es tan controvertida como en los dicta de los tribunales arbitrales y de las cortes judiciales”¹¹.

Notemos que los términos de sometimiento de una controversia a un juez y a un tribunal arbitral son bastante diferentes.

La teoría del rasgado del velo societario implica citar como demandado a quien aparentemente no es parte en el negocio contractual cuya naturaleza o consecuencias se discute. Ulpianus entrega en arrendamiento una inmensa pala mecánica a la firma Stercus Colliget S.A., que forma parte del grupo económico Sterquilinium; pero habiendo

quedado inutilizada tal pala y exigiendo que le paguen su valor, encuentra que la firma que contrató con él ha transferido todo su patrimonio a otra empresa del mismo grupo y ahora no puede responder frente a esa obligación. En consecuencia, considerando que el negocio corresponde al grupo económico como tal, Ulpianus demanda también a Mingo Affluenter S.A. con quien nunca ha tenido trato, pero que es la compañía que hace de caja fuerte del grupo.

El juez puede declarar fundada una excepción si considera de plano que la firma Mingo Affluenter S.A. no tiene definitivamente nada que ver por cuanto no fue la persona jurídica que contrató con Ulpianus. Sin embargo, puede también reservar este pronunciamiento para la sentencia por cuanto involucra cuestiones de fondo que merecen ser evaluadas a la luz de toda la prueba que aporten las partes durante el proceso. Y si entonces, rasgando el velo societario, encuentra que la detrás de cada una de estas empresas había una voluntad común que fue realmente con quien contrató Ulpianus y que los trasvases de patrimonio obedecen a mala fe, podría condenar también a Mingo Affluenter S.A. al cumplimiento de la obligación de pagarle el valor de la pala más los daños y perjuicios.

Ello es posible por cuanto el juez ejerce constitucionalmente una función jurisdiccional y cualquiera puede ser demandado ante el Poder Judicial, correspondiendo al juez decidir si a todos los demandados les corresponde el rol de partes contrarias en el proceso sin que éstos tengan más argumentos para exceptuarse que los derivados de su relación causal con los hechos y de la ley.

Sin embargo, las cosas se presentan de una manera diferente ante un tribunal arbitral. En este caso, el árbitro no sólo debe tener en cuenta los hechos y las normas sustantivas para establecer que una determinada persona natural o jurídica es justiciable o no, sino también un principio constitutivo del arbitraje que establece que este método de solución de conflictos resulta de un acuerdo entre las partes y que, por tanto, no es posible involucrar en un procedimiento arbitral a quien no se ha sometido previamente a éste. Dicho en otras palabras, mientras que el juez en tanto que ejerce una función jurisdiccional pública puede involucrar a cualquiera en un juicio a pedido de la parte contraria si considera que hay razones suficientes, el árbitro se limita a ejercer una jurisdicción delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar y, por tanto, puede pensarse que no podría rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral.

Imaginemos el caso de un arbitraje estatutario que ha sido establecido para los desacuerdos entre accionistas o entre éstos y la sociedad o sus administradores. Ahora bien, algunos accionistas sostienen que los problemas que han surgido entre los socios se extienden a otras sociedades con personalidad jurídica independiente pero vinculadas entre sí en tanto que grupo económico; y ofrecen demostrar que el patrimonio de la sociedad matriz de la cual son socios, ha sido desviado hacia esas otras sociedades del grupo, es decir, hacia subsidiarias de las que ellos no son accionistas. En consecuencia, esos accionistas que se sienten defraudados sostienen que demandar a

la empresa de la cual son socios no tiene ninguna significación y que un triunfo legal sobre ella sería una victoria pírrica por cuanto el patrimonio de esa empresa —que ellos contribuyeron a formar— ha sido transferido a una empresa *holding* o, lo que es peor aún, a una telaraña de empresas *holding*.

Notemos que no me estoy refiriendo a una acumulación de acciones (o consolidación, como la llama la doctrina internacional de arbitraje) que supone la integración dentro de un solo proceso de acciones arbitrales indiscutidas contra varias personas, sino propiamente del levantamiento del velo societario para demandar a quien de otra forma no podría ser demandado arbitrariamente por cuanto no fue parte del convenio arbitral. El problema se presenta, entonces, no sólo como una cuestión sustantiva sino, antes que eso, como una cuestión de legitimidad procesal. Estamos ante una aplicación procesal de la teoría del levantamiento del velo.

Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no-signatarios. Desde el punto de vista de los terceros, el contrato —luego, el convenio arbitral— se rige por el principio *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest*¹². Es en ese sentido que el artículo 1363 del Código Civil prescribe que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En consecuencia, en tanto que contrato que se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea pro suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario).

2. Las nuevas tendencias

Sin embargo, en la actualidad, los tratadistas en materia de Derecho arbitral consideran muy formalista la manera como inicialmente se discutió el problema sobre la base simplemente de la participación en el convenio arbitral. Dentro de esa línea, a pesar de la fuerza de la objeción de la doctrina clásica, más contractualista, el presente ensayo pretende justificar que, en ciertos casos especiales, el árbitro pueda incluir a aparentes terceros como demandados dentro del arbitraje para evitar una frustración de la justicia sobre la base de un juego de biombo jurídicos que escuden a quien verdaderamente contrató con la parte demandante aun cuando no firmó directamente el contrato ni la cláusula arbitral, utilizando para ello a una persona jurídica diferente y subordinada.

La posición formalista comenzó a evolucionar —como lo muestra también nuestra actual Ley de Arbitraje que no exige un contrato firmado de arbitraje sino simplemente “documentos-indicios” que permitan suponer la existencia de un acuerdo arbitral— hacia una consideración más sustantiva de las situaciones. Dentro de esta línea de desarrollo, cada vez más se considera que la naturaleza reservada y privada del convenio arbitral puede ser excepcionalmente perforada no sólo en cuanto el análisis de la cuestión de fondo sino también con relación a la compe-

tencia del tribunal arbitral respecto de partes no directamente incluidas en el convenio arbitral.

La doctrina y la jurisprudencia francesa, siguiendo al Prof. Fouchard, se orientaron en el sentido de que un no-signatario del convenio arbitral podía ser involucrado en el proceso arbitral y obligado a aceptar sus resultados, cuando había intervenido en la formación del acuerdo (conclusión), ejecución o terminación del contrato subyacente. Esta teoría, ampliamente difundida, tiene la limitación de ser aplicable básicamente a los contratos de obra, presentando alguna dificultad para adaptarla a otros contratos complejos en los que ciertas partes “no-signatarias” participan sólo en forma indirecta en la formación del negocio que da origen a la cuestión controvertida o no participan pero forman parte del grupo económico que realiza el negocio, como en el caso de las operaciones financieras.

La posición norteamericana adoptó un camino diferente, basado fundamentalmente en el rasgado del velo corporativo. Como lo describe muy gráficamente el Prof. Sandrock, “*Estas teorías sobre el desdoblamiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece sólo como un strawman (“puppeteer” o “marionnette” en inglés; en alemán: “Strohmann”; en francés: “homme de paille” or “prête-nom”)* [en español, diríamos “testaferro”] que cubre al cerebro de la operación, el cual opera detrás del escudo de su subsidiaria”¹³; por ejemplo, puede ser una persona natural o una compañía que controla una empresa con una o varias subsidiarias a las que utiliza como su ‘santuario refugio’ (save haven) para guardar en ellas toda o una parte substancial de la propiedad o activo del negocio, en perjuicio de los accionistas minoritarios de la holding.

A su vez en la jurisprudencia de la International Chamber of Commerce (ICC): “*Hay una fuerte tendencia entre los árbitros que actúan bajo los auspicios de ICC a reconocer que un convenio arbitral firmado por una sociedad que pertenece a un grupo de sociedades, obliga y otorga título a otras compañías miembros de tal grupo, siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas*”¹⁴. Desde hace casi treinta años, ICC -instancia arbitral, cuya jurisprudencia tiene una autoridad a nivel mundial como creadora y orientadora de doctrina en materia de arbitrajes- ha venido introduciendo la posibilidad de rasgar el velo societario incluyendo en sus efectos la ampliación de la competencia del tribunal arbitral.

En un laudo de 1976 de la ICC se incluye a compañías no firmantes del convenio arbitral porque formaban parte de un grupo económico que se manifiesta en diversas formas, *exempli gratia*, nombramientos de Directores que dependen del poder común, de manera que las empresas dominantes y dominadas “*se encuentran indiscu-*

tiblemente vinculadas y comprometidas”. Es verdad que, en ese laudo, todas esas características hacen que la empresa no signataria sea incorporada al arbitraje como filial y teniendo en cuenta que las partes habían incluido a sus filiales en el convenio arbitral, aunque de manera genérica y sin intervención de ellas¹⁵. Pero otro laudo de la ICC, también de 1976, deja en claro que el elemento de haberse pactado la inclusión de filiales en el convenio no es el decisivo para extender la competencia arbitral sino que, de manera más general, es la existencia de compañías no signatarias del convenio arbitral que porque son miembros de un grupo económico lo que las vincula a la litis; hecho que se justifica sobre la base de que manifiestamente era el grupo quien había contratado con la contraparte y que las compañías no signatarias no sólo formaban parte del grupo sino que además habían intervenido directamente en el cumplimiento de la prestación¹⁶.

En las décadas siguientes, encontramos que el concepto de levantamiento del velo para efectos de la competencia se va afirmando, extendiendo a diferentes situaciones y precisándose en sus condiciones, a través de los laudos de los arbitrajes de la ICC. Así, en 1988 hay una decisión muy clara: “*Considerando que un grupo de sociedades posee una realidad económica única, a pesar de la personalidad jurídica distinta que pertenece a cada una, el Tribunal debe tener en cuenta [tal realidad económica] al momento de establecer su propia competencia*”. Y agrega que “*las decisiones de estos tribunales forman progresivamente una jurisprudencia que tener en cuenta, porque ella deduce las consecuencias de la realidad económica y las conforma a las necesidades del comercio internacional*”¹⁷. Y otro laudo de 1990 concluye, prudente pero enérgicamente: “*En resumen, la pertenencia de dos sociedades al mismo grupo o al dominio de un accionista no son [criterios] que por ellos solos puedan jamás ser razones suficientes que justifiquen el levantamiento de pleno derecho del velo social. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona individual aparece como el pivote de las relaciones contractuales que intervienen en un negocio determinado conviene examinar con cuidado si la independencia de las partes no debe, excepcionalmente, ser dejada de lado en beneficio de un juicio global. Esta excepción será aceptable cuando aparezca una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario*”¹⁸.

Debemos pensar que la posibilidad de incluir como partes en el arbitraje a no signatarios del convenio arbitral se encuentra actualmente establecida. Como dicen Chillón y Merino, en el mundo moderno hay situaciones complejas que configuran “*una constelación de actos y contratos en torno a un núcleo inicial, y al servicio de una idea más o menos determinada de colaboración y cooperación*”, lo que da lugar a considerables posibilidades de intervención de personas diferentes¹⁹. Y esta situación se torna aún más dramática cuando los miembros del grupo económico intentan escudarse en los conceptos tradicionales para lograr una inmunidad, ventaja u ocultamiento en el interior de la maraña de las personas jurídicas vinculadas con un negocio determinado.

3. El estado de la cuestión hoy.

La naturaleza reservada y privada del convenio arbitral deja hoy en día entrever excepciones que tienden a precisarse casuísticamente, hasta que sea posible construir una nueva teoría general del arbitraje.

Dentro de la ley peruana, el árbitro podría conocer una causa contra una parte no directamente firmante del compromiso arbitral haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje para decidir acerca de su propia competencia incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral, ya se trate de oposición total o parcial al arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida; norma que autoriza al Tribunal arbitral a considerar estos temas *ex officio* en cualquier estado de la causa y no solamente al ser presentadas por las partes sus pretensiones iniciales.

Los Tribunales arbitrales encuentran un número grande de justificaciones -ya generalmente aceptadas, para reconocer esta excepción: la existencia de terceros beneficiarios o perjudicados; la representación tácita (*mandat apparent*); el *estoppel*; la aceptación tácita; etc. Los juristas que se adhieren a la *lex mercatoria* (idiosincrasia, usos y costumbres del mercado) han estado entre los más entusiastas para introducir en el arbitraje a no signatarios en aras de la buena fe comercial, que es la base de la seguridad recíproca y, consecuentemente, del desarrollo del mercado y de los negocios. Obviamente, su acercamiento a esta tesis no deja de ser cauteloso y por ello exigen tres condiciones: que (i) las empresas no signatarias hayan estado involucradas en la operación económica; (ii) esas empresas, aunque no hayan sido signatarias, sean partes efectivas del negocio y, por tanto, estén vinculadas directamente al tema controvertido; y (iii) esas empresas no signatarias hayan obtenido utilidades o ventajas con el negocio en discusión.

Personalmente considero que, si bien el papel del Tribunal no es inventar un convenio arbitral entre partes que no estuvieron en el convenio original, tampoco le es posible cerrar los ojos frente a los casos en que ese acuerdo se hubiera consumado si el asunto no hubiera sido tan complejo y las posibilidades de creación e intervención de subsidiarias no hubiera pasado desapercibida para algunas de las partes, en contra de lo que representaba la verdadera intención de éstas: el negocio en el cual querían intervenir comprendía más aspectos y más personas jurídicas de los que les fueron presentados al momento de ingresar al negocio sometido a un convenio arbitral.

Por consiguiente, extender el arbitraje a no signatarios vinculados al grupo económico y que han participado posteriormente en el negocio y además han obtenido ventajas con detrimento de los demandantes parece ser, más bien, un ajustarse sanamente a la verdadera intención de las partes. Siendo el convenio arbitral un contrato, la primera regla de interpretación es la prevista en el artículo 1362 del Código Civil: ceñirse a la buena fe y común intención. Lo más importante es la intención, que es el núcleo de lo expresado en el contrato; la buena fe es una forma de evaluar la existencia y el sentido de esa inten-

ción de acuerdo a la voluntad real de los conatantes. Por tanto, es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, que justifica el rasgado del velo societario.

Dentro de ese orden de ideas, una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en materia de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia. Y, aun cuando tal conducta no fuera propiamente fraudulenta, se debe proceder a integrar el arbitraje con las partes no suscriptoras cuando el Tribunal considere la posibilidad de que pueda haber un abuso del derecho sobre la base de enmascararse con el velo societario.

III. ¿CÓMO OBLIGAR A UN NO FIRMANTE DEL CONVENIO ARBITRAL A ACEPTAR LA JURISDICCIÓN ARBITRAL?

No cabe duda, entonces, de que en circunstancias excepcionales, cuando está en juego la verdadera común intención de las partes, afectada por el fraude o el abuso del derecho con sus múltiples matices, es preciso integrar dentro del arbitraje a quienes son parte de la controversia pero que pueden no haber firmado el convenio arbitral. La siguiente pregunta es: ¿qué puede hacer un Tribunal arbitral para que esas partes necesarias tomen su lugar dentro del arbitraje? ¿Tenemos que limitarnos a simplemente invitarlas? ¿Se puede presionarlas? ¿Se puede obligarlas legalmente sin que ello afecte la naturaleza contractual -y, por tanto, voluntaria- del arbitraje?

En realidad, todos estos caminos de solución del problema ha sido propuestos y sobre este punto existe también una clara evolución en las últimas décadas.

Inicialmente, las Cortes norteamericanas consideraban que los Tribunales arbitrales debían otorgar un plazo de 30 días para que aquellos que no habían suscrito el convenio arbitral pero habían sido citados con la demanda decidieran si querían formar parte del proceso arbitral. Sin embargo, dada la interconexión de la materia, las Cortes norteamericanas planteaban, como *conditio sine qua non* para que el tribunal arbitral asumiera jurisdicción sobre ellas, que todos los involucrados se sometieran al mismo *motu proprio*. En caso de que alguna de esas partes necesarias se negara, el arbitraje no podía tener lugar y los interesados debían acudir al Poder Judicial²⁰.

El Derecho colombiano había resuelto en un primer momento el problema en términos análogos: el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, modificó el inciso segundo del artículo 30 del Decreto 2279 de 1989 a fin de dejar explícita la posibilidad de los tribunales arbitrales de citar como partes a quienes no eran firmantes del convenio; pero redujo esta facultad a una mera invitación: los citados debían manifestar expresamente su adhesión al pacto arbi-

tral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario, quedaban extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria, declarándose el Tribunal incompetente para conocer el caso.

Otro recurso empleado por algunos Tribunales arbitrales ha consistido en no rechazar de plano la demanda contra las partes no signatarias y más bien emplazarlas como demandados, con la idea de que esas partes libremente decidan contestar la demanda y aceptar de esta forma la jurisdicción arbitral. En este caso, se entenderá que hay asentimiento cuando se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención, tal como lo establece expresamente la Ley General de Arbitraje peruana en el último párrafo del artículo 10. Pero aquí también, en caso de que esas partes no signatarias impugnen el arbitraje, el Tribunal arbitral tiene que declararse incompetente.

No cabe duda de que el problema merece una solución teórica más profunda.

Un punto fundamental que es preciso tener en cuenta es que si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad -y por tanto utilidad- como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas. De otro lado, si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez y que, por consiguiente, tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada.

Estamos tratando de casos tan complejos, con situaciones tan indisolubles, que no pueden dar lugar a varios procedimientos a la vez -unos ante el Tribunal arbitral y otros ante el Poder Judicial- por cuanto ello resultaría quizá en laudos y sentencias contradictorias. Además, ni los árbitros ni los jueces a cargo de los procesos parciales tendrían el panorama total de la situación, que es indispensable para pronunciar justicia en la forma debida.

Es por ello que, si bien los tribunales arbitrales nacionales e internacionales toman el tema con mucha precaución, tanto en la jurisprudencia del arbitraje internacional como en el arbitraje nacional en diferentes países e incluso en la legislación comparada sobre arbitraje, hay una manifiesta evolución hacia la inclusión forzosa de estas terceras partes necesarias pero no signatarias.

Una solución procesal interesante para esos casos de una complejidad indisoluble en los que sea necesario descorrer el velo societario para los efectos de la competencia del Tribunal, puede ser la aplicación de una figura análoga al litisconsorcio necesario del Derecho Procesal.

Fue Chiovenda quien, en su obra "*Sul litisconsorzio necessario*", advierte la existencia de casos en los que hay una imposibilidad jurídica para pronunciar sentencia de fondo; y esta imposibilidad no resulta de una improcedencia de la demanda sino simplemente de que tal sentencia sería inaplicable (*inutiliter data*) porque las relaciones entre demandante y demandado están inextricablemente ligadas a otras personas naturales o jurídicas que

no son parte de la *litis*. Chiovenda llamó a esta situación "litisconsorcio", que se deriva de tres palabras latinas: "*lis*" (proceso o juicio), "*cum*" (con, en comunidad) y "*sors*" (suerte); que da como significado total "comunidad de suerte en juicio". Así la institución nacía de la imposibilidad de escindir la cuestión *sub litis* que involucraba a más personas que las partes manifiestas en el juicio y de la necesidad de evitar sentencias contradictorias o de caer en una imposibilidad de ejecución convirtiendo la decisión del juzgador en un poema lírico.

La figura del litisconsorcio pretende garantizar el derecho de defensa de personas involucradas pero que no habrían participado del proceso en otras condiciones, como muy bien lo señala la Sentencia de 6 noviembre 1992 del Tribunal Supremo español en la que se afirma: «*la excepción de litisconsorcio necesario se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material objeto del pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar, lo que exige la presencia de todos los que debieron ser parte*». Pero además se garantiza también el derecho del demandante a que se lleve a cabo un proceso con todos los elementos de juicio y que la sentencia o laudo, si recae en su favor, tenga una posibilidad de ejecución real. Por último, se garantiza un valor social conformado por la correcta administración de justicia, ya que es un interés de la sociedad toda que los juicios o arbitrajes no terminen simplemente en "*inutiliter data*", como decía Chiovenda, y que no se abra la contingencia de que sobre un mismo asunto se expidan sentencias y laudos contradictorios, atentando contra la función esencial de los órganos encargados de resolver conflictos (sean judiciales o arbitrales) que es, ante todo, hacer justicia.

El caso de Colombia es muy ilustrativo con relación a esta evolución y constituye un ejemplo sobre el particular.

Luego de haber modificado en 1991 su legislación sobre arbitraje, como hemos visto antes, para dar cabida dentro del proceso a los no firmantes del convenio, comprende que la salida de la mera invitación y, en caso de rechazo, la declaración de incompetencia del Tribunal arbitral, es una claudicación de la instancia arbitral. Abandonar el arbitraje por decisión de los árbitros y entregar el caso al Poder Judicial cuando existía un arbitraje pactado sobre el tema, es convertir en inoperante a la institución. Por eso, en 1998, Colombia modificó nuevamente su legislación arbitral. Esta vez, mediante una novedosa disposición contenida en el artículo 127 de la ley 446 de 1998, que consagró la inclusión de un nuevo artículo - el 30a - dentro del estatuto arbitral contenido otrora en el decreto 2279 de 1989. Esa nueva norma expresa: "*Artículo 127: El decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: artículo 30a: la intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a las normas que regulen la materia en el código de procedimiento civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible del recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente, el*

proceso continuará y se decidirá sin su intervención". Como puede apreciarse, en esta forma la legislación colombiana ha avanzado en la solución del problema asimilando la función del árbitro a la del juez y aplicando las normas procesales comunes más allá de lo pactado en el convenio arbitral.

IV. EL PROBLEMA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

Dado que la inclusión en el arbitraje de terceros no signatarios del convenio arbitral parece ser una exigencia de la Justicia, corresponde todavía preguntarnos si esos desarrollos conceptuales llevados adelante por los tribunales arbitrales internacionales y por la jurisprudencia de otros países son compatibles con la ley peruana.

Desde una posición formalista, algunos podrían entender que el rasgado del velo societario que justifique la ampliación de la competencia del tribunal arbitral y el uso de la institución de la litisconsorcio, no son aceptables dentro de los términos de la ley peruana de arbitraje por cuanto ésta en su artículo 10° exige que el convenio arbitral se celebre por escrito, bajo sanción de nulidad. En consecuencia, dentro de la línea estrictamente privatista del contrato, podría decirse que quienes no han suscrito el convenio no son partes del mismo y no pueden ser sometidos a esta jurisdicción. Por el contrario, obligarlos a participar en un arbitraje que no aceptaron implicaría una desviación del juez natural y una violación del inciso 3° del artículo 139 de la Constitución peruana que establece que: "*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación*".

Sin embargo, no cabe duda de que se trata de una materia controvertida y que permite ensayar interpretaciones diferentes a la tradicional.

Es exacto que la ley peruana exige un convenio arbitral por escrito. Pero esto no implica un documento único y formal denominado convenio arbitral y ni siquiera un documento firmado por quienes podrán ser emplazados por el Tribunal Arbitral.

En efecto, el artículo 10° se refiere a la posibilidad de un simple intercambio de cartas u otros documentos. Y encontramos dos casos en los que explícitamente no se requiere que la parte emplazada haya firmado convenio alguno: los sucesores (art.10) y los socios de una compañía cuyos Estatutos prevén un arbitraje estatutario (art. 48). En estas situaciones, tenemos un arbitraje entre personas que no suscribieron convenio alguno y que quizá no hubieran querido estar envueltas en un arbitraje. Los sucesores simplemente continúan —quizá contra su voluntad— en la posición de aquel a quien suceden. Los socios que no firmaron el acuerdo constitutivo y que ingresan posteriormente a la empresa, no firmaron tampoco acuerdo alguno; y no puede decirse que aceptaron tal acuerdo

al comprar las acciones porque lo más probable es que no hayan conocido el Estatuto y que procedieron a adquirir esas acciones simplemente por su valor en bolsa y debido a la recomendación de sus agentes o banqueros, sin tener conocimiento ni opinión alguna sobre el mecanismo de resolución de conflictos internos que otros socios —que quizá ya no lo son— estatuyeron. En esta hipótesis, no puede, entonces, hablarse seriamente de una "suscripción implícita" del convenio arbitral. Esto significa que la ley peruana considera que el convenio firmado es la forma privilegiada de establecer un arbitraje; pero que también puede darse el arbitraje en la medida de que exista una voluntad manifiesta o una voluntad tácita expresada en algún tipo de papel o una conexión razonable e inseparable de una cierta condición jurídica (como la de socio).

Dentro de ese orden de ideas, podemos pensar que un arbitraje estatutario que, como prescribe el artículo 13° de la Ley General de Arbitraje, versa sobre las actividades, fin u objeto social de la empresa, puede llamar al proceso a partes que están directamente vinculadas con estos temas y que habrían formado parte expresa del arbitraje si no fuera porque se recurrió al velo societario para excluir la posterior investigación judicial o arbitral sobre el cumplimiento de ciertos fines o la ejecución de ciertas operaciones sociales. En otras palabras, el arbitraje estatutario puede ser aplicado incluso a sociedades que, siendo formalmente independientes, se ha comprobado que integran un patrimonio común y una voluntad común, de manera que, de no mediar fraude o abuso de derecho, sus bienes y actividades habrían sido simplemente patrimonio de la sociedad signataria demandada.

Estas empresas escondidas tras el velo societario podrían no haber existido y sus activos habrían sido parte de la empresa principal que contiene la disposición sobre arbitraje. Pero, por una razón que pudiera ser maliciosa (si lo fue o no, sólo puede probarse o negarse en el curso del proceso), estas empresas *alter ego*, aprovechándose del velo societario, están arrancando del arbitraje ciertos fines y operaciones que debieron ser de la empresa principal sujeta al arbitraje estatutario. Como el Derecho no puede amparar el abuso del derecho ni el fraude, la simple posibilidad de que ello esté sucediendo justifica una investigación. Y esto supone que los accionistas de la empresa principal que se sienten perjudicados puedan emplazar a las subsidiarias sobre la base del convenio contenido en los estatutos de la principal y que los árbitros puedan incorporar a tales subsidiarias no signatarias dentro del arbitraje, salvo que demuestren que su constitución y operaciones no han afectado los fines y el patrimonio de la sociedad principal. Obviamente, la carga de la prueba corresponderá a los accionistas demandantes.

Esta posibilidad de incluir en el proceso arbitral a aquellas personas jurídicas o naturales cuya participación en el convenio arbitral se discute está de alguna manera consagrada en la ley peruana cuando el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje. Esta norma dispone que, frente a oposiciones respecto a la existencia, eficacia o validez del convenio, "el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo". Por consiguiente, si el Tribunal decide

resolver el punto con el laudo, esas partes involucradas no tienen más remedio que participar en el procedimiento arbitral hasta el final, aun cuando el laudo finalmente les pudiera dar la razón.

Obviamente, existe el riesgo de que un laudo de esta naturaleza sea invalidado por el Poder Judicial en el caso de que éste tuviera una opinión diferente sobre una materia académica y legalmente controvertida. Así es la vida del Derecho: confrontar continuamente posiciones probables que cada parte considera ciertas desde su punto de vista pero cuya verdad legal sólo será definitivamente establecida con la cosa juzgada.

Sin embargo, es importante enfatizar que el pedido de nulidad de esta incorporación de terceros en el proceso sólo podría deducirse contra el laudo, una vez resuelto el arbitraje. Porque, conforme el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia, e incluso se les faculta expresamente para pronunciarse “sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral”. Esta norma incorpora en la legislación peruana el principio “*kompetenz-kompetenz*” que es uno de los pilares del moderno arbitraje a fin de darle solidez y evitar que, a lo largo del proceso arbitral, se creen incidentes ante el Poder Judicial que impidan a los árbitros

conocer el caso. Es dentro de esta línea conceptual que la ley otorga al Tribunal Arbitral la facultad expresa para resolver de plano si tiene suficiente información o para seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo, si le parece conveniente para aclarar en forma más plena los hechos y relaciones y así llegar a una solución más justa. Por otra parte, el mismo artículo 39 prescribe que “*Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada*”. Por consiguiente, ninguna autoridad puede paralizar el proceso arbitral ni invalidarlo, quedando siempre a favor de las partes afectadas por el hecho de haberse desestimado su oposición, el derecho a pedir la anulación del laudo mediante el correspondiente trámite ante el Poder Judicial una vez terminado el arbitraje.

En conclusión, podemos decir que el tema se encuentra planteado y que dará lugar a muchas discusiones en un futuro próximo debido a la naturaleza y características de las operaciones económicas de nuestra época. Y cada jurista, cada árbitro, deberá pronunciarse de una forma o de otra, guiándose solamente por una razonable interpretación de la ley que se encuentre en consonancia con su propio sentido de justicia.

Notas

- 1 ICC Caso 2375/1975, cit. p. W. Lawrence CRAIG, William M. PARK y Jan PAULSSON: *International Chamber of Commerce Arbitration*. Tercera edición. Oceana Publications. Dobbs Ferry, New York, 2000, p. 77.
- 2 Robert W. Hamilton: *The Law of Corporations in a Nutshell*. West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1991, p. 81.
- 3 Robert W. Hamilton: *Op. cit.*, p. 90.
- 4 José LEÓN BARANDIARÁN: *Exposición de Motivos y Comentarios al Título Preliminar*, en Delia Revoredo de Debakey (compiladora), Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil: *Código Civil*. Vol. IV. Lima, 1985, p. 28.
- 5 José LEÓN BARANDIARÁN: *Op. cit.*, p. 24.
- 6 Marcial RUBIO CORREA: *Título Preliminar*. Biblioteca “Para leer el Código Civil”, vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986, p. 35.
- 7 Juan ESPINOZA ESPINOZA: *Estudios sobre el Derecho de las Personas*. Ed. Huallaga. Lima, p. 424.
- 8 Juan ESPINOZA ESPINOZA: *Op. cit.*, p. 426.
- 9 Artículo 5to. de la **Resolución CONASEV N° 722-97-EF-94.10** de 28 de noviembre de 1997.
- 10 *Ibidem*.
- 11 Otto SANDROCK, “*Arbitration Agreements and Groups of Companies*”, en *The International Lawyer* Bd. 27 (1993) S. 941 - 961.
- 12 El asunto acordado entre otros, no puede perjudicar a los ajenos al acuerdo.
- 13 Otto SANDROCK: “*The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: an enigma still unresolved*” en: *Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, London *et al.*, 2000, pp. 461-487.
- 14 Otto SANDROCK: “*Arbitration Agreements and Groups of Companies*”, en *The International Lawyer* Bd. 27 (1993) S. 941 - 961
- 15 Ives DERAÏNS: *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Fundación Española de Arbitraje, 1985, pp. 139-141.
- 16 Ives DERAÏNS: *Op. cit.*, p. 145.
- 17 ICC caso No. 5103, laudo de 1988, 115 *Journal du Droit International* (Clunet) 1206, p. 1212.
- 18 ICC caso No. 5721, laudo de 1990, 117 *Journal du Droit International* (Clunet) 1019, p. 1024.

Notas

- 19 José María CHILLÓN MEDINA y José Fernando MERINO MERCHÁN: **Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional**. 2a. ed. Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 695.
- 20 W. Lawrence CRAIG, William M. PARK y Jan PAULSSON: *Op. cit.* p. 83.

¿Cómo Defender la Jurisdicción Arbitral Pactada Frente a las Cautelares y a los Amparos?

Manuel Villa-García N.

En Perú el Tribunal Constitucional ha consagrado una nueva etapa dentro de cada proceso arbitral, y este es el proceso de amparo que puede plantearse luego que el Poder Judicial se pronuncie sobre el recurso de anulación.

La creación y la consagración constitucional de la Jurisdicción Arbitral fue producto de la necesidad de contar con un medio alternativo de solución de controversias.

En efecto, ante la gran carga procesal de nuestras cortes, el Arbitraje nació como una alternativa para todos aquellos que necesitaban resolver un conflicto de intereses de forma legal, rápida y eficiente. Así, un conflicto sometido a Arbitraje podía ser resuelto en un plazo promedio de seis meses.

Sin embargo, últimamente, algunos Procesos Arbitrales han sufrido una serie de ilegales intervenciones por parte de algunos Magistrados del Poder Judicial que pretenden desconocer su Jurisdicción. Así, mediante este tipo de ilegales intervenciones, los Procesos Arbitrales son suspendidos por un tiempo indeterminado o los Laudos Arbitrales no pueden ser ejecutados.

A lo largo de la presente exposición, señalaremos algunas de las formas en las cuales el Poder Judicial ha intervenido en la Jurisdicción Arbitral y plantaremos las alternativas que todo litigante puede utilizar para defender dicha Jurisdicción.

El Poder Judicial, aliado del Arbitraje para que éste sea exitoso

Para que un Proceso Arbitral sea exitoso, en muchos casos, requerimos de un aliado muy importante: el Poder Judicial.

La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, establece claramente los supuestos en los cuales, aún cuando las partes incorporen una Cláusula Arbitral a sus contratos, las partes tendrán que acudir al Poder Judicial.

Al respecto, cabe mencionar algunos supuestos que determinan la intervención del Poder Judicial:

- En la celebración de un Convenio Arbitral, durante la tramitación de un Proceso Judicial, disponiendo el Juzgado, el archivamiento de éste si el Convenio Arbitral incluye todas las materias en litigio.
- En la designación de un Árbitro: cuando las partes no se hayan sometido a un Reglamento de un Centro de Arbitraje y una de ellas incumple con la designación de un Árbitro.
- En la designación del Presidente del Tribunal Arbitral (que se da en el mismo caso que el ejemplo anterior): cuando los dos Árbitros nombrados por las partes no se ponen de acuerdo para designar al Presidente.
- En el caso de Árbitro Único: cuando igualmente las partes no se hayan sometido a un Reglamento de un Centro de Arbitraje, y las partes no se ponen de acuerdo para designarlo.
- En el caso que un tercero o un Centro de Arbitraje, al cual las partes se sometieron, no cumple con designar a el o los árbitros dentro del plazo establecido.
- En la recusación de un Árbitro: cuando las partes no se hayan sometido a un Reglamento Arbitral.
- En la actuación de una prueba.
- En la ejecución de Medidas Cautelares.
- En la tramitación del Recurso de Anulación (o Apelación, si se hubiera pactado).
- En la ejecución del Laudo Arbitral: cuando la parte que ha perdido el proceso se niega a cumplir con lo dispuesto en dicho Laudo.

Como se puede apreciar, la Institución Arbitral requiere, necesariamente, del Poder Judicial ya que complementa y coadyuva a la eficiencia y eficacia de cada proceso.

Es evidente entonces que si la intervención del Poder Judicial no se realiza de forma rápida e inmediata, y respetando la Jurisdicción Arbitral consagrada en la Constitución, los arbitrajes se dilatarían innecesariamente volviéndose totalmente ineficientes.

No debemos perder de vista que la institución arbitral se dio como consecuencia que resultaba imprescindible crear un mecanismo alternativo de solución de controversias para descongestionar en parte el Poder Judicial.

La intervención del Poder Judicial en la Jurisdicción Arbitral: Dos casos emblemáticos

Como es de conocimiento de la opinión pública, la independencia de la Jurisdicción Arbitral ha sido vulnerada por una minoría de Magistrados del Poder Judicial.

Dos casos emblemáticos de este abuso son los casos de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y de Aristocrat Technologies Inc., las cuales a través de la publicación de avisos en diversos medios de prensa, tuvieron que luchar contra esta situación.

Pero meditemos un poco: ¿qué piensan los inversionistas y empresarios de nuestro país y/o del extranjero cuando leen en los diferentes diarios los avisos de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. o de Aristocrat Technologies Inc.?

Evidentemente muchos se preguntarán si es aconsejable someter sus contratos de millones de dólares, a la Jurisdicción Arbitral, en el caso de una eventual controversia.

Sin duda, y a pesar de la existencia de estos dos casos emblemáticos que ejemplifican lo que no debe ocurrir con la Jurisdicción Arbitral, consideramos que, como abogados, debemos responder esta interrogante recomendando a nuestros clientes que establezcan en sus contratos una Cláusula Arbitral.

Estos dos casos, que han afectado notablemente la Jurisdicción Arbitral del Perú, han surgido, lamentablemente, por la actitud complaciente de algunos Magistrados del Poder Judicial. Sin embargo, hay que reconocer que en última instancia, las sentencias que vulneraron la Jurisdicción Arbitral fueron revocadas por la Corte Suprema del Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional.

Las Cautelares, los Amparos y los Procesos Penales iniciados contra los Procesos Arbitrales y/o los Árbitros

No hace mucho, a través de los avisos publicados en la prensa por Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., y por Aristocrat Technologies Inc., se dio a conocer a la opinión pública la existencia de múltiples Medidas Cautelares y Procesos de Amparo, iniciados en contra de los Procesos Arbitrales tramitados por dichas compañías.

Algunos Magistrados del Poder Judicial, a través de los mencionados Procesos Cautelares y de Amparo, dispusieron ilegalmente, la suspensión de estos arbitrajes.

Inclusive, en el caso del arbitraje tramitado por Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., se inició un proceso penal contra los árbitros.

Como resultado de este atropello a la Jurisdicción Arbitral, el 4 de julio de 2005, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Cámara de Comercio Canadá – Perú, la CONFIEP y el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, se unieron para publicar un Comunicado a la Opinión Pública, en el Diario El Comercio manifestando su “preocupación sobre la vigencia plena de la institución del Arbitraje en el Perú y su incierto futuro”.

La reacción de la Corte Suprema del Poder Judicial fue inmediata y el mismo 4 de julio de 2005, emitió el Oficio Circular N° 005-2005-P-CS-PJ, que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de agosto de 2005. A través de este Oficio, la Corte Suprema se dirigió a todos los Presidentes de las Cortes Superiores de nuestro país y solicitó “que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente prescritos en la Constitución del Estado, Ley General de Arbitraje N° 26572 y, demás disposiciones legales sobre la materia; esto, a efecto de evitar colisiones innecesarias”.

Sin embargo, algunos Magistrados del Poder Judicial siguieron actuando de forma ilegal y atacando la Jurisdicción Arbitral.

La OCMA y la Especialidad del Magistrado

Es evidente que aquellos Magistrados que emiten sentencias que vulneran la Jurisdicción Arbitral son Magistrados complacientes con los demandantes o que han incurrido en un grave error.

¿Qué puede hacer un litigante en estos casos?

Un primer paso es recurrir a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (en adelante OCMA).

La función de la OCMA es proteger y salvaguardar al litigante contra todo aquel Magistrado que no actúe correctamente.

Lamentablemente en algunos casos se cumple el dicho popular “otorongo no come otorongo” por la forma particular en la que está conformada la OCMA o las Oficinas Distritales de Control de la Magistratura (en adelante ODICMAS).

Nos explicamos. Es común y frecuente que un Magistrado que viene despachando normalmente en su Juzgado, al inicio del año judicial, (coincidentalmente con el cambio de Presidente de Corte Suprema y de Presidente de cada una de las Cortes Superiores), sea trasladado a la OCMA o a las diversas ODICMAS, y que al término de dos años, dicho Magistrado, usualmente, regrese a su Despacho de origen.

La consecuencia es lógica, ningún Magistrado puede controlar con total imparcialidad e independencia si al cabo de un tiempo va a ser controlado por otros.

Por ello, somos de la opinión que cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las Especialidades en Derecho Civil, Familia, Contencioso Administrativo, La-

boral, Penal y ahora también la Sub Especialidad en Derecho Comercial así como la Sub Especialidad en Derecho Constitucional, debería crearse la Especialidad de Control.

En consecuencia, todo Magistrado que ingrese a la OCMA o a las ODICMAs del Poder Judicial, deberá permanecer siempre dentro de dicha Especialidad (a no ser que por causa justificada, sustenten el cambio).

De esta manera, con seguridad veríamos en muy corto tiempo un cambio sustancial en este organismo del Poder Judicial, lo que sería de gran ayuda para todos los litigantes y en especial para aquellas personas que pactan Cláusulas Arbitrales.

Inclusive, podemos generalizar el comentario anterior, mencionando que los Magistrados que se desempeñan en una Especialidad específica no pueden ser cambiados a otra totalmente diferente porque se da el cambio de Presidente de Corte Superior. A manera de ejemplo, podemos mencionar que un Vocal de la Sub Especialidad en Derecho Comercial ha sido enviado a integrar la OCMA, y en consecuencia podríamos preguntarnos, ¿qué especialidad tiene?, ¿la de control o la de comercial?

Nosotros sustentamos que en un mundo globalizado y moderno como el que vivimos no caben Magistrados todistas, y por ello es esencial que el Poder Judicial empiece a cumplir lo que establece su ley orgánica.

En nuestro país no existen Magistrados realmente especializados. Para cambiar el Poder Judicial no siempre es necesario modificar las leyes, en este caso resulta necesario cumplir con la Ley Orgánica del Poder Judicial y respetar la Especialidad.

Al respecto, durante los primeros días de abril de 2007, diversos medios de comunicación han dado cuenta que en el Congreso de la República se ha aprobado el Proyecto de Ley de la Carrera Judicial, aún no promulgado por el Poder Ejecutivo, y que establece en sus artículos 36 y 37 lo siguiente:

“Artículo 36.- Derecho al mantenimiento de la especialidad

La especialidad de los jueces se mantiene durante el ejercicio del cargo, salvo que por razones de necesidad en el servicio de impartición de justicia se requiera el cambio de especialización.

El ingreso a una función especializada no impide postular a distinta especialidad. El juez puede recuperar su especialidad solamente cuando se produzca una vacante.

En el caso de crearse nuevas especialidades, el juez podrá solicitar su cambio de especialidad.”

“Artículo 37.- Determinación de la especialidad

La especialidad se determina por:

1. *La aprobación de los Programas de especialización impartidos por la Academia de la Magistratura;*
2. *la antigüedad en la especialidad durante el ejercicio de la función jurisdiccional;*
3. *el ejercicio de la docencia universitaria en la materia;*

4. *la realización de investigaciones y otros trabajos académicos similares, en la materia;*
5. *las publicaciones sobre materia jurídica especializada;*
6. *los grados académicos de la especialidad; y;*
7. *los trabajos desempeñados en materias afines.”*

El Poder de la Prensa

Sin embargo, consideramos que acudir a la OCMA no es la única opción que tienen los litigantes que se ven afectados por la tramitación de un Proceso Judicial ilegal que menoscaba la Jurisdicción Arbitral.

Los medios de comunicación son el último refugio al que puede acudir todo litigante luego que la OCMA y las ODICMAs no responden oportunamente ante las quejas planteadas.

La lucha titánica contra la corrupción y la defensa de la Jurisdicción Arbitral no hubieran sido posibles sin el Poder de la Prensa. Sin embargo, para ello, los litigantes deben invertir una considerable suma de dinero.

Lamentablemente, no todo litigante cuenta con recursos suficientes para afrontar una Campaña de Prensa, por lo que el objetivo a alcanzar sería que nadie tenga que recurrir a la Prensa para defender sus derechos.

El Tribunal Constitucional: La Defensa del Arbitraje consagrada en los Precedentes Vinculantes:

Por último, aquellos litigantes que necesiten defender la Jurisdicción Arbitral, pueden utilizar en su defensa los Precedentes Vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional al expedir las sentencias en el Proceso de Habeas Corpus (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC), del 28 de febrero de 2006, y en el Proceso de Amparo (Expediente N° 1567-2006-PA/TC), del 30 de abril de 2006, reafirmando que la batalla judicial emprendida para salvar la Estabilidad Jurídica, las Inversiones y la Jurisdicción Arbitral en el Perú, estuvo plenamente justificada.

En efecto, en la Sentencia expedida en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional consagró los siguientes Precedentes Vinculantes:

1. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución. Así, la Jurisdicción Arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.

2. El Tribunal considera y reitera la protección de la Jurisdicción Arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones.
3. Reitera la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje –Ley N° 26572–, que faculta a los Árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los Árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el Proceso Arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del Convenio.

El Tribunal Constitucional resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desee someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los Árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de Jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

4. El Control Judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los Recursos de Apelación y Anulación del Laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje.

Por su parte, el Control Constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5° numeral 4 del precitado código, no proceden los Procesos Constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un Laudo Arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un Proceso Constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho Laudo.

5. El Control Constitucional Jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la Tutela Procesal Efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios Árbitros, de la aplicación de la Jurisprudencia Constitucional o los Precedentes de Observancia Obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha tratado de poner un límite al uso ilegal e indiscriminado que los litigantes estaban haciendo de los Procesos Judiciales para atacar a los Procesos y Laudos Arbitrales.

El aspecto negativo, si así podría llamarse, es que el Tribunal Constitucional, en las sentencias antes mencio-

nadas, ha consagrado una nueva etapa dentro de cada Proceso Arbitral, y este es el Proceso de Amparo que puede plantearse luego que el Poder Judicial se pronuncie sobre el Recurso de Anulación. De esta manera, encontramos que en todo Proceso Arbitral podrían existir hasta cuatro etapas que serían las siguientes:

- El Proceso Arbitral en sí,
- La Etapa de Impugnación (Recurso de Anulación o Apelación si hubiera sido pactado),
- El Control Constitucional (Proceso de Amparo), y
- La Ejecución del Laudo Arbitral.

El Poder Judicial y USAID: La Creación de la Justicia Comercial y su posterior Desarticulación

En el 2004, el Poder Judicial suscribió un convenio con el organismo “*United States Agency for International Development*” (o Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, en adelante USAID), para continuar con el Programa de Justicia auspiciado por ellos.

Con dicho objeto, USAID contrató al Centro Iris de la Universidad de Maryland, de los Estados Unidos de América, para implementar la ejecución del Programa de Modernización de la Justicia Comercial en el Perú.

Muchos fuimos convocados a diversas reuniones de trabajo con el objeto de implementar, de la mejor forma posible, los Juzgados Comerciales en nuestro país. En efecto, esto se logró a través de la expedición de la Resolución Administrativa de la Corte Suprema N° 006-2004-SP-CS, por la que se creó la Sub Especialidad en Derecho Comercial dentro de la Especialidad Civil de los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial, norma que se publicó en el Diario Oficial El Peruano el 2 de octubre de 2004.

Con gran éxito, en abril de 2005, los Juzgados Comerciales y la Sala Comercial empezaron a funcionar, logrando en muy poco tiempo, la total aceptación por todos, por su eficiencia, rapidez y fallos justos. Inclusive, el diario Gestión, el 17 de julio de 2006, publicó un artículo en el que da cuenta que los Juzgados Comerciales a dicha fecha habían resuelto el 85% de los casos recibidos.

Frente a este gran éxito, que podría haber servido para ir cambiando la percepción negativa que tiene la ciudadanía sobre el Poder Judicial, de una manera incomprendible, al inicio del presente año, se desarticuló completamente la Sala Comercial y se ha dispuesto que los Juzgados Civiles les remitan 9,000 casos pendientes de ejecución.

En estos momentos (abril de 2007), y como consecuencia de esa discutible decisión del Poder Judicial, lo que existe en los Juzgados y la Sala Comercial es un caos, reinando nuevamente la lentitud e ineficiencia.

Sugerencias

Como consecuencia de este Primer Congreso Internacional de Arbitraje, proponemos que los principales Centros de Arbitraje del Perú, designen a dos o tres representantes cada uno, y que todos en conjunto, soliciten una reunión de trabajo con el Presidente del Poder Judicial, así como con el Presidente de la Sala Comercial, para:

- a) Solicitar que se expida una norma que establezca la prohibición de interponer varias Medidas Cautelares Fuera de Proceso por una misma persona y por la misma materia, a nivel nacional.
- b) Lograr que se dé la máxima importancia para que el Poder Judicial se informatice a nivel nacional, facilitando el acceso de los justiciables, por Internet, a to-

dos los sistemas de reportes de procesos de todos los Distritos Judiciales, desde un solo lugar.

- c) Resolver urgentemente el caos que impera actualmente en los Juzgados y Sala Comercial.
- d) Crear dos Salas Comerciales adicionales para que sea posible resolver el mayor número de expedientes que tienen a cargo.
- e) Crear la Especialidad de Control en el Poder Judicial, así como se hizo con la Sub Especialidad en Derecho Comercial, para que la OCMA y las ODICMAs actúen cada día mejor.
- f) Implementar la Sub Especialidad en Derecho Constitucional que fue creada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por Resolución Administrativa N° 271-2005-CE-PJ, del 22 de diciembre de 2005.

Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú

Carlos Ruska Maguiña

La diferencia entre el arbitraje administrado o institucional y el ad hoc o libre, está dada por el hecho de que mientras en el primero existe una institución arbitral que se encarga de la organización y administración del arbitral, en el ad hoc, son las propias partes o en defecto de éstas los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada.

Existen diversos criterios de clasificación del arbitraje, uno de ellos está referido a la forma de organización de este importante mecanismo alternativo de resolución de conflictos y a saber, distingue entre el arbitraje institucional o administrado y el ad hoc o libre. Aunque la tendencia mundial actual del arbitraje moderno está orientada hacia el desarrollo del arbitraje institucional, lo que por cierto compartimos dadas las garantías y las ventajas de éste frente al ad hoc; a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, en el Perú y en especial, tratándose del arbitraje nacional o doméstico, al que nos referiremos fundamentalmente en esta exposición, tenemos una marcada preferencia por el arbitraje ad hoc. Las razones trataremos de esbozarlas más adelante.

En efecto, si bien no existen en nuestro país estadísticas confiables que nos permitan determinar con exactitud el número de arbitrajes ad hoc que se han llevado adelante en los últimos años, conversaciones sostenidas durante los últimos seis meses con los árbitros más destacados de nuestro medio y de algunas ciudades del interior del país, nos llevan a concluir, sin temor a equivocarnos, que el arbitraje ad hoc representa hoy en día, no menos del sesenta y cinco por ciento del total de arbitrajes del mercado peruano. Estoy seguro que muchos de los asistentes a este Congreso, en especial nuestros amigos del extranjero, se sorprenderán con esta realidad.

No podemos dejar de reconocer sin embargo, el importante desarrollo que ha tenido en la última década el arbitraje administrado en el Perú, destacando dentro de las instituciones arbitrales de mayor prestigio, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que alguna vez me tocó dirigir. Ello se debe sin lugar a dudas al hecho de contar con una Ley General de Arbitraje, la Ley N° 26572, en vigencia desde el día 6 de enero del año 1996, que es una de las más modernas del mundo y que

tiene normas que favorecen el desarrollo del arbitraje institucional en el Perú.

Ahora bien, cabe preguntarse por cuál optar, ¿arbitraje ad hoc o administrado? La opción dependerá del pacto al que arriben las partes, claro está que para ello es conveniente contar con un adecuado asesoramiento previo, que parta del análisis del caso concreto, lo que permitirá determinar la conveniencia de uno u otro. La decisión es de suma importancia, pues podrá afectar de manera significativa el desarrollo del arbitraje que se promueva en la oportunidad en que surja el conflicto.

En la generalidad de los casos, la opción se toma en la oportunidad de la celebración del convenio arbitral o de la inclusión de la cláusula arbitral en un contrato determinado. En ese momento la relación entre las partes se encuentra en su mejor nivel. Sin embargo, la opción puede también tomarse con posterioridad, ya que la inclusión o no de la clase de arbitraje no constituye un elemento esencial para la existencia y validez del convenio arbitral. Se deberá tener en cuenta que, una vez surgido el conflicto entre las partes, resultará muy difícil ponerse de acuerdo. En todo caso, resultará siempre preferible como lo señalan algunos, pactar un arbitraje administrado y, si las partes luego consideran que es mejor para sus intereses el desarrollo de uno ad hoc, será más fácil hacer el cambio hacia éste.

¿Pero cuál es la diferencia entre uno y otro? La diferencia entre el arbitraje administrado o institucional y el ad hoc o libre, está dada por el hecho de que mientras en el primero existe una institución arbitral que se encarga de la organización y administración del arbitraje, contando con reglamentos que regulan la actividad de los árbitros y las partes, la que en el caso peruano deberá ser constituida como una persona jurídica, pudiendo ser con o sin fines de lucro, privado o público o en su caso mixta, ello se desprende de lo señalado expresamente en el artículo 6° de nuestra Ley General de Arbitraje, Ley N°

26572. En el ad hoc, son las propias partes o en defecto de éstas los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada y se encargan de la organización y administración. A decir verdad, en la práctica muy pocos son los casos en los que las propias partes se ocupan del tema, tarea que termina casi siempre en manos de los árbitros que se encargarán de resolver la controversia.

¿Cuáles son las ventajas y las desventajas del arbitraje administrado y las del ad hoc? La doctrina ha considerado como principales ventajas del arbitraje administrado a las siguientes:

- La existencia de una institución especializada que respalda el arbitraje, es tal vez la mayor de las ventajas. En efecto, las instituciones arbitrales cuentan o deben contar con los medios humanos y materiales necesarios para brindar un adecuado servicio de organización y administración del arbitraje.
- Otra de las ventajas está dada por la existencia de cláusulas tipo o modelo, que las partes pueden incluir en sus contratos, sin necesidad de tener que elaborar una cláusula especial para cada caso en particular. Estas cláusulas refieren que el arbitraje se desarrollará de acuerdo con los reglamentos y bajo la administración de una determinada institución arbitral; de esta manera, se evita la redacción de las denominadas cláusulas patológicas.
- Las instituciones arbitrales cuentan con reglamentos preestablecidos que permitirán el adecuado desarrollo del arbitraje. Estos reglamentos por lo general tienen normas referidas a la elección de los árbitros, la constitución del Tribunal Arbitral, reglas para resolver las recusaciones que se pueden presentar contra los árbitros a lo largo del procedimiento, reglas del procedimiento arbitral en general, de las audiencias, las relacionadas con los plazos, entre otras.
- Listas de árbitros. Las instituciones arbitrales tienen listas de árbitros clasificadas según especialidad de cada uno de sus integrantes. Estas listas facilitan a las partes del arbitraje la elección de los árbitros que decidirán la controversia. Algunas instituciones arbitrales tienen listas cerradas, lo que implica que las partes tienen que elegir a los árbitros dentro de los miembros de la lista de la institución, otras son más flexibles y permiten que las partes puedan designar con libertad a los árbitros sin ceñirse a la lista de la institución; algunas establecen ciertas limitaciones, como el hecho de que el presidente del Tribunal o en caso de árbitros únicos, éstos sean elegidos siempre de la lista.
- Tarifas preestablecidas. Otra de las ventajas de las instituciones arbitrales la constituye sin duda, la existencia de tarifas preestablecidas que hacen perfectamente previsible el costo del arbitraje. Las tarifas están elaboradas en función a la cuantía en controversia y comprenden tanto la tasa administrativa por los servicios que brinda la institución arbitral, como los honorarios que corresponden a los árbitros. Generalmente las tarifas tienen una estructura progresiva acumulativa y en algunos casos se establecen tope máximos, tanto para los honorarios de los árbitros, como para los servicios de organización y administración

brindados por la institución. Las tarifas van aparejadas en muchos casos con un reglamento de donde se establece, entre otras, la forma de calcular los honorarios de los árbitros y el arancel administrativo, en los casos en que el tema en discusión no tenga cuantía determinada ni determinable.

- Actividades de control. Las instituciones arbitrales ejercen una doble actividad de control. Una de control respecto de su propia competencia, lo que implica un control ejercido en la oportunidad en que se presenta una solicitud de arbitraje ante la institución arbitral, correspondiendo a los órganos de la misma analizar la existencia o no de un convenio arbitral entre las partes y del hecho que éstas hayan decidido que la organización y administración del arbitraje esté encargado a dicha institución.

Por otro lado, las instituciones arbitrales ejercen también una importante actividad de control respecto del procedimiento y de los árbitros. En algunos casos, como por ejemplo los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, CCI, la actividad de control se ejerce incluso respecto de los aspectos formales del laudo arbitral, lo que contribuye a evitar los procesos de anulación de los mismos.

Habiendo señalado algunas de las principales ventajas que tiene el arbitraje institucional o administrado, corresponde ahora referirnos a las desventajas. Dentro ellas tenemos a las siguientes:

- Puede resultar más costoso que el arbitraje ad hoc. Si bien en términos generales el arbitraje institucional puede resultar siendo más costoso que el ad hoc, consideramos que esos mayores costos que las partes asumen cuando acuden a una institución arbitral, tienen su correlato en el soporte institucional que de éstas reciben, soporte que se convierte en una garantía para el adecuado desarrollo del arbitraje. Sin embargo, la percepción generalizada, por lo menos en nuestro medio, es que el arbitraje institucional es muy costoso y que no existe una justa equivalencia entre los costos administrativos de éste y el servicio que se brinda, llegando algunas instituciones arbitrales de nuestro medio a tener tarifas administrativas por montos superiores a los honorarios del árbitro, lo cual resulta insólito.
- Por otro lado, algunos reglamentos de las instituciones arbitrales pueden contener normas poco flexibles. En efecto, existen algunos reglamentos de instituciones arbitrales que tienen normas poco flexibles, respecto por ejemplo al procedimiento de elección de los árbitros y la constitución del Tribunal Arbitral o a determinados plazos dentro del procedimiento arbitral. Por ello, resulta importante antes de tomar una decisión respecto a incluir en un contrato una cláusula de un centro de arbitraje o de otro, realizar entre otras cosas, un minucioso análisis de sus reglamentos, para no tener que lamentarse con posterioridad.
- La duración del proceso arbitral en el arbitraje administrado puede ser mayor que en el caso del arbitraje ad hoc. Veremos sin embargo más adelante, que muchas veces el arbitraje ad hoc se complica de tal manera que resulta ser en algunos casos de más larga du-

ración que el institucional; ello depende mucho de la colaboración entre las partes.

Hecho un análisis un análisis de las ventajas y desventajas del arbitraje institucional o administrado, nos toca ahora ocuparnos del arbitraje ad hoc. Entre las principales ventajas de éste, tenemos a las siguientes:

- Mayor libertad en la elección de los árbitros. En el arbitraje ad hoc, las partes tienen la más absoluta libertad para diseñar un procedimiento de elección de los árbitros y escoger libremente a éstos, sin necesidad de tener que elegirlos de alguna lista predeterminada; sin embargo, ello requiere de un conocimiento especializado de parte de quien redacta el convenio arbitral o la cláusula arbitral, pues como veremos más adelante esta ventaja puede llegar a convertirse en una desventaja, que en algunos casos puede retrasar el inicio del proceso arbitral.
- Mayor libertad en el diseño del procedimiento a seguir. En la doctrina se señala que en el arbitraje ad hoc las partes tienen un mayor control del procedimiento a seguir para resolver la controversia. Si bien en teoría esto es así, en la práctica no resulta tan cierto pues en la generalidad de los casos, son los árbitros y no las partes los que diseñan y deciden lo conveniente en relación con el procedimiento a seguir, adoptando uno en particular o en algunos casos, aplicando un procedimiento de referencia como puede ser el modelo de reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
- Puede resultar menos costoso que el institucional. En términos generales, el arbitraje ad hoc debe ser menos costoso que el institucional, toda vez que en este caso no existe una institución a la que haya que pagar por los servicios de organización y administración del arbitraje, aunque generalmente existe la figura del secretario arbitral que también tiene un costo, el que por cierto no es equiparable a la tarifa administrativa que cobra una institución arbitral sino, por el contrario, bastante menor. Sin embargo, en no pocos casos los árbitros fijan honorarios muy por encima de los que pudieran corresponderles en un arbitraje administrado, ello porque en esta clase arbitraje -el ad hoc- no hay tarifas predeterminadas y muchas veces los árbitros dejan de lado los criterios objetivos para la determinación de sus honorarios, estando las partes a expensas de lo que éstos decidan, lo que en algunos casos puede incluso generar situaciones de indefensión debido a lo elevado de los costos del arbitraje, lo que por cierto, puede ocurrir también en el arbitraje institucional.
- La tramitación del proceso arbitral puede ser más rápida que en el caso del arbitraje institucional. Decimos, puede ser, pues para ello resultará necesario que las partes, sus abogados o asesores y los árbitros actúen con una actitud de colaboración, máxima buena fe y, conozcan la lógica del arbitraje y su diferencia frente al proceso judicial, de forma tal que se evite la tendencia de *judicializar* el arbitraje lo que es perjudicial; de lo contrario, el proceso arbitral ad hoc puede convertirse en una pesadilla.

Muchas de las ventajas que hemos esbozado respecto al arbitraje ad hoc, pueden convertirse a su vez en grandes desventajas. Dentro de las desventajas, podemos referirnos a las siguientes:

- Mayor riesgo de redactar cláusulas patológicas. Las cláusulas patológicas son todas aquellas cláusulas arbitrales que han sido mal redactadas y que debido a ello su contenido resulta ambiguo, contradictorio o simplemente poco claro, presentando serios problemas en la oportunidad en que, surgido el conflicto, una de las partes pretende iniciar el procedimiento arbitral, situación que estamos seguros generará mayores costos de transacción y favorecerá en algunos casos actuaciones de mala fe. Lamentablemente, en la práctica diaria del arbitraje, uno se encuentra de manera no poco frecuente, con cláusulas arbitrales de muy mala calidad que traerán como consecuencia generalmente una demora en el inicio del procedimiento arbitral, lo que con una buena redacción se hubiera podido evitar, en beneficio de las partes que optaron por este mecanismo de resolución de conflictos; entre otras cosas, confiados en la rapidez con las que lograrían la solución a la diferencia que las separa. Por el contrario, en el arbitraje institucional no se presenta este riesgo pues, las partes generalmente incluirán en sus contratos la cláusula tipo de una determinada institución arbitral, con lo cual se evita caer en cláusulas patológicas.
- Pero aun en el caso de contar con una cláusula bien redactada, en el arbitraje ad hoc existe latente el peligro de trabar el desarrollo del mismo por la falta de colaboración de alguna de las partes en litigio, constituyendo esta otra de las desventajas. En efecto, la falta de colaboración o la actuación de mala fe de alguna de las partes, puede llevar en no pocos casos, a tener que acudir al Poder Judicial para que éste se encargue de resolver determinadas cuestiones que bien pudieron haber sido resueltas con la cooperación de las partes o por los reglamentos de una institución arbitral.

Un ejemplo de ello, lo tenemos en el caso de la elección del árbitro en defecto de alguna de las partes o la elección del árbitro único, en caso las partes no hayan podido ponerse de acuerdo, lo mismo sucede en el caso de la elección del presidente, en defecto de la que debieron efectuar los otros árbitros designados, así como también los casos de recusaciones de árbitro único o de todos los miembros de un Tribunal Arbitral.

Es decir, las partes que al pactar el arbitraje evitaron navegar por las turbulentas aguas del Poder Judicial, se verán obligadas a tener que acudir a él simplemente para resolver cuestiones previas al inicio del proceso arbitral. En algunos casos, como el de la elección de los árbitros, las partes pueden pactar la intervención de una entidad nominadora de árbitros y con ello solucionar el problema; sin embargo, si este pacto no se hizo en la oportunidad de la celebración del convenio arbitral, surgido el conflicto, resultará poco probable que se logre. En otros casos, como el de la recusación del árbitro único por ejemplo, las partes tendrán

que acudir, sí o sí, al Poder Judicial, tratándose de un arbitraje ad hoc.

Sólo para conocimiento de los asistentes, el tiempo que puede tomar un procedimiento de elección de árbitro en el Poder Judicial es de aproximadamente entre seis y ocho meses, es decir, un plazo similar al que puede tomar la resolución de la controversia en el arbitraje.

A este respecto, cabe señalar que en el reciente proyecto de modificación de nuestra Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión que estuvo presidida por el doctor Alfredo Bullard González, instalada en los últimos meses del gobierno del Presidente Alejandro Toledo, la que esperamos se convierta en Ley a la brevedad posible, aunque con pequeñas modificaciones que no es oportunidad de comentar ahora, se propone con acierto algunos cambios legislativos que como señala su exposición de motivos, fortaleciendo el principio de la autonomía privada, reducen la intervención judicial en los casos de designación y recusación de árbitros, cuya resolución en defecto del pacto de las partes se deriva a las Cámaras de Comercio, aunque nosotros hubiésemos preferido se mencionen simplemente a las instituciones arbitrales.

- Otra de las desventajas del arbitraje ad hoc está sin duda relacionada con la ausencia de un soporte institucional que comprende, tanto la infraestructura física necesaria para el adecuado desarrollo del arbitraje, como el personal humano especializado que le da soporte a los árbitros y a las partes. En efecto, generalmente en el arbitraje ad hoc la sede del tribunal es la oficina del presidente, aunque esto no debe tomarse como creen algunos, como una regla imperativa. Este hecho puede traer algunos inconvenientes, tanto para las partes, como para los propios árbitros, incluso puede llegar a generar desconfianza. Sin duda, resulta mucho mejor, que la sede del tribunal sea un local institucional dedicado a la organización y administración de arbitrajes y no un estudio de abogados, por prestigioso que éste sea.

Es importante destacar que en nuestro medio se están abriendo paso instituciones que, sin ser propiamente Centros de Arbitraje, brindan soporte especializado para los arbitrajes ad hoc, tanto en las tareas secretariales que comprenden la organización y administración del proceso arbitral, como la infraestructura física para el desarrollo mismo del arbitraje; una de ellas es precisamente Marc Perú, la que con sus casi diez años de existencia en el mercado peruano, viene contribuyendo al desarrollo del arbitraje en nuestro país.

Luego de haber esbozado las ventajas y desventajas del arbitraje administrado y del ad hoc, es indudable que en la actualidad la tendencia mundial es la de favorecer el desarrollo del primero de los nombrados, pues son mayores sus ventajas que sus desventajas y contribuyen a la

buena práctica del arbitraje. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿porqué en el Perú se prefiere al arbitraje ad hoc?

Consideramos que la respuesta a dicha interrogante está estrechamente vinculada a la percepción que tienen los usuarios del arbitraje administrado en nuestro país, así como a la falta de liderazgo de la mayoría de las instituciones arbitrales de nuestro medio, las que a pesar de la opción tomada por nuestra Ley General de Arbitraje, que con acierto favorece e impulsa su desarrollo, no han estado en nuestro concepto a la altura de las circunstancias.

Los usuarios perciben que las tarifas que cobran la mayoría de instituciones arbitrales de nuestro medio, son excesivamente elevadas en contraposición a la calidad de los servicios que éstas brindan. Por otro lado, consideramos que las instituciones arbitrales no han logrado generar en los posibles usuarios, la confianza necesaria, lo cual puede estar relacionado con el hecho de que algunas de ellas estarían vinculadas a determinados sectores de la actividad económica o profesional. Finalmente, otro de los factores a considerar está relacionado con el hecho de que varias de las instituciones arbitrales locales tienen deficientes reglamentos, los que en muchos casos son copias imperfectas de otros que en la actualidad han quedado superados, lo cual en algunos casos genera demora en la tramitación de los procesos arbitrales.

Frente a este panorama, ¿cuál es el rol que le toca cumplir a las instituciones arbitrales en nuestro país? Al respecto consideramos que deben constituirse en verdaderos promotores de la cultura arbitral, asumiendo con responsabilidad el liderazgo que la Ley General de Arbitraje ha puesto en sus manos. Para ello, deberán preocuparse fundamentalmente por generar confianza en los posibles usuarios. Una forma de lograrlo es, sin lugar a dudas, mostrarse como entidades confiables, lo que implica asumir el rol que les corresponde, en especial el de control del procedimiento y de los árbitros que lo tienen bastante descuidado, así como la adecuación de sus reglamentos a los nuevos tiempos y porqué no, a la prestación de servicios complementarios como la implementación de bibliotecas especializadas en la materia que contribuyan a generar mayor interés entre los árbitros y demás usuarios del sistema.

El desarrollo del arbitraje en el Perú ha sido exponencial a partir de la última década, gracias a contar con una de las leyes más modernas del mundo como se ha dicho; sin embargo, el arbitraje como cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos, requiere de la participación activa y de la máxima buena fe de las partes involucradas, las que tienen la responsabilidad y el deber de protegerlo. Los invito a seguir trabajando para lograr una verdadera institucionalización del arbitraje.

Antes de concluir, quiero expresar mi más sincera felicitación a los organizadores de este evento que, sin lugar a dudas, marcará un hito en la historia del arbitraje en el Perú. Muchas gracias.

La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros

Rodrigo Fijón Letort

Las leyes y normas arbitrales imponen a los árbitros la obligación de ser y parecer independientes e imparciales; y, la consiguiente necesidad de informar a las partes de cualquier circunstancia que pueda generar dudas razonables sobre las mismas.

I.- DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES COMO GARANTÍAS CIUDADANAS

Iniciaré este trabajo siguiendo una de las más desafiantes teorías que legitiman el principio de la independencia judicial. El profesor americano Martín Shapiro¹ sostiene que es una regla natural, aplicable en todo tiempo y lugar, que cuando dos personas no pueden resolver por sí mismas un conflicto buscan a un tercero que les ayude a solucionarlo. Con la participación del tercero se forma una "triada". Cuando el tercero resuelve a favor de uno de los litigantes la tríada se transforma en una estructura percibida por el perdedor como dos contra uno. La única evidencia del perdedor es que perdió por el hecho de estar en "inferioridad de número".

Siguiendo a Shapiro, la historia de la administración de justicia consiste en legitimar la decisión contra el perdedor. La primera forma de legitimación surgió en Roma y consistió en el consentimiento de las partes para solucionar el conflicto a través del tercero: si el perdedor aceptó que su conflicto sea resuelto por el tercero perdió su derecho a reclamar.

Posteriormente, cuando el estado asume la tarea de administrar justicia, dota al proceso de una serie de características para legitimar la decisión y hacer menos dolorosa la derrota para el perdedor. Una de esas características es la independencia del juez; así, el perdedor no vea la tríada convertida en un dos contra uno porque conoce que es de la esencia del proceso que el tercero es neutral e independiente de las partes y que esté legalmente prohibido a coaligarse con una de ellas.²

La racionalidad y utilidad de lo que Shapiro llama el "mito de la independencia judicial" es tan grande que lo encontramos expandido en todos los sistemas legales.

El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial es una garantía fundamental de todo ser humano reconocida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el I Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, entre otros instrumentos jurídicos de la más alta jerarquía.³

Como afirma Dromi⁴, "la independencia es requisito esencial para la correcta administración de justicia. Es condición de existencia del Poder Judicial como poder del Estado. La independencia le es exigida por la misma esencia de su cometido; dar y hacer justicia".

No siempre se ha considerado a la administración de justicia como un poder independiente del poder; durante mucho tiempo estuvo confundida en el poder político del rey, del parlamento o del ejecutivo. La consolidación de la justicia como un Poder Independiente es una conquista relativamente reciente.⁵

En la doctrina procesal contemporánea, Satta utiliza un ingenioso paralelo para poner de relieve esta cuestión, señalando: "así como hay una legitimación de la parte establecida en base al interés, también se puede configurar una legitimación del juez, establecida en base al desinterés: y el mejor juez es el que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad"⁶.

La independencia del poder judicial y de los jueces se puede apreciar desde diferentes perspectivas: desde la independencia del poder judicial como tal frente a los otros poderes del estado, lo que se denomina la independencia externa; desde la independencia del juez frente a otros jueces, magistrados o funcionarios del poder judicial, independencia interna; y, finalmente desde la independencia del juez de la causa frente a los litigantes y su imparcialidad para conocer el caso concreto.

Es esta última perspectiva en la que se asemeja la independencia e imparcialidad de los jueces con la de la que deben guardar los árbitros.

II.- DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS

Cualquiera que sea la posición que asumamos sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, resulta evidente que los árbitros ejercen funciones de adjudicación semejantes a las de los jueces.

El estado reconoce la justicia arbitral y se obliga a ejecutar los laudos en la medida de que el proceso arbitral cumpla con requisitos mínimos que aseguren a los litigantes las garantías del debido proceso. La independencia de los árbitros es un requisito para que el Estado reconozca y ejecute sus laudos.

Además de este origen inherente a su función, las garantías de independencia e imparcialidad nacen también del contrato entre los árbitros y las partes.⁷

Ese contrato es diferente al que celebran las partes para someter su conflicto a arbitraje. Se trata de un segundo contrato que vincula a las dos partes con él o los árbitros. Es bilateral, intuitu personae y de confianza.

En virtud del "contrato de arbitraje" los árbitros se obligan a resolver el litigio en los términos fijados por las partes en la cláusula arbitral. Deben tratar a las partes con igualdad y darles las mismas oportunidades para defender su caso. La designación del árbitro se funda en la confianza, "definida como la esperanza firme que se tiene en una persona".⁸ El árbitro se obliga a proceder de manera diligente y a cumplir sus obligaciones con buena fe lo que le impone hacer conocer a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar, real o presuntamente, independencia e imparcialidad.

¿Pueden las partes renunciar a las garantías de independencia e imparcialidad?

Este tema lo analiza con profundidad Alejandro Romero, para quien es legítimo que las partes renuncien a su derecho a impugnar la actuación de un árbitro en situación de parcialidad conocida. Si la autoridad del árbitro proviene del acuerdo de las partes es perfectamente lícito, sostiene Romero, que ellos admitan la decisión de un árbitro al que lo saben parcial; podrían inclusive pensar que esa falta de parcialidad se compensa con otras cualidades del árbitro.⁹

Es perfectamente lícito que una parte, una vez informada, no objete la presencia de un árbitro inmerso en una situación que podría afectarla. No creo válida, sin embargo, la aceptación de un árbitro dirimente imparcial. La imparcialidad es una conducta que se revela durante el proceso y, probablemente, sólo se hará evidente al tiempo de la expedición del laudo.

En mi opinión tampoco sería válida una cláusula arbitral en la que las partes renuncien, al tiempo de contratar, a su derecho a recusar en el futuro a árbitros dependientes o parciales.¹⁰

"Es un principio fundamental del arbitraje internacional, aceptado universalmente, que los árbitros sean imparciales e independientes de las partes y que mantengan esa condición a lo largo del proceso."¹¹

Pero más allá de que la independencia de los árbitros es una obligación derivada de la naturaleza de la función

de adjudicación y que está implícita en el contrato de arbitraje, es también conveniente para el desarrollo del arbitraje como mecanismo alterno de solución de controversias. El éxito del sistema arbitral depende de la percepción que tengan quienes lo utilizan que las decisiones son fruto de la actuación independiente e imparcial de los árbitros.

Richard Posner imagina un mercado de servicios judiciales completamente privado en el que los jueces ofrecerían públicamente sus servicios como jueces a los ciudadanos y en el que los litigantes seleccionarían a los jueces que encuentren más aceptables. Los jueces más populares serían los que más cobren y la competencia entre los jueces estaría dada por la relación entre la calidad de los servicios y el costo de los mismos. Este proceso competitivo produciría jueces altamente competentes y también imparciales y cumpliría con los ideales de justicia. En este sistema de justicia privada, el juez que no fuera imparcial no tendría clientes que le lleven disputas: una de las partes siempre se opondría.¹²

Es un axioma frecuentemente citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.¹³ La independencia, la imparcialidad y la percepción de imparcialidad constituyen elementos fundamentales para juzgar la calidad del árbitro y del arbitraje.

III.- LOS CONCEPTOS DE INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD

Independencia e Imparcialidad

La independencia e imparcialidad de los árbitros está consagrada, expresa o tácitamente, en casi todas las Reglas y leyes de Arbitraje y su aplicación es celosamente cuidada por las Instituciones que administran arbitrajes.

Sin embargo, y con alguna excepción¹⁴, las leyes y reglas de arbitraje no definen los conceptos de independencia e imparcialidad ni incluyen una casuística de circunstancias en las que pueda presumirse su falta.¹⁵

Los autores coinciden en que no es fácil y, quizás, tampoco es necesario distinguir independencia e imparcialidad.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, se refiere a la independencia como la cualidad de aquel que "sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena"¹⁶; a la imparcialidad como "la falta de "designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud"¹⁷; y, finalmente, define la neutralidad como la facultad de aquel "*que no participa de ninguna de las opciones en conflicto*"¹⁸.

La independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin injerencia de terceros; la imparcialidad consistiría en no tener un criterio anticipado que impida juzgar; y la neutralidad en no tener interés

en el conflicto.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia arbitral han elaborado distinciones entre los conceptos de independencia e imparcialidad, es preciso señalar que con frecuencia se utilizan los dos conceptos indistintamente como cuando las cortes francesas utilizan el concepto de "una mente independiente".¹⁹

"La independencia requiere que no exista ni haya existido una relación de dependencia entre las partes y los árbitros que pueda o al menos parezca que pueda afectar la libertad del árbitro para decidir. Mientras la imparcialidad es necesaria para que se pueda hacer justicia, la independencia es necesaria para que se vea que se hace justicia."²⁰

La falta de independencia se establece mediante hechos. Las Cortes Francesas han dicho:

"La independencia del árbitro es esencial en su rol judicial, pues desde el momento de su designación el asume el papel de juez, se prohíbe cualquier relación de dependencia, particularmente con las partes. Adicionalmente, las circunstancias por las que se puede cuestionar su independencia deben demostrar la existencia de nexos materiales o intelectuales capaces de afectar la decisión del árbitro creando un riesgo cierto de parcialidad a favor de una de las partes."²¹

De su lado, "La imparcialidad, en la medida que es un estado de la mente, es un concepto subjetivo y bastante abstracto muy difícil de probar."²²

En la práctica, la apreciación de la independencia, definida como queda dicho como la falta de una relación próxima entre el árbitro y las partes, se hace con criterio objetivo, es decir que se analizan los hechos en que se sustenta la relación de dependencia.

Por el contrario la imparcialidad debe ser apreciada con criterio subjetivo; se debe analizar si su forma de proceder durante el proceso ha sido intencionalmente favorable a una de las partes.

Y precisamente, por lo difícil que es probar la imparcialidad los árbitros, se exige que estos sean, por lo menos, independientes con lo que, en principio, se garantiza su libertad de juicio.

La experiencia arbitral demuestra que tiene más posibilidades de éxito el cuestionamiento de un árbitro por falta de independencia que por falta de imparcialidad.

La relación entre la independencia y la imparcialidad ha sido motivo de debate académico y legislativo. Así por ejemplo, en la reforma de las reglas de la CCI, no se incluyó el requerimiento de imparcialidad en el Artículo 7 por considerar que el término independencia se concebía como un medio para llegar a un fin: ningún árbitro que haya tenido relación de tal naturaleza que afecte su libertad de decisión puede ser considerado como un árbitro independiente.²³

La segunda consideración por la que no se incluyó el término imparcialidad en el art. 7 (1) de las reglas de la CCI fue porque al ser un criterio subjetivo con el que debe juzgarse la imparcialidad que puede ser imposible de determinar al tiempo de la confirmación del árbitro.²⁴

Lo anterior no significa que las reglas de la CCI no re-

quieran la imparcialidad del árbitro, basta con revisar la disposición del Art. 15(2) que dice:

Art. 15 (2).- "En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso".

Al analizar el tema, Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll,²⁵ refieren que la mayoría de las leyes y reglas de arbitraje exigen que los árbitros sean independientes e imparciales y señalan que son pocos los casos en que las leyes omiten uno de los dos requerimientos. A modo de ejemplo refieren el caso de Suiza y el, ya comentado, caso del artículo 7(1) de las reglas de CCI que exigen independencia pero no imparcialidad. De otro lado, analizan el caso de leyes como la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996 y la Ley de Arbitraje Sueca que exigen únicamente el requisito de imparcialidad. La pregunta que se hacen los autores es si la exclusión de uno u otro término es una decisión deliberada o se debe a otros factores.

En el caso de Suiza, la omisión del requisito de imparcialidad es vista como el reconocimiento de que es inadecuado requerir a los árbitros designados por las partes el mismo grado de imparcialidad que se requiere a los jueces.²⁶

La explicación que da del Comité Asesor de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996 (Departmental Advisory Committee, o DAC), es que la falta de independencia puede generar dudas razonables acerca de la falta de imparcialidad que sí está cubierta y, si la falta de independencia no genera dudas de parcialidad entonces no se ha perdido nada al no usar ese término.²⁷

Neutralidad

Como vimos, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española entiende por neutralidad la facultad de aquel "que no participa de ninguna de las opciones en conflicto". Se utiliza el concepto neutralidad para referirse a países que en tiempo de guerra no se alinean con ninguna de las partes.

El concepto de neutralidad, en el arbitraje, tiene que ver con la relación del árbitro con las partes y se distingue entre los "árbitros de parte" y los "árbitros neutrales" los que no fueron designados por ninguna de las partes, particularmente. Se señala también que el concepto de neutralidad involucra una cierta distancia entre el árbitro y la posición legal, política o cultural de las partes.²⁸

No debe creerse, sin embargo, que la no-neutralidad significa que los árbitros de parte pueden ser dependientes y menos todavía parciales.

La neutralidad tiene que con elementos objetivos como la nacionalidad del árbitro, la sede del arbitraje, la elección de la ley aplicable. Por la vía de la neutralidad se fijan, por tanto, las condiciones que garantizan una decisión justa e imparcial.

El Código de Ética de la AAA y ABA establece el cri-

terio de que la neutralidad es la suma de imparcialidad e independencia, pues señala que: “*Los patrocinadores de este Código creen que es preferible que todos los árbitros —imparciales, debiendo cumplir los mismos estándares éticos—*”.

En este sentido la neutralidad incluiría independencia e imparcialidad.

En resumen, más allá de las distinciones terminológicas entre independencia, imparcialidad y neutralidad, queda claro que lo que interesa en el arbitraje como en²⁹ cualquier sistema de adjudicación, es la garantía de una decisión que se ajuste a la realidad procesal, que sea justa y que se perciba como justa.

IV.- LA APRECIACIÓN DE LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD

Aplicación de estándares judiciales a los árbitros

Las legislaciones nacionales que regulan la organización de la justicia estatal imponen obligaciones a los jueces para garantizar su independencia e imparcialidad.

¿Deben aplicarse a los árbitros los estándares de imparcialidad e independencia que dichas legislaciones imponen a los jueces?

A nivel internacional, el pronunciamiento de las cortes no ha sido uniforme.

La Corte Suprema de los Estados Unidos debatió si debían imponerse a los árbitros los estándares de independencia establecidos para los jueces en el caso *COMMONWEALTH COATING CORP. vs. CONTINENTAL CASUALTY CO.*³⁰ La conclusión es deben imponerse los mismos estándares y éstos deben ser aplicados de manera más estricta y su fundamento es que el laudo arbitral, normalmente, no admite recursos, lo que exige un control más severo de la imparcialidad de los árbitros.

Otras cortes americanas sostienen que, por el contrario, al momento que las partes escogen el arbitraje como el mecanismo de solución de su conflicto convienen en disminuir el grado de rigurosidad con la que deben aplicarse los estándares de independencia.³¹

En Inglaterra, en el caso *AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. v. Saudi Cable Company* la Corte de Apelación sostuvo que debía aplicarse el mismo estándar para establecer la imparcialidad de árbitros y jueces.³²

En algunos países las leyes parecen solucionar la controversia al otorgar a los árbitros la calidad de jueces y, consiguientemente, equiparar el régimen legal de jueces y árbitros.

El ilustre procesalista colombiano Gerardo Monroy Cabra, llega a la conclusión de que los derechos y obligaciones que las leyes de la República de Colombia imponen a los jueces son aplicables a los árbitros.³³ La situación en Ecuador es menos clara y hay pronunciamientos judiciales que reconocer un régimen distinto para árbitros y jueces.³⁴

Aún si llegamos a la conclusión de que los estándares impuestos a los jueces son aplicables a los árbitros no podríamos concluir, sin embargo, que éstos están sometidos a todas las normas con las que el estado busca garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces. Parece evidente, por ejemplo, que prohibiciones como la de participar en política o ejercer la profesión no pueden aplicarse a los árbitros.

Yo creo que no hay respuesta absoluta a la pregunta planteada. Aún en aquellos casos en la legislación expresamente señale que las normas las normas impuestas a los jueces aplican a los árbitros habrá que excluir aquellas que sean contrarias a la naturaleza de la práctica arbitral.

En materia de recusación, sin embargo, en el derecho continental, la pauta general es aplicar a los árbitros las mismas causales que las leyes nacionales establecen para los jueces ordinarios.³⁵ Lo que puede variar es la rigurosidad con la que se apliquen esas causas al tiempo de juzgar la independencia e imparcialidad del árbitro.³⁶

Salvo disposición legal en contrario, tampoco podría admitirse que en materia arbitral los casos de recusación sean aquellos señalados taxativamente en la legislación tanto más cuanto que las reglas de arbitraje³⁷ en lugar de señalar causas de recusación hacen una referencia genérica a la obligación de independencia e imparcialidad.³⁸

La situación del árbitro designado por cada una de las partes

Uno de los temas más espinosos, en relación a la independencia e imparcialidad de los árbitros, es el grado de imparcialidad e independencia que debe esperarse del árbitro designado por una de las partes, conocido comúnmente como árbitro de parte³⁹.

Normalmente la cláusula arbitral prevé un panel integrado por tres árbitros, uno designado por cada parte y el tercero escogido por los árbitros designados o de común acuerdo de las partes. Con mucha frecuencia se cree que el árbitro designado por las partes debe actuar en beneficio de quien lo designó como su representante y hasta su abogado.

En un importante caso arbitral, en que fue parte la República del Ecuador, el árbitro designado por el Estado concurrió con los otros dos en un laudo contrario al Estado. Las autoridades del Gobierno, la prensa y la opinión pública criticaron abiertamente a ese árbitro por haber fallado contra su país y sostuvieron que era su obligación, como árbitro designado por el Estado, defender sus intereses.⁴⁰

La presencia de un árbitro designado por las partes tiene ventajas y desventajas⁴¹. Entre las ventajas está el hecho de que cada una de las partes se asegura de designar una persona en la que confía por su integridad moral, su experiencia, su preparación y su capacidad para entender su posición y argumentos en el litigio. Esto es especialmente importante en arbitrajes internacionales sofisticados en los que, normalmente, el laudo no admite recursos.

La desventaja es que el árbitro malentienda su función y asuma que es su obligación abogar e influir en los otros árbitros para que la posición jurídica de la parte que lo designó prevalezca.

El hecho de que sea práctica frecuente en el arbitraje que las partes designen árbitros es prueba evidente que las ventajas de este sistema de integración del panel arbitral prevalece sobre sus desventajas.

Ahora bien, fundadas en el principio de autonomía de voluntad de las partes, se admite que ellas puedan convenir que los árbitros designados por ellas no sean independientes y que defiendan la posición de la parte ante el árbitro dirimente neutral. Esta no es una práctica frecuente en el arbitraje internacional contemporáneo.⁴²

En los Estados Unidos se admite que el árbitro designado por la parte no sea neutral. El árbitro no neutral tiene un régimen de independencia distinto al del árbitro neutral: no está obligado por el mismo nivel de independencia aplicable al neutral; puede tener cierta predisposición a favor de la posición de la parte que lo designó; su deber de revelación de hechos que lo vinculan a la parte que lo designó es más limitado; no puede ser recusado por la otra parte; no está sujeto a las mismas restricciones de comunicación con las partes.

De acuerdo con el "Código de ética para árbitros en disputas comerciales" aprobado en forma conjunta por la American Arbitration Association y la American Bar Association, salvo que las partes convengan lo contrario o la ley aplicable lo exija, no se espera que el árbitro designado por una parte sea neutral⁴³.

En el arbitraje internacional el enfoque es distinto: todos los árbitros debe ser independientes e imparciales. Por ejemplo, las "Reglas de Ética para Árbitros Internacionales" aprobadas por la Internacional Bar Association obligan a que los árbitros sean imparciales e independientes prescindiendo de si fueron o no nombrados por las partes.⁴⁴

Francisco González de Cossio,⁴⁵ al comentar la ley de derecho internacional privado de Suiza, refiere que durante el proceso de redacción de la ley se analizó el caso de los árbitros designados por las partes y se consideraron dos posibilidades (i) que los árbitros sean independientes de ambas partes; o que los árbitros sean representantes de ambas partes (adoptando así el método estadounidense). Se optó por la primera opción.

Lo que si se admite es que el árbitro de parte pueda sin cambiar su condición de imparcial facilitar a que el Tribunal Arbitral entienda de mejor manera la posición jurídica, cultural con el entorno de negocios, etc. de la parte que lo designe. Se admite incluso una predisposición del árbitro de parte en favor de quien lo nombró, sin que tal predisposición pueda significar falta de independencia ni parcialidad.

Doak Bishop, uno de los destacados litigantes en el arbitraje internacional, hace algunas recomendaciones relativas al análisis que debe hacer el abogado litigante para la selección de su propio árbitro.⁴⁶

Bishop sostiene la necesidad de contar con un árbitro íntegro que no permita influencias hacia el tribunal; un árbitro inteligente capaz de entender el caso y distinguir

entre los argumentos que aparecen como válidos y los que realmente lo son; debe preferirse un árbitro detallista que revisará con mucho detalle los documentos del proceso, sostiene que el árbitro que más conocimiento tenga de los detalles seguramente será el más persuasivo del tribunal; un árbitro con personalidad y capacidad de buen relacionamiento con los otros.

Y finalmente, señala Bishop, el abogado debe buscar un árbitro que esté predispuesto a su caso; alguien del mismo país o del mismo sistema jurídico; de la misma cultura; de la misma industria; alguien involucrado en el área del derecho materia de la disputa siempre y cuando no haya efectuado pronunciamientos previos específicos sobre el caso en disputa. Esta característica, sostiene, no es contraria al requerimiento básico del arbitraje internacional de que el árbitro sea imparcial e independiente. Una predisposición general no es inconsistente con el requerimiento. La predisposición no significa que está garantizado el como votará ese árbitro.

Pero la sola predisposición a favor del caso no puede prevalecer sobre las otras características. Es más, un árbitro demasiado predispuesto con el caso es una mala elección. Sería muy malo para el caso, como abogado, que los otros árbitros tengan la impresión que el árbitro designado ya ha tomado su decisión y esta actuando como abogado de la parte que lo designó.

Árbitros de parte en arbitrajes del Estado

Se discute si en los arbitrajes en que el estado es parte, puede designar como árbitro a funcionarios, dignatarios o a personas que representen a entidades públicas vinculadas con el Estado pero que al tenor de sus leyes nacionales sobre separación de poderes tengan la calidad de entidades autónomas o independientes.

Si se aplicaran los criterios generales sobre independencia e imparcialidad sería muy difícil que estos árbitros califiquen. No sería posible por ejemplo que el asesor legal de una empresa actúe como árbitro en un caso en el que la parte sea una empresa controlada, directa o indirectamente, por la suya.

Sin embargo, la tendencia en el arbitraje internacional es la de apreciar con mucha más benevolencia esta posibilidad, sobre todo para el caso de países en vías de desarrollo, en los que la cantidad de árbitros que puede designar el estado son pocos y no necesariamente tienen una predisposición básica a favor de la posición estatal.

Las Cortes han preferido no entrar a estudiar a profundidad la separación de poderes real han admitido la presencia de estos árbitros. Obviamente la presencia de este tipo de árbitros comporta algunas dificultades.

Craig, Parker and Paulson⁴⁷ al tratar el tema de los funcionarios públicos como árbitros relatan decisiones contradictorias que demuestra la dificultad real de separar el interés del estado como tal y el de las entidades públicas autónomas o independientes. Pueden las entidades públicas beneficiarse de una "auto de autoridad" de su propio estado y dejar de cumplir un contrato por fuerza mayor?

Acabo de conocer una disputa entre una entidad pública y otra privada sobre el monto que debía pagar esta última a la primera según el contrato. La controversia se resolvió a través del mecanismo alternativo de solución de disputas previsto en el contrato a favor de la entidad privada. El ente público no sólo que no cumplió con la decisión sino que consiguió que la Contraloría General del Estado imponga una glosa al privado acusándolo de un supuesto incumplimiento contractual.

De otro lado la creciente animadversión de los Gobiernos de países latinoamericanos que han sido demandados ante el Centro de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones y la acusación de que el arbitraje beneficia a las empresas, ha determinado una posición mucho más cauta respecto a la posición de los Estados.

Decisiones arbitrales unánimes

Como dijimos antes, el riesgo de la falta de independencia o imparcialidad, además del debilitamiento del sistema arbitral, es que tal circunstancia puede servir para que la parte perdedora demande la nulidad del laudo o se oponga a su ejecución.

Es un atenuante a la acusación de falta de independencia o imparcialidad de uno de los árbitros el hecho que el laudo haya sido resuelto por unanimidad?

En el derecho procesal continental,⁴⁸ las nulidades procesales están sujetas al principio de trascendencia, en virtud del cual los vicios procesales son causa de nulidad únicamente cuando han influido en la decisión de la causa. Durante el proceso podrían haberse producido irregularidades pero si, al final del día, no influyeron en la decisión de la causa, no son suficientes para anular la sentencia.

¿Cuál será la consecuencia de aplicar el principio de trascendencia al caso de demanda de nulidad de un laudo arbitral que fue dictado en forma unánime por tres árbitros y decimos que sólo uno de ellos incumplió sus obligaciones de independencia o imparcialidad?

¿Podemos sostener que la decisión de ese árbitro parcial o dependiente no influyó en la decisión de la causa?

En el caso *Fertilizar of India et al. V IDI Management*,⁴⁹ una corte americana, pese a establecer que uno de los árbitros había actuado antes como abogado de la parte que lo designó y no había revelado ese hecho al tiempo de la conformación del tribunal no anuló el laudo, entre otras razones, por el hecho de que fue dictado de manera unánime por los tres árbitros del panel.

*Commonwealth*⁵⁰ también es un caso en el que se demandó la anulación de un laudo acusando falta de independencia de uno de los árbitros. Pese a que el laudo fue dictado por unanimidad, la Corte Suprema lo anuló. Sin embargo en la decisión de minoría, uno de los argumentos en contra de la anulación del laudo fue, precisamente, que fue dictado por unanimidad. No hemos encontrado un pronunciamiento consistente a nivel judicial.⁵¹

En síntesis, el sólo hecho de que el laudo ha sido dictado en forma unánime no es suficiente para garantizar que no será anulado por la falta de independencia o im-

parcialidad de uno de los árbitros. No creemos que esta conclusión sea contraria al principio de trascendencia pues la actuación de un árbitro parcial o dependiente bien puede haber influido en la decisión de los otros miembros del panel.

V.- EL CONTROL DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Para asegurar que los árbitros actúen con independencia e imparcialidad y que las partes puedan percibirlos, las leyes y reglas arbitrales⁵² imponen una serie de obligaciones a los árbitros en beneficio de las partes; entre ellas, la de hacer conocer a las partes y a los otros árbitros cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad o independencia.

Lo primero que debe hacer una persona cuando recibe la propuesta de actuar como árbitro es analizar si cumple con los requisitos básicos de independencia e imparcialidad. Si no los cumple debe rechazar la propuesta.

¿Cómo juzga el árbitro si las relaciones que tiene con una de las partes o si su criterio sobre la materia en disputa puede afectar su independencia e imparcialidad?

Las reglas arbitrales le proporcionan algunos parámetros para hacer ese juicio:

Las reglas de la CCI, por ejemplo, le dicen que debe hacer la apreciación desde el punto de vista de las partes y no, únicamente, desde el suyo propio.⁵³

Otras reglas señalan que la obligación se refiere a la revelación se refiere a hechos que puedan generar duda razonable⁵⁴ sobre la independencia y la imparcialidad del árbitro. En consecuencia el árbitro debe apreciar las circunstancias de manera muy amplia y revelar cualquier situación que, a criterio a una persona razonable, pueda producir la impresión de parcialidad o dependencia.

Estas imposiciones se deben a que, como dijimos antes, dada la naturaleza del arbitraje, no es suficiente que el árbitro sea independiente e imparcial sino que esa sea la percepción que de él tengan las partes y la comunidad arbitral. Precisamente por la importancia de la "apariencia de imparcialidad" Francisco Gonzáles de Cossio inicia su trabajo sobre la independencia de los árbitros con la cita a Nicolás Maquiavelo: "La mujer del príncipe no solo debe ser casta y pura... debe aparentarlo."

A diferencia de las leyes nacionales en las que con frecuencia se establece de manera casuística las circunstancias que deben concurrir para que se entienda que el juez no está en una posición de imparcialidad o independencia, las reglas arbitrales, normalmente, hacen una referencia genérica y abierta de sobre la imparcialidad del árbitro. Quedará al buen criterio del árbitro analizar y resolver cuales son los hechos sobre los que debe informar a las partes.

El riesgo de esta aproximación al deber de revelación es que la responsabilidad del árbitro es mayor. Es él y no la ley quien debe juzgar, en el caso en particular, si existen o no hechos o relaciones sobre las que debe informar.

De otro lado, la obligación de informar de cualquier hecho que pueda afectar la independencia, imparcialidad o percepción de imparcialidad de un árbitro no está limitada al tiempo de la aceptación del encargo. Si en el curso del proceso arbitral el árbitro llega a conocer cualquier circunstancia que pueda afectar su independencia o imparcialidad debe hacerlo.

En la práctica arbitral actual la obligación del árbitro no está limitada a la revelación de hechos personales del árbitro sino también la de personas o entidades con quien está asociado o tiene vínculos permanentes, como en el caso de abogados que trabajan in firmas de abogados o que asesoran a compañías que pueden tener alguna relación con una de las partes en disputa.

El árbitro no cumple con la obligación de informar solamente si no informa de hechos que él realmente no conoce. La obligación de información le obliga a hacer las investigaciones necesarias para establecer que, realmente, ni él ni sus asociados están en una situación que puede afectar su independencia o imparcialidad.

La revelación de hechos es importante porque si conocidos los hechos la parte no los objeta dentro de un tiempo corto, normalmente impuesto por las reglas de arbitraje, se entenderá que renuncia a su derecho de impugnar al árbitro por esas causas. Adicionalmente la revelación de un hecho por parte de un árbitro lo inmuniza frente a posibles reclamos de las partes por falta de independencia o imparcialidad derivados de ese hecho.

Tampoco se espera que el árbitro deba informar toda relación indirecta o irrelevante. La entrega de información irrelevante no solo demora el proceso arbitral sino que por irrelevante que sea la información, pueden sembrar, en la otra parte, dudas innecesarias sobre la independencia del árbitro.

El riesgo más bien aparece por la no revelación de hechos que luego llegan a conocimiento de la parte por otras circunstancias. Con frecuencia las cortes han resuelto que la no revelación de un hecho pone al laudo en condición de anulabilidad aunque no haya nada en el proceso que demuestre que el árbitro actuó de manera parcial.⁵⁵

La recomendación general es que en caso de duda el árbitro debe revelar. Como lo revisa José María Alonso,⁵⁶ la CCI ha adoptado esa regla con muy buen sentido e impone que las personas propuesta para árbitros al completar la "Declaración de aceptación y declaración de independencia de árbitro", en caso de duda opten por la revelación.

Algunas organizaciones arbitrales han desarrollada códigos de ética y guías que facilitan a los árbitros identificar posibles conflictos de intereses y resolver que información deben revelar y cual no es necesaria.

La Guía de la Internacional Bar Association, aprobada en mayo de 2004, es una importante herramienta que todos los árbitros deberíamos tomar en cuenta al tiempo de aceptar participar en un caso y de juzgar que hechos o circunstancias debemos poner en conocimiento de las otras partes y de los otros árbitros.

VI.- CONCLUSIÓN

Concluyo esta presentación afirmando que la independencia e imparcialidad del árbitro son garantías fundamentales de cualquier sistema de resolución de conflictos.

Salvo casos excepcionales, las leyes y normas arbitrales imponen a los árbitros la obligación de ser y parecer independientes e imparciales; y, la consiguiente necesidad de informar a las partes de cualquier circunstancia que pueda generar dudas razonables sobre las mismas.

Que el debido cumplimiento de los árbitros sobre su obligación de revelar es una garantía para la validez del laudo y su ejecución e inmuniza al árbitro de posibles reclamos en su contra.

Que la internacionalización de la justicia determina que árbitros de diferentes nacionalidades y enfoques tengamos, sustancialmente, las mismas obligaciones éticas por lo que el conocimiento de Códigos de Conducta y guías aprobadas por organizaciones internacionales serias nos ayudará a cumplir adecuadamente nuestra misión.

Notas

- 1 Marin SHAPIRO, COURTS A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS, The University of Chicago Press, 1981, pág. 1
- 2 Ibidem. Pag. 65
- 3 Ver Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.
- 4 Roberto DROMI, LOS JUECES, ¿ES LA JUSTICIA UN TERCIO DEL PODER?, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1992, pág.46
- 5 Recomiendo el estudio que hace Martin SHAPIRO sobre las Cortes Inglesas y la independencia judicial en el libro antes citado; sobre la independencia de la función judicial el estudio del Profesor Alejandro ROMERO SEGUEL, contenido en el artículo publicado en el Internet bajo el título **La Independencia e imparcialidad en la Justicia arbitral**.
- 6 Citado por Alejandro ROMERO SEGUEL, contenido en el artículo publicado en el Internet bajo el título **La Independencia e imparcialidad en la Justicia arbitral**.
- 7 Sobre el contrato entre los árbitros y las partes ver FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAR on **International Commercial Arbitration**, Edited by Emmanuel GAILLARD and

Notas

- John SAVAGE, Kluwer LAW, *The existence of a contract between the Arbitrators and the Parties*, pág. 600 y ss.
- 8 Sobre la confianza como fundamento de los medios alternativos de solución de controversias, ver Javier Egea Hernando, **EL TERCERO DE CONFIANZA, Artículo publicado en el Internet.**
 - 9 En doctrina se ha criticado que las partes puedan renunciar a inhabilitar a un árbitro marcado por una situación de parcialidad conocida, calificando tal circunstancia como una "hipervaloración del principio de la autonomía de la voluntad". Según esta tesis: si el arbitraje pretende ser una alternativa real a la jurisdicción deben preservarse absolutamente todas sus garantías procesales 54. El planteamiento anterior se puede objetar por varias razones. En primer lugar, la renuncia se da en un ámbito absolutamente privado, en el cual la voluntad de las partes juega un rol preponderante. En este punto la diferencia con la jurisdicción ordinaria es radical, al extremo que algún autor ha señalado que "la imparcialidad del juez es una condición tan esencial a la actuación jurisdiccional del Derecho, que sin su clara manifestación bien pudiera decirse que no existe proceso o, cuando menos, que este no es jurisdiccional" 55. En el arbitraje, en cambio, la autoridad del árbitro proviene del acuerdo de las partes, y, en virtud de ello, es válida la designación de un árbitro sobre el que pesan causales de inhabilitación que son conocidas por las partes. En segundo lugar, la conocida parcialidad del árbitro puede ser compensada por otras razones. La confianza en el árbitro, su conocido sentido de la justicia, su rectitud y cualificación profesional, pueden ser motivos más que suficientes para que las partes nombren un árbitro afectado por una situación de inhabilitación, aminorando el riesgo que ello implica. En este punto se hace patente que la recusación (en sentido lato) en materia arbitral no mira al interés público, sino que las causales sólo protegen el interés individual de las partes.
 - 10 "La cualidad de independencia del árbitro de las partes se considera imperativa e irrenunciable." Francisco González de Cossio, *INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y APRIENCIA DE IMPARCIALIDAD DE LOS ARBITROS*, pg. 15, cita a Pierre Lavile, Jean-Francois Poudret, Claude Raymond, *LE DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL EN SUISSE*, Editions Payot Lausanne, 1989, pgs. 338-339
 - 11 Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll, *COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, Kluwer Law International pág. 256, traducción libre.
 - 12 William M. Landes & Richard A. Posner, *ADJUDICATION AS A PRIVATE GOOD*, 8 J. Legal Stud. 235, 235-40 (1979) citado por Christopher R. Drahozal.
 - 13 Pieter Sanders, *QUO VADIS ARBITRATION? Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, pg. 224, citado por Francisco González de Cossio, *Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros*,
 - 14 La Ley de Arbitraje Sueca, en su Sección 8 contiene una lista de circunstancias en las que se presume que no hay imparcialidad. Ver Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll, *COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, Kluwer Law International pág. 257.
 - 15 La Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador, se remite a las causales de recusación de jueces establecidas en el Código de Procedimiento Civil que contiene un determinado número de circunstancias en las que se puede entender que falta independencia o imparcialidad del juez. Ver el Art. 18 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador y su remisión al Art.856 del Código de Procedimiento Civil. Las causas de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador: 1. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho 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 mandatario, o de su abogado defensor; 2. Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio; 3. Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el número 1, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal; No serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio; 4. Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 5. Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes; 6. Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella; 7. Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo; 8. Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la san-

Notas

ción le hubiese impuesto otro juez o tribunal; 9. Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y, 10. No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.

Uno de los más interesantes esfuerzos para hacer una casuística de las circunstancias que afectan o pueden afectar la independencia o imparcialidad de los árbitros está contenido en los "Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration, de la International Bar Association", aprobadas el 22 de Mayo de 2004 por el Council of the International Bar Association. Adjunto como documento de referencia.

- 16 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición, 2001, Tomo II, pág. 1266.
- 17 Ibidem, pág. 1252
- 18 Ibidem, pág. 1579
- 19 Fouchard, Gaillard, Goldmar, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law Internacional, 1999, pág. 564
- 20 Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law Internacional pág. 261.
- 21 Fouchard, Gaillard, Goldmar, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law Internacional, 1999, pág. 565
- 22 Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law Internacional, pág. 258
- 23 Informe presentado ante el Congreso de la CCI en Madrid el 17 de Junio de 1975 por Jean Robert, rapporteur de la Comisión redactora de las Reglas de la CCI de 1975, cita efectuada por Francisco González de Cosío, INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y APA-RIENCIA DE IMPARCIALIDAD DE LOS ARBITROS, tomado del Internet, pag. 5
- 24 "One of the reasons given for not modifying the Rules to provide, at the outset, that an arbitrator must be independent and impartial was the argument that lack of independence was an objective status, subject to factual determination, whereas, partiality was most frequently revealed by conduct". Craig, Park & Paulson's, ANNOTATED GUIDE TO THE 1998 ARBITRATION RULES WITH COMMENTARY, Oceana Publications Inc, 1998
- 25 Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law Internacional, pg. 257 y notas 8, 9, 10, 11, 12 y 13.
- 26 Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law Internacional pág. 257. Nota 11.
- 27 Craig, Park and Paulson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Third Edition, Oceana Publications/Dobbs Ferry, NY, 2000, pág. 208, nota 16, referencia al REPORT ON THE ARBITRATION BILL, Section 104 (1996).
- 28 Fouchard, Gaillard, Goldmar on INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law, The Status of the Arbitrators, pág. 570
- 29 Alejandro Romero Seguel, contenido en el artículo publicado en el Internet bajo el título LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN LA JUSTICIA ARBITRAL
- 30 Christopher R. Drazohal, en COMMERCIAL ARBITRATION: CASES AND PROBLEMS, Lexis Nexis, pág. 363 y ss. hace un prolijo recuento de esta decisión. No es un caso fácil de analizar por tratarse de una decisión dividida de la Corte Suprema de Justicia en la que el criterio de jueces que concurren para formar la de mayoría difiere en cuanto a la aplicación asimilación de estándares para árbitros y jueces. Los jueces White y Marshall que concurren en la opinión de mayoría no admiten la asimilación de estándares de independencia e imparcialidad entre jueces y árbitros.
- 31 MERIT INSURANCE CO. VS. LEATHERBY INSURANCE CO. United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 714 F. 2d 673 (1983), citado por Christopher R. Drazohal, en COMMERCIAL ARBITRATION: CASES AND PROBLEMS, Lexis Nexis, pág. 363 y ss
- 32 Craig, Park and Paulson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Third Edition, Oceana Publications / Dobbs Ferry, NY, pág. 208,
- 33 Marco Gerardo Monroy Cabra, ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL, Legis, 1998, pág. 81
- 34 Esta parecía ser la situación en Ecuador, sin embargo el tema fue resuelto de manera diferente por la Corte Superior de Quito³⁵ que determinó que los árbitros no están sujetos al régimen legal aplicable a los jueces. El caso que dio origen a la resolución fue el siguiente: un litigante que se sintió afectado por un laudo dictado por un tribunal arbitral administrado por la Cámara de Comercio de Quito, demandó a los árbitros fundado en la Sección 31 del Código de Procedimiento Civil, "Juicio sobre indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces y funcionarios y empleados de la función judicial".

Notas

- Sostuvo el litigante que los árbitros forman parte de la función judicial por la disposición del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Visto que los jueces tienen fuero de Corte Superior, la demanda se presentó ante la Corte Superior de Quito. La Corte se inhibió de conocer la demanda por falta de competencia al considerar los árbitros no tienen fuero de Corte.
- 36 Alejandro Romero Seguel, hace un interesantísimo estudio de la historia de la recusación y llega a la conclusión que “Es una pauta común que a la hora de recusar a los árbitros se les aplique el mismo estatuto previsto para los jueces. Esta opción tiene una explicación histórica, que resulta de la asimilación que se ha buscado -desde antaño- entre la función de los jueces y la de los árbitros”, artículo publicado en el Internet bajo el título LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN LA JUSTICIA ARBITRAL
- 37 Roque Caivano, EL ARBITRAJE, citado por Ernesto Salcedo, EL ARBITRAJE, LA JUSTICIA ALTERNATIVA, Editorial Jurídica Mosquera, Quito, 2001, pág. 98
- 38 La posición adoptada por la Ley Modelo de la Uncitral fue una fórmula genérica más que un listado casuístico de circunstancias que afectarían la independencia o imparcialidad del árbitro.
- 39 La Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador no se refiere explícitamente al concepto de imparcialidad o independencia y para la recusación de los árbitros se remite a las causales señaladas en el Código de Procedimiento Civil. Esto ha dado lugar a duda en las instituciones arbitrales si los árbitros deben excusarse o pueden ser recusados únicamente por las causales señaladas en el Código del Procedimiento Civil. Con buen criterio el Centro Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito y algunos árbitros, aplicando el Código de Ética del mismo Centro Arbitral, nos hemos excusado en casos en que, si bien no concurren las circunstancias previstas en la ley, concurren otras como la existencia de “relaciones sociales” o “profesionales” que pueden ser percibidas por una de las partes como señal de parcialidad o dependencia.
- 40 Roque Caivano sugiere que no se debería llamar “árbitro de parte” sino árbitro designado por una de las partes”. Roque J. Caivano. ARBITRAJE, Ad-Hoc SRL, 2000, pág. 175
- 41 Caso Occidental vs. República del Ecuador, UNCITRAL No. UN 3467, 1 de junio, 2004.
- 42 Ver la presentación de Horacio A. Grigera, PARTY APOINTED ARBITRATORS: A LATIN AMERICAN PERSPECTIVE, IBA Arbitration Day Presentation – Sao Paulo, Brazil, February 12, 2004.
- 43 Craig, Park and Paulson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Third Edition, Oceana Publications / Dobbs Ferry, NY 2000, pág. 212,
- 44 CANON VII. ETHICAL CONSIDERATIONS RELATING TO ARBITRATORS APPOINTED BY ONE PARTY.
- 45 Citas de varias reglas aplicables al arbitraje internacional que mantiene el mismo criterio se encuentran en Fouchard, Gaillard, Goldmar on INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law, The status of arbitrators, pág. 573-574
- 46 Francisco González de Cossio, INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y APRIENCIA DE IMPARCIALIDAD DE LOS ARBITROS, pg. 16, cita a Pierre Lavile, Jean-Francois Poudret, Claude Raymond, LE DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONALE EN SUISSE, Editions Payot Lausanne, 1989, pgs. 338-341
- 47 Doak Bishop, TOWARD A HARMONIZED APPROACH TO ADVOCACY IN INTERNATIONAL ARBITRATION, IN THE ART OF ADVOCACY IN INTERNATIONAL ARBITRATION, Juris Publishing, 2004
- 48 Craig, Parker and Paulson¹, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, NY, 2000, pág. 211
- 49 Vasconi, el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano recoge el principio de trascendencia de las nulidades en su artículo 1014 que dice: “La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357”. De una manera algo diferente el Código Modelo para América Latina recoge el principio de trascendencia en el Tercer inciso de su artículo 104 que dice: Artículo 104. (Especificidad y trascendencia de la nulidad)..... La anulación no procede, aun en los casos establecidos precedentemente, si el acto, aunque irregular, ha logrado el fin al que estaba destinado, salvo que se hubiese provocado indefensión.”
- 50 Fertilizer of India et al. v IDI Management Inc. 517 F. Supp. 948 (S.D. Ohio, 1981); extracts in VII YEARBOOK 382 (1982), citado por Craig, Park, Paulson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, Third Edition, Oceana Publications, Inc./Dobbs

Notas

- Ferry, NY, 2000 pág 209 y ss. En este caso se discutió, ante una Corte Federal de los Estados Unidos, si las Reglas de Arbitraje de 1955, exigían la independencia del árbitro designado por las partes. La Corte llegó a la conclusión de que la designación de un árbitro independiente y su obligación de revelar han sido siempre aplicables a los arbitrajes ICC. Ver pág. 210.
- 51 Christopher R. Drazohal, en **COMMERCIAL ARBITRATION: CASES AND PROBLEMS**, Lexis Nexis, pág. 366, Voto Salvado de los Magistrados Fortas y Harlan.
- 52 En Merit Insurance Co. Vs. Letherby Insurance Co., no se anuló un laudo unánime; si se lo hizo en cambio en **SCHMITZ V. ZILVETI** United States Court of Appeal for the Ninth Circuit 20 F3d. 1043 (1993). Los dos casos están citados en Christopher R. Drazohal, en **COMMERCIAL ARBITRATION: CASES AND PROBLEMS**, Lexis Nexis, pág. 367-375
- 53 Ver en este punto Craig, Park and Paulson, **INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION**, Third Edition, Oceana Publications / Dobbs Ferry, NY, 2000 pág. 265
- 54 **ICC CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE**, Art. 7, Disposiciones Generales: 1.- Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes. 2.- Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios.
- 55 **LEY MODELO DE LA CNUDMI (COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.) SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.-** Art. 12. Motivos de Recusación.- 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias de las partes, a menos que ya les haya informado a ellas
- 56 Commonwealth, es el ejemplo de esta posición. En la decisión de anulación la Corte Suprema reconoció que no había nada en el proceso que indicara que la conducta del árbitro hubiese sido incorrecta; que el proceso fue justo y que las audiencias fueron imparciales; que la otra parte declaró que si hubiese conocido la relación entre el árbitro y una de las partes no hubiera impugnado su presencia como árbitro. No obstante todo esto la mayoría anuló el laudo dictado porque el árbitro incumplió con su deber de revelar su relación con una de las partes. Ver Christopher R. Drazohal, en **COMMERCIAL ARBITRATION: CASES AND PROBLEMS**, Lexis Nexis, pág. 363-37
- Julian D.M. Iew, Loukas A Mistelis y Stefan M. Kröll, citan al Tribunal de Instancia Superior de Paris, 12 de Mayo 1993, Raoul Duval v V, Rev Arb 411 (1996) confirmado por la Corte de Apelación de Paris, 12 de Octubre de 1995, Rev. Arb 324 (1999) y por la Corte de Casación, Diciembre 16 de 1997, no publicado, donde la falta de información de que el árbitro iba a empezar a trabajar para una de las partes luego del arbitraje determinó la responsabilidad del arbitro.
- 57 José María Alonso, **LOS ARBITROS: SELECCIÓN, RECUSACIÓN Y REEMPLAZO**, Miami 7 de Noviembre de 2005, pág. 4

Arbitraje y Procedimiento

César Coronel Jones

La flexibilidad procesal es una de las características salientes de la institución arbitral y permite que la estructura del proceso se adapte, como un guante, a las características del proceso y al particular interés de las partes en función de la naturaleza, cuantía o complejidad de la controversia.

1. El arbitraje como método de resolución de controversias, es un fenómeno que introdujo variantes en la cultura jurídica de los países latinoamericanos. Quizás una de las más importantes variantes la constituye la gran flexibilidad que permite el arbitraje en cuanto al procedimiento, esto es las reglas sobre cómo tramitar las actuaciones, garantizar el derecho de defensa de las partes intervinientes y determinar aspectos tan importantes como la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas en las que se fundamenta la decisión o laudo.

2. Como todo proceso de cambio cultural, el sistema de arbitraje ha enfrentado dificultades, resistencias y temores, especialmente por parte de los operadores jurídicos: abogados, jueces e inclusive los propios árbitros quienes, formados con las ideas de respeto profundo a las normas procesales e inclusive inclinados hacia el formalismo y ritualismo en la práctica litigiosa, se ven abocados a lidiar con una modalidad de resolución de controversias que privilegia ampliamente el contenido sobre la forma, la agilidad y celeridad por sobre el rito y las fórmulas sacramentales.

3. No es que se desconozca la enorme importancia de las formas y del procedimiento para la efectiva vigencia de las garantías individuales y de los derechos subjetivos. Tampoco es nuestro propósito sugerir que las normas procesales sean simples fórmulas vacías de contenido, que entorpecen y retardan la administración de justicia. De ninguna manera. Es indudable que el Derecho Procesal tiene un rol determinante en el proceso de administración de justicia. Cualquier litigante conoce que las cuestiones de procedimiento son de importancia decisiva al momento de ventilar y resolver las controversias, que sus postulados no siempre son sólo adjetivos, sino que de hecho poseen una profunda vinculación, a menudo inseparable, con el Derecho Sustantivo.

4. Este trabajo pretende: esbozar algunas de las notas más salientes en la relación entre procedimiento y arbitraje y dar un panorama del enfoque predominante sobre dicha relación en la doctrina y la legislación de varios países latinoamericanos el cual no necesariamente se refleja en la cultura y la práctica arbitral latinoamericana.

5. Parece doctrina pacífica y generalmente admitida en estos primeros años del siglo XXI que el arbitraje debido a su origen contractual, posee la amplia flexibilidad de facultar a las partes que ellas mismas determinen las reglas de procedimiento a que se deba sujetar la resolución de los conflictos sometidos a este método. También fluye del principio contractualista y del enorme poder de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, que sólo encuentra su límite en razones de orden público, el que las partes puedan escoger que las normas de procedimiento sean las de una determinada institución o centro arbitral, como las Cámaras de Comercio u otras entidades especializadas, las que suelen competir en el mercado arbitral, justamente proponiendo reglas y usos de probada eficacia y flexibilidad, en las que procuran lograr un adecuado balance de certidumbre y seguridad sobre cuestiones esenciales, sin sacrificar la flexibilidad y agilidad proverbialmente enunciadas como ventajas del sistema arbitral.

6. Pero debe tenerse presente, que si bien es de origen contractual, el arbitraje posee una innegable trascendencia procesal, pues en último término se trata de un proceso en el cual se deducen y debaten pretensiones, se producen y valoran pruebas y se adjudican o resuelven disputas sobre hechos y derechos. Y como proceso, aún siendo dirigido y sustanciado por jueces privados y reglas distintas, no puede escapar a esa ética común a todo proceso que obliga a respetar garantías fundamentales como el derecho de defensa, la igualdad procesal o el principio de contradicción. Por ello, lejos de prescindir del derecho procesal, los árbitros y las partes deben conocerlo y aplicar sus principios aún más que en el curso de un juicio ante tribunales ordinarios.

Naturalmente, derecho procesal no equivale a rito ni formulismo, como tampoco flexibilidad procesal equivale a anarquía.

7. La flexibilidad procesal es una de las características salientes de la institución y permite que la estructura del proceso, se adapte, como un guante, a las características del proceso y al particular interés de las partes en función de la naturaleza, cuantía o complejidad de la controversia. Así, se ha dicho por ejemplo "...la institución arbitral descansa en la voluntad de las partes. En materia de procedimiento, este principio tiene, quizás, su mayor

reconocimiento en cuanto las partes se encuentran en la más absoluta libertad de elegir las normas a través de las cuales el tribunal arbitral debe conducir y substanciar el procedimiento.(...) Ahora bien, en el caso de que las partes no hayan acordado las normas de procedimiento, la responsabilidad de dirigir el procedimiento pasará al tribunal arbitral, quien para estos efectos podrá cumplir su misión del modo que estime más apropiado, teniendo siempre en consideración los principios y normas de la ley. (...).¹ En efecto, es precisamente en la posibilidad de escoger con amplia libertad las normas de procedimiento, donde se percibe con más evidencia el amplio campo de acción que se reconoce a la libertad individual de las partes para autorregular directamente o por delegación, la manera como ellas estiman adecuado se ventilen sus controversias actuales o potenciales. Y esto tiene mucho sentido si se recuerda el carácter de método alternativo que posee el arbitraje como medio de resolver conflictos, pues permite que las partes diseñen un "traje a la medida", balanceando los múltiples factores a considerar ante una potencial controversia: calidad de los árbitros, costos, tiempo de duración del proceso, grado de profundidad en la presentación y análisis de pruebas y argumentos, etc.

8. Una segunda nota que ha sido destacada con motivo de la flexibilidad del procedimiento arbitral, es que precisamente ella explica la enorme proliferación en el mundo del arbitraje comercial internacional de reglas e instituciones, las cuales varían significativamente entre las diversas entidades, ofreciendo amplias oportunidades a las partes para que seleccionen aquellas reglas o instituciones que consideran favorables para sus intereses en casos determinados o que al menos ofrezcan condiciones igualmente atractivas para ambas partes.²

9. No menos importante es destacar el rol preeminente que están llamados a tener los propios árbitros al guiar y conducir los respectivos procesos arbitrales. Lo más frecuente es que las partes adopten o se remitan a las reglas de alguna institución arbitral, las que a su vez suelen otorgarles un importante margen de discrecionalidad a los árbitros para que dirijan el procedimiento, pues de esa manera se responde al postulado de flexibilidad y se permite que, por ejemplo, se establezcan procedimientos abreviados o sumarios en disputas de pequeña cuantía, o se otorgue un rol preponderante a los testimonios de expertos en controversias de orden técnico, o a la inversa se prevean amplias posibilidades de debate y medios probatorios en disputas complejas. Así se ha dicho por ejemplo que "Una de las bondades atribuidas al arbitraje reside en su carácter flexible, en la posibilidad de poder adaptarse a las exigencias o a la visión que las partes tienen sobre cómo debe llevarse a cabo el proceso. El principio general es el de la libertad de procedimiento".³

10. Por cierto la libertad de las partes para determinar el procedimiento es un postulado de amplia acogida en el arbitraje internacional, al punto de que autorizados doctrinantes como el profesor Alan Redfern y Martin Hunter, señalan que la autonomía de las partes es el principio rector en determinar el procedimiento y que este principio ha sido adoptado no sólo por leyes nacionales sino también

por instituciones y organizaciones de arbitraje internacional.⁴ Sírvanos la revisión de las reglas de algunas de las entidades más prestigiosas en el mundo del arbitraje para confirmar lo apropiado de estas afirmaciones.

11. El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París en su artículo 15, es un ejemplo de concreción y precisión. La referida disposición señala: "1. El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje. 2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso".⁵ Como se ve, luego de remitir el procedimiento al propio reglamento, que con frecuencia defiere al acuerdo de las partes, reitera que son éstas y en su defecto el tribunal arbitral, quienes deben determinar las normas de procedimiento bien sea refiriéndose o no a un Derecho Procesal nacional aplicable al arbitraje. El párrafo 2 del artículo 15, de manera escueta pero no menos elocuente, consagra el principio rector de que el tribunal debe actuar siempre justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso, esto es, ejercer su derecho a la defensa.

12. Por su parte, el artículo 14 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres reitera el principio de libertad contractual en la materia, enfatiza la necesidad de un trato equitativo e imparcial de las partes, concediéndole a cada una la oportunidad de oír y ser oída y faculta al tribunal a acordar procedimientos que se adapten a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios a fin de procurar una equitativa y eficiente resolución definitiva de la controversia.⁶

13. Así mismo la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), en su artículo 19 señala las pautas fundamentales sobre procedimiento reiterando el principio de libertad contractual para que las partes lo determinen e indicando que a falta de acuerdo, el tribunal podrá dirigir el arbitraje del "modo que considere apropiado" aclarando después que esta facultad incluye "determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas".

14. Varios de los países latinoamericanos han recogido en su legislación interna estos principios relativos a la libertad de las partes para escoger el procedimiento. Así por ejemplo, el Código de Comercio de México, en su artículo 1435, señala que "Con sujeción a las disposiciones del presente Título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones..." y además concede libertad para pactar el idioma que haya de utilizarse en las actuaciones arbitrales (artículo 1.438) y señala que el Tribunal salvo acuerdo en contrario de las partes, decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas".

15. En el caso de Brasil, la Ley 9.307 del 23 de septiembre de 1996 señala en su artículo 57: "Si las Partes,

en la cláusula arbitral, seleccionan las reglas de una institución arbitral o un centro especializado, el procedimiento arbitral se regirá y será conducido de acuerdo a dichas reglas; siendo también posible que las partes determinen en la misma cláusula arbitral, o en documento por separado, el procedimiento acordado que regirá el procedimiento arbitral". Por su parte, el artículo 21 de la misma Ley, en desarrollo del principio de libertad contractual, expresamente prevé que las partes puedan remitirse a las reglas de una institución arbitral o centro especializado, o en su defecto directamente otorguen al árbitro único o al tribunal arbitral el poder de regular dicho procedimiento.

16. La Ley sobre arbitraje comercial de la República de Chile (Ley No. 19.971) también adopta el principio al determinar en su artículo 19 que, con sujeción a las disposiciones de dicha Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento al que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en su actuaciones. Mientras en el caso de Panamá, el Decreto-Ley No. 5, luego de sentar el principio de que el procedimiento se ajustará a lo determinado por las partes, al Reglamento aplicable y en su defecto a lo que determine el Tribunal Arbitral (artículo 18), se ocupa en el artículo 23 de señalar que el Tribunal practicará pruebas con sujeción al principio de contradicción y audiencia.

17. Similarmente, la legislación peruana determina en el artículo 33 de la Ley 26.572 de 1996 titulado "libertad de regulación del proceso", la facultad de las partes de determinar las reglas aplicables y establece un procedimiento supletorio para el caso de que las partes o los árbitros no hubieren establecido uno distinto. Por su parte en Venezuela, la legislación establece dos clases de arbitraje: a) Institucional, en el cual el procedimiento se regirá de acuerdo a lo establecido por el reglamento del centro de arbitraje al que las partes se hayan sometido y; b) Independiente, que es aquel regulado por las partes; y, provee también de reglas supletorias que podrán ser aplicadas salvo disposición contraria de las partes. La legislación argentina dispone que las partes podrán convenir el procedimiento aplicable y que si no hubieren fijado el procedimiento, los árbitros deberán observar aquel del juicio ordinario o sumario, según convenga (Artículos 741,1 y 751 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.).

18. En el caso de la legislación colombiana, la Ley determina que en el arbitraje independiente, las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, mientras que en el institucional, se someten a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje y en el legal, se realiza conforme las disposiciones legales vigentes.

19. Por su parte, la Ley ecuatoriana, codificada en diciembre 14 de 2006, señala en su artículo 38, que el arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señalados en dicha Ley, al establecido por los centros, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan.

20. Límites a la flexibilidad procesal.

Pero la flexibilidad procesal no puede significar anarquía, ni ausencia total de límites o contenidos mínimos en

el proceso arbitral. Como ha señalado acertadamente OP-PETIT en su "Teoría del arbitraje"⁸ la justicia, globalmente considerada y cualesquiera que sean las vías utilizadas para administrarla, tiende a organizarse hoy en día alrededor de una ética común: la noción de debido proceso. "Orientados hacia la consecución de fines idénticos, la justicia estatal y la justicia arbitral reposan sobre ciertos principios comunes de organización y funcionamiento: aquellos que el common law ha calificado de "justicia natural" que trascienden todos los particularismos técnicos y naciones y sin los cuales no podríamos hablar de justicia".⁹

21. Al lado de las normas que establecen la amplia flexibilidad procesal, derivada del origen contractualista del arbitraje, y en claro reconocimiento de los contenidos y trascendencia procesales del instituto, las legislaciones determinan, frecuentemente con rango constitucional, las normas del debido proceso que deben ser respetadas en el arbitraje, al igual que en todo proceso y en todas las etapas del procedimiento, las cuales pueden resumirse en los principios de: contradicción, igualdad procesal de las partes, derecho de defensa y debate leal.

22. Y es que hay varios postulados constitucionales que hacen insoslayable, no solo el carácter imperativo de las exigencias del debido proceso en todo método de resolución de controversias, sino también la posibilidad de control judicial que habilite la supervisión del efectivo cumplimiento de los mismos. Para empezar, el derecho a la tutela judicial efectiva que todo ciudadano se encuentra autorizado a solicitar del Estado, impone que este no pueda permanecer impasible ante la invocación de atentado a las normas del debido proceso.

23. De allí que frecuentemente, los límites a la flexibilidad procesal aparezcan determinados en las normas sobre nulidad de los laudos y de los procedimientos arbitrales. Lo que trae de nuevo a colación, el debate sobre la naturaleza jurídica contractual o procesal del arbitraje.

Baste para la ocasión, afirma que al origen contractual del arbitraje, le resulta inseparable su eficacia y trascendencia procesal.

24. La Ley modelo de la CNUDMI trae en su artículo 34 una buena muestra del reconocimiento a esta dualidad estructural del arbitraje. Cuando determina las causales de nulidad del laudo, al lado de vicios sustanciales, tales como la incapacidad u otras causas de nulidad del convenio arbitral, la no arbitrabilidad y la de infracción al orden público, establece causales derivadas de vicios procesales como la afectación del derecho de defensa, el exceso de poder, la falta de jurisdicción o serios vicios de procedimiento.

Es esa misma dualidad estructural la que nos permite sostener que en legislaciones que regulan de manera incompleta las causales de nulidad en sus leyes de arbitraje, como ocurre en la ecuatoriana, resulta perfectamente admisible invocar las reglas generales sobre nulidad de los contratos determinadas en el Código Civil así como también las violaciones al debido proceso determinadas constitucionalmente y en el Código de Procedimiento Civil.

25. De la teoría a la práctica. Pero aparte de referirnos al marco teórico del arbitraje y su relación con el procedimiento, resulta interesante considerar lo que ocurre en la práctica de nuestros países.

Al menos en el caso ecuatoriano, se observa una fuerte tendencia de los operadores jurídicos: árbitros, abogados y jueces, a tramitar los procesos arbitrales -o en su caso a revisarlos- partiendo de la misma cultura apegada al rito y la formalidad que se observa en la justicia ordinaria. La preeminencia del aspecto formal en la tramitación, la casi nula aplicación de la flexibilidad procesal autorizada en la Ley de Arbitraje, es una constante. En la vida real, los arbitrajes se tramitan mayoritariamente con el mismo apego a las formas y sufriendo similares obstáculos que en la justicia ordinaria.

26. Existen sin embargo, algunas señales de que la tendencia empieza a cambiar, y que finalmente se reconocen y aprovechan las ventajas de contar con un procedimiento flexible. En la Cámara de Comercio de Guayaquil, que administra la mayoría de casos arbitrales en esa plaza, se acaba de expedir un nuevo Reglamento de Arbitraje, el 29 de Enero de 2.007, en el cual se introducen importantes novedades, a saber: a) la de disponer que los tribunales deban pronunciarse sobre su competencia en la audiencia de sustanciación y que tal pronunciamiento tendrá carácter definitivo -art. 20- salvo que se haya considerado que por estar estrechamente ligado al fondo del asunto, el tema será resuelto recién en el laudo. Evitando con ello, que se produzcan laudos inhibitorios o declarando nulidades del convenio arbitral después de haber tramitado todo el proceso; b) la de disponer que a más tardar al final de la audiencia de sustanciación, el tribunal emita la llamada "acta de misión" -art. 21- al estilo de la prevista en el reglamento de la CCI, en la cual se determine la lista de los puntos litigiosos que deberá resolver el tribunal. Obligando con ello a los árbitros a estudiar con antelación el expediente para que tengan claridad sobre los asuntos que serán materia de la prueba; c) la de enunciar el principio de intermediación procesal y propiciar la activa participación del tribunal en audiencias y diligencias probatorias; lo que ha sido implementado con frecuencia en la tramitación de los casos últimamente; y sobre todo, d) la de establecer que en aplicación del principio de flexibilidad procesal, se entenderá que el tribunal ha sido delegado para determinar el procedimiento, por el solo hecho de haber convenido las partes el arbitraje.

27.- Algunas de las medidas que han venido adoptando últimamente los tribunales de arbitraje en Guayaquil, hacen lucir los procesos arbitrales más ágiles, simples y directos que los procesos judiciales. Así por ejemplo, se ha hecho uso de la facultad de disponer pruebas por propia iniciativa del tribunal, ordenando inclusive declaraciones de testigos - lo que es prohibido en el procedimiento civil ordinario-; se admiten preguntas y repreguntas a los testigos o confesantes no solo por escrito, sino oralmente en la misma audiencia, al estilo de la "cross examination" del common law ; se celebran reuniones preliminares para acordar calendarios de actuaciones; se hace uso del Internet para coordinar actividades, sin per-

juicio de enviar notificaciones escritas. En definitiva, paulatinamente, se empieza a hacer uso de las ventajas de contar con un procedimiento flexible.

28.- Pero el panorama general sigue siendo más bien de apego a las normas de los códigos procesales y de poca utilización de las ventajas de la flexibilidad. Se trata de un asunto cultural en el cual tiene mucho que ver la inclinación de los abogados litigantes y los jueces, que eventualmente pueden tener que revisar las actuaciones arbitrales. Un ejemplo de la reserva con que se mira desde las Cortes la posibilidad de apartarse de las normas procesales comunes en el arbitraje, es un fallo de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-037 de 1.996) que ha sido ampliamente comentado en dicho país por considerarse limitaba la libertad de acordar reglas procesales a aquellos casos no previstos por el legislador, restringiendo así notablemente el alcance de la ley que parece más bien inscrita en la tendencia mundial de permitir la amplia libertad de la voluntad contractual.¹⁰

29. A manera de conclusión. El procedimiento es un aspecto muy importante de la justicia arbitral; de hecho, su flexibilidad es una de sus notas características y la principal vía para alcanzar los objetivos de celeridad y agilidad comúnmente aceptados como ventaja y finalidad del arbitraje.

30. En respeto del postulado de libertad contractual, las leyes de arbitraje deben franquear a las partes la autorregulación en esta materia, sin embargo, es muy apropiado que se establezcan los principios y garantías fundamentales que deben ser respetados en todo proceso de resolución de controversias, a saber: la imparcialidad del tribunal, la legítima defensa y el llamado debido proceso, en que se otorgue a las partes la posibilidad de exponer su caso y producir pruebas de apoyo a sus argumentos. Las normas de la Ley Modelo de de la CNUDMI son un muy buen ejemplo de estos postulados, como también las contenidas en el Reglamento de la CCI y el Reglamento de la LCIA que hemos citado.¹¹

Es indudable que los principios del Derecho Procesal constituyen garantías fundamentales para el respeto de los derechos subjetivos y el arbitraje sólo puede mantener vigencia y prestigio como método de resolución de conflictos en la medida que honre tales principios. De hecho, esa es la experiencia mayoritaria en el arbitraje internacional.¹² Pero también se puede observar aún una tendencia en muchos operadores jurídicos de los países latinoamericanos, a continuar utilizando en el arbitraje las mismas normas del procedimiento civil ordinario, inclusive con la carga de aquellas prácticas y usos repletos de ritualismo, muchas veces insustanciales, "importando" del proceso civil, en forma indiscriminada, el apego al rito que privilegia la forma sobre la sustancia.

Una vez más, esta es una demostración de que los procesos de cambio social requieren mucho más que reformas legales. Mientras no se produzca un cambio cultural entre los operadores jurídicos latinoamericanos, las grandes ventajas que puede representar el arbitraje gracias a la flexibilidad del procedimiento, quedarán poco aprovechadas.

Notas

- 1 Picand Albónico, "Arbitraje Comercial Internacional" Tomo I, Editorial Jurídica Chile. Chile 2005, Pág. 324.
- 2 Michael W., "Resiman". "International Commercial Arbitration", The Foundation Press Inc. New York, 1997, Pág. 236.
- 3 Santos Belandro, Rubén. "Arbitraje Comercial Internacional", Editorial Oxford University Press. México, 2000, Pág. 292.
- 4 Alan Redfern y Martin Hunter, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", Sweet & Maxwell. London, 1999, Pág. 278.
- 5 Reglamento de arbitraje de la CCI vigente a partir de 1 de enero de 1.998.
- 6 Artículo 14 Reglamento de arbitraje de LCIA London Court of International Arbitration
 - 14.1 Las partes podrán pactar -y así se recomienda- la instrucción de su arbitraje, respetando los principios generales que el Tribunal Arbitral deberá observar siempre:
 - (i) tratar equitativa e imparcialmente a todas las partes, concediendo a cada una la oportunidad de oír y ser oída; y
 - (ii) acordar procedimientos que se adapten a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios, con el fin de procurar medios equitativos y eficientes para resolver definitivamente la controversia existente entre las partes. Las partes adoptarán dichos acuerdos por escrito o, a su solicitud y con su autorización, se registrarán por escrito por el Tribunal Arbitral.
 - 14.2 Salvo acuerdo por escrito de las partes en contrario al amparo del Artículo 14.1., el Tribunal Arbitral estará dotado de la más amplia discreción para el ejercicio de las funciones legalmente previstas por las leyes o normas que el Tribunal Arbitral estime aplicables. En todo caso, las partes harán todo lo posible para la equitativa, efectiva y rápida instrucción del procedimiento.
 - 14.3 En los Tribunales Arbitrales de tres miembros, el Presidente, con el previo consentimiento de los demás árbitros, podrá adoptar resoluciones de mero trámite en solitario.
- 7 El texto de esta Ley fue encontrado en Internet en inglés. Los artículos citados corresponden a una traducción libre al español.
- 8 Oppetit Bruno, Teoría del Arbitraje, Editorial Legis, Chile, 2006.
- 9 Oppetit Bruno, Teoría del arbitraje, Págs. 60-61
- 10 En el texto denominado "Concepto, Ubicación y Clasificación [del Arbitraje]", integrante del material didáctico preparado en el año 2002 por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá como parte del Curso "Secretaría de Tribunal de Arbitramento", se lee:

"La norma que venimos comentando [artículo 13 (3) de la Ley 270 de 1996] fue declarada exequible sin mayor comentario, en tanto, como se indicó, se limitó a reiterar el texto mismo de la Constitución. No obstante, en las cortas apreciaciones que sobre ella se hicieron vino la Corte a sembrar confusión donde el texto no la trae y a dar pie, nuevamente, a la postura arbitral rígida y reglada que la norma trataba a toda costa de modificar y poner nuestra legislación a tono con lo que es una constante a nivel mundial: permitir el libre juego de la autonomía de la voluntad en el señalamiento de las reglas procesales. Al respecto en un muy infortunado párrafo, dijo la Corte: 'Resta agregar que en estas situaciones (arbitraje y conciliación, se nota) **los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador**, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley' (resalto).

La simple confrontación del texto de la ley con el agregado de la Corte, muestra a las claras que el texto dice todo lo contrario de lo que esta venerable institución afirma. Sin esfuerzo podría afirmarse que si el fallo de la Corte fuese un decreto reglamentario, sería abiertamente ilegal y si una ley, sería inconstitucional, por exceder el texto objeto de su comentario y análisis. En efecto, mientras la ley afirma (*sin perjuicio*) la prevalencia de la voluntad de las partes y el carácter supletorio de la ley, la Corte modifica el texto para hacerle decir todo lo contrario sin razón ni justificación alguna." (Énfasis en el original). *Tomado de:* Gamboa Morales, Nicolás: Adaptación de la Conferencia preparada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Comercial celebrado en Medellín en Octubre 2003.
- 11 Ver numeros 11, 12, 13 y 24 del presente artículo.
- 12 Oppetit Bruno, Teoría del Arbitraje, Pág. 266.

El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones

Alvaro Galindo C.

El consentimiento es, tal como lo afirmaran en su momento los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, la piedra angular de la jurisdicción del CIADI. Una vez otorgado, no puede ser retirado de manera unilateral por ninguna de las partes. Sería necesaria una autorización expresa de todas las partes para que pueda ser retirado.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo está enfocado a tratar el consentimiento como requisito necesario para acudir a la solución de controversias en materia de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el CIADI o el Centro).

El CIADI es una creación del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio del CIADI o Convenio).

El Arbitraje es el método de solución de conflictos más utilizado en materia de inversión en la actualidad. Uno de los objetivos buscados es dejar atrás los días en que la forma de solucionar controversias entre inversionistas y estados soberanos se producía a través de la protección diplomática en contra del Estado receptor de la inversión por parte del Estado de origen del inversionista.¹

El Convenio CIADI, como se desprende del texto de los trabajos preparatorios, pretende que las diferencias en materia de inversión sean despolitizadas y se manejen en espacios neutrales sin injerencias externas. Esta es una de las razones que explican que una vez que ha sido otorgado el consentimiento para un arbitraje bajo el Convenio no se podrán utilizar mecanismos, entre otros, como el de la protección diplomática.²

2. EL CONSENTIMIENTO

El arbitraje en materia de inversión, como prácticamente todo tipo de arbitraje, requiere la existencia de un acuerdo por escrito o consentimiento previo. El consentimiento de ambas partes, esto es, del Estado receptor de la inversión y del inversionista, es un requisito indispensable

para que exista jurisdicción por parte de un tribunal internacional.³

Esto es también un elemento fundamental en el sistema de arbitraje bajo el Convenio CIADI. En el texto del Convenio se hace referencia en varias ocasiones al consentimiento.⁴ El Convenio CIADI deja clara que la mera ratificación por parte de un Estado y el hecho de ser parte contratante, no implica la existencia del consentimiento expreso.⁵

Para que exista jurisdicción por parte del CIADI y competencia por parte de un tribunal de arbitraje bajo este mecanismo, existen varios requisitos que se deben tomar en cuenta y que se encuentran enunciados en el artículo 25 del Convenio

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El Informe de los Directores Ejecutivos menciona que "el consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta."⁶

Sin embargo, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a la jurisdicción del CIADI.

En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes, temas que están más allá del alcance del presente trabajo.

Existen tres formas, en la práctica, para la formación del consentimiento.

La más conocida, y hoy tal vez la que va siendo menos usada, es el consentimiento otorgado en una cláusula arbitral entre las partes. Estas cláusulas se encuentran en los contratos de inversión entre Estados e inversionistas extranjeros. Existen modelos de cláusulas que pueden ser de gran utilidad a la hora de querer introducir en un contrato un convenio arbitral.⁷

Otra fuente de formación del consentimiento es a través de la normativa de un Estado, típicamente en la legislación doméstica en materia de inversión.⁸ Estas normas ofrecen el arbitraje de manera general, aunque es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento. Siempre será necesaria la existencia previa del acuerdo entre las partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, faltará aún el pronunciamiento del inversionista y aceptar la "oferta" dada por el Estado en su legislación. Esta aceptación puede darse a través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje.

La tercera fuente de formación del consentimiento es a través de un Tratado, ya sea de carácter bilateral o de carácter multilateral. La mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's) contienen la oferta del Estado al inversionista del otro Estado parte del Tratado.⁹ También se encuentra esta oferta en Tratados Multilaterales, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte o la Carta de Energía.¹⁰

Es importante señalar que esta "oferta de arbitraje" otorgada por los Estados en tratados internacionales, que hoy es la fuente más usual del consentimiento en los arbitrajes bajo el Convenio CIADI, no está contemplada de manera expresa ni en el Convenio ni en el Informe de los Directores Ejecutivos.¹¹ Sin embargo, esto no debe llevar a una equivocada conclusión. Al momento de la redacción del Convenio CIADI y su posterior aprobación, los Tratados Bilaterales de Inversión estaban empezando a ser utilizados por los Estados.

3. INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La primera ocasión en que se invocó como fuente directa del consentimiento un Tratado Bilateral de Inversión fue en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*.¹²

Desde entonces, la gran mayoría de casos administrados por el CIADI tienen como fuente del consentimiento las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados, que se encuentran en los TBI's.

Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los Tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter ex-

tensivo, esto obviamente, dependiendo de los "zapatos" que tengan puestos los abogados litigantes.

Los Estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado. Por otro lado, el inversionista ha intentado invocar una forma de interpretación diametralmente opuesta, bajo el principio de "interpretación efectiva".¹³ Esta línea de interpretación está recogida en el caso *Tradex*, en el que el Tribunal concluye a favor de la existencia del consentimiento y por lo tanto de la competencia del Tribunal.¹⁴

En el caso *AMCO*, el tribunal concluyó que el consentimiento debe ser interpretado en una forma que lleve a descubrir y respetar el deseo común de las partes, es decir, aplicando el principio *pacta sunt servanda*, concepto común de los sistemas legales doméstico e internacional.¹⁵

En el caso *SPP*, el Tribunal consideró que no existe una presunción a favor de la jurisdicción, más aún cuando una de las partes es un estado soberano, pero tampoco a la inversa, es decir, una presunción en contra de la existencia de tal jurisdicción. El Tribunal concluyó que los instrumentos que contienen la jurisdicción del Tribunal no deben ser interpretados ni restrictiva ni extensivamente, sino de manera objetiva y de buena fe.¹⁶

Es una cuestión solidamente establecida el que el inversionista puede aceptar la oferta del Estado dada en el TBI, a través de la iniciación del procedimiento arbitral. No hay nada en los TBI's que sugieran que el inversionista debe comunicar su consentimiento de forma distinta y directa al Estado.¹⁷

4. ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO

En algunos casos, las ofertas de arbitraje que se encuentran en las legislaciones de los Estados son bastante amplias y cubren todas las controversias que pudieran surgir y que estén vinculadas a la inversión extranjera.¹⁸ En otros casos, el alcance es menos extenso, como cuando los términos utilizados son limitados en cuanto a la materia.¹⁹

Hay disposiciones en los TBI's que, con el objeto de cubrir bajo su "manto protector" obligaciones contractuales contraídas por Estados con inversionistas, han producido el efecto de ampliar el alcance del consentimiento otorgado por parte de los Estados.

Se han dado interpretaciones confrontadas por parte de los Tribunales de Arbitraje sobre el alcance de estas disposiciones, entre otras, en los muy comentados casos *SGS c. Pakistan*²⁰ y *SGS c. Filipinas*.²¹

En los términos del comentarista del Convenio CIADI más citado a nivel internacional, el Profesor Christoph Schreuer

"La posición adoptada por los Tribunales *SGS c. Pakistan* y en *Joy Mining* dejan sin significado práctico alguno a la cláusula paraguas. Por lo tanto, la interpretación de *SGS c.*

Filipinas, a la que arribó sobre este punto, es claramente la mejor.”²²

Es un criterio establecido por los precedentes que este tipo de redacción contiene asuntos que van más allá de la mera interpretación o aplicación del Tratado y que incluyen o que están relacionadas con las disputas que surjan de los contratos en conexión con una inversión.

En el caso *Salini*,²³ el Tribunal consideró que la disposición incluía no solo materias cubiertas por el Tratado sino también controversias relacionadas al contrato. En el procedimiento de anulación en el caso *Vivendi*,²⁴ el Tribunal arribó a una conclusión similar.

En la decisión del Tribunal en el caso *Joy Mining*,²⁵ con la cual muchos Estados se sienten cómodos por su alcance, se arribó a la conclusión de que para que una disputa contractual esté cubierta por un Tratado, la violación de las disposiciones del contrato y del Tratado debe ser clara y de tal magnitud que active la protección del Tratado. Concluyó que en ese caso no se cumplía ese estándar.

Hay comentaristas que han criticado fuertemente esta decisión, entre otros, el Profesor Schreuer, inclinándose a favor de la interpretación dada por el Tribunal *SGS c. Filipinas*.

5. CONDICIONES DE PROCEDIMIENTO AL CONSENTIMIENTO

Los Estados han previsto en los TBI's algunas condiciones al consentimiento, con el objeto de que el inversionista no tenga una “carta blanca” para acudir a un procedimiento internacional. Entre las más utilizadas, cabe señalar las siguientes:

• Tiempos de espera para una solución amistosa

La gran mayoría de TBI's incorporan en la disposición de solución de controversias, una etapa previa de negociación o también llamado “período de enfriamiento”. Con esto se busca que las partes tengan la oportunidad de resolver la diferencia de manera directa y sin necesidad de recurrir a un procedimiento de carácter internacional.

En recientes casos, se puede apreciar que los Tribunales se inclinan por interpretar este requerimiento como “procedimental” y no como un requisito de “jurisdicción”²⁶

Sin embargo, un Tribunal consideró que este requisito debía cumplirse para que existiera jurisdicción bajo el Convenio CIADI y de esta forma, el Tribunal fuera competente para decidir la controversia entre las partes.²⁷

Se ha propuesto que, ante el incumplimiento del “período de espera”, un mejor arreglo para las partes - no ne-

cesariamente desde la óptica rígida de si existe o no jurisdicción para que el Tribunal conozca la controversia - sería que el Tribunal decida la “suspensión de procedimientos” y de esta forma otorgar un período de espera para que las partes traten de lograr un acuerdo, siempre y cuando se considere útil tal decisión.²⁸

• Agotamiento de recursos internos

Este requisito ha sido prácticamente eliminado de las disposiciones sobre solución de controversias en los TBI's. No es necesario el agotamiento de los recursos internos salvo estipulación en contrario

El artículo 26 del Convenio CIADI dispone que:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”

La segunda parte del Artículo 26 de Convenio es clara, en el sentido de que cualquier Estado Contratante “podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. Si un Estado así lo solicita, se podría incluir en el acuerdo de consentimiento una cláusula que incorpore este requisito.²⁹

• Elección de vía, bifurcación del camino o “fork in the road”

Esta condición al consentimiento tiene un efecto opuesto a la condición del agotamiento de los recursos internos. Una gran cantidad de TBI's incorporan en sus disposiciones de solución de controversias, una oferta al inversionista, el que debe escoger entre la posibilidad de recurrir a las cortes locales o al arbitraje internacional.

El efecto de recurrir a uno u otro procedimiento es que, una vez escogida una vía, la otra precluye. La opción escogida es definitiva, y por lo tanto, si el inversionista acudió a las cortes locales para que la controversia sea resuelta, la opción de acudir al arbitraje internacional deja de existir.³⁰

Es importante tomar en cuenta que los tribunales han señalado de forma reiterativa que para que exista una “elección de vía” de acuerdo a los términos de un TBI, es necesario que las partes y la causa de acción sean las mismas.³¹

6. CONCLUSIÓN

El consentimiento es, tal como lo afirmaran en su momento los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, la

piedra angular de la jurisdicción del CIADI. Una vez otorgado, no puede ser retirado de manera unilateral por ninguna de las partes, sería necesaria una autorización expresa de todas las partes para que este pueda ser retirado.

El consentimiento como un elemento que va más allá de una interpretación restrictiva o extensiva, debe ser analizado por parte de los tribunales de arbitraje bajo el principio de la buena fe y tomando en cuenta el objeto y propósito del Convenio CIADI.

Notas

- 1 También existió la llamada "diplomacia de los cañones". Ver, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, R. Doak Bishop, James Crawford and W. Michel Reisman, Kluwer Law International, pag. 3: "The investors' governments, if they were inclined to help their nationals, responded either with a show of military force (so-called "gunboat diplomacy") or by providing "diplomatic protection".
- 2 El artículo 27 del Convenio establece que: "Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo."
- 3 Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Banco de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1964, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.
El Informe de los Directores Ejecutivos declara que: "El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1))."
- 4 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> En el preámbulo: "Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a (...) arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio (...).
- 5 Ibidem. "Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado"
- 6 Ibidem, párrafo 24.
- 7 Ver, e.g., la siguiente cláusula: "El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el "Estado Receptor") y nombre del inversionista (en adelante denominado "el Inversionista") convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el "Centro") toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje] / [conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el "Convenio"). Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/7.htm#nota6#nota6>
- 8 SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction I, 27 November 1985, 3 ICSID Reports, 131. "Las disputas de inversiones en relación a la aplicación de las disposiciones de la presente Ley deberán ser resueltas de la forma en que se acuerde con el inversionista o en el marco de los Tratados vigentes entre Egipto y el Estado del inversionista o en el marco del CIADI, vigente para Egipto desde 1971." La traducción es del autor. La Demandante soportaba su argumento sobre la base del Art. 8 de la Ley de Inversiones de Egipto de 1974. De acuerdo al Tribunal, Egipto sostuvo que esta cláusula requería un consentimiento de implementación por separado con el inversionista. Que el sentido de esta disposición era informar a potenciales inversionistas que el CIADI era uno de los variados métodos de solución de controversias que podían ser negociados con autoridades egipcias, bajo las circunstancias apropiadas. El tribunal concluyó que no existía nada en la disposición analizada que requiriera una posterior manifestación de consentimiento para la jurisdicción del Centro, más allá de la aceptación por parte del inversionista de la oferta otorgada por el Estado en su legislación.
- 9 Ver, Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 11 de mayo de 1997.

Notas

Artículo VI (4): “Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad (...). El resaltado es del autor. El texto liga el consentimiento del Estado (que se otorga en este párrafo) con la opción que escoja el inversionista. En otros términos, lo que dice es que si el inversionista escoge la opción del arbitraje UNCITRAL, a ello consiente el Estado. Si el inversionista escoge la opción de un arbitraje CIADI, también consiente en ello el Estado

- 10 En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el consentimiento se encuentra en el artículo 1120. En la Carta Europea de la Energía el consentimiento se encuentra en el artículo 26.
- 11 El Informe de los Directores Ejecutivos menciona la posibilidad de una oferta unilateral de arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión, a través de su legislación doméstica y la aceptación de tal oferta por parte del inversionista. Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 24.
- 12 AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250: “The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen”.
- 13 Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001. Pág. 249.
- 14 Tradex v. Albania, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 47: “[i]n case of doubt the 1993 Law should rather be interpreted in favour of investor protection and in favour of ICSID jurisdiction in particular.”
- 15 Amco c. Indonesia, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 398. Ante la afirmación de la demandada, de que siendo el consentimiento al arbitraje una limitación a sus facultades soberanas, este debía ser interpretado de forma restrictiva, el Tribunal consideró que “. . . like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle pacta sunt servanda, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law.”
- 16 SPP c. Egipto, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de abril de 1988, 3 ICSID Reports 143.
- 17 Ver, en este sentido, los siguientes casos: AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990. AMT v. Zaire, Award, 21 February 1997. SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. Generation Ukraine v. Ukraine, Award, 16 September 2003. Tokios Tokels v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras. 94-100.
- 18 Ver, Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 10 de diciembre de 1999, artículo 8: “1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas por las partes en la controversia; 2. Si una controversia en el sentido del párrafo (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las Partes en la controversia la haya notificado a la otra, será sometida a: (arbitraje CIADI).
- 19 Ver, Tradex c. Albania, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 124. La “oferta” dada por Albania en su legislación doméstica estaba limitada: “[S]i la disputa surge o está relacionada con expropiación, compensación por expropiación o discriminación o también por transferencias de acuerdo al artículo 7 (...)”
- 20 SGS v. Pakistan, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003. El Tribunal consideró que no tenía jurisdicción en relación a los reclamos contractuales que no constituyeran a su vez un incumplimiento de los estándares sustantivos del Tratado.
- 21 SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. El tribunal consideró que la disposición en cuestión era completamente general permitiendo el sometimiento a arbitraje de toda disputa en materia de inversión.
- 22 La traducción es del autor.
- 23 Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/Royaume du Maroc, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.
- 24 Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment, 3 July 2002, 6 ICSID Reports 340. “It is those disputes which may be submitted, at the investor’s option, either to national or international adjudication. Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor’s claim allege a breach of the BIT itself. Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article

Notas

- 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT.”
- 25 Joy Mining v. Egypt, Award, 6 August 2004.
- 26 Ver, en este sentido, el caso SGS c. Pakistán: “Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction [...]”
- 27 Ver, en este sentido, el caso Enron c. Argentina: “[T]he conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction”
- 28 Christoph H. Schreuer, Consent to Arbitration, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2-issue 5, November 2005. La estructura del presente trabajo se basa, en gran parte, en la propuesta del Profesor Schreuer recogida en este artículo.
- 29 Ver, e.g., la siguiente cláusula: “Antes de que una de las partes del presente instrumento inicie un procedimiento de arbitraje al amparo del Convenio con relación a una diferencia determinada, dicha parte deberá haber tomado todas las medidas necesarias a fin de agotar los recursos [administrativos] [y] [judiciales] disponibles con arreglo a la legislación del Estado Receptor respecto de esa diferencia [lista de los recursos que deben agotarse], a menos que la otra parte renuncie por escrito a esa condición.”
- 30 Ver, en este sentido, el artículo VI(3)(a) del TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América: “Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) (entiéndase cortes locales) o el inciso b) (entiéndase otro procedimiento previamente pactado) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio (...)”.
- 31 Este principio ha sido recogido por un gran número de tribunales. A manera de ejemplo, en el caso *Occidental c. República del Ecuador (IVA Petrolero)*, el Tribunal consideró que las acciones iniciadas por la compañía en las cortes locales tenían una causa de acción distinta a aquellas invocadas en el arbitraje bajo el TBI aplicable al caso. *Occidental c. Ecuador*, Laudo de 1 de julio de 2004, párrafos 38-63.
-

Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas

Dunker Morales Vela

Una reconsideración de la administración, procedimientos de revisión y mecanismos de control del arbitraje internacional podrían contribuir a reducir las inconsistencias que se evidencian en la actualidad. El establecimiento de órganos de apelación podría asegurar en cierta medida la uniformidad de la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones.

Introducción

Los países de economías frágiles están en permanente búsqueda de nuevas inversiones que eventualmente mejoren sus economías y las condiciones de vida de sus ciudadanos. Por otra parte, los inversionistas intentan ampliar sus operaciones e incrementar el volumen de sus ganancias, al tiempo que buscan protección para sus inversiones, generalmente con el auspicio de sus países de origen. En estas circunstancias, las posiciones y los intereses son, en ciertas ocasiones, incompatibles.

En la negociación de tratados internacionales de protección de inversiones, los países tradicionalmente exportadores de inversión promovieron el reconocimiento y propagación de un espacio neutral para la solución de diferencias relativas a inversiones. Muchos inversionistas esperaban que el arbitraje internacional les proporcionara la imparcialidad que consideraban ausente en los tribunales domésticos de los países receptores de la inversión, sobre todo de aquellos que enfrentados a los parámetros de las potencias económicas merecen la calificación de países en desarrollo.

Era difícil que los promotores del arbitraje internacional no previeran algunos de los obstáculos que la institución enfrenta actualmente. Este estudio examina uno de ellos, la falta de coherencia en la jurisprudencia arbitral, a través de un caso en particular, a saber, el alcance de las cláusulas o paraguas de protección general de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) para ampliar la competencia de los tribunales arbitrales sobre controversias derivadas de incumplimientos de contratos de inversión.

El Capítulo I reseña sobre las características generales del arbitraje en el derecho internacional sobre inversión extranjera y el Capítulo II analiza sobre la internacionalización de los contratos de inversión a través de las

cláusulas de protección general y el estado de la jurisprudencia del arbitraje internacional en relación con la aplicación de estas estipulaciones.

I.- EL ARBITRAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA

1.1 Derecho internacional de inversión extranjera

No existe un reconocimiento unánime sobre lo que debe entenderse sobre inversión extranjera a efectos de la protección que le brinda el derecho internacional.¹ En términos generales, se puede afirmar que la inversión extranjera implica la transferencia de bienes tangibles o intangibles de un país a otro con el objetivo principal de usarlos en el país receptor para producir riqueza bajo control total o parcial del propietario de los activos.²

Existen dos categorías de inversión extranjera: oficial y no oficial.³ La primera se refiere a las transacciones de capital realizadas por instituciones públicas, incluso bancos centrales, en tanto que la segunda se refiere a aquellas transacciones de capital realizadas por empresas privadas, incluso aquellas de propiedad estatal, y por personas naturales.⁴

Las inversiones extranjeras no oficiales se subdividen, a su vez, en dos grupos principales, a saber, inversión extranjera directa (IED)⁵ e inversión de cartera.⁶ La IED puede describirse como la inversión de capital, por parte de una persona no residente en el territorio del estado receptor, en relación con una empresa o un activo tangible o intangible, en la que el inversionista mantiene control potencial o real sobre las políticas y el destino de la empresa o el activo.⁷ El derecho internacional en ma-

teria de inversión extranjera se concentra en este último tipo de inversión; sin embargo, la tendencia en los tratados internacionales es ampliar el alcance de la definición y por tanto su ámbito de aplicación, con el fin de asegurar protección a una amplia gama de actividades de inversión.⁸

El derecho internacional de inversión extranjera es una de las áreas del derecho que mayor desarrollo ha experimentado en las últimas décadas, sobre todo desde la mitad del siglo XX. Este desarrollo ha respondido mayormente a “la globalización y el dramático incremento de las inversiones transfronterizas” propias de las relaciones comerciales contemporáneas.⁹ Esta rama del derecho puede, en algunos casos, ser particularmente compleja debido a que involucra áreas que de potencial conflicto político en el ámbito internacional, como la tensión creada a raíz de la intención de muchos países en desarrollo de retomar el control de los recursos naturales que habían perdido durante los procesos de conquista y colonización.¹⁰

No obstante los recientes avances jurídicos, la noción de inversión extranjera no es reciente. Sus orígenes son tan antiguos como la conquista europea de otros continentes.¹¹ Ya por la mitad del siglo pasado, muchos estados intentaron “definir e imponer su soberanía para regular las actividades económicas que se ejecutaban dentro del territorio de su jurisdicción”.¹² De hecho, ciertos estados receptores pretendieron alcanzar su independencia económica por medio del control de la inversión extranjera.¹³

A medida que la inversión extranjera adquirió relevancia en el escenario económico internacional y los inversionistas extranjeros empezaron a explorar nuevos mercados, advirtieron que el derecho internacional no les otorgaba la protección que ellos estimaban necesaria para garantizar y promover sus actividades.¹⁴

1.2 Tratados bilaterales de inversión

En la década de 1950, Estados Unidos diseñó un programa de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación que no obtuvo el éxito deseado por sus ideadores. Al poco tiempo de su introducción, estos instrumentos se tornaron poco atractivos para los países en desarrollo que mostraron un abierto escepticismo sobre sus ventajas.¹⁵ Alrededor de la misma época, varios estados europeos promovieron negociaciones que culminaron en la suscripción y ratificación de una serie de exitosos tratados bilaterales de inversión.¹⁶

De su parte, Estados Unidos no negoció la suscripción de TBIs sino hasta principios de la década de 1980,¹⁷ en que inició la ejecución de su Programa de Tratados Bilaterales de Inversión.¹⁸ El Programa de TBIs de los Estados Unidos y otros similares promovidos por países desarrollados culminaron en una masiva suscripción de esta clase de tratados, ocurrida sobre todo a finales de la década de 1980 y en la década de 1990.¹⁹ La política en favor de los TBIs estaba concebida para lograr tres objeti-

vos principales: (1) proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aún no estaban cubiertos por acuerdos existentes; (2) persuadir a otros estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros; y (3) contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores.²⁰

Hace apenas tres décadas, los TBIs eran aún considerados un nuevo fenómeno en el campo internacional.²¹ Actualmente constituyen —junto con los contratos de inversión— los instrumentos más comunes de regulación de la inversión extranjera. Sin embargo, los flujos de IED no están únicamente sujetos a cientos de TBIs, sino a una cantidad creciente de acuerdos multilaterales de inversión, regímenes regionales integración económica y de libre comercio e instrumentos internacionales de aplicación no obligatoria.²²

A pesar del hecho de que actualmente existen en un número que supera los dos millares, una cantidad considerable de TBIs, sobre todo aquellos negociados a partir de la década de 1980, comparten una estructura formal común e incluso algunas características sustanciales.²³ La mayoría de ellos contienen disposiciones que rigen la expropiación, la obligación de trato de nación más favorecida, la obligación de trato nacional, la no discriminación y el trato justo y equitativo.²⁴

1.3 Arbitraje internacional en virtud de tratados bilaterales de inversión

Además de los derechos sustanciales mencionados, los TBIs también norman aspectos procesales referentes a la inversión extranjera.²⁵ Muchos de estos tratados señalan el arbitraje en un foro internacional neutral como uno de los mecanismos para la solución de disputas.²⁶ Generalmente, los inversionistas no muestran confianza en la imparcialidad de los tribunales del país receptor y, de su parte, los estados se manifiestan renuentes a renunciar a la inmunidad que les asiste en cortes extranjeras. Éstas son dos de las principales razones que explican por qué el arbitraje internacional desempeña un papel tan importante en la solución de disputas relativas a inversiones.

Las diferencias relativas a inversiones tienen características especiales que las distinguen de las diferencias comerciales ordinarias. Dos aspectos en particular reflejan esas diferencias, por una parte, el monto de la controversia es generalmente considerable y, por otra, la materia en disputa posee usualmente connotaciones políticas. Es común, además, que el arbitraje relativo a inversiones involucre aspectos importantes de la economía del estado receptor y, en consecuencia, es posible que el laudo final afecte su ambiente de inversiones.²⁷

A partir de la década de 1980, ha sido tendencia que los TBIs prevean un procedimiento arbitral bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado en virtud de la

Convención de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante también referida como la "Convención del CIADI" o la "Convención").²⁸ El objeto de la Convención fue proporcionar un foro independiente para la resolución de controversias con el fin de promover la inversión extranjera y el desarrollo a nivel mundial. Un "Mecanismo Complementario" al CIADI se creó en 1978 con la finalidad de abarcar los casos que se encuentran fuera del alcance de la Convención original, especialmente aquellos que involucran a partes de estados no contratantes.²⁹ Algunos TBIs dan a los inversionistas la alternativa de someter sus diferencias a un arbitraje *ad hoc*, ordinariamente de conformidad con las normas procesales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés).³⁰

1.3.1 Requisitos del arbitraje relativo a inversiones

Si bien las disposiciones de los TBIs pueden presentar algunas variaciones en cuanto a los requisitos específicos, el alcance y ámbito del arbitraje, en general se reconocen las siguientes condiciones:

1. Se requiere la existencia de una diferencia relativa a inversiones entre un estado y un inversionista.³¹
2. Las partes están obligadas a procurar una solución a su diferencia a través de medios conciliatorios como la consulta y la negociación.
3. La diferencia no puede estar sometida a ningún proceso de solución alternativo, incluidos los procedimientos administrativos y judiciales ante instituciones o tribunales locales.
4. Deberá haber transcurrido un cierto plazo entre la fecha del supuesto incumplimiento y la iniciación del proceso arbitral.³²

En relación con la competencia de los tribunales arbitrales, la Convención del CIADI establece tres elementos sustanciales:

1. La calidad de las partes.³³ Las partes de la disputa deben ser, por un lado, un estado parte de la Convención del CIADI y, por otro, un inversionista de otro estado parte. La nacionalidad extranjera del inversionista – de un estado parte distinto del receptor – constituye un aspecto crítico en un porcentaje considerable de arbitrajes internacionales relativos a inversión, principalmente en aquellos que involucran a compañías multinacionales. En estos casos, la determinación de la nacionalidad de la compañía multinacional, de sus subsidiarias o incluso las de sus accionistas puede resultar trascendental al momento en el que el tribunal arbitral establezca los límites de su propia competencia en relación con una disputa determinada.³⁴

2 La naturaleza de la controversia.³⁵ Solamente controversias relacionadas con inversión extranjera se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Convención. La materia arbitrable estará limitada por el contenido del contrato de inversión pertinente y los derechos y obligaciones que de él surjan.³⁶

3. El consentimiento de las partes.³⁷ La Convención exige que las partes involucradas en la diferencia hayan aceptado la jurisdicción del CIADI. La ratificación de la Convención no constituye constancia suficiente del consentimiento de un estado para someterse a arbitraje. En la práctica, la declaración de ese consentimiento se efectúa por medio del TBI o de la legislación doméstica sobre inversiones.³⁸ Este asunto fue dilucidado en el arbitraje *Lanco Internacional Inc. c. La República de Argentina*.³⁹ En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal debía resolver sobre una alegación de incompetencia planteada por Argentina en virtud de existir un contrato de concesión posterior al tratado que establecía un mecanismo de resolución de controversias distinto. El tribunal sostuvo que: "...el consentimiento al arbitraje CIADI por un Estado puede provenir de un tratado bilateral... Por el contrario, el consentimiento del inversor, nacional del otro Estado Contratante, debe ser prestado por el propio inversor por escrito, dado que el consentimiento de su Estado no obliga al inversor."

En principio, las dos partes están facultadas a presentar una demanda al amparo de un TBI. En primer lugar, los estados que son parte de un tratado pueden solicitar la interpretación de una disposición obscura, siempre que hayan agotado con anterioridad los procedimientos diplomáticos correspondientes.⁴⁰ En segundo lugar, los inversionistas extranjeros pueden presentar directamente una petición de arbitraje en contra del estado receptor por la violación de cualquiera de los derechos sustantivos establecidos en el TBI.⁴¹

En efecto, además de la protección sustantiva de los inversionistas, la mayor innovación que se reconoce a los TBIs es la cláusula procesal que permite a los inversionistas hacer valer los derechos sustantivos sin la intervención de su estado de origen. En consecuencia, a los inversionistas no solamente se les han concedido derechos sustantivos, sino también acceso a una jurisdicción neutral a la cual recurrir en búsqueda de reparación en caso de que su inversión haya sido afectada por hechos ilícitos.⁴² Se ha afirmado que esta personería jurídica internacional limitada permite al inversionista funcionar de manera similar a un representante privado de la sociedad que busca la protección del interés público.⁴³

En esencia, la cláusula arbitral de los TBIs implica una oferta que presenta un estado parte para someter a arbitraje internacional las diferencias derivadas de actividades de inversión protegidas por el tratado y efectuadas dentro de su jurisdicción por nacionales de otro estado parte. Generalmente, un inversionista determinado declara su aceptación a esta oferta cuando presenta una petición de arbitraje de conformidad con las reglas de procedimiento aplicables.⁴⁴

1.3.2 El procedimiento arbitral⁴⁵

La mayoría de TBIs ofrecen a los inversionistas la opción de decidir si han de resolver sus diferencias relativas a inversiones litigando en las cortes nacionales o ante un tribunal arbitral internacional. Debido a la preocupación creada entre los inversionistas respecto de la potencial

parcialidad de los tribunales del estado receptor, el arbitraje es regularmente la alternativa elegida.⁴⁶ Como se indicó anteriormente,⁴⁷ en general, los TBIs prevén la elección entre un arbitraje CIADI y un arbitraje *ad hoc* sustanciado generalmente de conformidad con las normas de la UNCITRAL.⁴⁸

El procedimiento de arbitraje se inicia con una petición de arbitraje presentada por un estado parte o un inversionista nacional de un estado parte ante uno de los órganos jurisdiccionales que establece el tratado.⁴⁹ Los tribunales de arbitraje en materia de inversiones están típicamente integrados por tres árbitros. Cada parte goza de la prerrogativa de designar un árbitro y el tercero, que actúa como presidente, es elegido conjuntamente.⁵⁰ Superada la etapa de conformación del tribunal, el orden y cronograma exactos del arbitraje dependerán de las normas procesales aplicables.⁵¹ Sin embargo, típicamente, el procedimiento incluye la presentación de los memoriales, escritos y alegatos de las partes, la presentación y evacuación de pruebas y la realización de audiencias orales antes de que el tribunal emita finalmente su laudo.⁵²

Adicionalmente, las siguientes son características relevantes, no exclusivas, de los procedimientos arbitrales del CIADI:

1. De conformidad con el Artículo 41 de la Convención del CIADI, el tribunal – al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional – tiene la facultad de determinar el alcance de su propia competencia.⁵³
2. Si el tribunal considera que las circunstancias del caso lo requieren, podrá recomendar la adopción de medidas provisionales tendientes a salvaguardar los derechos de las partes.⁵⁴
3. La posibilidad de impugnar el laudo del tribunal es muy limitada, puesto que no existe un mecanismo de apelación previsto en el tratado. El artículo 52 de la Convención establece causales muy restringidas para la anulación del laudo y se refieren mayormente a aspectos procesales.⁵⁵
4. Puesto que el arbitraje internacional es descentralizado – en ciertos casos incluso no supervisado – en no raras ocasiones diferentes tribunales arriban a resultados diversos frente a hechos muy similares y casi idénticas estipulaciones en los tratados internacionales aplicados.⁵⁶
5. El artículo 27 de la Convención dispone que la protección diplomática debe suspenderse mientras está pendiente el procedimiento arbitral.⁵⁷
6. El tribunal debe aplicar las leyes escogidas por las partes y, en ausencia de acuerdo, las leyes del estado receptor y el derecho internacional aplicable.⁵⁸

II. DISPUTAS INTERNACIONALES RELATIVAS A INVERSIONES CON FUENTES MÚLTIPLES DE JURISDICCIÓN

La determinación de la jurisdicción ante la cual se debe o es más conveniente plantear una acción no es una

noción reciente del derecho procesal ni de la práctica litigiosa y, ciertamente, no es nueva en el campo del arbitraje. No obstante, el concepto ha retomado importancia con la proliferación de procedimientos arbitrales internacionales,⁵⁹ pues la inversión extranjera usualmente involucra al menos dos potenciales fuentes para establecer la competencia en caso de presentarse una controversia. Por una parte, un tratado bilateral que establece el marco jurídico para la protección a la inversión y, por otra parte, un contrato de inversión entre el inversionista y el estado receptor – o una de sus instituciones – que crea derechos y obligaciones mutuos y que es complementado por la legislación doméstica en materia de inversiones del estado receptor.⁶⁰ Por lo tanto, al escoger la jurisdicción a la que elevarán sus reclamos, los inversionistas enfrentan una decisión complicada que podría ser crítica en la determinación del curso y el resultado de la diferencia.

2.1. Acciones basadas en TBIs y acciones basadas en contratos de inversión

Un inversionista que ha celebrado un contrato con un estado o institución pública y cuya inversión está simultáneamente protegida por un TBI no solo gozará de diferentes regímenes de protección, sino que, además, se le presentarán una serie de alternativas que le permitirán decidir si presentar su demanda ante los tribunales del estado receptor o recurrir a cualquiera de los procedimientos de solución de controversias reconocidos en el tratado, entre ellas el arbitraje internacional.⁶¹ El concepto de la multiplicidad de foros potencialmente competentes para sustanciar una controversia se conoce en la terminología anglosajona como “*fork in the road*”.

En estas circunstancias, no es complicado encontrar estipulaciones en el contrato, en el tratado internacional e incluso en la legislación interna que regulen un mismo aspecto, sustantivo o procesal, de forma distinta y en ocasiones contradictoria. La disponibilidad de varios foros para la solución de disputas concede amplia discreción al inversionista para presentar su acción ante el órgano jurisdiccional que percibe más inclinado a sus intereses.⁶²

En lo estrictamente jurídico, tres factores contribuyen a la distinción entre acciones basadas en un tratado y acciones basadas en un contrato:

1. Fuente de la acción. Este aspecto marca la diferencia más importante entre los dos tipos de acciones. Mientras el fundamento de una acción al amparo de un tratado es un derecho reconocido en un tratado de inversión –usualmente un TBI–, una acción al amparo de un contrato se relaciona con la violación de un derecho consagrado en un contrato de inversión.⁶³ Por regla general, entonces, la violación de un derecho consagrado en un tratado genera la responsabilidad internacional del estado receptor, mientras que un incumplimiento contractual origina la responsabilidad del estado receptor de acuerdo con su propia legislación.

2. Contenido del derecho subjetivo. Los derechos consagrados en tratados internacionales se definen en tér-

minos muy amplios y tienen una naturaleza genérica (p. ej., trato nacional, trato de nación más favorecida, no discriminación, indemnización en caso de expropiación). Por otra parte, los derechos contractuales están claramente especificados en el contrato y en la legislación nacional aplicable de acuerdo con las características de la inversión. Sin embargo, es posible – y ocurre con relativa frecuencia – que el contenido de los derechos contemplados en un tratado y los derechos contractuales se superpongan. Por ejemplo, un derecho ya reconocido por el tratado puede ser posteriormente incluido y ampliado o delimitado en un contrato de inversión.⁶⁴

3. Derecho aplicable. Normalmente, el régimen legal aplicable a una acción basada en un tratado incluye las disposiciones del TBI, la legislación interna del estado receptor y el derecho internacional general.⁶⁵ En cambio, los contratos de inversión están regidos exclusivamente por el sistema legal del estado receptor, particularmente por las disposiciones que regulan los contratos administrativos.⁶⁶

2.2 La internacionalización de los contratos de inversión y las cláusulas paraguas en los TBIs

La distinción teórica entre las obligaciones de un estado derivadas de un TBI y aquellas originadas en un contrato se ha desgastado en años recientes debido, en parte, a la práctica del arbitraje internacional. De hecho, algunos laudos arbitrales han aceptado la proposición de que los inversionistas están facultados a exigir reparación por violaciones a los derechos consagrados en un TBI incluso en aquellos casos en que estas violaciones se originan en acciones que constituyen incumplimientos del contrato de inversión.⁶⁷ Esta tesis ha sido ampliamente defendida por los inversionistas, liderados por compañías multinacionales, en su afán de reducir la práctica de recurrir a los tribunales nacionales para la solución de las controversias relativas a inversiones, debido a la supuesta falta de imparcialidad que puede afectar al proceso doméstico. En cambio, los inversionistas han percibido el arbitraje como un mecanismo idóneo para procurar el respeto por el régimen de derecho y reforzar la estabilidad de las inversiones.⁶⁸

De manera general, un incumplimiento contractual no genera la responsabilidad internacional de un estado pues las obligaciones internacionales operan a un nivel distinto e independiente.⁶⁹ Se reconocen dos maneras principales para convertir obligaciones contractuales en obligaciones internacionales. La primera es la “internacionalización” de los contratos de inversión, que “ocurre cuando el contrato se somete expresamente al derecho internacional (o al derecho internacional complementado por la legislación interna) y las partes acuerdan que en la medida en la que las leyes del estado receptor regulen el contrato, éste no será modificado unilateralmente por el estado”.⁷⁰

La segunda alternativa se la encuentra en las llamadas cláusulas “paraguas” o de protección general. Una cláusula

paraguas es una disposición –incluida en una gran cantidad de TBIs– que exige a los estados partes respetar todas las obligaciones en materia de inversión que hayan contraído con inversionistas de otro estado parte. Determinar el alcance de las llamadas cláusulas paraguas es una de las cuestiones más controversiales en el estado actual del arbitraje internacional en materia de inversiones.⁷¹

A.C. Sinclair, en un estudio histórico sobre las cláusulas paraguas, estima que su origen puede provenir de un consejo legal proporcionado por Sir Elihu Lauterpacht a la compañía *Anglo American Oil Company* entre 1953 y 1954 con motivo de la disputa que mantenía en relación con la nacionalización del petróleo iraní.⁷² No obstante que su origen data de hace varias décadas, la jurisprudencia arbitral no se habían ocupado de la figura sino hasta tiempos recientes.⁷³

La doctrina contemporánea parece haberse creado un criterio consistente en relación al alcance de las cláusulas paraguas. La mayoría de los académicos, al menos desde una perspectiva general, están alineados con la tesis de que las cláusulas paraguas cubrirían también las acciones por incumplimiento de un contrato de inversión incluso en ausencia de una remisión expresa al tratado.⁷⁴

Thomas Wälde consiente una interpretación más restringida de las cláusulas paraguas. El autor estima que el derecho internacional provee garantías a los inversionistas únicamente en casos en que se produzcan incumplimientos o interferencias contractuales producto del ejercicio de la facultad soberana del estado. No obstante, si lo sustancial de la disputa no se refiere al ejercicio de dichas facultades, sino a una disputa comercial ordinaria, el TBI y su cláusula paraguas no tienen relevancia en el caso particular.⁷⁵

2.3. Cláusulas paraguas en la jurisprudencia arbitral

Un comité *ad hoc* del CIADI describió las diferencias entre el incumplimiento de un tratado y el incumplimiento de un contrato en el caso *Vivendi* de la siguiente manera:

“95. En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y vice versa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”: La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del

*TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato...*⁷⁶

En la práctica, las disposiciones y derechos creados por el tratado y el contrato están estrechamente vinculados. Esto crea una situación compleja que involucra altos riesgos para los inversionistas que pretenden obtener reparación por los dos medios de forma simultánea.

El caso *Vivendi* demuestra como la complejidad de estos casos puede derivar en confusión. Se trata de una demanda propuesta por un inversionista francés en virtud del TBI entre Francia y Argentina,⁷⁷ que estaba también relacionada con un contrato de concesión celebrado con la Provincia de Tucumán en el que se reconocía la competencia de los tribunales locales argentinos sobre las disputas contractuales. La demanda sostenía que se gobierno seccional realizó actos conducentes a obstruir la ejecución plena del contrato, con lo cual el estado argentino incumplió sus obligaciones derivadas del tratado. En su laudo dictado en el año 2000, el tribunal arbitral del CIADI determinó que “las acciones de la Provincia de Tucumán sobre las que se basan los reclamantes para su posición de atribuir responsabilidad a la República Argentina están estrechamente vinculadas con el cumplimiento o incumplimiento de las partes bajo el Contrato de Concesión...”⁷⁸ para concluir que no era posible para los árbitros:

[D]eterminar cuáles acciones de la Provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte al Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el Contrato de Concesión. Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán.⁷⁹

El asunto crítico de esta disputa radicaba en la competencia del tribunal arbitral del CIADI para conocer una demanda de un inversionista basada en supuestas violaciones del TBI y al mismo tiempo vinculada de forma tan estrecha con una relación contractual existente entre las partes que resulte imposible para el tribunal separarlas sin revisar, interpretar y aplicar el contrato, tareas expresa y exclusivamente asignadas a los tribunales locales –al menos según la interpretación hecha por el tribunal de la cláusula sobre solución de disputas del contrato.⁸⁰ La respuesta negativa del tribunal a aceptar su propia competencia fue objeto de fuertes críticas.⁸¹ Una vez que el inversionista impugnó la validez del laudo del tribunal, un comité *ad hoc* del CIADI lo anuló y determinó que Argentina “no [odía] apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.”⁸²

Dos decisiones emanadas de distintos tribunales del CIADI, en *SGS contra Pakistán*⁸³ y *SGS contra Filipi-*

nas,⁸⁴ han incrementado la incertidumbre con respecto a si una cláusula paraguas cubre obligaciones que surgen de contratos que, en ausencia del TBI, serían de todas formas autónomos, a la vez que han evidenciado las zonas grises que presenta la materia. Si se acepta que las cláusulas paraguas abarcan todas las obligaciones contractuales, los tribunales arbitrales tendrían competencia para conocer las acciones contractuales, ya que la cláusula de protección general se incumpliría cada vez que se incumpla el contrato. En otras palabras, si esta interpretación es admitida, el inversionista podría buscar reparación por la violación de sus derechos contractuales a través del arbitraje internacional reconocido en el TBI,⁸⁵ con independencia de la elección de competencia que se haya acordado contractualmente.

SGS c. Pakistán involucró una acción de fuentes múltiple de competencia presentada por el inversionista sobre la base del TBI suscrito por Suiza, su país de origen, con Pakistán con relación a un contrato celebrado en 1994, en virtud del cual la compañía se comprometía a prestar servicios de inspección de pre-embarque para importación. El contrato incluía una cláusula compromisoria de arbitraje local. Al determinar el alcance de la cláusula paraguas del TBI, en su laudo de 6 de agosto de 2003 el tribunal determinó que la redacción amplia usada en la cláusula de protección general no podía interpretarse de forma que abarcara las obligaciones contractuales.⁸⁶ En otras palabras, de acuerdo con la opinión del tribunal, las cláusulas de protección general “no transforman las obligaciones contractuales en obligaciones bajo el derecho internacional en ausencia de un texto inequívoco que evidencie esa intención”.⁸⁷

Sin embargo, pocos meses más tarde, en *SGS c. Filipinas*, un tribunal arbitral distinto resolvió que una cláusula paraguas que dispone que “cada Parte Contratante respetará todas las obligaciones que haya asumido con relación a las inversiones específicas hechas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante”⁸⁸ convierte todas las obligaciones contractuales relativas a inversiones en obligaciones internacionales. El tribunal entendió que proteger las inversiones a través de una interpretación amplia de las cláusulas paraguas preserva el objeto y propósito del TBI de promover las inversiones.⁸⁹ El tribunal interpretó los términos ‘cualquier obligación’ incluidos en la cláusula paraguas en el sentido de comprender todas las obligaciones que surjan del contrato celebrado entre las partes.⁹⁰ En opinión del tribunal, su jurisdicción estaba asegurada por el hecho de que en virtud de la cláusula paraguas “constituye un incumplimiento del TBI el hecho de que el estado receptor no cumpla con compromisos obligatorios, incluso compromisos contractuales, que haya asumido respecto de inversiones específicas”.⁹¹

Dos casos posteriores, *Joy Mining c. Egipto*⁹² y *Salini c. Jordan*,⁹³ que plantearon temas jurisdiccionales similares a aquellos tratados en los casos de SGS, no contribuyeron al desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema. En *Joy Mining c. Egipto*, el tribunal en laudo de 6 de agosto de 2004 resolvió que el otorgamiento de garantías bancarias no constituía inversión protegida de conformi-

dad con el BIT celebrado entre Gran Bretaña y Egipto y que la ausencia de vinculación entre el tratado y el contrato impedía la aplicación del primero. No obstante, expresamente, reconoció que ese resultado podría ser perfectamente diferente en otros casos en los que esa vinculación exista, aunque aclaró que eso no ocurría en la disputa que juzgaba.⁹⁴

En *Salini c. Jordania*, en su laudo de 29 de noviembre de 2004, el tribunal contrastó las obligaciones adquiridas por el estado receptor de la inversión de conformidad con el BIT celebrado con Italia con las adquiridas por Filipinas con respecto a Suiza y que fueron discutidas en *SGS c. Filipinas* con resultado favorable para el inversionista. Finalmente, el tribunal determinó que el lenguaje del BIT en cuestión no implicaba la existencia de una cláusula paraguas, como pretendían las compañías demandantes.⁹⁵

En una decisión más reciente, en el *El Paso c. Argentina* (laudo de abril 27, 2006), un tribunal del CIADI trató nuevamente el tema y en esta oportunidad lo resolvió en contra de los intereses del inversionista. Después de referirse expresamente al caso *SGS c. Pakistán*, el laudo sostuvo que “una cláusula paraguas no puede transformar toda acción contractual, puesto que este resultado implicaría necesariamente que cualquier compromiso adquirido por el estado respecto de una inversión, incluso el más intrascendente, se convertiría en una acción amparada por el tratado internacional”.⁹⁶

En *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. Argentina*,⁹⁷ otro tribunal CIADI dos de cuyos tres árbitros fueron parte del tribunal en *El Paso c. Argentina*, se alineó con el criterio establecido en ese caso. El laudo determinó que una alegada cláusula de protección general en el TBI existente entre los Estados Unidos y Argentina no transformaba una acción de naturaleza contractual en una violación del derecho internacional.

Una postura menos restringida en relación con la interpretación de las cláusulas paraguas se presentó en *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*. En este caso, el tribunal arbitral, en aplicación del mismo BIT Estados Unidos-Argentina, determinó que un incumplimiento contractual puede generar la responsabilidad internacional del estado en virtud de la cláusula paraguas del tratado, pero únicamente en aquellos contratos en los que el estado interviene en ejercicio de su potestad soberana. El tribunal estableció que “los aspectos meramente comerciales de un contrato podrían no estar protegidos por el tratado bajo ciertas circunstancias, pero la protección estará disponible en aquellos casos en que los estados o las instituciones públicas interfieran de forma significativa con los derechos del inversionista”.⁹⁸

En *Sempra Energy International c. Argentina*⁹⁹ el tribunal arbitral adoptó una posición favorable a la interpretación amplia de las cláusulas paraguas. El tribunal determinó la existencia de una cláusula paraguas en el artículo II(2)(c) del BIT celebrado por Argentina con los Estados Unidos. Añadió que en el caso particular “la violación de compromisos contractuales con las licenciatarias que se alegan, expresados en la licencia y otros actos, re-

percute en los derechos que el inversionista argumenta tener a la luz de las disposiciones del Tratado y de las garantías con que realizó la inversión protegida.” Por estas razones, concluyó que “[e]l fundamento de la reclamación se relaciona, por consiguiente, tanto con el contrato como con el Tratado, independientemente del hecho de que materias puramente contractuales que no repercuten en las disposiciones del Tratado puedan ser objeto de las acciones que se encuentren disponibles en el derecho interno de la República Argentina”. El tribunal aclaró, sin embargo, que “la naturaleza específica de cada reclamo sólo podrá apreciarse si se examina el fondo de la controversia”.

Un interesante análisis sobre el alcance de las cláusulas paraguas fue efectuado por el tribunal arbitral en *Eureko B. V. c. Polonia*.¹⁰⁰ El tribunal determinó que en aplicación del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el significado ordinario de la frase “[e]ach Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party”¹⁰¹ es clara e imperativa e impone que la obligación de respeto no se limita a una clase determinada de inversiones, sino que abarca todas ellas. Con un voto disidente, el tribunal resolvió que las relaciones contractuales entre Polonia y la compañía holandesa Eureko estaban cubiertas por la cláusula paraguas y, por tanto, sometidas a su competencia. En este sentido, el tribunal estableció que en cuanto el Gobierno de Polonia adquirió obligaciones *vis-a-vis* con Eureko y se verificó, que las incumplió el demandado había actuado en violación de la cláusula paraguas transcrita.¹⁰² Finalmente, es importante destacar que al recalcar la aplicación del derecho internacional público en la controversia, el tribunal entendió que el objeto y propósito de BIT exigía que la cláusula paraguas debía concebirse autónomamente, con un significado propio e independiente y no sobrepuesta o equiparada a otras obligaciones derivadas del tratado como las de trato de nación más favorecida, trato nacional, no discriminación y trato justo y equitativo.¹⁰³

CONCLUSIÓN

La investigación presentada en este documento evidencia la confusión e incertidumbre creadas por la jurisprudencia referente al alcance de las cláusulas paraguas de los TBIs. La tensión en la jurisprudencia arbitral es aún evidente, y el hecho de que no haya una doctrina estricta de precedentes en el arbitraje internacional fomenta la inseguridad entre los potenciales litigantes.

Hay que reconocer que una parte de la inconsistencia presente en la casuística del arbitraje se debe a la diversidad del lenguaje que se puede encontrar en los tratados bilaterales de inversión. Pero otras razones, como la ausencia de órganos de supervisión y apelación, dificultan una solución inmediata. Es evidente que la inseguridad jurídica que se crea no solamente afecta la consolidación del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de conflictos relativos a inversión, sino que podría

aumentar el escepticismo que ya varios gobiernos, sobre todo de países en desarrollo, han mostrado frente al balance final del costo-beneficio que obtienen de los TBIs.

En algunos años, seguramente, podrá verificarse la magnitud del impacto que la inconsistencia de la jurisprudencia arbitral en la materia tendrá sobre la apertura de los estados a negociar nuevos tratados de inversión y a incluir terminología equivalente a la de las cláusulas de protección general en los textos sujetos a ratificación.

Por otra parte, esa misma incertidumbre podría generar efectos negativos en el ambiente de inversiones de un estado. El tema de si una cláusula de protección general cubre las obligaciones contractuales aún no se ha resuelto de forma definitiva y esta situación no satisface tampoco a los inversionistas. Las estrategias legales son difíciles de estructurar en este contexto y enfrentar una controversia en materia de inversiones presenta un panorama particularmente incierto.

Por el momento, la alternativa que brinda seguridad a los inversionistas es procurar una remisión expresa a la protección del tratado y al arbitraje internacional en el

contrato de inversión. De otra parte, ciertos estados intentarán excluir estipulaciones semejantes con el afán de que sean sus cortes las que resuelvan las disputas que se deriven de los contratos de inversión.

Es posible que una interacción más dinámica entre el derecho internacional sobre inversión extranjera y el derecho internacional general proporcione herramientas útiles para la interpretación uniforme de los tratados y contribuya, a la vez, a evitar algunas de las consecuencias negativas derivadas de la fragmentación del derecho internacional.

De su parte, la clarificación de temas controvertidos y la uniformidad de la jurisprudencia en el ámbito de las cláusulas paraguas y, en general, de todos los aspectos de jurisdicción podrían desincentivar la presentación de acciones abiertamente infundadas por parte de los inversionistas y la alegación de motivos de incompetencia improcedentes por parte de los estados y, de esta forma, contribuir a reducir la duración del arbitraje que, en muchos casos, ha aumentado notablemente debido a la necesidad de resolver excepciones de jurisdicción.

Notas

- 1 DANIEL D. BRADLOW & ALFRED ESCHER (Eds.), *LEGAL ASPECTS OF FOREIGN INVESTMENT* 3 (1999).
- 2 MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 7 (2004). Por su parte, la Secretaría de la Organización Mundial de Comercio (OMC) define la inversión extranjera directa como aquella que tiene lugar "cuando un inversionista con sede en un país (el país inversor) adquiere un activo en otro país (el país receptor) con la intención de administrar ese activo. La dimensión de la administración es lo que distingue la inversión extranjera directa de la inversión de cartera en acciones, bonos y otros instrumentos financieros extranjeros". Secretaría de la Organización Mundial de Comercio, Comercio e Inversión Extranjera Directa, PRESS/57, pág. 6 (octubre 9, 1996), disponible en: http://www.wto.org/spanish/news_s/pres96_s/pr057_s.htm (última visita abril 23, 2007).
- 3 ROBERT PRITCHARD (Ed.), *ECONOMIC DEVELOPMENT, FOREIGN INVESTMENT AND THE LAW* 3 (1996).
- 4 *Id.*
- 5 A su vez, la IED ha sido dividida en *acciones y otras participaciones de capital, utilidades reinvertidas y otros capitales* que incluyen los préstamos de fondos a corto y largo plazo entre las compañías multinacionales y sus filiales. Véase Secretaría de la Organización Mundial de Comercio, Comercio e Inversión Extranjera Directa, PRESS/57, *supra* nota 2.
- 6 Bradlow & Escher (eds.), *supra* nota 1, pág. 87. La inversión de cartera tiene lugar "cuando el inversionista no busca necesariamente ejercer control sobre los activos extranjeros". Por el contrario, la IED consiste en la inversión de capital, por parte de una persona no residente, en una empresa o en un activo tangible o intangible, mientras el inversionista mantiene una influencia potencial o real sobre las políticas y el destino de la empresa o el activo. Avi Nov, *The "Bidding War" to attract Foreign Direct Investment: The Need for a Global Solution*, 25 VA. TAX REV. 838 n.9 (2006).
- 7 Pritchard, *supra* nota 3, pág. 3 n. 8.
- 8 Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 9.
- 9 Tai-Heng Cheng, *Power, Authority and International Investment Law*, 20 AM. U. INT'L L. REV. 466 (2005).
- 10 Zakia Afrin, *Foreign Direct Investments and Sustainable Development in the Least-Developed Countries*, 10 ANN. SURV. INT'L & COMP. L. 217 (2004) (la autora sostiene que "en la segunda mitad del siglo XX, aparte del Derecho Internacional sobre el Uso de la Fuerza, ningún área del derecho internacional ha generado tanta controversia como el relativo a la inversión extranjera".) Véase también Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 1 (el autor analiza el deseo de los países desarrollados por continuar en control del escenario económico y las "fuerzas de nacionalismo" creadas por un orden mundial que concedió a los

Notas

- estados recientemente independizados un mayor campo de acción para el ordenamiento de sus propias economías y el acceso a los mercados mundiales.).
- 11 Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 18 (el actor recuerda que en ese período no existía necesidad alguna de normas de protección en este campo, pues los sistemas legales de los países colonizadores, que regían en las colonias, otorgaban amplias salvaguardias a las inversiones efectuadas por sus ciudadanos.).
 - 12 Sol Picciotto, *Rights, Responsibilities and Regulation of International Business*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 135 (2003).
 - 13 Manuel A. Abdala & Pablo T. Spiller, *Damage Valuation of Indirect Expropriation in International Arbitration Cases*, 14 AM. REV. INT'L ARB. 447 (2003) (los autores argumentan que "este deseo fue manifestado de manera evidente en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974. El Artículo 2(a) de la Carta consagra la primacía de la jurisdicción nacional y niega la existencia de la obligación de otorgar trato preferencial a la inversión extranjera. La Carta [aprobada sin el respaldo de los países desarrollados] reconoció el derecho formal de los estados de ejercer facultades reguladoras absolutas sobre toda actividad económica que se realice en sus territorios, incluso mediante la adquisición o limitación del derecho de propiedad"). Véase también, Sol Picciotto, *supra* nota 6, pág. 135, y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 523 (VI) de enero 12 1952, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION-GEN/NR0/067/78/IMG/NR006778.pdf?OpenElement> (última visita mayo 9, 2007), 626 (VII) de diciembre 21, 1952, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION-GEN/NR0/079/69/IMG/NR007969.pdf?OpenElement> (última visita mayo 9, 2007) y 1803 (XVII) de diciembre 14, 1962 (http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/c_natres.htm (última visita mayo 9, 2007).
 - 14 Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, *Do BITs Really Work?, An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 HARV. INT'L L.J. 68 (2005) (los autores sostienen que en el derecho internacional de la época presentaba los siguientes inconvenientes: "En primer lugar, el derecho internacional aplicable no tomaba en cuenta las prácticas contemporáneas de inversión ni trataba temas importantes y de interés para los inversionistas extranjeros... En segundo lugar, muchos de los principios que existían eran vagos y estaban sujetos a diversas interpretaciones. Por lo tanto, aunque había clara evidencia de que el derecho internacional consuetudinario exigía el pago de una compensación por la nacionalización de los bienes de un inversionista, no se había cristalizado ningún principio sobre la manera en que se debía calcular esa compensación").
 - 15 *Id.*, pág. 73.
 - 16 KENNETH J. VANDEVELDE, UNITED STATES INVESTMENT TREATIES: POLICY AND PRACTICE 29, 30 (1992).
 - 17 Kenneth J. Vandevelde, *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave* 14 MICH. J. INT'L L. 627 (1993) (el autor recuerda que entre 1982 hasta 1986 se llevó a cabo la primera ronda de negociaciones de TBIs, que concluyó con la suscripción de diez tratados y su presentación al Senado para obtener consentimiento para su ratificación").
 - 18 Véase el Programa de Tratados Bilaterales de Inversión de los Estados Unidos, hoja de datos, disponible en: <http://www.state.gov/e/eeb/rls/fs/2006/22422.htm>. Un interesante análisis del período inicial del programa se encuentra en Patricia Mckinstry Robin, *The Bit Won't Bite: The American Bilateral Investment Treaty Program*, 33 AM. U.L. REV. 945-955 (1984).
 - 19 Andreas F. Lowenfeld, *Investment Agreements and International Law*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 125 (2003). Un análisis de los elementos básicos comunes encontrados en los TBIs se encuentra en Jose Luis Siqueiros, *Bilateral Treaties on the Reciprocal Protection of Foreign Investment*, 24 CAL. W. INT'L L. J 256-267 (1994).
 - 20 Jeffrey Lang, *The International Regulation Of Foreign Direct Investment: Obstacles and Evolution*, 31 CORNELL INT'L L.J. 457 (1998).
 - 21 Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 204.
 - 22 Jose E. Alvarez, *The Regulation Of Foreign Direct Investment: Introduction*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 2 (2003). El presente artículo se concentra en el análisis del arbitraje internacional bajo las estipulaciones tradicionales de un TBI. Una lista de los instrumentos internacionales obligatorios y no obligatorios relativos a la protección de la inversión extranjera directa está disponible en Bradlow & Escher (eds.), *supra* nota 1, pág. 123-125.
 - 23 Un listado, actualizado al 1 de junio de 2006, de Tratados Bilaterales de Inversión referentes a 177 estados se puede encontrar en UNCTAD, Country-specific Lists of BITs, disponible en <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1> (última visita abril 26, 2007). Véase también Glen Kelley, *Multilateral Investment Treaties: A Balanced Approach to Multinational Corporations*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 488 (2001) (quien recuerda que "[d]esde 1990, ha habido una explosión de TBIs y para fines

Notas

- de 1999, con la participación de no menos de 174 estados, se habían concluido aproximadamente 1.850, comparados con los 309 existentes en 1988. En lo que constituye un importante avance político, una cantidad cada vez mayor de países en desarrollo está incrementando la negociación de TBIs. El 30% de los TBIs suscritos en 1998 involucraron a dos países en desarrollo y esos TBIs constituyen actualmente una cuarta parte del total”).
- 24 Bradlow & Escher (eds.), *supra* nota 1, pág. 109.
 - 25 Susan Franck, *The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future*, 12 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 53 (2005).
 - 26 Ver Sornarajah, *supra* nota 2, pág. 220-258.
 - 27 JULIAN LEW y otros, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 763 (2003).
 - 28 Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, disponible en www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm (en adelante, la Convención del CIADI).
 - 29 Lew y otros, *supra* nota 27, pág. 774.
 - 30 La UNCITRAL tiene el mandato de la Asamblea General de “promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional. La Comisión se ha convertido desde [su creación] en el órgano legal básico del sistema de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional.” UNCITRAL, *Origin, Mandate and Composition* (2006), disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> (última visita mayo 5, 2007). Debido a los propósitos de este estudio, el análisis de los procedimientos de la UNCITRAL está fuera de su ámbito.
 - 31 Sornarajah describe a esta clase de disputas como aquellas que “surgen cuando se incumple un contrato de inversión extranjera a través de la intervención estatal”. M. SORNARAJAH, *THE SETTLEMENT OF FOREIGN INVESTMENT DISPUTES* 4 (2000). Ver, en todo caso, la nota 40 y texto principal correspondiente.
 - 32 Dana Freyer y otros, *Investment Arbitration and Mediation in INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* 281 (Thomas Carbonneau y Jeanette Jaeggi Eds. 2006).
 - 33 Convención del CIADI, art. 25.2.
 - 34 Sornarajah, *supra* nota 31, pág. 165.
 - 35 Convención del CIADI, art. 25.1.
 - 36 MAURO RUBINO-SAMARTANO, *INTERNATIONAL ARBITRATION* 84 (2001).
 - 37 Convención del CIADI, art. 25.3 y 25.4.
 - 38 Lew, *supra* nota 27, pág. 777 (quien recuerda que el inversionista puede aceptar una oferta hecha por un estado para someter una disputa a arbitraje internacional en cualquier momento, incluso con posterioridad a que haya surgido la diferencia). Véase adicionalmente el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca de la Convención, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>. El informe añade, en su párrafo 24, que “aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes.” Para un estudio detallado sobre el proceso de “aceptación”, véase Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 ICSID REV.-FOREIGN INVESTMENT L.J. 232 (1995).
 - 39 *Lanco Int'l Inc. c. Argentina*, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 40 I.L.M.457, 463 (2001).
 - 40 El artículo 64 de la Convención dispone que la competencia para resolver sobre diferencias entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación del tratado, que no se hubieren resuelto mediante negociación, corresponde a la Corte Internacional de Justicia.
 - 41 Artículo 36 de la Convención del CIADI. Véase también Franck, *supra* nota 25, pág. 53, 54.
 - 42 Susan D. Franck, *Judicial Independence and Legal Infrastructure: Essential Partners for Economic Development: Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*, 19 PAC. MCGEORGE GLOBAL BUS. & DEV. L.J. 344 (2007) (quien recuerda que en el pasado, “cuando la inobservancia del derecho internacional por parte de un estado afectaba negativamente una inversión, los recursos disponibles para el inversionista eran restringidos. Los recursos de los inversionistas generalmente se limitaban a: (1) negociar con el estado receptor de la inversión; (2) demandar al estado receptor ante las cortes nacionales, caso en el que éste tenía la posibilidad de proponer una excepción de inmunidad soberana; (3) solicitar al gobierno de su estado de origen que negocie a su representación por la vía diplomática; o (4) hacer gestiones ante el gobierno de su estado

Notas

- de origen para que patrocine una demanda en su representación ante la Corte Internacional de Justicia”).
- 43 Franck, *supra* nota 25, pág. 54. Compárese con *Occidental Exploration & Production Company c. República del Ecuador*, [2005] EWCA Civ. 1116, PP 23-48, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Ecuador-FinalCAJudgment.doc> (en esta resolución se sostiene que los derechos derivados del tratado de inversión son de titularidad de los inversionistas, quienes actúan en defensa sus propios derechos y no en nombre público).
- 44 Eric Gottwald, *Leveling the Playing Field: Is it Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?* 22 Am. U. Int'l L. Rev. 247 2007.
- 45 Un resumen de los asuntos procesales más comunes que surgen en los procedimientos de arbitraje sometidos a la Convención del CIADI, se encuentra en UNCTAD, *International Center for the Settlement of Investment Disputes, Procedural Issues*, disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add6_en.pdf (última visita mayo 7, 2007). Un análisis de los beneficios y limitaciones del arbitraje del CIADI está disponible en David R. Sedlak, *ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?*, 23 Penn St. Int'l L. Rev. 147 (2004).
- 46 Véase Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM L. REV. 1540 (2005).
- 47 Véase *supra* nota 30.
- 48 Gottwald, *supra* nota 44, pág. 248.
- 49 Franck, *supra* nota 25, pág. 55.
- 50 Luke Peterson & Kevin Grey, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, 34 (2003), disponible en http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (última visita mayo 7, 2007).
- 51 Gottwald, *supra* nota 44, pág. 248 (quien observa que al inicio del arbitraje, las partes y el presidente del tribunal usualmente se reúnen con el fin de determinar la forma del procedimiento, incluidos el cronograma y el número de alegatos, y si se prescindirá de las audiencias orales.). El autor ejemplifica su afirmación remitiéndose al procedimiento del CIADI. Convención del CIADI, Reglamento y Normas, R. 20, CIADI Doc. CIADI/15 (abril 2006) disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partF.htm>. (última visita mayo 7, 2007).
- 52 Franck, *supra* nota 25, pág. 55.
- 53 El artículo 41 de la Convención establece que: “El Tribunal resolverá sobre su propia competencia”. Véase además Rubino-Samartano, *supra* nota 36, pág. 87 y William Park, *Kompetenz-Kompetenz: The Arbitrability Dicta in First Options in ARBITRATION OF INTERNATIONAL BUSINESS DISPUTES* (William Park, 2006).
- 54 Convención del CIADI, art. 47, p. ej. *Agip c. Gobierno de la República Popular del Congo*, Laudo de noviembre 30, 1979, 1 Informes CIADI, 306. (en ese caso, el tribunal emitió una recomendación respecto de la preservación y presentación de documentos).
- 55 Sornarajah, *supra* nota 31, pág. 166. El artículo 52 de la Convención dispone que: “(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde...”. Según una investigación conducida por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (O.C.D.E) ocho solicitudes de anulación de laudos arbitrales se registraron en el CIADI hasta el año 2004. Las solicitudes se refirieron a los siguientes casos: *Klöckner c. Camerún* (en 2 oportunidades), *Amco c. Indonesia* (en dos oportunidades), *MINE c. Guinea*, *SPP c. Egipto*, *Wena Hotels c. Egipto* y *Vivendi c. Argentina*. Entre los años 2004 y 2005, 8 nuevos pedidos de anulación fueron registrados, en relación con los siguientes casos: *Patrick Mitchell c. República Democrática de Congo* (Caso No. ARB/99/7), *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos* (Caso No. ARB/00/6), *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso No. ARB/01/7), *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso No. ARB/01/10), *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso No. ARB/02/7), *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso No. ARB/02/14), *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (Caso No. ARB/03/11) y *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso No. ARB/01/8). O.C.D.E, Working Papers on International Investment, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, 5 (2006).
- 56 Franck, *supra* nota 25, pág. 56. Una propuesta sobre el tratamiento que deberían recibir decisiones inconsistentes en arbitrajes internacional es presentada por Franck, *supra* nota 46.

Notas

- 57 Convención del CIADI, art. 27.
- 58 *Id.*, art. 42. Véase también Somarajah, *supra* nota 31, pág. 165 (quien observa que los tribunales desempeñan un papel importante en la formulación del contenido de las normas de derecho internacional que podrían aplicarse a disputas relativas a inversión extranjera).
- 59 Richard Kreindler, "Arbitral Forum Shopping": *Observations on Recent Developments in International Commercial and Investment Arbitration*, 16 AM. REV. INT'L ARB. 158 (2005).
- 60 NORBERT HORN, ARBITRATING FOREIGN INVESTMENT DISPUTES 327 (2004).
- 61 Kreindler, *supra* nota 59, pág. 159. Bajo ciertas condiciones, es posible incluso que un mismo inversionista pueda beneficiarse de la protección de más de un TBI. Por ejemplo, en los casos de *CME/Lauder c República Checa [CME (Holanda) c. República Checa y Lauder (Estados Unidos) c. República Checa]* el estado receptor de la inversión estuvo sometido a dos procedimientos arbitrales distintos, sustanciados bajo las reglas de la UNCITRAL en relación con los mismos actos que perjudicaron al inversionista, una compañía licenciataria de una frecuencia de televisión. El estado receptor resultó favorecido en el arbitraje, bajo el TBI entre Estados Unidos y la República Checa, seguido por el estadounidense *Ronald Lauder*, ulterior controlador de las acciones de CME. Sin embargo, el laudo dictado en el arbitraje seguido por la compañía holandesa CME Holanda, accionista de CME, al amparo del BIT Holanda-República Checa, ordenó al estado indemnizar al inversionista.
- 62 Yuval Shany, *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, 99 A.J.I.L. 838 (2005).
- 63 Horn, *supra* nota 60, pág. 327 (quien sostiene que es posible, al menos en teoría, que un tratado internacional genere derechos contractuales en sistemas monistas si el contrato estipula que las estipulaciones del tratado deben ser consideradas parte integrante del contrato).
- 64 *Id.*, pág. 328.
- 65 Kreindler, *supra* nota 57. En el caso de la Convención del CIADI, el artículo 42.1 establece que: "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables".
- 66 Horn, *supra* nota 60, pág. 330.
- 67 David Foster, *Internationalization – Contractual Claims in BIT Arbitration*, INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC AND PRIVATE ARBITRATION, disponible en http://www.globalarbitrationreview.com/ear/05_state_v_commercial.cfm (última visita mayo 9, 2007).
- 68 Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, 28 YALE J. INT'L L. 365 (2003).
- 69 *Id.* ROBERT JENNINGS y otros, OPPENHEIMER'S INTERNATIONAL LAW 927 (1992) (el autor argumenta que "existen dudas con respecto a si un incumplimiento contractual por parte de un estado constituye *per se* un incumplimiento de una obligación internacional").
- 70 PAUL COMEAUX & STEPHAN KINSELLA, PROTECTING FOREIGN INVESTMENT UNDER INTERNATIONAL LAW 28, 29 (1996) (quien recuerda que la internacionalización también se logra mediante la inclusión de una "cláusula de estabilización" según la cual la legislación del estado receptor se entiende integrada al contrato y no puede ser modificada unilateralmente por el estado.).
- 71 Jarrod Wong, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, 14 Geo. Mason L. Rev. 169 (2006)..
- 72 A.C. Sinclair, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, *Arbitration International*, Vol. 20, No 4, 411-434 (2004), citado en O.C.D.E., Working Papers on International Investment, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, 32 (2006).
- 73 Thomas Wälde, *The Umbrella Clause in Investment Arbitration – A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 6 No 2, (2005), citado por O.C.D.E., Working Papers on International Investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, 3 (2006). Wälde, por su parte, señala que la cuestión de si un tribunal arbitral internacional tiene competencia sobre acciones contractuales nunca fue totalmente examinada, así como tampoco la doctrina resolvió si las cláusulas de competencia en los contratos de inversión debían ser anteriores a la competencia de los tribunales creados mediante tratados internacionales. El estudio de la O.C.D.E. presenta un análisis del desarrollo histórico de las cláusulas paraguas en el de-

Notas

- recho internacional sobre inversión extranjera.
- 74 O.C.D.E., Working Papers on International Investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, 8 (2006). El estudio cita a Prosper Weil, F.A. Mann, Rudolf Dolzer, Margaret Stevens, Emmanuel Gaillard y Christoph Schreuer como defensores de una interpretación amplia de las cláusulas paraguas.
- 75 Véase O.C.D.E., *supra* nota 73, pag. 8.
- 76 Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi c. República Argentina, CIADI caso No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación de julio 3, 2002, 41 ILM 1135, párr. 95, 96 (2002), disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul-sp.pdf (última visita mayo 9, 2007) (la controversia tenía relación con las condiciones de un contrato de concesión celebrado en 1995 entre la provincia argentina de Tucumán y la compañía argentina denominada Compañía de Aguas de Aconguija S.A., controlada en el momento de la disputa por una compañía francesa, *Compagnie Generale des Eaux* y posteriormente por Vivendi Universal).
- 77 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, Fr.-Arg., julio 3, 1991.
- 78 Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, CIADI caso No. ARB/97/3, Laudo de noviembre 21, 2000, 40 ILM 426, párr. 79 (2001), disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/ada_AwardoftheTribunal.pdf (última visita mayo 10, 2007).
- 79 *Id.*, párr. 80.
- 80 Wong, *supra* nota 71, pág. 136
- 81 Véase, p. ej. Horn, *supra* nota 60, pág. 336 (quien sostiene que “el tribunal no conoció ninguna acción sustentada en el contrato –solamente acciones derivadas del tratado que planteaban cuestiones que requerían la interpretación del contrato de concesión– de manera que el resultado de remitir la disputa a las cortes locales fue que las acciones surgidas del tratado permanecieron insolutas.).
- 82 *Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, CIADI caso No. ARB/97/3, Decisión de Anulación de julio 3, 2002, 41 ILM 1135, párr. 103 (2002).
- 83 *Societe General de Surveillance S. A. c. Pakistán*, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, CIADI (Banco Mundial) Caso No. ARB/01/13 (2003), disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf> (última visita mayo 10, 2007).
- 84 *Societe Generale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, CIADI Caso No. ARB/02/6 (enero 29, 2004), disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf> (última visita mayo 10, 2007).
- 85 Wong, *supra* nota 71, pág. 136, 137.
- 86 *SGS c. Pakistán*, 42 I.L.M. 1290, pág. 163-74.
- 87 Cheng, *supra* nota 9, pág. 473, 474.
- 88 Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Filipinas para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, marzo 31, 1997. El texto en inglés dice: “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”
- 89 Cheng, *supra* nota 9, pág. 473, 474.
- 90 Wong, *supra* nota 71, pág. 154.
- 91 *SGS versus Filipinas*, CIADI (Banco Mundial) Caso No. ARB/02, párr. 128. Un breve análisis del caso se encuentra en Shany, *supra* nota 62, pág. 842, 843.
- 92 *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Decisión de Jurisdicción, CIADI Caso No. ARB/03/11, Agosto 6, 2004.
- 93 *Salini Construttori S.p.A. y Italstrade S.p.A c. Jordania*, CIADI Caso No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de noviembre de 2004 disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>.
- 94 *Id.*, párr. 81.
- 95 *Id.*, 93, párr. 126.
- 96 *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, CIADI Caso No. ARB/03/15, abril 27, 2006, párr. 82, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/el-paso-jurisdiction27april2006.pdf> (última visita mayo 10, 2007).
- 97 *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. Argentine Republic*, CIADI Caso No. ARB/03/13 y *BP America Production Co. y otros c. Argentine Republic*, CIADI Caso No. ARB/04/8; Decisión de Objeciones Preliminares, 27 de Julio de 2006.
- 98 *CMS c. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/8, Decisión de 12 de Mayo de 2005, par. 299.
- 99 *Sempra Energy International c. Argentina*, CIADI Caso No ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, mayo 11 de 2005, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/sempra-sp.pdf> (última visita mayo 12 de 2007).

Notas

100 *Eureko B.V. c. Polonia*, Decisión de agosto 19 de 2005, disponible en <http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf> (última visita agosto 12 de 2007).

101 Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on encouragement and reciprocal protection of investments, Art. 3.5, disponible en <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (última visita agosto 12 de 2007).

102 *Supra* nota 100, par. 244.

103 *Id.*, pars. 247-250.

El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana

Edgar Neira Orellana

Es de la esencia del juicio arbitral con entes de derecho público como partes procesales, que la controversia sea de naturaleza contractual, que sea resuelta en derecho y no en equidad; que el convenio arbitral haya establecido la forma de selección de los árbitros y que haya sido anterior a la controversia. Si fuere posterior a ésta será necesario el dictamen del Procurador General del Estado.

Transcurrida una década desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en la República del Ecuador, la experiencia que ha aportado el paso de ese tiempo permite identificar determinados problemas que han derivado de la aplicación de sus normas y que han sido recurrentes en el desenvolvimiento de las instituciones que integran el sistema arbitral ecuatoriano.

En este artículo destaco algunos elementos resultantes de un análisis descriptivo de los inconvenientes generados por dicha ley, con especial referencia a los casos en que una entidad de derecho público ha estado sometida a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros. Tales elementos analíticos son el fruto de mis reflexiones como abogado en ejercicio en el ámbito del derecho público y como árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

En la primera parte presento una breve cronología legislativa sobre el sistema arbitral en el Ecuador y un enunciado teórico sobre el régimen de contratación del Estado ecuatoriano, en atención a que solo las controversias de naturaleza contractual lo pueden vincular válidamente como parte de un juicio arbitral. A continuación describo la normativa legal relacionada con el tema y planteo determinados aspectos que influyen negativamente en el desenvolvimiento de la práctica arbitral.

Por razones de espacio, los contenidos de este artículo se circunscriben a la normativa ecuatoriana. Por tanto, quedan excluidos importantes temas relacionados con Tratados Internacionales sobre arbitraje que ha suscrito el Ecuador y que por mandato del Art. 163 de la Constitución Política forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno con prevalencia sobre las leyes.

Para los efectos de este análisis, destaco que la ley ecuatoriana emplea la designación de "convenio arbitral" como una expresión genérica comprensiva de los "convenios arbitrales" propiamente tales y de las cláusulas com-

promisorias. De ahí que en este análisis sobre el arbitraje en Ecuador utilice indistintamente "cláusula compromisoria" o "convenio arbitral" como expresiones sinónimas.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Estado como parte procesal en un juicio arbitral no es un tema nuevo en el Ecuador. La codificación del Código de Procedimiento Civil de febrero de 1953 incorporó una sección específica bajo el epígrafe "juicio por arbitraje" y previó que los representantes de las personas jurídicas de derecho público estaban autorizados para comprometer la controversia en árbitros, así como para nombrarlos.

Sin embargo de que esta normativa se mantuvo en las codificaciones de 1960 y de 1978, la repercusión que alcanzó en la práctica fue mínima. El prestigio e independencia de que gozaba la justicia ordinaria determinaba que todas las controversias que involucraban a entidades de derecho público sean resueltas por los órganos de administración de la justicia común y que no haya habido necesidad de métodos alternos para asegurar esa independencia y acierto, al menos no en lo tocante a conflictos de inversionistas nacionales con el Estado ecuatoriano.

Adicionalmente, las normas del Código de Procedimiento Civil que regulaban el "juicio por arbitraje" eran excesivamente reglamentarias y desalentaban la opción que ofrecía el arbitraje: se exigía que el compromiso arbitral contenga el texto completo de la demanda y la contestación, es decir que la controversia haya surgido previamente; se establecía el derecho a apelar de la sentencia arbitral ante los jueces ordinarios con lo cual la eficacia de un juicio ágil como pretende ser el arbitral, quedaba enervada por la posible iniciación de un nuevo proceso ante los jueces de lo civil.

La expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en octubre de 1963 corrigió la rigidez del Código de Proce-

dimiento Civil, pero no comprendió en su normativa a las controversias en que era parte el Estado porque el ámbito de esa ley quedaba circunscrito a las controversias de carácter mercantil entre sujetos de derecho privado (Arts. 1, 5 y 15).

El gran impulso al sistema arbitral ecuatoriano como un método alternativo de solución de controversias, -incluidas las que comprometen al Estado-, lo dio la nueva Ley de Arbitraje y Mediación de septiembre de 1997 -en adelante LAM- que reconoció de manera abierta y categórica que el Estado y demás entes de derecho público podían someter al juicio de árbitros las controversias originadas en una relación jurídico contractual.

La consagración de los métodos alternos de solución de conflictos que hizo la Constitución Política de 1998 fue el impulso formal más importante al sistema de arbitraje ecuatoriano y a la composición de controversias entre el Estado y los particulares, bajo las reglas de la mediación y del arbitraje. Por primera vez, normas de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento reconocieron al arbitraje y a otros métodos alternos a la justicia ordinaria como sistemas eficaces para componer conflictos de carácter jurídico (Art. 191 inciso 3).

2. REQUISITOS DE VALIDEZ PROCESAL CUANDO EL ESTADO ECUATORIANO ES PARTE DE UN JUICIO ARBITRAL

Un Tribunal de Arbitraje constituido para conocer de una determinada controversia en que el Estado ecuatoriano sea parte, antes de resolver sobre su propia competencia deberá examinar que en el caso concreto se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento interno, básicamente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los requisitos de validez procesal a que me refiero podrían clasificarse en dos categorías: los requisitos de carácter material y los de orden formal. Los primeros se refieren al objeto de la controversia y al fundamento de la decisión de los árbitros; y los segundos a la cláusula compromisoria como tal.

Entre los requisitos materiales están la transigibilidad del derecho discutido en juicio, la naturaleza contractual de la controversia y la resolución fundada en derecho. Entre los requisitos formales están los que mandan que la cláusula de compromiso arbitral sea anterior a la controversia, que se señale la forma en que se designarán los árbitros y que esté suscrita por la persona autorizada para contratar a nombre de la entidad pública.

En razón de que estos requisitos inciden en la validez del proceso arbitral, a unos y otros los he catalogado como "requisitos de validez procesal" puesto que el incumplimiento de éstos provocaría la nulidad del proceso de arbitraje según las consideraciones que se explican más adelante.

El Tribunal Arbitral deberá establecer si la sujeción de la persona de derecho público a la jurisdicción ejercida

por árbitros es o no conforme a las reglas del Derecho ecuatoriano, porque si se incumpliere alguno de los requisitos materiales o formales que han sido enunciados, ese Tribunal vendrá obligado a pronunciarse al respecto al momento de resolver sobre su competencia, sin perjuicio de que lo haga en cualquier estado del juicio en que advierta que se ha producido el incumplimiento de un requisito.

Por tanto, al momento de resolver sobre su competencia el Tribunal Arbitral está obligado a examinar no solamente la existencia del convenio arbitral sino que hayan concurrido los requisitos materiales y formales de validez establecidos en la ley. Si faltare cualquiera de estos requisitos, el proceso arbitral o el convenio arbitral en su caso serían nulos y no habría nacido válidamente la jurisdicción del Tribunal para resolver la controversia planteada.

A continuación me referiré a cada uno de estos requisitos y destacaré algunos de los problemas prácticos que presenta su aplicación.

2.1. La exigencia de un documento escrito

La Ley de Arbitraje de Mediación no distingue la cláusula compromisoria del convenio arbitral como con buena técnica lo hizo la derogada Ley de Arbitraje Comercial de 1963. Esta ley definió a la cláusula compromisoria como la estipulación en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter sus controversias futuras a la decisión arbitral (Art. 1); mientras que el convenio arbitral fue caracterizado como el documento suscrito por las partes después de que hubiera surgido la controversia (Art. 6).

La Ley en vigencia utiliza la expresión genérica "convenio arbitral" para incluir en ella la cláusula compromisoria y el convenio propiamente dicho. La definición de "convenio arbitral" que trae la ley ecuatoriana es la siguiente:

"...el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

Según la disposición transcrita, el convenio -que podrá ser anterior o posterior a la controversia- deberá constar por escrito. Esta es la primera exigencia que deberá cumplir todo acuerdo en que el Estado haya convenido someterse al juicio de árbitros, de manera que no será admisible el acuerdo verbal o el consentimiento tácito.

La exigencia de un "acuerdo escrito" excluye la aplicación del silencio administrativo en que por falta de respuesta de la Administración, la petición de un particular de someter un determinado conflicto al juicio de árbitros comporte un acuerdo tácito de sujeción al juicio arbitral. Esta situación contraviene los mandatos de los Arts. 4 y 5 de la LAM que exigen un "acuerdo escrito" que deberá estar suscrito por la máxima autoridad del respectivo ente público según se analiza más adelante.

2.2. La transigibilidad y la naturaleza contractual de la controversia

El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que podrán someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros las controversias susceptibles de transacción. Y éste que es requisito de validez para toda clase de controversias arbitrales, lo es también para aquellas en que el Estado sea parte.

Es de señalar que la redacción de esta norma no acertó en precisar que el carácter transigible se refiere al derecho de las partes procesales antes que a la controversia surgida entre ellas. Sin embargo, no hay duda respecto a que el derecho controvertido en un proceso arbitral deberá ser de aquellos susceptibles de transacción de conformidad con los principios y normas del ordenamiento ecuatoriano.

Como regla de general aplicación en el ámbito del Derecho Público, no son transigibles las potestades que el orden jurídico reconoce a la Administración Pública y a las demás funciones del Estado para el cumplimiento de sus fines. Por tanto, no podrán ser objeto de transacción ni de litigio en un proceso arbitral el ejercicio de las potestades normativa, resolutive, determinadora, recaudadora, sancionadora, ni la potestad pública constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral, legislar y juzgar, ejercer el patrocinio público, investigar delitos, controlar los bienes y recursos del Estado, o de precautelar su seguridad interna y externa.

Lo anterior revela una vinculación muy estrecha entre la transigibilidad del derecho como exigencia de carácter general aplicable a todas las controversias sometidas al juicio de árbitros (Art. 1 de la LAM), y el requisito de que la relación jurídica que será objeto de juzgamiento arbitral, en juicios en que sea parte el Estado, tenga naturaleza contractual (Art. 4 literal b) de la LAM).

A este respecto, los autores que han estudiado el régimen de contratación del Estado distinguen los "contratos administrativos" de los denominados "contratos de la administración", y aunque sus análisis puedan inscribirse en corrientes doctrinales diversas, aquellos han coincidido en la definición de cada una de esas tipologías contractuales¹. Un consenso entre los administrativistas revela que los "contratos administrativos" son aquellos sujetos al régimen del derecho público a diferencia de los "contratos de la administración" a los que se aplican las normas y principios del derecho privado.

La LAM no hace distinción entre "contratos administrativos" y "contratos de la administración". En consecuencia, la fórmula del Art. 4 es comprensiva de cualquier clase de contratos que celebre el Estado ecuatoriano, aun de aquellos que están sometidos a las normas de contratación y principios del Derecho Público.

En un caso reciente planteado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, una persona jurídica de derecho privado concesionaria de un servicio público, demandó al Estado ecuatoriano la violación del contrato de concesión que había suscrito con éste, la reparación de los daños provocados por la ruptura del equilibrio económico de la concesión, y la nu-

lidad de unos determinados actos administrativos que provocaban esta ruptura del equilibrio económico financiero.

Cuando el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer de la controversia, señaló que dicha competencia le alcanzaba para establecer si hubo o no violación del contrato de concesión y ruptura de la ecuación económica financiera, pero no aceptó la competencia en lo relacionado con los aspectos de legalidad de las resoluciones administrativas también impugnadas en la demanda².

Este precedente plantea que cuando en el objeto de la litis de una acción arbitral se encuentren entretajidos aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado, la tutela efectiva de derechos que impone la Constitución a todos los órganos que administran justicia (Art. 24 numeral 17), -árbitros incluidos-, impide a éstos declararse incompetentes sin más. Los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual y a continuar el juicio arbitral exclusivamente sobre estos temas, pero a no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos.

2.3. Laudo fundamentado en Derecho

Cuando el Estado es parte de un juicio arbitral, el pronunciamiento de los árbitros no podrá fundamentarse en criterios de equidad sino en normas y principios de derecho. Es de destacar que este requisito material está relacionado con el contenido y fundamentos de la decisión que pondrá término a la controversia arbitral. No es una exigencia del contenido de la cláusula compromisoria. El requisito no está previsto en la LAM sino en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Art. 11) que señala de manera categórica que los juicios de arbitraje a que se sometan las entidades públicas serán resueltos en derecho.

Destaco dos situaciones prácticas que podrían presentarse con relación a este tema. La primera, que la cláusula compromisoria no prevea si el laudo que pronuncien los árbitros será en equidad o en derecho; y la segunda que la cláusula compromisoria contradiga el Art. 11 antes mencionado y establezca que el laudo será en equidad.

El primer caso podría generar cierta confusión porque la LAM prevé que cuando las partes hubieren omitido en el convenio señalar si el laudo será en derecho o en equidad, el fallo será en equidad (Art. 3). Si el Estado es parte en el proceso arbitral, el Art. 3 de la LAM no sería aplicable debido a que el mandato del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (que tiene un rango normativo superior al de la LAM), impone que toda controversia con una parte estatal sea resuelta en Derecho. Una disposición imperativa como ésta suple las omisiones en que hubieren incurrido las partes al estipular el compromiso arbitral.

Es de insistir que el requisito de que la controversia arbitral con parte estatal se resuelva en derecho, no es

condición de validez del convenio arbitral. Se trata de una exigencia relativa al alcance del pronunciamiento de los árbitros en el laudo que expidan para poner fin al litigio arbitral. Esta exigencia les impone a los árbitros decidir con aplicación estricta de normas y principios de Derecho. No se trata de un requisito que la Ley Orgánica de la Procuraduría hubiera impuesto a las partes al momento de redactar la cláusula compromisoria. Por tanto, cualquier omisión sobre el tema en la cláusula quedará subsanada por el mandato del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

El segundo caso podría ser más discutible: una cláusula compromisoria que prevea que la controversia arbitral en que el Estado es parte, sea resuelta en equidad. La cláusula contravendría la letra del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que prevé el arbitraje en derecho para todos los casos en que entidades públicas hubieren acordado sujeción al juicio de árbitros. Una opinión fundada en el principio *pro arbitraje* que consagra la legislación ecuatoriana, podría concluir que la contravención a la ley orgánica no provocaría la nulidad de la cláusula compromisoria sino solamente la ineficacia del acuerdo de voluntades en lo relacionado con el arbitraje en equidad que se entendería no escrito.

El principio *pro arbitraje* que inspira al sistema ecuatoriano y que está consagrado en varias normas de la LAM, (Art. 5 inciso 3, 6, 7 inciso 2º y 35), impone a los árbitros y a los jueces hacer efectiva la voluntad de las partes cuando ha sido manifiesta para someter sus controversias al juicio de árbitros, independientemente del error de derecho en que aquellas hubieren podido incurrir al estipular que el laudo sea en equidad. En este caso el mandato legal que impone el arbitraje en derecho prevalece sobre el acuerdo de voluntades sin viciar de nulidad la cláusula arbitral.

En conclusión, el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado suple las omisiones en que pudieran incurrir las partes, cuando al estipular el convenio arbitral, no hubieren precisado que el arbitraje sea en derecho; y corrige el error jurídico de aquellos convenios que hubieren previsto que el arbitraje en que el Estado sea parte, sea resuelto en equidad. En este último caso, la corrección del error privilegia el respeto a la voluntad de las partes de someterse al juicio de árbitros, pero enmienda esa voluntad en el sentido de que los árbitros deberán resolver, no sobre criterios de equidad, sino fundamentados en normas y principios de derecho. Esta posición vuelve compatible el interés público con el principio *pro arbitraje* que consagra nuestra legislación.

2.4. Cláusula compromisoria anterior a la controversia

El convenio arbitral deberá ser acordado con anterioridad al surgimiento de la controversia. Así manda el Art. 4 literal a) de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Varias dificultades surgen a partir de esta norma de la LAM. La primera es el alcance de la palabra controversia. ¿Se refiere ésta a la simple divergencia en la interpreta-

ción del contrato o exige la previa presentación de una demanda y que la parte demandada la haya negado en su contestación?. ¿La palabra “controversia” podría comprender la solicitud de mediación que una parte hubiere presentado para resolver diferencias surgidas con ocasión del contrato?

En mi opinión la norma se refiere a todas las posibilidades anteriores, porque incluye cualquier género de discrepancia formalmente planteada por una de las partes contractuales respecto de la otra que contradice, aunque no se hubiere presentado demanda.

Si la cláusula compromisoria integra el texto del contrato suscrito por las partes, no hay dificultad en advertir que cualquier controversia que surja de la interpretación o ejecución de ese contrato siempre será posterior. Los problemas podrían aparecer cuando el convenio arbitral hubiere sido suscrito en una fecha posterior a la firma del contrato y el momento de surgimiento de la controversia no pudiera ser establecido con precisión. Para resolver este caso es necesario destacar que la controversia deberá aparecer en documentos escritos que revelen la época de “surgimiento de la controversia” y que inequívocamente demuestren cuando se constituyó una situación contradictoria respecto de los derechos u obligaciones contractuales. De no haber prueba concluyente al respecto, el Tribunal Arbitral debería presumir que la controversia fue posterior a la suscripción del convenio, en atención al principios de tutela efectiva de derechos y *pro arbitraje*.

El Art. 4 literal a) también regula el supuesto en que luego de surgida la controversia, las partes deciden someterla al juicio de árbitros. En este caso no basta la voluntad coincidente sobre el texto de un convenio arbitral. Será necesario que la entidad pública de que se trate lo eleve a consulta al Procurador General del Estado para que dictamine con carácter vinculante sobre lo consultado.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado coincide con el mandato de la LAM porque también permite la sujeción al juicio de árbitros luego de surgida la controversia con el Estado (Art. 11 inciso 2º):

“Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes”.

Habría que entender por “leyes pertinentes” la Ley de Arbitraje y Mediación (en singular), concretamente, la norma del Art. 4 literal a) que he comentado y que fija la consulta previa al Procurador General del Estado cuando la controversia ha precedido a la voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros.

2.5. Señalamiento de la forma en que se designarán árbitros

Para la válida sujeción de entidades de derecho público a un procedimiento arbitral, el Art. 4 literal c) de la

LAM señala que el convenio arbitral deberá indicar la forma de selección de los árbitros.

No encuentro razón que justifique esta exigencia porque la Ley de Arbitraje y Mediación ya prevé un método de designación de árbitros que precautela el principio de igualdad procesal, y porque pudiera ocurrir que el acuerdo de voluntades sobre la forma de designación de árbitros sea el que lesione el interés público. En todo caso, se trata de una exigencia esencial que debe satisfacer el texto de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral que tenga como parte al Estado. La falta de cumplimiento de este requisito viciará la cláusula compromisoria y determinará que ésta no surta ningún efecto legal, porque la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje no podrá nacer válidamente de una cláusula que omitió el señalamiento de la forma de designación de los árbitros.

Sin embargo de lo anterior, no encuentro argumento para objetar la validez de aquellas cláusulas o convenios arbitrales que se refieran a la forma de selección de los árbitros mediante simple remisión al Art. 16 de la *LAM* o a sistemas de arbitraje internacional. A continuación planteo dos ejemplares:

“Para los casos de controversias derivadas de la aplicación o interpretación de este contrato, las partes renuncian fuero y domicilio y acuerdan someter dichas controversias a un procedimiento de arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de ...; los árbitros serán designados según procedimiento del Art. 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación”

“Las diferencias surgidas con ocasión de este contrato o relacionadas con los derechos y obligaciones establecidas por éste, serán resueltas definitivamente por un Tribunal de Arbitraje designado según las normas y procedimientos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”.

En mi opinión, estas cláusulas cumplen la exigencia de señalar la forma de designación de los árbitros porque expresamente se refieren a este aspecto a través del reenvío a una norma jurídica que se presume de derecho conocida por todos, de conformidad con el Art. 6 del Código Civil.

Otro inconveniente puede ocurrir cuando la cláusula o el convenio arbitral han acordado una determinada forma de designación de los árbitros, en que cada una de las partes tiene derecho a nombrar un árbitro, pero dicha cláusula omite regular el supuesto en que cualquiera de esas partes, por estrategia procesal o por negligencia, se abstiene de hacer tal designación. En este caso, considero que el requisito del Art. 4 literal c) está cumplido, es decir que el convenio sí ha indicado la forma de selección de los árbitros, pero al no haberse efectuado la designación por omisión de una parte procesal, debería aplicarse el Art. 16 de la *LAM* que siempre tendrá carácter supletorio cuando la forma de selección convenida en la cláusula compromisoria resultare insuficiente.

2.6. Renuncia de la jurisdicción ordinaria y firma del representante de la entidad de Derecho Público

El Art. 4 literal d) de la *LAM* incluye otra exigencia de forma, relacionada con la cláusula compromisoria o el convenio arbitral.

El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

En primer lugar, la norma de la ley no precisa si la renuncia a la jurisdicción ordinaria deba ser expresa o tácita. En consecuencia, será admisible la renuncia tácita, y aunque no aparezca expresada en el texto de la cláusula compromisoria de que se trate, la voluntad inequívoca de someter la controversia al juicio de árbitros será la que lleve a la convicción de un Tribunal Arbitral de que las partes renunciaron tácitamente a la justicia ordinaria y cumplieron con la exigencia de la *LAM*.

Nótese la diferencia entre el requisito formal de la designación de árbitros y éste de la “renuncia a la jurisdicción ordinaria”. Mientras que el primero es de carácter positivo porque exige una previsión expresa en el convenio arbitral, el segundo tiene carácter negativo, por la propia naturaleza del concepto “renuncia”, y determina que la voluntad de las partes esté implícita en la cláusula compromisoria.

Por otro lado, es necesario que el convenio arbitral sea firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución. Es decir, por las máximas autoridades de una determinada entidad cuando éstas ejercen la representación legal o por funcionarios que tuvieren delegación. En la Administración Pública Central, el Presidente de la República y los Ministros de Estado en sus respectivas carteras; en el régimen seccional autónomo los Alcaldes y Procuradores síndicos para municipios, y los Prefectos Provinciales para los Consejos Provinciales; y en las entidades autónomas con personalidad jurídica, sus máximos personeros, es decir aquellos a los que la ley asigna la representación legal.

2.7. Los demás requisitos legales

Estos requisitos que aparecen mencionados en el Art. 4 de la *LAM*, más bien de carácter general, están relacionados con las demás exigencias que establecen las leyes, incluida la propia Ley de Arbitraje y Mediación. Algunos de esos requisitos ya han sido analizados en este artículo: que el arbitraje sea en derecho (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 11), que exista un documento escrito (Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 5), capacidad, objeto y causa lícitas (Código Civil, Art. 1461), que el objeto controvertido tenga carácter transigible (Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1), requisito implícito en la exigencia de que el litigio arbitral que involucre al Estado deba ser de naturaleza contractual

3. DIFICULTADES QUE DERIVAN DEL JUICIO ARBITRAL EN QUE EL ESTADO ES PARTE PROCESAL

Una década de vigencia de la *LAM* ha sido tiempo suficiente para alcanzar una amplia perspectiva de sus bondades y limitaciones. Las decisiones que han adoptado los Tribunales de Arbitraje y las sentencias de las Cortes Superiores que han resuelto acciones de nulidad de laudos arbitrales coadyuvan en esa comprensión. La práctica procesal que ha venido ocupando intensamente la reflexión de funcionarios de centros de arbitraje, árbitros y abogados que operan el sistema, ha sido otra de las experiencias, quizá de las más importantes, que han contribuido al conocimiento de las instituciones reguladas por la Ley.

Bajo la premisa de que el fenómeno jurídico se integra no solamente de normas de derecho sino de la realidad en que aquellas están llamadas a ser aplicadas, me he propuesto añadir a la descripción legal precedente un enunciado de algunas dificultades de orden práctico que con mayor frecuencia han venido ocurriendo en los juicios arbitrales en que el Estado es parte procesal, y que nos invitan a emprender en correctivos que afinen las instituciones del sistema arbitral ecuatoriano y vuelvan más confiable a este método alternativo de solución de conflictos.

3.1. Insuficiencia de las cláusulas compromisorias

Son frecuentes los casos en que particulares que han celebrado un contrato con una entidad de derecho público, no encuentren en la cláusula compromisoria suscrita en su oportunidad, un fundamento suficiente que les permita plantear su demanda sin correr el riesgo de que el Tribunal de Arbitraje que conozca del caso se declare incompetente para resolver la controversia.

Un sinnúmero de circunstancias explican esta insuficiencia de las cláusulas compromisorias en los contratos que suscriben las entidades de derecho público: en un primer momento de vigencia de la *LAM* la institución del arbitraje no había sido suficientemente difundida, y la desconfianza que despertaba este sistema en los abogados del Estado, determinaba que la sujeción a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros se haga en términos ambiguos, o sin cumplir con todos los requerimientos de forma que el Art. 4 de la *LAM* ha establecido para estos casos.

En los contratos de obra pública he encontrado con cierta frecuencia cláusulas compromisorias que establecen un procedimiento de mediación amistosa para resolver las diferencias entre contratantes, y que de no haber solución las partes podrían someterla a la decisión de un Tribunal de Arbitraje si, llegado el momento, manifiestan su voluntad en ese sentido. Nótese que en este caso, la su-

jeción al procedimiento arbitral ocurre después de suscitado el conflicto y luego de que las dos partes se hayan puesto de acuerdo para someterla a la decisión de árbitros.

Este tipo de previsión condicional determina que, jurídicamente, no exista cláusula compromisoria mientras no se produzca el acuerdo posterior entre los contratantes. En estos casos, el nacimiento de la jurisdicción ejercida por árbitros queda condicionada a una voluntad coincidente de las partes para someter su conflicto a un arbitraje, después de suscitada la controversia. Semejante condicionamiento debe enfrentarse con la exigencia de que una vez surgida la controversia en que el Estado ecuatoriano sea parte, deberá contarse con el pronunciamiento del Procurador General del Estado que autorice, previamente, la sujeción al procedimiento arbitral.

También es frecuente encontrar cláusulas en que el Estado somete las controversias de carácter técnico o económico al juicio de árbitros, y reserva las diferencias de orden jurídico que derivan del contrato a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Desde un punto de vista práctico no resulta fácil trazar una línea que separe las controversias técnico económicas del contrato de las jurídico contractuales, porque aquellas derivan de éstas. Más aún, me atrevería a concluir la imposibilidad de tal separación puesto que los aspectos económicos o técnicos relacionados con la ejecución del contrato tiene relación directa o indirecta con las obligaciones que nacen de ese contrato.

En estos casos los Tribunales de Arbitraje han decidido declararse competentes y han resuelto que toda controversia técnica y económica derivada de un contrato comporta aspectos jurídicos sobre los cuales los Tribunales de Arbitraje tienen plenas atribuciones para conocerlos y resolverlos (según el concepto que apareció utilizado en cada caso y que fue claro y categórico). Fundamentan esta posición en que la restricción impuesta sobre aspectos jurídicos del contrato deviene contradictoria e ineficaz frente a la voluntad inequívoca de las partes de someter sus diferencias a un procedimiento arbitral que prevalece sobre la restricción antes indicada.

3.2. Debilidad en el patrocinio público

En los primeros tiempos de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, la falta de conocimiento respecto de las instituciones reguladas en ella fue un fenómeno lamentablemente muy extendido en el sector público. Sin embargo, hoy en día se aprecia una notable disminución del problema. Entidades como la Procuraduría General del Estado o ciertas empresas públicas que han debido enfrentar juicios arbitrales, cuentan con un cuerpo de profesionales con amplios conocimientos en el procedimiento arbitral. En todo caso, todavía se espera que estos avances se extiendan aún más a todas las entidades estatales.

Otros aspectos inquietantes son las limitaciones constitucionales a la organización y funcionamiento de las

entidades públicas, que les impide dar respuestas oportunas en el trámite de un proceso caracterizado por la celeridad. Por ejemplo, en la reglamentación de varios centros de arbitraje en el Ecuador, la solicitud de una prueba pericial exige que la parte interesada consigne previamente los honorarios del perito en un término de tres días desde que hizo saber el costo de su informe, bajo prevención de que al no pagar la solicitud de prueba quedará sin efecto. En muchas ocasiones, la entidad pública que litiga no logra que su departamento financiero emita un cheque para el pago de los honorarios periciales en el término de tres días y, en más de una ocasión esa entidad del Estado pierde una prueba que podría ser fundamental en el caso concreto, más allá de la obligación que tendrían los árbitros de practicarla para el esclarecimiento de los hechos controvertidos (Art. 23 de la LAM).

Esta situación exige que las entidades públicas adopten correctivos institucionales que les permitan litigar sin esta clase de tropiezos y simultáneamente, que los Tribunales Arbitrales evalúen con criterios de equidad las situaciones prácticas que pudieren presentarse.

3.3. Acción de nulidad de los laudos arbitrales

Se ha convertido en una práctica inveterada dentro del sistema arbitral ecuatoriano que, cuando se expiden laudos contrarios a la pretensión del Estado, éste interponga acciones de nulidad ante la Corte Superior de Justicia para evitar la ejecución.

Aunque las estadísticas de los pronunciamientos que ha hecho la Corte Superior revelen que en un noventa por ciento de casos las acciones de nulidad hayan sido desestimadas, la práctica de impugnar los laudos arbitrales vía acción de nulidad ha ido consolidándose cada vez más.

Sin embargo, cabe anotar que en el Estado ecuatoriano esta situación ha venido estimulada porque un deformado sistema de control de recursos públicos por parte de la Contraloría General del Estado, determina responsabilidades civiles a los funcionarios que no impugnan decisiones judiciales o arbitrales adversas al interés del Estado. Bajo estos esquemas de funcionamiento del Estado ecuatoriano, no resulta extraño que en todos los casos de un laudo adverso éste sea impugnado vía acción de nulidad, sin que la ausencia de méritos argumentales para la pretendida nulidad impida la interposición de tales acciones.

Esta mala práctica no solo se presenta en juicios arbitrales en que el Estado es parte, sino en aquellos en que los particulares contradicen sus pretensiones ante un Tribunal Arbitral y uno de éstos resulta vencido.

3.4. La Contraloría General del Estado desconoce laudos arbitrales

La concepción preventiva del control de recursos públicos a cargo de la Contraloría General del Estado, es

uno de los factores que más han afectado al normal funcionamiento de la Administración Pública en el Ecuador, en buena medida porque su Ley Orgánica expedida en junio del 2002 orientó sus mandatos a la acumulación de poder de esa entidad antes que al diseño de un sistema de auditoría eficiente del sector público, bajo principios de responsabilidad financiera y ética pública.

Dicha Ley plasmó un sinnúmero de preceptos que entorpecen la operatividad del Estado como aquel que condiciona la presunción de legitimidad de las actuaciones del poder público a que la Contraloría General "no declare en contrario" (Art. 38); o la disparatada previsión de informes previos a la suscripción de contratos públicos, con el efecto paralizante que tal disposición ha provocado (Art. 31 numeral 16); o la autorización a la Contraloría para intervenir como parte en juicios que interesan al Estado (Art. 31 numeral 13) cuando existe un ente especializado en el patrocinio público denominado Procuraduría General del Estado. En algún caso, esta norma ha dado lugar al protagonismo político del Contralor antes que a la defensa efectiva de los intereses del Estado.

En este contexto, la dinámica de los procesos arbitrales en que el Estado ha intervenido como parte, no ha quedado al margen de las distorsiones provocadas por el sistema de auditoría gubernamental. Al menos en dos casos concretos he constatado que informes de exámenes especiales elaborados por la Dirección de Responsabilidades de la Contraloría del Estado desconocieron la validez y ejecutividad de laudos arbitrales y recomendaron a las entidades públicas no cumplir con los fallos arbitrales bajo amenaza de que se generaría una responsabilidad civil del funcionario público si es que se ordenare el cumplimiento.

Este tipo de pronunciamientos formulados en auditorías gubernamentales y en exámenes especiales practicados por la Contraloría General, amenazan al sistema arbitral ecuatoriano, principalmente a la credibilidad y confianza en los juicios arbitrales en que el Estado es parte procesal. Además, han constituido la razón que explica porqué cuando un laudo arbitral es adverso al Estado, éste interpone acciones de nulidad aun cuando no hubiere mérito argumental o fáctico para hacerlo.

4. CONCLUSIONES

4.1. El Estado como parte de un proceso arbitral es un tema que ha merecido la atención del legislador desde hace más de cincuenta años en el Ecuador. Sin embargo, solo a partir de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997 y de la Constitución Política en el año siguiente, la participación de entidades de derecho público en juicios de arbitraje recibió un notable impulso.

4.2. Para dilucidar los aspectos vinculados a la temática del juicio arbitral y del Estado como parte procesal, es necesario conocer qué requisitos de validez de los procesos arbitrales ha establecido la ley ecuatoriana. Al respecto, unos requisitos se refieren a la naturaleza de la controversia y a la fundamentación del laudo arbitral, y

otros atienden los aspectos de contenido de los convenios arbitrales.

4.3. Es de la esencia del juicio arbitral con entes de derecho público como partes procesales, que la controversia sea de naturaleza contractual, que sea resuelta en derecho y no en equidad; que el convenio arbitral haya establecido la forma de selección de los árbitros y que haya sido anterior a la controversia. Si fuere posterior a ésta será necesario el dictamen del Procurador General del Estado.

4.4. No solamente los aspectos de orden normativo aportan en la comprensión de este tema. Es necesario examinar algunas de las dificultades que más frecuentemente se han presentado en la práctica del sistema arbitral ecuatoriano, cuando el Estado interviene como parte en juicio. Este análisis nos revela algunos de los eventos críticos que deberían corregirse para consolidar la con-

fianza en el sistema arbitral. Tales eventos son los siguientes: insuficiencias de las cláusulas compromisorias; debilidades en el patrocinio público, aunque esta tendencia haya revertido con el paso del tiempo; reiterada práctica de impugnar laudos arbitrales mediante acciones de nulidad; y la posición que en algunos casos ha adoptado la Contraloría General del Estado para negar la ejecutividad de los laudos arbitrales.

5.- Más allá de los problemas descritos en este artículo, resulta indiscutible que una década de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación ha contribuido a crear condiciones de justicia en las relaciones contractuales que se dan entre el Estado y las personas de derecho privado. Sin embargo, el desafío por afinar el sistema aún es enorme y los abogados que operamos dentro de él debemos asumir este compromiso con firmeza y convencimiento.

Notas

- 1 Es el caso de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. THOMSON CIVITAS, páginas 704 y siguientes; Luciano Parejo Alonso, Derecho Administrativo, Ariel Derecho, Barcelona 2003, página 964; William René Parra Gutierrez, "Los Contratos Estatales" Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999, páginas 43 y siguientes.
 - 2 No identifico a las partes procesales de este caso, por la confidencialidad de la controversia. Al momento que escribo estas líneas el caso aún no ha sido resuelto. Sin embargo, los conceptos discutidos en este juicio resultan interesantes para fijar el alcance de la jurisdicción convencional que ejercemos los árbitros en una relación jurídica que involucra, simultáneamente, conflictos contractuales y de derecho constitucional o de administrativo.
-

SECCIÓN LIBRE

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

El Inicio del Proceso Constituyente en Ecuador en 2007 y las Lecciones de la Experiencia Venezolana de 1999

DOMINGO GARCÍA BELAUDE

Dos cuestiones Disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional

JORGE ZAVALA EGAS

La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano

MARÍA ELENA CORRAL

Sobre la "Pastilla del Día Después"

SEBASTIÁN IGNACIO DONOSO BUSTAMANTE

Recursos Genéticos, Patentes de Invención y el ADPIC

VLADIMIR VILLALBA PAREDES

La Teoría de los Poderes Implícitos

El Inicio del Proceso Constituyente en Ecuador en 2007 y las Lecciones de la Experiencia Venezolana de 1999

Allan R. Brewer-Carías

Se trata de un esquema de organización del Estado y del Poder que implica la eliminación completa de la democracia representativa, y su sustitución por una supuesta democracia directa, es decir de ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, y de elección indirecta de representantes incluida la jefatura del Estado.

INTRODUCCIÓN

Una reforma de la Constitución debe ser siempre el resultado, no de la imposición de la voluntad de una facción política sobre la otra, sino del consenso político¹.

Esa es la clave del éxito de las Constituciones, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o pacto de toda una sociedad y no de voluntades o mayorías circunstanciales; la cual debe ser diseñada mediante mecanismos de inclusión y no de exclusión. La historia enseña, por lo demás, que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza, así sea de una mayoría circunstancial, puede perdurar ni perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que trascienda, por sobre todo tiene que ser fruto de la inclusión y configurarse en un instrumento para el consenso y la conciliación. Y ello es válido cualquiera que sea la motivación de la reforma constitucional. Esta, ciertamente, a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de una ruptura del hilo constitucional, mediante una revolución o un golpe de Estado, como tantos ejemplos también conocemos en América Latina; en otros casos, incluso, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, formulado en democracia, como también nos lo muestra la historia. Pero en todo caso, lo esencial para que trascienda, es que debe ser un instrumento inclusivo, para la conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular.

Al contrario, una reforma constitucional, incluso mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente, que tenga como propósito imponerle a un país un proyecto político que se aparte de las líneas de la democracia y que sea de corte autoritario, durará el tiempo que dure el régimen de gobierno de exclusión, el cual inevitablemente terminará más tarde o más temprano, en una nueva búsqueda de mecanismos de conciliación.

Ese es el reto que tiene todo país al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos, primero, mediante la reformulación de las formas de su ejercicio para hacerla más representativa y además, incorporar mecanismos de la democracia directa; segundo, mediante la distribución efectiva del poder público en forma vertical, descentralizándolo hacia las comunidades territoriales para hacer posible la participación democrática, la cual sólo puede ocurrir con la reformulación del régimen regional y local, reforzando el de las provincias, cantones y parroquias, para acercar el poder al ciudadano; tercero, mediante la reafirmación del principio de la separación de poderes, previendo los efectivos mecanismos para asegurar la independencia y autonomía de los poderes, y por sobretodo, el control recíproco, que es donde radica la base de la propia democracia como antídoto frente al autoritarismo; y entre esos controles, el judicial, mediante la reformulación del sistema de justicia, es uno de los más importantes para asegurar aún más su independencia y autonomía.

Venezuela vivió, a finales de los años noventa del siglo pasado, un proceso de crisis política de la democracia de partidos² muy similar a la que ahora vive Ecuador, que condujo a la necesidad de pensar en la reformulación del sistema político democrático, mediante la convocatoria en democracia de una Asamblea Nacional Constituyente. Su misión, cuando se formuló el proyecto, era fundamen-

talmente el diseño de un nuevo Estado basado en el perfeccionamiento de la democracia.

Aún cuando dicha institución de la Asamblea Constituyente no estaba prevista en la Constitución vigente para el momento de 1961, como tampoco está prevista en la ahora vigente Constitución de Ecuador de 1998, después de varias impugnaciones por razones de inconstitucionalidad contra la voluntarista convocatoria de la Asamblea que hizo en 1999 el presidente Hugo Chávez, y después de diversas decisiones del Tribunal Supremo que, en definitiva, abrieron la vía para su elección, ésta se efectuó con el condicionante de que la Asamblea debía funcionar dentro del marco de la propia Constitución vigente para el momento, tal como se había interpretado por el Supremo Tribunal.

Un referendo consultivo, similar a la consulta popular que se ha efectuado en Ecuador el 15 de abril de 2007, precedió la elección de los miembros de la Asamblea, la cual sin embargo, por el sistema electoral que se diseñó en forma unilateral (como también ha ocurrido en Ecuador), la misma resultó dominada en más de un 95% por los seguidores del presidente Chávez, constituyéndose en esa forma en un instrumento político de exclusión, que le aseguró el asalto y apoderamiento total del poder. La Asamblea Constituyente de Venezuela, de 1999, le impuso a los venezolanos sin que hubiera consenso ni conciliación alguna, un texto constitucional que, lamentablemente, ni perfeccionó la democracia, ni aseguró la descentralización política, ni solidificó la separación de poderes, ni aseguró la independencia y autonomía del poder judicial. Todo ello con la grave consecuencia de que a pesar de las avanzadísimas regulaciones establecidas en materia de derechos humanos, ellos en la práctica no pasan de la sola letra de la Constitución, sin posibilidad efectiva de ejercicio cuando se está en posición antagónica al gobierno, dado el sometimiento del poder judicial al poder político y el proceso de criminalización de la disidencia.

La Constitución de 1999, que resultó del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente, en consecuencia y lamentablemente, fue una Constitución que diseñó un sistema de concentración del poder en el Ejecutivo, con una clara exclusión respecto de los partidos políticos, que funciona en un sistema político de presidencialismo extremo y exacerbado, montado sobre un militarismo constitucional nunca antes conocido en el país, y en una forma de Estado signada por el centralismo, en el cual la Federación no es más que una simple palabra sin contenido alguno, y sin posibilidad efectiva alguna de provocar descentralización política. Ese Estado, además, por la concentración del poder, ha originado un poder judicial sometido y dependiente, que no garantiza la vigencia efectiva de los derechos humanos. Por otra parte, el esquema, además, está montado sobre un estatismo extremo que se ha alimentado por la riqueza petrolera estatal, lo que en definitiva imposibilita la participación política, la cual sólo puede darse cuando el poder está cerca del ciudadano y sus comunidades, actuando con autonomía.

Ese Estado todopoderoso, que todo lo controla y todo lo posee, además, con la excusa de la política antipartido, ha ahogado la democracia en lugar de haberla perfeccio-

nado, eliminando totalmente el sistema democrático pluralista de partidos. Ello se corrobora con el proyecto en curso de formación de un sistema de partido único imbricado en el Estado y la Administración, para controlar y usar el "Estado rico" propio de un país pobre que tenemos, con políticas populistas que en definitiva están acabando con la propia democracia y el pluralismo.

La Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, por si misma no es la solución de nada. No es por supuesto una panacea, y si bien puede ser un instrumento para rediseñar el sistema político y perfeccionar la democracia, particularmente en un momento de crisis política, si no se configura como un instrumento inclusivo, de conciliación y consenso, se puede convertir en el instrumento para consolidar un gobierno autoritario, como fue la experiencia venezolana de 1999.

En todo caso, no hay que olvidar que América Latina ha sido un continente lleno de historias sobre Asambleas Constituyentes. Todos nuestros países han tenido muchas en su historia constitucional, habiendo sido en general fruto de rupturas del hilo constitucional convocadas entonces luego de una revolución, un golpe de Estado o una guerra interna; es decir, han sido en general el producto de un desconocimiento fáctico previo de la Constitución vigente.

Sin embargo, en las últimas décadas, en América Latina se ha venido configurando una nueva modalidad de proceso constituyente y de Asambleas Constituyentes que no han sido el producto de una ruptura constitucional previa, sino que aún cuando no estando previstas y reguladas en la Constitución (como ahora sucede, por ejemplo, en la Constitución de Paraguay), han sido electas en democracia con base en interpretaciones de la Constitución vigente. Es lo que ha sucedido en los últimos lustros, por ejemplo, en Colombia en 1991, en Venezuela en 1999, en Bolivia en 2006 y ahora está en proceso de ocurrir en Ecuador en 2007.

En ese contexto, el caso de Venezuela ha sido sintomático, pues allí, en 1999 se produjo la elección, en democracia y sin que hubiera habido una ruptura previa del hilo constitucional, de una Asamblea Nacional Constituyente que no estaba prevista ni regulada en la Constitución de 1961, con base en la interpretación de la misma hecha por la Corte Suprema de Justicia; pero con la peculiaridad de que en ese proceso constituyente, fue la propia Asamblea Constituyente, así electa, la que terminó dando un golpe de Estado, irrumpiendo contra la Constitución vigente e interviniendo todos los poderes constituidos, violando el principio democrático de la representatividad. Se trató, entonces, de un golpe de Estado constituyente, que sirvió de instrumento para el asalto al poder, para la violación del orden constitucional y el establecimiento de las bases de un régimen autoritario.

Por tanto, este neo-autoritarismo que los latinoamericanos estamos comenzando a percibir como conformándose en Venezuela, no fue el resultado de un golpe de Estado militarista previo al proceso constituyente de 1999, sino que es el producto del golpe de Estado dado en me-

dio del proceso constituyente por una Asamblea Constituyente cuya misión era otra.

La experiencia venezolana, por tanto, es importante que se conozca en Ecuador, particularmente porque en sus inicios a comienzos de 2007, el proceso ecuatoriano tiene demasiadas similitudes con lo que ocurrió en Venezuela a comienzos de 1999.

Mi intención es referirme, precisamente a los inicios del proceso constituyente en Ecuador y las lecciones de la experiencia venezolana, para lo cual dividiré mi exposición en tres partes: primero voy a intentar hacer un recuento de las vicisitudes políticas y jurídicas del proceso ocurridas en Ecuador en los primeros tres meses de 2007; segundo, me voy a referir al proceso constituyente venezolano de 1999; y tercero, voy a puntualizar lo que en mi criterio son los resultados de aquél proceso, ocho años después.

I. LAS VICISITUDES POLÍTICAS Y JURÍDICAS EN LOS INICIOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR EN 2007

1. El Decreto presidencial N° 2 de 15 de enero de 2007 de convocatoria a una consulta popular sobre la Asamblea Constituyente

El presidente Rafael Correa, en lo que materialmente fue su primer decreto de gobierno, dictado en el mismo día de la toma de posesión de su cargo, el 15 de enero de 2007, dictó el Decreto N° 2 convocando a una consulta popular para que se convoque e instale una Asamblea Constituyente, en términos muy similares al Decreto N° 3 del presidente Hugo Chávez de Venezuela, dictado en mismo día de la toma de posesión de su cargo el 22 de febrero de 1999 convocando a un referendo consultivo sobre el mismo tema. Los venezolanos en su inmensa mayoría, antes de votar no tuvieron posibilidad real de saber claramente qué era lo que se les estaba consultando, lo que originó múltiples problemas de interpretación constitucional. La verdad es que la Constituyente, en el discurso político del presidente Chávez, había sido total y deliberadamente confundida con el deseo de cambio político, que era real y efectivo, por lo que en definitiva el pueblo por lo que votó fue por ese cambio, sin saber que en realidad estaba votando por un instrumento jurídico constitucional excepcionalísimo, por el cual nunca en democracia se había votado antes en toda la historia constitucional del país.

Dada esa experiencia venezolana, los ecuatorianos también debieron haber sabido claramente por qué fue por lo que votaron el 15 de abril de 2007, pero tampoco fue así, al menos de lo que resulta de las encuestas publicadas antes de la elección que mostraron altísimos índices de desconocimiento de que era una Asamblea Constituyente y para qué servía. En todo caso, ya sabrán los

ecuatorianos, como *ex post facto* lo supieron los venezolanos, de qué se trata un proceso constituyente resuelto por votación popular.

El Decreto presidencial No. 2, convocando una consulta popular, fue para que el pueblo se pronunciara sobre la siguiente pregunta:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

El Decreto dispuso que en la papeleta de votación, se debía incorporar el Estatuto de la Constituyente relativo a su elección, instalación y funcionamiento que el presidente propuso en forma unilateral, sin debate alguno en el país. En dicho Estatuto, sobre la "naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente" se dispuso en su artículo 1°, lo siguiente:

Artículo 1. Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio.

El Decreto se dictó invocando en sus considerandos, lo dispuesto en la Constitución vigente de 1998, particularmente lo que dispone el artículo 1, que preceptúa que "la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución", texto que en forma muy similar también estaba en la Constitución venezolana como en todas las latinoamericanas.

Uno de esos medios democráticos en Ecuador —que sin embargo no estaba en la Constitución de Venezuela aún cuando sí en la ley del Sufragio— es la consulta popular que el Presidente de la República puede convocar conforme al artículo 171,6 de la Constitución. Sin embargo, conforme a la Constitución, esta disposición sólo podría invocarse cuando se trate de las materias especificadas en el artículo 104, es decir, o para reformar la Constitución conforme se dispone y regula en el artículo 283, o cuando se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas a la reforma de la Constitución.

El Presidente de la República optó por invocar el segundo supuesto de la norma como motivo para convocar la consulta popular, es decir, una cuestión de trascendental importancia para el país *distinta a la reforma de la Constitución*, pero en verdad, con la pregunta formulada para la consulta lo que se logró materialmente fue la creación de un órgano constitucional que no está previsto en la Constitución, es decir, se aprobó una reforma constitucional. En otras palabras, se utilizó una norma constitucional que expresamente dispone que no puede utilizarse en caso de reforma constitucional para provocar una reforma constitucional. Por tanto, con la aprobación de la consulta el 15 de abril de 2007, en definitiva, se reformó

la Constitución sin seguirse las previsiones de los artículos 280 a 284 de la Constitución, al establecerse otro mecanismo para reformar la Constitución distinto a los establecidos en esos artículos, y ello sin seguirse los pasos para la reforma de la Constitución allí regulados.

Estos son temas jurídicos constitucionales que han quedado pendientes de ser resueltos en Ecuador, por el único órgano con poder para ello que es el Tribunal Constitucional. Se trata del dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular que tiene que ser resuelto, pero no por las vías de los hechos cumplidos, sino por decisión del máximo intérprete de la Constitución que ejerce la Jurisdicción Constitucional (artículo 276,1). El mismo dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular se planteó en Colombia en 1991 y en Venezuela en 1999, y en esos países el tema fue resuelto por la Jurisdicción Constitucional antes de la realización de la consulta popular.³

Pero en el decreto presidencial del Ecuador, como también se expresó en el Estatuto que propuso el Presidente venezolano en 1999, se planteó la convocatoria de una Asamblea Constituyente "con plenos poderes para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución". Con fraseología distinta, pero con exacto sentido y contenido se convocó la Asamblea Constituyente en Venezuela en 1999. Esto plantea otro tema pendiente de discutirse y resolverse, de orden operativo, relativo a si la Asamblea Constituyente durante su funcionamiento, estará sometida, como todos los órganos del Estado y los individuos, a la Constitución de 1998 que le dio origen, la cual conforme se deduce del propio Estatuto de la Asamblea, debería permanecer vigente hasta que el pueblo, mediante referendo, apruebe la nueva Constitución. Ello, por ejemplo, no quedó claro en Venezuela en 1999, y la Asamblea Nacional Constituyente de ese año, una vez electa, se apartó de la Constitución alegando que tenía poder constituyente originario, que en la terminología utilizada en Ecuador es con "plenos poderes". Es decir, esas dudas que no llegaron a ser dilucidadas en Venezuela con anterioridad a la elección de la Asamblea, condujeron a una Asamblea Constituyente que asumió todos los poderes del Estado, y que intervino y disolvió los poderes constituidos, todo al margen de la Constitución entonces vigente.

A continuación intentaremos resumir los aspectos más resaltantes del debate jurídico que se desarrolló en el Ecuador luego de la emisión del decreto N°. 2, hasta la realización de la consulta popular, los cuales hemos elaborado partiendo de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación.⁴

2. La sumisión del Decreto Presidencial al Tribunal Supremo Electoral

El Decreto N° 2 dispuso que el Tribunal Supremo Electoral (TSE) debía organizar, dirigir, vigilar y garantizar la consulta popular, por lo que el 16 de enero de 2007, el Presidente de la República le remitió oficialmente el

Decreto. El 22 de enero, el Presidente del TSE precisaba el rol del Tribunal diciendo que no le correspondía calificar la constitucionalidad del Estatuto y la convocatoria a consulta popular, sino solo "la viabilidad para ejecutarla". Entretanto, la prensa ya anunciaba modificaciones al Decreto, particularmente en torno al estatuto de elección de los constituyentes y a su número, que en lugar de 87 podrían ser 130.

Por su parte, el Ministro de Gobierno consideraba que existía un avance en el debate, ya que no se estaba hablando de si había o no Asamblea Constituyente, sino que lo que se discutía era si esta debía ser aprobada por el Tribunal Supremo Electoral o por el Congreso, y reiteraba que el régimen considera que esta debía pasar por el organismo del sufragio, ya que la atribución del Presidente de convocar a una consulta popular, estaba establecida en el artículo 104 de la Constitución.

3. La remisión del Decreto Presidencial al Congreso por parte del Tribunal Supremo Electoral

El 23 enero de 2007, el vicepresidente del Tribunal Supremo Electoral, informaba que el organismo del sufragio había resuelto con cuatro votos contra tres, enviar la consulta popular al Congreso Nacional para que fuera esta función del Estado la que resolviera la convocatoria a una consulta popular en la que el pueblo decidiera la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Expresó entonces, que le tocaba al Congreso Nacional resolver la decisión del organismo electoral, que se produjo y advirtió después, de que se había suspendido la sesión por falta de garantías, es decir, por falta de normalidad y seguridad después de incidentes provocados por manifestaciones en los alrededores de la entidad.

En todo caso, la prensa informaba que "el gobierno de Rafael Correa fracasó en su intento de convocar a una consulta popular de forma directa para instalar una Asamblea Constituyente."

El día siguiente, 24 de enero, el Presidente Correa, en una rueda de prensa en el Palacio Presidencial de Carondelet, rechazó que el Tribunal Supremo Electoral se reuniera clandestinamente para enviar el estatuto de la Asamblea Constituyente y la propuesta de consulta popular al Parlamento Nacional para su aprobación, acusando a los vocales del Tribunal Supremo Electoral, de haber decidido "escondidos en un hotel", considerando que "rompiendo la Constitución", habían decidido "pasar la consulta popular, que le ordenamos realizar, al Congreso Nacional". La prensa reseñaba la opinión de que el ordenamiento jurídico dispone que el Parlamento debía dar su aprobación a consultas presidenciales que supongan reformas constitucionales, y hay distintas interpretaciones sobre este punto.

El Ministro de Gobierno calificó la remisión, como una "mera consulta", insistiendo que el organismo electoral tenía la obligación de organizar la consulta, según el artículo 104 de la Constitución, es decir, la convocatoria

y el trámite de la misma consulta. El Presidente del Tribunal Supremo Electoral (TSE), Jorge Acosta, aseguraba que habían analizado todos los fundamentos de derecho para resolver el envío de la consulta y el estatuto de Asamblea Constituyente para que fueran analizadas por el Congreso, criticando la forma en que fueron presionados.

En todo caso, en los días siguientes, el gobierno envió formalmente al Congreso las reformas al Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, que estaba como anexo al Decreto N°. 2, formuladas en Decreto N°. 54, manifestando su disposición de observar todos preceptos legales, a fin de que no existiera ninguna excusa por parte del Congreso Nacional para no dar paso a la Consulta Popular, exhortando ahora al Congreso a cumplir con uno de los mandatos populares de dar paso a la Asamblea Nacional Constituyente.

El 29 de enero se anunciaba que el Congreso se disponía a decidir sobre el tema, y en el debate, por supuesto se formularon posiciones encontradas, de manera que por ejemplo, el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que estudiaba el asunto consideraba “como inconstitucional a la referida consulta popular y al estatuto para la Asamblea Constituyente”, pues para “pretender reformas a la Carta Política, la única vía es el Congreso Nacional”.

En la misma fecha el vicepresidente de la república afirmaba que se había agotado el diálogo con los congresistas y miembros del Tribunal Supremo Electoral sobre la convocatoria a una consulta para instituir una Asamblea Constituyente, y además anticipaba que el Ejecutivo “crearía un Tribunal Electoral ad hoc si hasta el jueves 1 de febrero el TSE no organiza la consulta popular”. Ello fue calificado por el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales como una “violación flagrante a la Constitución y sería un hecho de facto que rebasaría lo poderes del Presidente de la República y nos encontraríamos en un poder dictatorial.”

El 30 enero reseñaba la prensa sobre las miles de personas concentradas ante la sede del Congreso, en Quito, para exigir la convocatoria a una consulta popular sobre una Asamblea Constituyente de plenos poderes, que redacte una nueva Carta Magna.

El 3 de febrero el Presidente de la República, en relación con las discusiones en el Congreso, advertía que el gobierno no aceptaría cambios traumáticos al estatuto de la Constituyente, ni condiciones de la partidocracia, alertado que si el Congreso persistía en trabar la celebración de la consulta, “llamaría nuevamente a la ciudadanía a salir a las calles para que defendiera su derecho a cambiar el país como soberano. La población ya dio muestras de que de no está dispuesta a aguantar más abusos y aclaró que no se ha sembrado vientos para cosechar tempestades, sino ciudadanía para cosechar más democracia.”

Uno de los temas centrales en el debate parlamentario fue el de los plenos poderes que se querían atribuir a la Asamblea Constituyente, a cuyo efecto en la Comisión de Asuntos Constitucionales se presentaron propuestas para la modificación de la pregunta de la consulta, para reducir los “plenos poderes” sólo para elaborar una nueva

Constitución, y para elimina la propuesta inicial para que la Asamblea tuviera la posibilidad de modificar el marco institucional del Estado, circunscribiéndose su labor específica a emitir una nueva Carta Política. Se trataba de una propuesta para buscar la posibilidad de que el Congreso diese paso a la consulta incluyendo una modificación del estatuto que permitiera que el Congreso realizase reformas constitucionales que también fueran al mismo referendo ratificatorio al que debía someterse la Constitución de la Asamblea Nacional Constituyente.

El 8 de febrero otro diputado indicaba que se buscaba consenso en cuanto al tema de la consulta popular y posterior instalación de la Asamblea Constituyente, de manera que la misma respetara “los poderes constituidos y garantizara la participación de todos los ciudadanos”. Agregaba el diputado que la constituyente debía “respetar las funciones de las instituciones legalmente constituidas”, aclarando que “dar plenos poderes se corre el riesgo no únicamente de una disolución del Congreso, sino del Ejecutivo, Corte Suprema, tribunales Constitucional y Supremo Electoral, algo que podría desarticular el aparato institucional del Estado, lo cual nadie apoya.” A ello respondió el 9 febrero el Ministro de Gobierno, indicando “que no se pretende, a través de la Asamblea, disolver los poderes del Estado.” Otros diputados consideraban, al contrario que “la Asamblea Nacional Constituyente es de plenos poderes aunque otros digan lo contrario, ya que está establecido en diferentes doctrinas que una Asamblea tiene plenos poderes, a diferencia de una reforma constitucional que se podría hacer desde el Congreso.”

De acuerdo con este debate, una de las propuestas en el Congreso, apuntaba a que la Asamblea Constituyente respetara “los períodos del Ejecutivo, Legislativo, prefectos, alcaldes, consejeros, concejales y delegados a Juntas Parroquiales”, y no interfiriera en sus funciones; otros congresistas plantearon la necesidad de que se le dieran “atribuciones ilimitadas a la Asamblea”. Una de las propuestas que se formularon para el pronunciamiento del Congreso se formuló sobre la base del artículo 283 de la Constitución, con el estatuto incluido, para que los ecuatorianos contestaran la siguiente pregunta:

“Está usted de acuerdo en que se convoque a una Asamblea Nacional Constituyente con el único propósito de hacer una nueva Constitución Política de la República. Ésta asamblea no podrá modificar los períodos de presidente vicepresidente de la República, diputados, prefectos, alcaldes, concejales, consejeros y juntas parroquiales. Ni el Congreso ni el Gobierno nacional interferirán en la labor de la asamblea ni ésta última en aquellos”.

El 12 febrero el Presidente de la República, ante la falta de decisión del Congreso, anunciaba que si no se decidía el asunto perentoriamente por el Congreso y el Tribunal Supremo, “se organizará un tribunal electoral Ad hoc que organice el referéndum”, insistiendo en que no cedería sobre el tema de los “plenos poderes” que se quería eliminar “para no poner en peligro a la partidocracia”. Anunciaba: “El plan B lo tenemos listo: hemos dicho que creemos que constitucionalmente se puede hacer un tribunal electoral Ad Hoc, de acuerdo al artículo 104, porque quien convoca a la consulta no es el TSE, es el Pre-

sidente, la consulta está convocada y el Tribunal tiene que ejecutarla y si el Tribunal no la ejecuta, el Presidente tiene todo el derecho de nombrar un Tribunal Ad hoc que organice la consulta que constitucionalmente está convocada.”

4. La decisión del Congreso

El 13 de febrero de 2007, con 57 votos, el Congreso Nacional aprobó dar paso a la consulta popular como paso previo a la instalación de una Asamblea Constituyente, pero con una serie de modificaciones al proyecto original.

En particular, resolvió calificar “de urgente la convocatoria a consulta popular para que el pueblo se pronuncie sobre la instalación de una Asamblea Constituyente de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva constitución, respetando la voluntad popular expresada en las urnas, tanto el 15 de octubre como el 26 de noviembre del 2006.”

Los legisladores además, incorporaron al artículo 1 del Estatuto de la Asamblea que se refiere a su naturaleza y finalidad, el siguiente inciso:

“La transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución entrarán en vigencia con la aprobación, en referéndum, de la nueva Constitución”.

Finalmente decidieron remitir la resolución al Presidente de la República para los fines pertinentes y dispusieron que el Tribunal Supremo Electoral en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, organice supervise y dirija el proceso de consulta popular.

El Presidente de la República el 14 de febrero consideraba que con esa decisión, el Congreso “se había sometido a la voluntad popular al haber aprobado la consulta popular con 57 votos”; y en esa misma fecha, se anunciaba la decisión del Tribunal Supremo Electoral, de que la convocatoria oficial de la consulta popular se haría el 1 de marzo y la votación se realizaría el 15 de abril de 2007; aún cuando se encontraba a la espera de “una posible modificación al estatuto para la Asamblea Constituyente, por parte del Ejecutivo.” Uno de sus miembros sugirió al Presidente de la República que tomara en cuenta las sugerencias de los legisladores, y emitiera un nuevo decreto ejecutivo con el que reforme al estatuto inicial.

En la misma fecha del 14 de febrero, el Presidente de la República, ya manifestaba su posición sobre el tema central del debate parlamentario, cuestionando la decisión del Congreso y anunciando que “una vez que se haya instalado la Asamblea Nacional Constituyente pondrá a disposición su cargo y pedirá la disolución del Congreso Nacional”; ello a pesar de que el Parlamento en día anterior había negado la posibilidad de que la Constituyente destituya a las dignidades elegidas el 15 de octubre y el 26 de noviembre.

De igual forma, el Presidente de la República consideró, que era “necesario reconocer que el poder constituyente trabaja en base a que la soberanía radica en el pueblo”, y asimismo, el 18 de febrero además, precisaba que

“para el Gobierno, la consulta está en el Tribunal Supremo Electoral (TSE) y no en el Congreso Nacional.”

5. El debate sobre la decisión a cargo del Tribunal Supremo Electoral

Con la decisión del Congreso se abrió un nuevo debate en torno a los pasos a seguir, y en particular sobre lo que el Tribunal Supremo Electoral debía hacer.

El mismo 14 de febrero, uno de sus vocales explicaba que el Congreso había realizado “algunas propuestas sobre el estatuto”, precisando que “ese es un tema que está contemplado en el decreto Ejecutivo enviado por el Presidente de la República, por lo cual el Primer Mandatario es quien decide si acoge o no las sugerencias realizadas por el Parlamento, puesto que lo que ha hecho el Congreso es remitir, tanto al Presidente como al TSE, que se viabilice la consulta popular.” Agregaba que pensaba que el Presidente debía dictar un nuevo Decreto, y que el había tomado la iniciativa de la convocatoria a la consulta popular con el decreto N°. 2, que luego reformó con el Decreto N°. 54, y que “ahora también deberá reformarlo si es que así es el caso, tomando en cuenta las sugerencias del Congreso Nacional.” De ello concluía señalando que lo único que debía hacer el Tribunal Supremo Electoral “es codificar los tres decretos ejecutivos para efectos del estatuto, porque la pregunta está desde el decreto N° 2.”

Para el 21 de febrero, el Tribunal Supremo Electoral se encontraba analizando el documento que condensa en uno solo los decretos ejecutivos N°s 002 y 54, concernientes al estatuto para la Asamblea Popular; informándose que habían discrepancias en torno a si ese documento también debía incluir las reformas realizadas por el Congreso Nacional al momento de calificar como urgente el llamado del Ejecutivo. Para algunos vocales del organismo, las modificaciones que el Congreso Nacional había hecho al estatuto de la consulta popular “serían válidos si el Presidente de la República las acoge, puesto que es él quien tiene la iniciativa legislativa porque es el que puede a través de un Decreto Ejecutivo convocar a la consulta popular y además hacerlo, como lo hizo, con la inclusión de un estatuto para que el pueblo ecuatoriano lo acoja o no el momento de la consulta.” Agregaba el Vocal que “si el Presidente acoge esas observaciones realizadas desde el Legislativo pues ese también será un tercer decreto que esperamos llegue antes del 1 de marzo para nosotros poder anunciar la convocatoria en base a la pregunta y al estatuto que codificaría un tercer decreto”.

En el Tribunal Supremo Electoral se esperaba, por tanto, la emisión de un nuevo decreto por el Presidente de la República que acogiera las propuestas del Congreso y refundiera los decretos N°s. 2 y 54; y para el 26 de febrero, uno de sus vocales consideraba que si se emitía un nuevo decreto, el “Congreso Nacional debería conocer y tramitar un nuevo estatuto si esa fuere la decisión del ejecutivo, caso contrario y por la premura del tiempo el TSE deberá aprobar el estatuto incluyendo las observaciones del Congreso Nacional cuando aprobó la calificación de la consulta popular.”

6. El nuevo decreto presidencial y la decisión del Tribunal Supremo Electoral de convocar la consulta popular

El 27 de febrero, en todo caso, el Presidente de la República emitió un nuevo decreto N° 148, conservando el texto de la pregunta formulada en el Decreto inicial N° 2 del 15 de febrero, anexando el Estatuto Electoral en el cual se incorporaron modificaciones diversas, el cual fue entregado al Tribunal Supremo Electoral el 28 de febrero.

En particular, la pregunta aprobada fue la siguiente:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

Dicho texto fue idéntico al propuesto inicialmente por el Presidente, por lo que las propuestas del Congreso no fueron acogidas por el Presidente.

En cuanto al Estatuto, en particular respecto del artículo 1° del mismo, el texto aprobado para ser sometido a la consulta popular fue el siguiente:

Artículo 1. *Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente.* La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio.

La transformación del marco institucional del estado y la nueva Constitución, sólo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.

En este caso, el texto del artículo 1° también fue idéntico al originalmente propuesto, al cual sin embargo, el Presidente le agregó el último párrafo, que había sido propuesto por el Congreso.

En esos términos fue convocada la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente por el Tribunal Supremo Electoral, lo cual fue saludado por el Presidente de la República quien agradeció a dicho Tribunal, en especial a su Presidente, por haber dado paso a la convocatoria “desobedeciendo las instrucciones y amenazas del partido que lo auspició, cumplió su responsabilidad con el país y con la historia”. En cambio en el Congreso una mayoría de diputados ya anunciaba sanciones contra dicho funcionario por no desconocer las decisiones del Congreso y no haber reenviado el texto de la convocatoria a la consulta popular a su consideración. Frente a ello, el Presidente de la República expresó su solidaridad al principal del TSE frente a las sanciones que anunciadas, considerando que la llamada mayoría parlamentaria estaba “aplastando no solo al Congreso, sino a la Patria entera”

7. La reacción del Congreso contra el Tribunal Supremo Electoral: remoción del Presidente del Tribunal Supremo Electoral

El mismo 2 de marzo, en el Congreso se pedía a su Presidente que convocara una sesión extraordinaria con el objetivo de, mediante resolución, destituir al presidente del Tribunal Supremo Electoral, por haber “traicionado la Constitución” al aprobar el estatuto reformado para integrar la Asamblea Constituyente, enviado por el Ejecutivo para viabilizar la consulta popular.

Ello provocó la inmediata reacción del Tribunal Supremo Electoral, donde entre otros factores se consideró la entrada en vigencia, el mismo día 1° de marzo de la nueva Ley de Elecciones que impediría la remoción sugerida dado el carácter de autoridades máximas de lo electoral que tenían. Además, el presidente del Tribunal Supremo Electoral anunciaba que “nada ni nadie” podía interrumpir el período electoral, considerando los cargos de los miembros del Tribunal como intocables, una vez que entró en vigencia la Ley de Elecciones. Otros miembros del Tribunal advirtieron que quien se opusiera al proceso electoral sería sancionado con “la destitución del cargo y el levantamiento de sus derechos políticos.”

En todo caso, el Congreso resolvió el 6 de marzo de 2007 con el voto de 52 de los 73 legisladores declarar la pérdida de calidad de representante de Presidente del Tribunal, como lo declararon varios legisladores, “por haber incumplido con los mandatos constitucionales y políticos asignados”, considerándose que el Estatuto Electoral modificado debió ser remitido al Parlamento para su análisis, es decir, que debió haberse sometido nuevamente a consideración del Congreso, “para asegurar la legitimidad, legalidad y constitucionalidad del proceso electoral”. Es decir, el Congreso decidió reemplazar al Presidente del Tribunal Supremo Electoral por haber dicho que el organismo ha convocado una consulta popular “sin que el Parlamento conozca el texto del estatuto de la Asamblea Constituyente enviado por el Ejecutivo a esa corte”. Uno de los legisladores declaró que “al aceptar la calificación de urgente de la consulta sobre la base del artículo 283 de la Constitución, el régimen reconoció la potestad del Congreso para resolver el tema, por lo que al cambiar el estatuto tenía que poner nuevamente en consideración de los diputados.”

El 7 de marzo, además, el Congreso aprobó iniciar un juicio político en contra de los cuatro vocales que aprobaron la convocatoria de la Consulta Popular, designando además el reemplazo del Presidente.

8. La demanda e inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular presentada por el Congreso ante el Tribunal Constitucional

El Congreso, el 2 de marzo, había aprobado con el voto de 58 legisladores de 71 presentes, demandar ante el Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad de la convocatoria de Consulta Popular realizada ayer por el Tribunal Supremo Electoral. Se consideró que el procedimiento desarrollado por el Tribunal Supremo Electoral, “no siguió el procedimiento correcto” señalando que el Gobierno debió haber enviado el estatuto al Congreso para su calificación previa, ya que no se trata de una codificación, ya que el decreto tuvo varias modificaciones, lo que implicaba que se trataba de un nuevo documento.

La demanda de inconstitucionalidad se presentó ante el Tribunal Constitucional el 9 de marzo, con expresa solicitud de celeridad, expresando el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que se trataba de un “primer paso para frenar una dictadura”, con el argumento, entre otros, de que para convocar a la consulta se había invocado equivocadamente el artículo 104 de la Constitución y se había violado el artículo 283, para “consagrar un proyecto totalitarista”.

Sobre la demanda de inconstitucionalidad que preparaba el Congreso, el Presidente de la República el 6 de marzo ya declaraba que la misma no cabía, y que la misma sería una obstrucción a un proceso electoral en marcha, y obstruirlo “sería una descarada intromisión de un poder del Estado en otro poder en principio independiente”, advirtiendo que ello no se permitiría “decida lo que decida la mayoría anti patriota, anti histórica, anti ciudadana corrupta,” y anunciado que el Gobierno garantizaba “el funcionamiento de este Tribunal Supremo Electoral y la ejecución de la consulta popular.” El 9 de marzo, el Presidente del Tribunal Constitucional, rechazaba las declaraciones del Presidente de la República de que no acatará los fallos de esa institución y adujo ese criterio al carácter “jovial, impulsivo y extrovertido” del Primer Mandatario esperando “que se trate de una broma, caso contrario dijo que sería mejor cerrar las puertas de todo lo que no sea Presidencia de la República”.

Por su parte, antes de que el Congreso adoptara su decisión de demandar, en el Tribunal Supremo Electoral se amenazaba con su destitución “si llegara a firmar el trámite de la demanda para impedir la consulta popular”; y el 6 de marzo, el presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba que un eventual pronunciamiento de inconstitucionalidad a la consulta popular, planteada por el Congreso Nacional al Tribunal Constitucional, “no puede obstaculizar un referéndum ya convocado, puesto que su decisión no tendría un carácter retroactivo.” Agregaba además, amenazando al Tribunal Constitucional, que “en estos momentos del periodo electoral nada ni nadie puede detener el proceso”, y otro miembro del organismo señalaba que “un fallo en contra de la consulta sería ilegítimo,” agregando que “si los vocales del Tribunal Constitucional pretenden tramitar incluso esa demanda, y peor

aún resolverla, también están atentando en contra del proceso electoral y serán juzgados.”

Las amenazas contra el Tribunal Constitucional siguieron, y el 13 de marzo el Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que los vocales de la Comisión de Admisibilidad del Tribunal Constitucional serían sancionados por haber dado acogida y acceder a tramitar la demanda presentada por el Congreso Nacional para evitar la realización de la consulta popular el 15 de abril. Además, uno de los integrantes del Tribunal Supremo Electoral consideró que los vocales del Tribunal Constitucional debían “inadmitir cualquier demanda en contra del Tribunal, el artículo 155 así lo establece porque se trataría de una interferencia más al proceso electoral que está en marcha.”

9. La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso: la remoción de 57 congresistas

La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso no se hizo esperar, y para el 7 de marzo comenzaba a analizar los efectos jurídicos de la resolución adoptada por el Congreso Nacional en la que se da por destituido al Presidente del Tribunal, sin descartar abrir expedientes para todos los 52 congresistas que votaron a favor de la destitución del Presidente Acosta: “y quienes votaron por la demanda, y esta primera interferencia a la consulta”. El 8 de marzo el Tribunal Supremo Electoral tomó una resolución solicitando a la Corte Suprema de Justicia que, en aplicación del artículo 143 de la Ley Orgánica de Elecciones, iniciase acciones legales en contra de los 52 de los 73 diputados presentes en la sesión que ayer desarrolló el Congreso Nacional. Se informó en la prensa que “las razones que argumenta el Tribunal Supremo Electoral para la destitución de los legisladores se deben básicamente a que presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra de la consulta popular y también por la destitución del presidente del Tribunal”. Además, el Presidente del Tribunal manifestaba que: “La figura de sustitución no está prevista en la Constitución Política del Estado, en consecuencia este Tribunal Supremo Electoral ha procedido a destituir de sus cargos o dignidades de diputados y suspender los derechos políticos por un año a todos los diputados que votaron por la sustitución y en contra de la consulta, además de aquellos diputados que presentaron la demanda de inconstitucionalidad en contra de este Tribunal”.

Causa sorpresa, en medio de la polémica y el conflicto, sin embargo, que se sancione a alguien por ejercer un derecho constitucional como es el derecho a la supremacía constitucional mediante la interposición de una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como el 9 de marzo lo indicaba el Presidente del Congreso, en el sentido de que enviar la demanda de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, “estuvo de acuerdo a lo que manda la ley”, agregando que “hemos procedido como manda la Constitución, hemos presentado la demanda de Inconstitucionalidad al Tribunal res-

pectivo para que se pronuncie sobre el tema y mientras el Tribunal no lo haga, yo no voy a dar ninguna opinión al respecto.”

En todo caso, la sanción se pronunció y ya el 9 de marzo, el Presidente del Congreso Nacional, recibía la notificación de parte del Tribunal Supremo Electoral, para que procediera a la destitución de los 57 diputados que votaron a favor de la sustitución del Presidente del Tribunal Supremo Electoral. El 8 de marzo, el Gobierno anunciaba que haría respetar y cumplir la resolución constitucional del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a los 57 diputados que se oponen a la consulta popular.

Frente a esta decisión, adoptada conforme a la Ley de Elecciones, también llama la atención, desde el punto de vista constitucional, la figura que contiene en cuanto a la destitución aplicada a representantes populares electos. En efecto, el artículo 155, a de la Ley Electoral, parece más bien destinado a sancionar a las autoridades, funcionarios o empleados públicos, fundamentalmente de la rama ejecutiva, que interfirieran en el funcionamiento de los organismos electorales, pero resulta extraña su aplicación a representantes electos, por actos adoptados en ejercicio de sus funciones. En una democracia representativa, los representantes electos por el pueblo en principio solo pueden perder su investidura cuando el mismo pueblo les revoca el mandato, tal y como expresamente está regulado en la Constitución de Ecuador.

En todo caso, el Presidente del Congreso solicitó al Tribunal Constitucional que dirimiera la constitucionalidad de las actuaciones del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a 57 legisladores, lo cual no fue admitido por el Tribunal según decisión del 13 de marzo. La razón para ello habría sido que el pedido fue presentado por el Presidente del Congreso, sin ponerlo a consideración de los diputados, por lo que en el caso se carecía de resolución del Congreso Nacional en el que se hubiera autorizado al Presidente a presentar la demanda de “dirimencia de competencia.”

La destitución de los congresistas, que conformaban en número una mayoría del parlamento, por supuesto paralizó al órgano legislativo,

10. La reacción de los congresistas: las acciones de amparo intentadas contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral

La destitución de los congresistas, que conformaban en número una mayoría del parlamento, por supuesto paralizó al órgano legislativo. En varias ocasiones como se reseñó en la prensa el 13 de marzo, intentaron penetrar al edificio donde funcionaba el Congreso y ello les fue impedido por la policía.

El Presidente del Congreso, a pesar de la destitución resolvió tomar lista a los diputados destituidos, por no haber recibido correctamente la resolución del Tribunal Supremo Electoral, indicando que no podía posesionar a los diputados alternos porque no tenía la información oficial

de dicha nómina que debía entregar el Tribunal Supremo Electoral.

El 15 de marzo, ante la imposibilidad de que el Congreso sesionara, el Presidente de la República advertía que no excluía la posibilidad, “por las funciones que la Constitución otorga al Presidente, de que sea el Presidente quien convoque a un congreso extraordinario para que se principalicen los suplentes y siga funcionando el Congreso”. Ello fue rechazado por el Presidente del Congreso, indicando que en esa materia la Constitución era muy clara pues el Presidente solo podía convocar a un Congreso extraordinario cuando el Congreso Nacional se encuentre en receso.

Posteriormente, el 20 de marzo, se informó que el Presidente del Congreso, amparado por una resolución de la Corte Suprema de Justicia procedió a posesionar a 21 legisladores alternos de aquellos que habían sido destituidos, con lo que el congreso tuvo una sesión después de casi dos semanas de paralización.

El 15 de marzo, igualmente, congresistas destituidos intentaron diversos recursos de amparo contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral. En esa misma fecha, dos jueces de poblaciones costeras admitieron las acciones y en las inmediaciones de la sede de uno de esos tribunales, se sucedieron manifestaciones públicas violentas.

El Presidente del Tribunal Supremo Electoral de nuevo reaccionó indicando que no eran “admisibles interferencias de ninguna especie”, sin descartar la destitución de esos funcionarios judiciales. Por su parte, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, explicó que los jueces eran competentes para conocer y resolver recursos de amparo en cualquier lugar del país, y que ante un pedido del Tribunal Supremo Electoral de que revisase la actuación de los magistrados, no interferiría en las decisiones de los jueces.

El 14 de marzo, el pleno del Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que trataría el punto de la destitución de los jueces 14 y 22 de lo Civil de Manabí, quienes habían acogido los trámites de recurso de amparo en contra de la realización de la consulta popular y la destitución de 57 diputados, amenazando en el sentido de que “los jueces que acojan demandas contra sus resoluciones serán sancionados,” agregando que “no se puede ir en contra de las decisiones del Tribunal Supremo Electoral, no se puede suspender los efectos de las convocatorias y de las sanciones impuestas por el Tribunal.” En los casos concretos, la prensa informaba que “los abogados del Tribunal Supremo Electoral que acudieron a las diligencias en Manabí manifestaron que los jueces difícilmente acogerán los recursos porque ya se han abierto los expedientes en su contra y corren el riesgo de ser destituidos.”

De nuevo llama la atención, desde el punto de vista constitucional, que se pueda considerar que el legítimo y constitucional ejercicio de la función judicial de protección de los derechos constitucionales, se pueda considerar como una conducta ilegítima sancionable con destitución por el Tribunal Supremo Electoral. El poder judicial es independiente y autónomo, y lesiona dicha autonomía la posibilidad de que los jueces que dicten sentencias en las materias de su competencia puedan ser destituidos por ello. De nuevo, el sentido lógico de las previsiones de la

ley Electoral sobre interferencia de las elecciones no se puede aplicar a los jueces que ejercen sus competencias legales y constitucionales.

Pero el 16 de marzo, las amenazas del Presidente del Tribunal Supremo Electoral ya eran directas, declarando que “sancionará a aquellos jueces que acojan demandas contra el proceso electoral en marcha o contra cualquier decisión que adopte el organismo. No se puede ir en contra del Tribunal Supremo Electoral, no se pueden suspender los efectos... de las sanciones impuestas por el Tribunal”.

Sin embargo, uno de los jueces que había admitido acciones de amparo, el juez de Guayas, lo declaró con lugar, ordenando la restitución en sus cargos a los 57 congresistas que habían sido destituidos por el Tribunal Superior Electoral, y el 17 de marzo, la Juez Cuarta penal de Guayas, negó la solicitud de ampliación y nulidad formulada contra dicha decisión por el Presidente del Tribunal Supremo Electoral. Para el 2 de abril, otros jueces de Pichincha y de Azuay habrían desechado recursos de amparos sobre el mismo caso de los diputados destituidos. Por otra parte, el 22 de marzo del 2007, un diputado jefe de uno de los bloque legislativo del Congreso, por otra parte, acudió al Tribunal Constitucional solicitando que se decidiera el archivo de las dos acciones de amparo que se han planteado en un juzgado de Pichincha y en otro de Manabí.

El 30 de marzo, sin embargo, el Presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba públicamente que el Tribunal desconocía la sentencia del fallo del juez 25 del juzgado del Guayas, indicando que el mismo no tenía vigencia; y el 5 de abril de 2007, el Consejo Nacional de la Judicatura hizo efectiva la resolución del Tribunal Supremo Electoral, quien destituyó al juez decimoquinto de lo penal del Guayas, por aceptar un recurso de amparo constitucional a favor de los diputados destituidos.

El 2 de abril de 2007, el Tribunal Supremo Electoral ratificó la resolución que había adoptado el 7 marzo mediante la cual destituyó de su cargo a 57 legisladores, anunciando además, que el fallo del juez suplente decimoquinto de lo penal del Guayas, a favor de los congresistas destituidos, era ilegal e inconstitucional, y que por eso no se debía permitir el ingreso de los diputados a la sede del Congreso, cuyas sesiones, en todo caso fueron suspendidas el 3 de abril, y el Presidente del Congreso clamaba en la prensa porque el Tribunal Constitucional decidiera la cuestión; “Ni los unos ni los otros, el Tribunal Constitucional es el que tiene la última palabra y voy a acatar lo que diga el Tribunal Constitucional”.

11. La ausencia de decisión del Tribunal Constitucional y las cuestiones de interpretación constitucional que quedaron pendientes después de aprobada la convocatoria sometida a consulta popular

Conforme a la Ley de Control Constitucional del Ecuador, el Tribunal Constitucional es el “órgano supre-

mo del control constitucional” (artículo 3), y ante un conflicto constitucional como el que se evidencia del recuento de las vicisitudes jurídicas planteadas en tres meses, desde el 15 de enero al 15 de abril de 2007, tenía que haber decidido.

Llama la atención, sin embargo, que en ese período, antes de la votación de la consulta popular, el Tribunal Constitucional no haya decidido ninguna de las acciones intentadas en su sede, y ni siquiera por vía indirecta, haya decidido con motivo de la consulta obligatoria que debe realizar de las sentencias de amparo conforme al artículo 52 de la Ley de Control Constitucional.

Lo cierto de esta situación, a diferencia de lo que ocurrió en Venezuela, es que la consulta popular sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente se realizó sin que en Ecuador se hubiera, dilucidado judicialmente los aspectos centrales del debate constitucional que provocó el Decreto N° 2 del Presidente de la República.

Ahora bien, el 15 de abril de 2007, como se había programado por el Tribunal Supremo Electoral en Ecuador se efectuó la consulta popular sobre la convocatoria e instalación de una Asamblea Constituyente, habiendo resultado una votación por el SI de un 81,72 % de los votos emitidos, un porcentaje inédito en la historia de las consultas electorales en Ecuador. En la consulta votaron por el NO sólo un 12,43 % de los votantes, habiendo habido una abstención del 28,40 de los electores. Los votos nulos fueron un 5,07% y los blancos un 0,78 %.

De lo anterior resulta claramente, por tanto, que conforme a la pregunta formulada a los ecuatorianos, tal como resulta de su redacción, así como del sentido propio de las palabras utilizadas, es claro que se votó masivamente por la elección e instalación de una Asamblea Constituyente no solo para “elaborar una nueva Constitución”, sino para que, además, con “plenos poderes”, durante el período de su funcionamiento, para que “transforme el marco institucional del Estado”.

Ateniéndonos a la pregunta de la consulta popular, si sólo se tratara de una Asamblea para proponer la transformación institucional del Estado e incorporar la propuesta en la nueva Constitución que se elabore, la misma, tal como fue formulada y votada, resultaría redundante. Al contrario, la redacción utilizada en la pregunta apunta claramente a que la Asamblea Constituyente tendría dos misiones diferenciadas: primero, transformar el marco institucional del Estado; y segundo, elaborar una nueva Constitución; y lo primero no es otra cosa que una Asamblea Constituyente con plenos poderes (poder constituyente originario en la terminología venezolana) para, durante el período de su funcionamiento, transformar los Poderes constituidos (que son los que conforman el marco institucional del Estado). Los límites que en este sentido resultaban de la propuesta que formuló el Congreso, fueron ignorados por el Presidente de la República y por el Tribunal Supremo Electoral.

Ello podría significar que aprobada como fue la pregunta en la consulta popular, la Asamblea a ser electa podría pretender asumir plenos poderes para intervenir todos los Poderes Públicos constituidos, es decir, remover o limitar al Presidente de la República interviniendo en el

gobierno (lo cual luce improbable en este caso); disolver el Congreso, incluso asumiendo la función legislativa; intervenir los poderes provinciales y cantonales; remover y sustituir los Magistrados de la Corte Suprema del Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y del Tribunal Constitucional, y al Contralor General del Estado y, en general, intervenir el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Sin embargo, debe advertirse que junto con la aprobación de la pregunta formulada en la consulta popular, el voto mayoritario también aprobó el Estatuto de la Asamblea Constituyente, y en el artículo 1º, del mismo, al repetirse básicamente el contenido de la pregunta, se agregó expresamente que no sólo el texto de la Constitución debe ser posteriormente aprobado mediante referendo aprobatorio, oportunidad en la cual entrará en vigencia, sino que la transformación institucional del Estado que disponga la Asamblea, también “sólo entrará en vigencia con la aprobación mediante referendo de la nueva Constitución”.

Este agregado al artículo 1º del Estatuto de la Asamblea, propuesto por el Congreso y acogido en el Decreto N.º 148 del Presidente de la República, sin duda plantea un tema de debate constitucional que queda pendiente de ser dilucidado, y que debería ser resuelto antes de que la Asamblea se elija, de nuevo, por supuesto, por el Tribunal Constitucional, y que resulta de la confrontación del párrafo final de dicho artículo 1 del Estatuto con el texto de la pregunta formulada en la consulta popular.

El agregado del artículo 1º puede considerarse que le quita poder a la Asamblea Constituyente para tomar decisión alguna que implique transformar el marco institucional del Estado con aplicación inmediata durante su funcionamiento, ya que las decisiones que pueda adoptar en este sentido sólo podrán entrar en vigencia una vez aprobada la nueva Constitución mediante referendo aprobatorio. En consecuencia, los poderes constituidos no podrían ser intervenidos por la Asamblea, ni desconocidos en forma alguna.

Pero además, en el texto del artículo 1º del Estatuto de la Asamblea Constituyente, se estableció otro límite esencial a la Asamblea, cuyo alcance también debe ser dilucidado constitucionalmente, y es que la Asamblea “respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas”. Esto significa, no sólo que la Asamblea está obligada a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que ello debe hacerlo profundizando en su contenido social y progresivo, y esto último no es otra cosa que el principio de la progresividad, que apunta a que lo que proponga la Asamblea en ningún caso pueda consistir en desmejorar el régimen actual de los derechos humanos.

Por otra parte, este límite a la Asamblea, implicaría que la misma, al tener que respetar los derechos fundamentales de los ecuatorianos, tendría que respetar por ejemplo, los derechos políticos de los ciudadanos, como el derecho pasivo al sufragio, de manera que tendría que respetar el derecho de aquellos representantes populares electos, que están en ejercicio de sus cargos, a ejercer sus funciones durante el período para los cuales fueron elec-

tos. Esto significaría que la transformación institucional del Estado, incluso entrando en vigencia al aprobarse la nueva Constitución, no podría afectar esos derechos.

Este, sin duda, es otro tema constitucional de primer orden que tendría que dilucidarse.

II. ASPECTOS MEDULARES DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE VENEZUELA DE 1999

Situaciones similares se presentaron en Venezuela mediante la convocatoria y elección, en 1999, de una Asamblea Nacional Constituyente, que dio como resultado la sanción de una nueva Constitución, que fue la número 26 en la historia constitucional del país desde 1811.

1. La crisis del sistema de partidos y la necesidad de recomponer el sistema político

Por supuesto, no era la primera vez que en la historia de Venezuela se producía un proceso de esta naturaleza. Sin embargo, en contraste con todos los constituyentes históricos anteriores, el proceso de 1999 sí tuvo una peculiaridad, la misma que tuvo el proceso constituyente colombiano de 1991 y la que hasta ahora tiene el proceso constituyente ecuatoriano de 2007, y es que no fue producto de la ruptura fáctica del hilo constitucional como consecuencia de una revolución, una guerra o un golpe de Estado, sino que fue un proceso que se desarrolló en democracia, aún cuando en medio de la más severa crisis política del funcionamiento del régimen democrático que se había instituido desde 1958. El golpe de Estado, en realidad, lo dio la propia Asamblea Nacional Constituyente electa en julio de 1999, al asumir plenos poderes, es decir, poder constituyente originario contra lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, al irrumpir contra la Constitución vigente en ese momento, que era la de 1961 cuya interpretación judicial le había dado origen.

Quien escribe tuvo el privilegio de haber sido electo miembro por la circunscripción nacional de la Asamblea Nacional Constituyente, formando parte del grupo de oposición al proyecto del Presidente Chávez, integrado por solo cuatro constituyentes de los 141 que conformaron la Asamblea. Conocí, por tanto, el proceso desde el inicio y desde dentro, y ello me llevó a escribir un libro titulado *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela* editado en 2001 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y que acaba de ser reimpresso en Guayaquil por la editorial Goberna & Derecho. Ese libro trata, precisamente del proceso constituyente venezolano de 1999 del cual, sin duda, resulta una lección que es necesario conocer a los efectos de que en procesos similares no se repitan sus vicios, o si se repiten, se tenga conciencia de ellos; en particular, los que significaron la utilización

fraudulenta de la Constitución y de la propia democracia, para establecer un sistema basado en la violación de la primera, y en la demolición de la segunda. Y todo ello, utilizando las expectativas y exigencias reales y legítimas de cambio que en un momento histórico determinado había, y que exigía un proceso de recomposición política del Estado como consecuencia de la crisis del sistema político de Estado de partidos y la descomposición que habían sufrido los mismos.

En efecto, en medio de la crisis terminal del sistema político de democracia centralizada de partidos que venía funcionando en Venezuela desde 1958, el proceso constituyente de 1999 no podría ni debía tener otra motivación distinta que no fuera la necesidad de recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad. Ello requería de un pacto político de todos los componentes de la sociedad que asegurara la participación de todos los sectores, para diseñar el funcionamiento de la democracia y la reforma del Estado. Para ello era que debía elegirse la Asamblea Constituyente.

Por eso, precisamente, en la convocatoria del referéndum consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente decretada por el Presidente de la República el 2 de febrero de 1999, se preguntaba al pueblo su opinión sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente: "con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa". Esa fue la razón de ser del proceso constituyente venezolano en 1999 y salvo por posiciones circunstanciales de carácter político, era difícil que alguien en el país no estuviera de acuerdo con esos propósitos: transformar el Estado, por una parte, y por la otra, poner en funcionamiento efectivo la democracia para hacerla social y participativa. Como en Ecuador, en 2007, es difícil que alguien no esté de acuerdo con la necesidad de transformar el marco institucional del Estado.

En todo caso, se trataba de un intento de utilizar un instrumento político de conciliación, necesario para recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad, para lo cual era necesario asegurar la participación de todos los sectores de la sociedad, lo que sin embargo, no se logró. Al contrario, por esa falta de participación, el resultado fue que la Constituyente de 1999 acentuó las diferencias fundamentales entre los sectores políticos, y profundizó la fraccionización del país. Por tanto, lejos de haber constituido un mecanismo para promover el diálogo y consolidar la paz, permitiendo la competitividad y convivencia, sirvió para acentuar las diferencias y agravar la crisis política.

2. Las exigencias democráticas del proceso constituyente y su fracaso

Pero además, ocho años después de realizado aquél proceso constituyente, la conclusión es que tampoco se lograron los propósitos que lo motivaron, pues a pesar de todo el verbalismo y la dispendiosa disposición de los in-

gentes recursos suministrados por la súbita riqueza petrolera, no hubo efectiva reforma del Estado para asegurar la democracia social y participativa. El proceso constituyente, en ese sentido y desde el punto de vista democrático, fue un fracaso⁵, y si bien se han realizado cambios políticos de gran importancia, los mismos lo que han provocado ha sido la acentuación de los elementos de crisis de la democracia, concentrando el poder y centralizando más el país, limitando además la representatividad, y todo ello con un cambio de los actores políticos, por el asalto del poder que se efectuó por nuevos líderes que han contribuido a acentuar las diferencias entre los venezolanos y extremar la polarización política, haciendo cada vez más difícil la conciliación.

El proceso constituyente de 1999, por otra parte, y en este aspecto no fue un fracaso, sirvió para permitir el apoderamiento de la totalidad del poder por un grupo que ha aplastado a todos los otros, abriendo heridas y rivalidades sociales y políticas que no se habían presenciado en décadas, acentuando los conflictos sociales y políticos del país, imponiendo un modelo de Estado y de sistema político socialista que no ha sido votado por el pueblo. Desde el punto de vista autoritario, por tanto, fue un proceso exitoso.

La crisis de la democracia representativa de partidos en realidad lo que planteaba en Venezuela era la necesidad de un cambio que transformara la democracia, sin dejar de ser representativa, en una democracia más participativa, en la cual el ciudadano encontrara instrumentos cotidianos para participar en los asuntos locales. Ese debió haber sido uno de los objetivos del proceso constituyente de 1999, para lo cual se debió efectuar la descentralización efectiva de la Federación, para sustituir la Federación centralizada tradicional por una Federación descentralizada.

La democracia, en definitiva, es una consecuencia y a la vez, un motivo de la descentralización política, como instrumento de articulación de poderes intermedios en el territorio, que permitan la actuación nacional más cerca de las comunidades y regiones. No ha habido ni existen autocracias descentralizadas, siendo la descentralización del poder sólo posible en democracias; por lo que la descentralización política es un asunto de las democracias. Es una consecuencia de la democratización y, a la vez, es una condición para su sobrevivencia y perfeccionamiento. La convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 debía haber tenido por objeto hacer realidad la descentralización del poder para consolidar la democracia, lo cual al contrario se abandonó.

El equilibrio, balance y contrapeso entre todos esos poderes del Estado, por otra parte, había sido una de las exigencias de reforma en Venezuela desde finales de la década de los noventa. Lograrlo, sin duda, también debió haber sido un objetivo del proceso constituyente de 1999, en particular, en cuanto al sistema de gobierno, es decir, a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. La crisis del sistema en realidad y paradójicamente, no estaba en el propio presidencialismo, sino en el excesivo parlamentarismo partidista, particularmente por el con-

trol férreo del poder que existía por parte de los partidos políticos.

En particular, en cuanto a la designación por el Congreso de los titulares de los órganos de los poderes públicos no electos (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y los titulares del Consejo de la Judicatura, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y los miembros del Consejo Supremo Electoral), se habían formulado graves críticas por el excesivo partidismo evidenciado en dichas designaciones, sin participación alguna posible de otras organizaciones sociales intermedias. Las exigencias de reforma, en todo caso, apuntaban a asegurar un mayor balance, contrapeso e independencia entre los poderes, y a la despartidización de su conformación.

La convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 1999, en consecuencia, constituía una necesidad política en Venezuela para introducir las reformas necesarias para recomponer y abrir la democracia y, en consecuencia, permitir la efectiva participación en el proceso político de todos aquellos sectores que habían sido excluidos de la práctica democrática por el monopolio de la representatividad y participación política que habían asumido los partidos políticos tradicionales.

Se trataba, en definitiva, de una propuesta para incluir y conciliar a todos los sectores políticos más allá de los partidos políticos tradicionales, en el rediseño del sistema democrático, el cual tenía que reafirmar, más allá de las solas elecciones, sus elementos esenciales, como los precisó desde 2001 la Carta Democrática Interamericana.

3. La propuesta constituyente en 1999 y sus escollos constitucionales

Fue en medio de la crisis política venezolana producto del deterioro manifiesto del liderazgo partidista y del derrumbamiento de los otrora poderosos partidos, lo que condujo a un vacío de liderazgo político, en un país que había estado habituado a su conducción exclusivamente partidista, por lo que en 1998, el ex Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, entonces como candidato presidencial, enarbó la bandera de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

Lamentablemente, esa iniciativa no sólo no le fue disputada por los partidos políticos tradicionales, sino que, inclusive, fue ignorada y rechazada por los mismos. Incluso, el planteamiento de que fuera el propio Congreso electo en diciembre de 1998 el que pudiera asumir la conducción del proceso constituyente, fue totalmente ignorado por los propios partidos. Sin duda, no tenían conciencia de la magnitud de la crisis. En consecuencia, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente se convirtió en un proyecto político exclusivo del entonces candidato presidencial Hugo Chávez Frías, y luego, como Presidente electo.

Su ejecución, sin embargo, como en el Ecuador, presentaba un escollo constitucional que lucía insalvable: la institución de una Asamblea Nacional Constituyente co-

mo mecanismo de revisión constitucional, no estaba prevista ni regulada en el propio texto de la Constitución de 1961, la cual establecía expresamente sólo dos mecanismos para su revisión: la enmienda y la reforma general. Por ello, después de la elección del Presidente Chávez, el debate político no fue realmente sobre si se convocaba o no la Asamblea Constituyente, sino sobre la forma de hacerlo: o se reformaba previamente la Constitución, para regularla y luego elegirla, o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, apelando a la soberanía popular. Se trataba, en definitiva de un conflicto entre supremacía constitucional y soberanía popular que había que resolver⁶. Sin embargo, antes de que se resolviera el conflicto por la Corte Suprema de Justicia⁷, el Presidente electo optó por la segunda vía, como sucedió en enero de 2007 en Ecuador, manifestando públicamente su decisión de convocar la Asamblea Constituyente apenas asumiera la Presidencia de la República, el 2 de febrero de 1999, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961 para regularla.

El Presidente electo, además, apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, ejerció públicamente presiones indebidas ante la Corte Suprema de Justicia, la cual conocía, precisamente, de sendos recursos de interpretación que habían sido intentados para que resolviera, justamente, sobre si era necesario o no reformar la Constitución para regular la Asamblea Constituyente para poder ser convocada. El resultado de la presión política que se originó, fue la emisión de una sentencia por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999, casi dos semanas antes de la toma de posesión de su cargo por el Presidente de la República, en la cual si bien no resolvió expresamente lo que se le había solicitado interpretar, glosó ampliamente en forma teórica la doctrina constitucional sobre el poder constituyente⁸. Ello dio pie para que el Presidente de la República, sin autorización constitucional alguna, en lo que fue su primer acto de gobierno dictado al tomar posesión de su cargo, el 2 de febrero de 1999, emitiera un Decreto convocando un "referendo consultivo" en el cual pretendía que el pueblo no sólo lo autorizara a convocar la Asamblea Constituyente sino que lo autorizara a él mismo y sólo él, para definir la composición, el régimen, la duración y la misión de la Asamblea. Se pretendía, así, que se produjera una especie de referendo ciego sobre una Asamblea Constituyente que nadie sabía cómo se iba a elegir, quién la conformaría, cuáles eran sus poderes, cuál era su misión o su duración. En Ecuador, desde el inicio, sin embargo, se siguió un camino distinto al formularse el texto del Estatuto en el mismo Decreto presidencial.

El Decreto del Presidente Chávez obviamente, fue impugnado por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia⁹, la cual, después de varias y sucesivas decisiones, declaró la inconstitucionalidad de la forma como el Presidente pretendía la convocatoria al referéndum sobre la Asamblea Constituyente al anular la convocatoria hecha por el Consejo Supremo Electoral, y en particular en sentencia de 18 de marzo de 1999, exigió que *también se sometiera a consulta popular el propio estatuto de la Asamblea Constituyente* (sistema de elec-

ción, número de miembros, misión, régimen y duración), para que el pueblo, se pronunciara sobre ello, tal como ahora lo ha hecho en el Ecuador el Presidente Correa.

La Corte Suprema precisó, además, en otra sentencia de 13 de abril de 1999, que una Asamblea Constituyente electa en el marco del Estado de derecho regulado en la Constitución de 1961, *no podía tener los poderes de una Asamblea Constituyente originaria*, es decir, no podía tener “plenos poderes” en la terminología ecuatoriana, como los que pretendía el Presidente Chávez en su proyecto. Las bases que el Presidente propuso sobre el Estatuto de la Asamblea Constituyente, habían sido cuestionadas judicialmente, y como consecuencia de ello, la Corte Suprema eliminó la indicación de que la Asamblea Constituyente podía tener plenos poderes, es decir, poder constituyente de carácter originario. Pero incluso con esta corrección, el Estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente no se diseñó como producto de un acuerdo o negociación política entre todos los sectores interesados. En realidad fue impuesto unilateralmente por el Presidente de la República, en su convocatoria al referéndum consultivo.

4. El referendo consultivo de abril de 1999 y la elección de la Asamblea Constituyente

El 25 de abril de 1999, en todo caso, se efectuó la votación del referéndum consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, entre cuyas bases establecidas unilateralmente por el Presidente, se reguló el sistema para la elección de 104 constituyentes en 24 circunscripciones regionales correspondientes a las entidades políticas del territorio (Estados y Distrito Federal) (en Ecuador son 100), de 24 constituyentes en la circunscripción nacional (igual que en Ecuador), y de 3 constituyentes en representación de los pueblos indígenas, que en Venezuela (contrariamente a Ecuador) son muy exigüos desde el punto de vista de la población y presencia en la dinámica social. El sistema electoral que se estableció, por tanto, tampoco fue producto de algún acuerdo político entre los diversos sectores del país. Lo definió sólo el Presidente de la República, como un sistema de carácter nominal mediante postulación individual de cada candidato, y una elección personificada.

Este sistema electoral, aparentemente nominal y personalizado, se convirtió en el más diabólico mecanismo de control de la Asamblea Nacional Constituyente por parte del Presidente de la República y sus seguidores. El Presidente, personalmente, hizo campaña electoral en todo el país, y propuso su propia lista en cada región, con los candidatos a elegir, en una multimillonaria campaña electoral financiada, incluso, por algún banco extranjero.¹⁰ Efectuada la votación el 25 de julio de 1999, en la cual se produjo una abstención del 53%, el resultado fue que el Presidente de la República logró la elección de todos los candidatos regionales, menos dos, es decir, un total de 102 de los 104 que correspondían; y de sus 20 can-

didatos nacionales de los 24 electos, que conformaban sus listas. Por tanto, sólo llegaron a ser electos sin el respaldo del Presidente Chávez y más bien adversándolo, 4 constituyentes nacionales entre los cuales se me encontraba. Los tres representantes indígenas fueron electos de acuerdo con “las costumbres ancestrales” respectivas, y los mismos resultaron adeptos al partido de gobierno.

El sistema electoral establecido por el Presidente de la República en la convocatoria al referendo, por tanto, fue el menos indicado para conformar una Asamblea Constituyente pluralista que incluyera a todos los grupos y actores políticos. Lejos de contribuir al pluralismo y a la representación plural, el sistema electoral impuesto por el Presidente de la República en su convocatoria, condujo a la instalación de una Asamblea Constituyente exclusivista, en la cual quedaron excluidos de representación todos los partidos políticos tradicionales, quedando dominada por el partido de gobierno y por los seguidores del Presidente.

Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza, por supuesto, impidió toda posibilidad de convertirse en un instrumento válido de diálogo, conciliación política y negociación. Fue, en realidad, un instrumento político de imposición por un grupo que la dominaba, al resto de la sociedad, de sus propias ideas, con exclusión total respecto de los otros grupos. Por ello, la Asamblea Constituyente que se eligió en julio de 1999 y se instaló el 3 de agosto de 1999, fue un instrumento para lograr el control total del poder por los que conformaban la mayoría y que habían sido electos constituyentes gracias al apoyo y a la campaña del propio Presidente de la República. En la Asamblea, dichos constituyentes estuvieron a su servicio y al diseño de cuantos mecanismos sirvieran para el control del poder por parte de los nuevos actores políticos que habían aparecido en escena de la mano del Presidente Chávez, en medio del más terrible deterioro de los partidos políticos tradicionales, que materialmente desaparecieron de la escena política durante el proceso constituyente.

5. El golpe de Estado constituyente

Es de destacar que para el momento en el cual la Asamblea se eligió en julio de 1999, en paralelo estaban funcionando en el país los poderes públicos constituidos, los cuales habían sido electos en noviembre de 1998, con misiones distintas. La Asamblea Constituyente había sido electa, conforme al referendo de abril de 1999, para diseñar la reforma del Estado y establecer un nuevo ordenamiento para hacer efectiva la democracia social y participativa, todo lo cual debía elaborar y someter a la aprobación popular por un referendo final. La Asamblea Constituyente no había sido electa para gobernar ni para sustituir ni intervenir los poderes constituidos. No tenía carácter de poder constituyente originario, como expresamente lo había resuelto la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en su primera decisión, que fue la aprobación de su Estatuto de Funcionamiento, la Asamblea Constituyente, se auto-proclamó como “poder constitu-

yente originario”, auto-atribuyéndose la facultad de “limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público” y estableciendo que “todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita la Asamblea”.

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente se auto proclamó como un súper-poder estatal, contrariando lo dispuesto en el estatuto de su elección contenido en las bases aprobadas en el referendo de abril de 1999 y violando la Constitución de 1961, al amparo de la cual y de su interpretación judicial había sido electa; y en esa forma usurpó el poder público y violó la Constitución de 1961. En definitiva dio un golpe de Estado.

Y así, durante el primer período de su funcionamiento, entre agosto y septiembre de 1999, la Asamblea, lejos de conciliar y buscar conformar un nuevo pacto político de la sociedad, a lo que se dedicó fue a intervenir los poderes constituidos que habían sido electos en diciembre de 1998 y que estaban en funcionamiento conforme a la Constitución en ese entonces vigente de 1961. En esta forma, en agosto de 1999, la Asamblea decretó la reorganización de todos los poderes públicos; decretó la intervención del Poder Judicial creando una Comisión de Emergencia Judicial que lesionó la autonomía e independencia de los jueces, y que aunque con otro nombre en 2007 todavía perdura, habiendo demolido al Poder Judicial que llegó a estar integrado por un 95% de jueces provisorios o temporales, es decir, dependientes¹¹; decretó la regulación de las funciones del Poder Legislativo, eliminando tanto al Senado como a la Cámara de Diputados y a las Asambleas Legislativas. Además, intervino a los Concejos Municipales, suspendiendo, incluso, las elecciones municipales.¹²

Ese primer período de funcionamiento de la Asamblea, por tanto, fue un período de confrontación y conflictividad política entre los poderes públicos y los diversos sectores políticos del país. El proceso constituyente, en esta etapa inicial, no fue un vehículo para el diálogo y la consolidación de la paz ni un instrumento para evitar el conflicto, sino que al contrario, fue un mecanismo de confrontación, conflicto y aplastamiento de toda oposición o disidencia y de apoderamiento de todas las instancias del poder. El proceso constituyente, por tanto, antes de ser un instrumento para la reducción del conflicto, acentuó la confrontación y contribuyó al dominio exclusivo del poder por parte de un solo partido político, el de gobierno, que respondía a las instrucciones del Presidente de la República. En definitiva, el proceso constituyente se utilizó para acabar con la clase política que había dominado la escena en las décadas anteriores.

Una vez intervenidos los poderes públicos y en medio del conflicto político que ello ocasionó, la segunda etapa de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente (septiembre-octubre 1999) se destinó a la elaboración del texto de un proyecto para una nueva Constitución, proceso en el cual no siguió ningún proyecto que pudiera permitir la efectiva discusión pública y participación popular. La Asamblea Nacional Constituyente, in-

cluso, comenzó a elaborar el proyecto de nueva Constitución, desde el principio, colectivamente, sin que hubiera habido un proyecto inicial. Por tanto, en la elaboración de la nueva Constitución no se siguió la vía ortodoxa en procesos similares de haberse elaborado previamente un proyecto de Constitución por una Comisión constitucional pluralista, para luego ser discutida por una Asamblea plenaria.

6. La elaboración de la Constitución y la ausencia de participación ciudadana

En esa forma, luego de dos meses de funcionamiento, la Asamblea Nacional Constituyente comenzó el proceso de elaboración de un proyecto de Constitución mediante el método menos adecuado, que consistió en nombrar 20 comisiones que trataron los 20 temas esenciales de cualquier Constitución, y a ellas se encargó la elaboración en forma aislada de sus propuestas en cada tema. Eso se hizo durante el mes de septiembre de 1999, es decir, un período excesivamente corto, durante el cual cada Comisión actuó aisladamente, realizando escasas consultas y propiciando esporádicamente la participación en la elaboración de proyectos, de los grupos que consideraron apropiados.¹³ Para finales de septiembre de 1999, las 20 Comisiones sometieron a la Comisión Constitucional los 20 proyectos de articulado constitucional, los cuales en conjunto sumaban casi 800 artículos. La Comisión Constitucional de la Asamblea era la encargada de conformar el proyecto de Constitución; pero lamentablemente se le impuso un lapso de sólo 2 semanas para realizar la integración de todos aquellos textos redactados aisladamente, en un solo proyecto. La rapidez atropellada del proceso de elaboración de un anteproyecto de Constitución, dominado por un solo grupo que constituía mayoría abrumadora en todas las comisiones, por supuesto, impidió toda posibilidad de discusión pública del proyecto y de participación de la sociedad civil en la elaboración del texto que debía someterse a las discusiones de la Asamblea en plenaria. El texto que la Comisión Constitucional presentó el 18 de octubre ante la Asamblea, sobre todo por la premura impuesta, lamentablemente resultó ser muy deficiente, por constituir un agregado o catálogo de deseos, peticiones y buenas intenciones integrados en un texto excesivamente extenso.

De nuevo, la premura en tener listo el nuevo texto constitucional se impuso por presiones del gobierno, exigiéndose a la Asamblea Nacional Constituyente la tarea de discutir y aprobar el proyecto de Constitución en sólo un mes, lo que ocurrió entre el 19 de octubre y el 17 de noviembre de 2000. Es decir, en sólo 19 sesiones de primera discusión (20 de octubre a 9 noviembre) y de 3 sesiones de segunda discusión (12 al 14 de noviembre) lo que equivale a sólo 22 días de discusión, en Venezuela se aprobó el texto de una nueva Constitución.¹⁴

La manera inusualmente rápida con que se elaboró la Constitución, con una celeridad irracional exigida e

impuesta por el Presidente de la República, condujo a que fuera completamente imposible que se asegurara la posibilidad de participación pública en el proceso constituyente. A pesar de algunas buenas intenciones y una corta propaganda política, la verdad es que por lo reducido del tiempo, fue imposible toda participación política y pública efectiva en la elaboración del proyecto. Antes de la elaboración del proyecto, no hubo discusión pública, ni participación para la definición de las cuestiones constitucionales básicas que debían resolverse en la Asamblea (presidencialismo, bicameralismo, separación de poderes, descentralización, federalismo, municipalismo), ni sobre la misión básica de la misma. Tampoco hubo un programa de educación pública, para permitir la incorporación de propuestas de grupos de la sociedad civil y de organizaciones no gubernamentales. Estos no se incorporaron efectivamente al proceso constitucional, y sólo las organizaciones indigenistas tuvieron posibilidad de participar, por el hecho de contar directamente con 3 constituyentes indígenas.

El escaso tiempo que se impuso a la Asamblea para su trabajo, en todo caso, dispuso toda posibilidad real de participación. Quienes controlaron el proceso optaron más por un proceso rápido sin participación, que por un proceso participativo que era más lento. La participación popular en el proceso constituyente de 1999, en consecuencia, quedó realmente reducida a votaciones populares generales: en abril de 1999, en el referendo consultivo sobre las bases y misión de la Asamblea Constituyente; en julio de 1999, en la elección de los miembros de la Asamblea; y finalmente, en diciembre de 1999, en el referendo aprobatorio del proyecto de Constitución que se había divulgado durante sólo tres semanas previas. La Constitución fue aprobada el 15 de diciembre de 1999, en un referendo aprobatorio en el cual hubo una abstención del 55%.

El texto constitucional, en todo caso, no se configuró como un documento que como lo había precisado el referendo consultivo de abril de 1999, asegurara la transformación del Estado y del sistema democrático venezolano. Es decir, el texto aprobado no llegó a constituir la nueva visión de la sociedad democrática que se exigía, con la definición de los principios fundamentales que se requerían para la reorganización política del país en democracia y la redistribución y control del poder, de manera que se pudiera reemplazar el sistema de Estado centralizado de democracia de partidos por un Estado descentralizado de democracia participativa.¹⁵

En realidad, ningún gran debate se dió en la Asamblea Nacional Constituyente y menos aquellos que imponían el momento de crisis que vivía el país, como los relativos a la descentralización política y a la democracia participativa. Más democracia exigía más descentralización política, que es la única forma de lograr que fuera más representativa y más participativa. Para ello se debía construir un nuevo modelo de Estado descentralizado, con un nuevo sistema de distribución del poder y de democracia participativa, que no podía quedar reducida a referendos, y que eliminara el monopolio de la representatividad y de la participación que tenían los partidos. Lamentablemente

te nada de esto se logró, y lo que resultó fue un esquema de gobierno autoritario, presidencialista, centralizado, de concentración del poder, militarista, montado sobre un partido único intervencionista.

7. El proceso constituyente de 1999 como instrumento de asalto al poder

El proceso constituyente, por otra parte, lejos de conciliar políticamente al país, acentuó las diferencias fundamentales y condujo a un mayor fraccionamiento y polarización extrema, al servir de instrumento para que un grupo asumiera el control total del poder. Es decir, lejos de constituir un instrumento de conciliación e inclusión, fue un instrumento de exclusión y control hegemónico del poder. Para ello, el asalto y control hegemónico del poder por el grupo político que controlaba la Asamblea Nacional Constituyente y que respondía a la voluntad del Presidente de la República, no sólo se comenzó a realizar durante los primeros meses de funcionamiento de la Asamblea, violándose la Constitución vigente de 1961, sino al final, luego de aprobado popularmente el nuevo texto constitucional el 15 de diciembre de 1999, violándose esta vez, el nuevo texto aprobado.

Durante los 5 meses de funcionamiento que tuvo la Asamblea en la segunda mitad de 1999, puede decirse que todo el debate político del país, giró en torno a la misma. La Asamblea se había constituido en el centro del poder, el Presidente la calificaba de "soberanísima" y la Corte Suprema de Justicia, al decidir sendos recursos de inconstitucionalidad contra actos de la Asamblea Constituyente de intervención de los poderes públicos constituidos, incluso del propio Poder Judicial, en una sentencia del 14 de octubre de 1999, que fue su propia sentencia de muerte, la Corte Suprema le reconoció supuestos poderes "supraconstitucionales" a la Asamblea.

Se trataba, por tanto, del centro del poder más poderoso que había en el país, que escapaba a toda posibilidad efectiva de control judicial sobre sus actos y que actuaba como brazo político del Presidente de la República, para el asalto final al poder. Ello ocurrió una semana después de aprobada la Constitución por referendo popular, el 22 de diciembre de 1999, con la sanción, por la propia Asamblea Nacional Constituyente fuera de la Constitución, de un "Régimen Constitucional Transitorio" paralelo y que no fue sometido a referendo aprobatorio.¹⁶

Mediante ese Régimen Transitorio, que violaba la propia nueva Constitución, la Asamblea sólo ratificó al Presidente de la República, en cambio, removió a todos los otros órganos electos y no electos del Estado. Nombró directamente y sin someterse a los requisitos que la propia Constitución establecía, a los integrantes del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, a los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral y a los titulares de la Fiscalía General de la República, de la Contraloría General de la República y del Defensor del Pueblo. Todo el poder, por tanto, quedó en manos de la mayoría que controlaba la Asamblea y que respondía a los dictados de Presiden-

te. La Asamblea Nacional Constituyente, además, creó una Comisión Legislativa que ni siquiera estaba regulada en la Constitución, para que actuara como órgano legislativo en sustitución del Congreso que había sido electo un año antes y que había quedado definitivamente borrado, hasta que se eligiera la nueva Asamblea Nacional, para lo cual, la propia Asamblea Constituyente asumió funciones legislativas que no tenía, cambiando entre otras, la Ley Electoral.

Todas estas actuaciones inconstitucionales, por supuesto y lamentablemente, fueron avaladas y lavadas por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, cuyos Magistrados habían sido nombrados a la medida por la Asamblea Constituyente en el Régimen Transitorio para defender el poder. El Tribunal, así, nuevamente en sentencia de 26 de enero de 2000, en cierta forma actuando como juez en su propia causa, reconoció un supuesto carácter originario (plenos poderes) de la Asamblea¹⁷, con poderes supraconstitucionales, justificando la transitoriedad constitucional que no cesó en los años subsiguientes y que ha permitido avalar muchas otras acciones contrarias a la Constitución por parte de los órganos del Estado, como ha ocurrido con la interminable intervención del Poder Judicial.

Como resultado de todo este proceso, se evidencia que si bien en Venezuela se produjeron cambios políticos de importancia con motivo del proceso constituyente de 1999, ellos han consistido fundamentalmente en el apoderamiento de todas las instancias de poder por un nuevo grupo político que gira en torno al Presidente Hugo Chávez, para imponerle a los venezolanos un proyecto político por el cual no han votado, provocando el desplazamiento del poder de los partidos tradicionales que controlaron el panorama político por cuatro décadas. Pero en cuanto a las reformas políticas y del Estado que motivaron la convocatoria de la Asamblea Constituyente, a pesar de la reforma constitucional efectuada, no se produjo ninguna. Nada de lo que había que cambiar en el sistema político fue cambiado; y más bien, el resultado constitucional del proceso constituyente, fue la acentuación de los aspectos más negativos del sistema. Por ello, por ejemplo, al promover el voto NO en el referéndum aprobatorio de la Constitución, en noviembre de 1999, ello lo fundamentábamos en el hecho de que en la Constitución se había formulado:

Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil.¹⁸

Y además, agregábamos:

La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia era desmon-

tar el centralismo de Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. La Asamblea Constituyente - agregábamos-, para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, **ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación.**¹⁹

Es decir, se utilizó la Constitución de 1961 en forma fraudulenta para originar el proceso constituyente, y dar un golpe de Estado; y luego, desde el poder, se utilizó la democracia representativa vía elecciones, también en forma fraudulenta, para destruir la propia democracia.

8. El perfeccionamiento de la democracia como tarea pendiente

Pero a pesar de ello, sin duda, en 1999 se produjo un cambio político sin precedentes en la historia política del país desde los años cuarenta, en el sentido de que aparecieron nuevos partidos políticos, que asumieron el poder con todavía mayor carácter monopólico, habiendo sido materialmente barridos los partidos tradicionales. Un nuevo liderazgo político se entronizó en todos los niveles del Poder, habiendo quedado desplazado el liderazgo partidista y no partidista anterior. Además, se produjeron importantes cambios y reformas constitucionales como, por ejemplo, la separación pentapartita del Poder Público, la eliminación del Senado como parte del Poder Legislativo Nacional, la consagración de la reelección presidencial, la creación de la figura del Vicepresidente de la República, la creación del Defensor del Pueblo, y la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos con lo cual la regulación de los mismos fue perfeccionada y ampliada en muchos aspectos.

Sin embargo, ninguna de esas reformas produjo un cambio efectivo en el sistema político de Estado centralizado de partidos, al contrario, lo acentuaron y agravaron. A pesar del verbalismo constitucional, el Estado en un esquema de concentración del poder, está ahora totalmente imbricado a un partido único de gobierno; más centralizado que antes, a pesar de que se lo denomine "descentralizado"; habiéndose exacerbado el presidencialismo, agregándose a los poderes del Estado, el poder militar, sin sujeción a la autoridad civil como nunca antes había ocurrido en nuestro constitucionalismo. En definitiva, hay un nuevo y acentuado centralismo y partidismo, con un acentuado presidencialismo y un nuevo militarismo constitucionalizado, todo lo cual ha conducido a un autoritarismo con ropaje constitucional y movilización popular.

Lamentablemente, las reformas constitucionales antes referidas relativas a aspectos de concentración del poder y debilitamiento de la autonomía e independencia entre los poderes públicos; al presidencialismo exacerbado, y al militarismo; han configurado un marco constitucional abierto al autoritarismo "democrático" o de presidencialismo plebiscitario, que puede llegar a impedir toda idea

de democracia basada en la participación política, y pretender centrar las relaciones de poder en una supuesta relación directa entre un líder y el pueblo, confundiendo participación con movilización política, mediante la organización del Poder Popular en entidades no electas por sufragio universal directo y secreto (concejos comunales), sin siquiera la intermediación de partidos, y sólo con un partido único y militar que, con el apoyo de la fuerza, apuntale un sistema político populista. Todas esas reformas constitucionales, por supuesto, en nada han contribuido a la democratización del Estado y del país.

Del panorama anterior resulta, por tanto, que la reforma política para el perfeccionamiento de la democracia, todavía es una tarea pendiente en Venezuela. En 1999, luego de un proceso constituyente, se adoptó una nueva Constitución, sin duda, con un conjunto importante de reformas constitucionales; sin embargo, las mismas no llegan a configurarse como el proceso de reforma que exigía la democracia venezolana, para sustituir el Estado democrático centralizado de partidos por un Estado, igualmente democrático, pero descentralizado y participativo. El proceso constituyente de Venezuela, en 1999, por tanto, no condujo a una mayor democratización del país y, al contrario fue utilizado para constitucionalizar el autoritarismo, el cual, en definitiva, ha demostrado ser un instrumento profundamente antidemocrático.

Esa experiencia es importante que se conozca, sobre todo en países de América Latina donde, como ahora ocurre en Ecuador, se está comenzando a diseñar un proceso constituyente en cierta forma inspirado, en sus aspectos formales, por la experiencia venezolana, para que no se repitan los vicios que allí ocurrieron, o si se repiten para que se haga a conciencia.

III. LAS SECUELAS DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 Y EL AUTORITARISMO DE 2007

1. La concentración del poder y el ahogamiento de la democracia representativa

El resultado de todo aquél proceso constituyente de 1999, es que el Estado democrático de derecho, por este fraude cometido contra la voluntad popular, en esta forma, mediante la utilización de mecanismos electorales, ha sido y está siendo progresivamente sustituido por un Estado del Poder Popular, donde todo el poder está concentrado en el Jefe del Estado, y que, por tanto, ni es democrático, ni es representativo, ni es participativo, y al contrario, está férreamente controlado y dirigido desde el centro y la cúspide del poder político que ejerce el Presidente de la República (como Jefe del Ejecutivo y del partido de gobierno que será Único), el cual probablemente pronto se autodenominará "Presidente del Poder Popular", respecto del cual progresivamente no podrá haber disidencia alguna, la cual es hoy criminalizada.

Se trata, como lo anunció el Vice-Presidente de la República en enero de 2007, en el acto de sanción de la Ley de delegación legislativa (Ley habilitante) a favor del Presidente de la República, que contiene una autorización hasta para dictar leyes al margen de la Constitución, que ni más ni menos lo que se tiene proyectado es la instauración de "la dictadura de la democracia"²⁰.

En democracia, ninguna dictadura es aceptable, ni siquiera una supuesta "dictadura de la democracia", como nunca fue aceptable la supuesta y fracasada "dictadura del proletariado" en la antigua Unión Soviética instalada desde 1918 establecida en torno a los "soviets de soldados, trabajadores y campesinos". Algo similar a lo que noventa años después, en Venezuela, está ocurriendo con la creación de consejos comunales dependientes del Presidente de la República para canalizar el Poder Popular, para con la supuesta participación del pueblo organizado, instaurar la "dictadura de la democracia".

Esas supuestas dictaduras populares desde el comienzo han sido y son el instrumento fraudulento de la cúpula que domina el poder, para en nombre del poder popular acabar con todo vestigio de democracia, e imponerle por la fuerza un régimen socialista a un país, por el cual no ha votado. Algo debía haberse aprendido de lo que dijo el Presidente de la Federación Rusa en 1998, con ocasión del sepelio de los restos de los Romanov, como expresión de una de las lecciones más amargas de la historia de la humanidad al poner fin al tiempo de la que se creía era la Revolución más definitiva de todas las que había conocido la historia moderna, simplemente: "Que los intentos de cambiar la vida mediante la violencia están condenados al fracaso"²¹. Y toda dictadura, cualquiera que sea, es ineludiblemente el resultado del ejercicio de la violencia.

2. El autoritarismo popular y el fraude a la democracia

Lo cierto es que a comienzos del Siglo XXI, con el caso de Venezuela, América Latina está comenzando a observar la aparición de un nuevo modelo de Estado autoritario supuestamente del Poder Popular, que no tiene su origen inmediato en un golpe de Estado militar como tantas veces ocurrió en el transcurso de las décadas del Siglo pasado, sino en elecciones populares, que le ha dado un traje o ropaje que también es militarista, pero esta vez de camuflaje con pintas "constitucionales" y "electivas", conformado para la destrucción de la propia democracia representativa.

Se trata de un autoritarismo militarista con supuesto apoyo popular, como también lo fueron todos los autoritarismos fascistas y comunistas del Siglo pasado, en algunos casos con algún origen electoral. Ni uno ni otro modelo autoritario, por más disfraz constitucional y electivo que puedan tener o haber tenido, son democráticos, ni pueden considerarse como conformadores de un Estado constitucional de derecho, pues carecen de los componentes esenciales de la democracia, que son bastante más

que la sola elección popular o circunstancial de los gobernantes.

En América Latina, después de la experiencia de tantos regímenes antidemocráticos y militaristas que hemos tenido, y de tantos autoritarismos con disfraces democráticos que hemos desarrollado, a comienzos de este Siglo se logró adoptar en el seno de la Organización de Estados Americanos —no sin la disidencia, precisamente, de quien en Venezuela estaba urdiendo el fraude a la democracia²²— una doctrina continental sobre la democracia y lo que esta significa como régimen político, al aprobarse en Lima, el 11 de septiembre de 2001, la denominada *Carta Democrática Interamericana*.²³ Es cierto que no es un tratado internacional vinculante, pero es el documento más importante en la materia adoptado como línea de conducta política democrática que, lamentablemente, muchos de los gobernantes de Estados no quieren volver siquiera a leer.

Esa *Carta Democrática*, en efecto, entre los *elementos esenciales de la democracia representativa* que enumera en su artículo 3, que deberían ser el pilar fundamental de la organización y funcionamiento de los Estados, además del **respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales**; del **acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho**; de la **celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo**; y del **régimen plural de partidos y organizaciones políticas**; está la necesaria existencia —dice— de “**la separación e independencia de los poderes públicos**”.

Y han sido precisamente todos esos elementos esenciales de la democracia los que, en los últimos años, lamentablemente han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, precisamente en nombre de una supuesta democracia participativa y de un supuesto Poder Popular donde el pueblo participe directamente.

En Venezuela, en estos últimos años, la realidad ha sido otra y muy distinta a lo que señalan los referidos elementos esenciales de la democracia, pues nunca antes había existido mayor violación a los derechos humanos, y basta para constatar esta tragedia, el sólo contabilizar el número de denuncias que se han formulado contra el Estado venezolano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parámetro que ha sido en el pasado, y es en el presente, el mejor termómetro para determinar en el Continente el grado de violaciones, por un Estado, de los derechos humanos.

Además, el acceso al poder se ha hecho contrariando el Estado de derecho, al violarse la separación e independencia de los poderes judicial, ciudadano y electoral. Todos están controlados por el sindicato establecido entre el Ejecutivo nacional y la Asamblea nacional, por lo que no es posible controlar el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de Derecho²⁴. En particular, el Poder Electoral, desde 2003 fue secuestrado con la complicidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por lo que las elecciones que se han efectuado han carecido de justicia, y las últimas reformas políticas efectuadas y propuestas, simplemente apuntan a la sustitución de

la representatividad electoral por supuestas agrupaciones de ciudadanos en comunidades y consejos comunales cuyos integrantes no son electos, sino designados desde la cúpula del Poder Popular que controla el Presidente de la República. El régimen plural de partidos se ha destrozado y el ya oficialmente anunciado Partido Único Socialista, imbricado en el aparato del Estado y también dirigido por el Presidente de la República, se apoderará no sólo del supuesto Poder Popular, sino de la Administración Pública²⁵ y de toda la vida política, social y militar²⁶ del país, dado el capitalismo de Estado que se ha intensificado como consecuencia del Estado rico petrolero.

Como todo depende del Estado, sólo quien pertenezca al Partido Único podrá tener vida política, administrativa, económica y social. Y todo esta distorsión institucional, ocurre sin que exista separación ni independencia entre los poderes públicos, no sólo en su división horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) por el control que sobre ellos ejerce el Poder Ejecutivo; sino en su distribución vertical, donde las propuestas en curso apuntan a la eliminación de la federación, la sustitución de los Estados federados por supuestas “ciudades federales”, y la eliminación del municipalismo y su sustitución por consejos comunales y asambleas de ciudadanos. Todo ello con el fin de eliminar todo vestigio de descentralización política, es decir, de entidades autónomas en el territorio, lo que imposibilita toda posibilidad de participación democrática. Esta es la trágica situación de la democracia venezolana, la cual en la realidad actual ya no pasa de ser una palabra vacía.

Pero además de los elementos esenciales de la democracia antes indicados, la misma *Carta Interamericana*, en su artículo 4º también definió los siguientes *componentes fundamentales del ejercicio de la democracia*: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró como igualmente fundamentales para la democracia, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Lamentablemente todos estos elementos esenciales, también han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, también en nombre de un supuesto Poder Popular: la actividad gubernamental desplegada por el Estado rico, y en los últimos años súbitamente riquísimo, manejado sin control en un país pobre, dejó de ser transparente por la específica ausencia de control fiscal, dada la sumisión del Poder Ciudadano (Contraloría General, Fiscal General, Defensor del Pueblo) al poder del Ejecutivo; situación que ha hecho desaparecer el mismo concepto de probidad pues no es posible exigir responsabilidad alguna al gobierno por la gestión pública, entre otros aspectos por la sumisión del poder judicial; todo ello, campeando la corrupción en forma antes nunca vista.

Por otra parte, la procura de los derechos sociales —que ha sido el principal eslogan gubernamental, en par-

ticular hacia la comunidad internacional- ha sido montada en una política de distribución incontrolada de la riqueza petrolera, como si esta nunca fuera a disminuir, estatizándose todo en el país, desmantelándose el aparato productivo y sin generar inversión; y todo ello sin que los niveles de pobreza ni los niveles de desempleo hayan disminuido.

Por último, la libertad de expresión y de prensa, desde las censuras directas de la última dictadura militar de la década de los cincuenta, nunca ha estado tan amenazada, como se aprecia por la decisión de no renovar la licencia de empresas de televisión (RCTV), y por la autocensura, sobre la base de persecución a periodistas y medios disidentes, como tan repetidamente lo ha constatado la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que se deriva de las múltiples denuncias formuladas ante la Comisión y de las recomendaciones y medidas cautelares adoptadas por ésta.

Por otra parte, el militarismo se ha apoderado del Estado, de manera que aún cuando el régimen autoritario no haya sido fruto de un golpe militar, en definitiva, otro valor fundamental para la democracia como es la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, se ha visto resquebrajada por el apoderamiento militar del Estado y su propensión a imbricarse con el Partido Único, habiendo quedado el respeto al Estado de derecho como otro valor pospuesto por todas las entidades y sectores de la sociedad.

En definitiva, durante los últimos años, en Venezuela se ha utilizado uno sólo de los elementos de la democracia, como es la realización de elecciones, para destruir todos los otros valores y componentes esenciales de la democracia. De allí el fraude a la democracia que ha ocurrido.

3. El desmantelamiento de la democracia representativa y el proceso autoritario

En todo caso, para que exista un Estado democrático de derecho no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de “democracia participativa y protagónica” o de descentralización del Estado; así como tampoco basta con establecer un sistema eleccionario que permita elegir mediante sufragio a los representantes populares. Aparte de que el mismo, por supuesto, debe asegurar efectivamente la representatividad, el pluralismo político y el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de derecho.

Pero además, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho es necesario e indispensable que el marco constitucional en el cual se pretenda que funcione el régimen democrático, permita efectivamente el control efectivo del poder por el poder mismo, incluso por el poder soberano del pueblo. Es la única forma de garantizar

la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el ejercicio real de los derechos humanos.

Y el control del Poder del Estado en un Estado democrático de derecho sólo se puede lograr dividiendo, separando y distribuyendo el Poder Público, sea horizontalmente mediante la garantía de la autonomía e independencia de los diversos poderes del Estado, para evitar la concentración del poder; sea verticalmente, mediante su distribución o desparramamiento en el territorio del Estado, creando entidades políticas autónomas con representantes electos mediante sufragio, para evitar su centralización. La concentración del poder al igual que su centralización, por tanto, son estructuras estatales esencialmente antidemocráticas.

Y allí radican, precisamente, los problemas del declarado Estado de derecho y de la supuesta democracia en Venezuela, la cual tiene su deformación en el propio texto constitucional de 1999, en el cual, lamentablemente, se estableció el esquema institucional que ha permitido la concentración del poder, alentando el autoritarismo y eliminando toda forma de control del poder; y que ha igualmente permitido la centralización del poder, iniciando el proceso de desmantelamiento del federalismo y del municipalismo, reforzando el mismo autoritarismo, distorsionando la posibilidad de participación política efectiva a pesar de los mecanismos de democracia directa que se recogieron.

Es un ejemplo constitucional de autoritarismo constitucional con origen electoral, el cual, sin embargo, constituye la negación de lo que debe ser un Estado democrático de derecho.

Montado sobre ese autoritarismo constitucional, en enero de 2007, como antes se ha dicho, y con ocasión del inicio de su segundo período constitucional, el Presidente de la República ha comenzado a exponer los pasos para el desmantelamiento definitivo de la democracia en Venezuela, mediante un sistema de organización de un Poder Único, denominado del Poder Popular o del Poder comunal (estado comunal o estado socialista), completamente concentrado y centralizado, y conducido políticamente por un Partido Único. Y ambos, el Poder Popular y el Partido Único, con el objeto de imponer “la dictadura de la democracia”, dirigidos por una sola persona, que será el Presidente del Poder Popular y del Partido Único.

Para ello, por supuesto, se requeriría previamente una reforma general de la Constitución, la cual también ha sido anunciada en enero de 2007. Sin embargo, previamente, en fraude a la propia Constitución, en el mismo mes de enero de 2007 se ha dictado una Ley habilitante que autoriza al Presidente para, precisamente, dictar leyes contrarias a la Constitución, “con el objeto de actualizar y transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado” y establecer “los mecanismos de participación popular, a través del control social, la inspección técnica social y la práctica del voluntariado, de la comunidad organizada en la aplicación del ordenamiento jurídico y ámbito económico del Estado. Así como, que adecuen la estructura organizativa de las instituciones del Estado, para permitir el ejercicio directo de la soberanía popular”. Estas leyes “constituciona-

les”, sin embargo, tal como se ha anunciado, serían emitidas después de que se produzca la reforma de la Constitución.²⁷ Es decir, en otro depurado fraude constitucional, conforme a una Constitución que no autoriza la delegación legislativa para reformar la Constitución, se dicta una Ley habilitante con esa autorización que se utilizaría sólo si durante el lapso de vigencia de dicha Ley se reforma previamente la Constitución.

Las líneas generales de esas reformas para la estructuración de Poder Popular supuestamente montado sobre el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, están basadas en la eliminación de la democracia como régimen político representativo y plural, que pueda permitir la elección mediante sufragio universal, directo y secreto a los titulares de los poderes públicos distribuidos en el territorio (Alcaldes y Concejales en los Municipios, Gobernadores y Legisladores en los Estados, Diputados a la Asamblea Nacional y Presidente de la República).

El esquema, tal como se ha anunciado, apuntaría a la sustitución de la democracia representativa directa por una supuesta democracia participativa indirecta, en la cual no habría elección popular alguna. Su funcionamiento tendría a la base a las “asambleas de vecinos” y a los “concejos comunales” cuyos miembros no serían electos mediante sufragio universal, directo y directo, sino escogidos en la comunidad, por supuesto, con la conducción ideológica del Partido Único, que sería el único que tendría acceso a los órganos del poder del Estado en todos los niveles.

Los concejos comunales nombrarían sus representantes en los concejos comunales regionales o los de las ciudades federales (“confederación regional y local de concejos comunales”); y estos últimos serían los que designarían sus representantes en la Asamblea Nacional del Poder Popular (“confederación nacional de concejos comunales”), que eventualmente sustituiría a la actual Asamblea Nacional. En esta forma, se eliminaría todo vestigio de elección directa, universal y secreta de los diputados a los órganos legislativos estatales y nacional, así como de los gobernadores. Y finalmente, la Asamblea Nacional del Poder Popular así integrada, entonces designaría un Consejo Nacional (de gobierno) del Poder Popular que por supuesto, ineludiblemente estaría presidido por una misma persona que además sería el Presidente del Partido Único.

Todas estas reformas que implican la eliminación de la democracia representativa en el país, han comenzado a ser implementadas en 2006, con la sanción de la Ley de los Consejos Comunales (Poder Popular), como estructura paralela que se ha establecido respecto de la organización municipal, en evidente fraude a la Constitución, para en definitiva sustituir a los Municipios como unidades primarias. La diferencia con estos, precisamente está en que en ellos, los Alcaldes y Concejales municipales son electos, y los Municipios son políticamente autónomos; y en cambio, los integrantes de los Consejos Comunales no son electos, sino designados a dedo por supuestas “asambleas de ciudadanos” controladas desde la cúpula del Poder Ejecutivo, del cual dependen, sin autonomía política alguna.

Una vez montada la estructura de base del Poder Popular (anunciada en la Ley de los Consejos Comunales), y dotada de ingentes recursos que no se dan a los Municipios, que maneja una Comisión Presidencial, el paso subsiguiente será la eliminación de los Municipios como también se ha anunciado y, en paralelo, la eliminación de los Estados y de todo vestigio de elección directa y de descentralización política y por ende de posibilidad de participación política.

Así, lo que se ha anunciado es, en definitiva, como se ha dicho, la eliminación de todos los cuerpos representativos y electos, municipales y estatales.²⁸ En el nivel estatal, por lo también anunciado, lo que habrían serían ciertas “ciudades federales” o confederaciones regionales de concejos comunales, cuyos conductores serían, de nuevo, personas designadas también a dedo, por los Consejos Comunales que se controlan por la Comisión Presidencial del Poder Popular.

Y en cualquier momento, como se dijo, podría venir la propuesta de eliminar la propia Asamblea Nacional como órgano representativo nacional, y establecer en su lugar una Asamblea Nacional del Poder Popular (confederación nacional de concejos comunales), que sería la cúspide del Poder Popular, integrada por representantes designados por las ciudades federales y agrupaciones de los Consejos Comunales; todos, por supuesto, debidamente controlados desde la cúspide, con el mecanismo del Partido Único. Todo está anunciado.

Por último, debe mencionarse que el Presidente de la República, en las reformas constitucionales que ha anunciado y prometido desde 2006, está la incorporación en la Constitución de la posibilidad de reelección presidencial indefinida. Esa reelección, que es difícil de vender, podría no estar montada sobre un sistema de elección directa, universal y secreta, sino que se podría tratar de una designación efectuada por la confederación nacional del Poder Popular que sería la Asamblea Nacional del Poder Popular. Es decir, en la cúspide del Poder Popular estaría como Presidente del Poder Popular la misma persona que lo controle, pero no porque sea elegido reincidente e ilimitadamente en forma directa por el pueblo mediante votaciones universales, directas y secretas, sino porque siempre sería designado como tal, por las estructuras del Poder Popular, cuya voluntad confluiría finalmente en la Asamblea nacional del Poder Popular para presidir tanto el Consejo de gobierno del Poder Popular como el Partido Único.

Para comenzar la configuración de este esquema de organización estatal, en enero de 2007, el Presidente de la República ya ha comenzado a cambiarle el nombre y sentido a la propia estructura organizativa de la Administración Pública, denominando a todos los Ministerios y Ministros del Ejecutivo nacional como “del Poder Popular” (p.e. Ministerio del Poder Popular de Relaciones Exteriores, Ministerio del Poder Popular de Infraestructura, etc.).

Lo cierto es que en líneas generales, ese fue el sistema establecido para asegurar la dictadura del proletariado por los Soviets en la Unión Soviética a partir de 1918 y el esquema del poder popular establecido en Cuba, donde la Asamblea Popular es la que designa un Consejo de

Estado o de gobierno el cual, a la vez, siempre elige a una misma persona para presidirlo.

En conclusión, se trata de un esquema de organización del Estado y del Poder que implica la eliminación completa de la democracia representativa, y su sustitu-

ción por una supuesta democracia directa, es decir de ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, y de elección indirecta de representantes incluida la jefatura del Estado.

Notas

- 1 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Algo sobre la experiencia venezolana de 1999, la reforma de la Constitución y la Asamblea Constituyente", en *Que? Periódico Mensual con Respuestas, Goberna & Derecho*, Año 1, No.1, Guayaquil, 15 de enero de 2007.
- 2 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988; *La crisis de las instituciones: responsables y salidas*, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 129-155
- 3 Véase sobre el caso venezolano Allan R. Brewer-Carías, *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp.; "La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción", en *Revista de Derecho Público*, No 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453- ss
- 4 Para ello hemos seguido las informaciones aparecidas en www.ecuadorinmediato.com
- 5 Véase, Allan R. Brewer-Carías, «El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela» en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48. Publicado también en el libro del autor, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 243-253
- 6 Véase Allan R. Brewer-carías, «El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56
- 7 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción", en *Revista de Derecho Público*, No 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453 ss
- 8 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp
- 9 Véase el texto de la acción de inconstitucionalidad que intentamos contra el Decreto presidencial en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998; y Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios sobre la inconstitucional de la convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999» en *Revista Política y Gobierno*, Vol. 1, N° 1, enero-junio 1999, Caracas 1999, pp. 29-92
- 10 Por ello, según informaciones de prensa, algunos altos directivos de un banco de España fueron acusados criminalmente el 8 de febrero de 2006, ante el *Juzgado Central de Instrucción No. 5, Audiencia Nacional*, Madrid (Procedimiento No. 251/02-N).
- 11 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004". en el libro *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174
- 12 Véanse todos nuestros votos salvados a estas decisiones en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 233 pp
- 13 Véanse buena parte de nuestras propuestas en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 286 pp

Notas

- 14 Véase el texto de nuestros votos salvados en las sesiones de discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 340 pp
- 15 Véanse nuestros comentarios apenas la Constitución fue aprobada en Allan R. Brewer-Carías, «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999» en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88
- 16 Véanse los cometarios sobre este régimen transitorio en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 3004, Tomo II.
- 17 Véase específicamente los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Goberna & Derecho, Guayaquil 2007
- 18 Documento de 30 de noviembre de 1999. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.
- 19 Documento de 30 de noviembre de 1999. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 323.
- 20 El Vicepresidente de la República, Jorge Rodríguez, expresó en enero de 2007: “Claro que queremos instaurar una dictadura, la **dictadura de la democracia verdadera** y la democracia es la dictadura de todos, ustedes y nosotros juntos, construyendo un país diferente. Claro que queremos que esta **dictadura de la democracia** se instaure para siempre”, en *El Nacional*, Caracas 01-02-2007, p. A-2.
- 21 Véase en *The Daily Telegraph*, Londres, 08-08-98, p. 1.
- 22 El Presidente Chávez, desde la reunión de Jefes de Estado de la OEA en Québec, en abril de 2001, cuestionó la declaración sobre la “democracia representativa” tratando de sustituirla por “democracia participativa”.
- 23 Véase sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas 2002. pp. 137 y ss.
- 24 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004”, en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58”; “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004, *Stvdi Vrbinati, Rivista tgrimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, 2004, pp.379-436; “«El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73.
- 25 Por ello, el Gobernador del Estado Carabobo de Venezuela señalaba: “Comparto la posición del Presidente cuando dice que aquella persona que no quiera aliarse con el partido socialista único, pues que se vaya del Gobierno, y se lo dijo a los secretarios (del gobierno de Carabobo), que en el gobierno bolivariano estamos involucrados todos y hay un lineamiento de nuestro máximo líder que es inscribirse y crear un solo partido, y el secretario que no quiera cumplir con esa orden, que se vaya”. Véase reportaje de Marianela

Notas

- Rodríguez, en *El Universal*, Caracas 21-04-2007.
- 26 El 12 de abril de 2007 el Presidente Chávez en Forte Tiuna, declaró que si algún oficial se siente incómodo con la consigna acogida por su gobierno de “patria, socialismo o muerte”, puede tramitar su baja de las fuerzas militares, agregando: “La llamada institucionalidad fue una manera de enmascararse y asumir una posición contraria al gobierno, a la revolución, al mandato legítimo del pueblo. Por eso, hoy todo comandante de unidad en todos los niveles está obligado a repetir desde el alma y levantar la bandera con esta consigna: patria, socialismo o muerte, sin ambigüedades de ningún tipo, sin complejos”. Véase en *El Nacional*, Caracas 13-04-2007, Sección Política, p. 4.
- 27 Como se reseñó en la prensa el 31 de enero de 2007-02-04: “El lapso de 18 meses de vigencia de la Ley habilitante tiene la finalidad de permitirle al presidente de la República, Hugo Chávez, esperar que la reforma de la Constitución sea aprobada para redactar las normas que darán piso al modelo del Estado socialista que desea implantar. De acuerdo con parlamentarios consultados, en los primeros meses los decretos ley que redactará el Ejecutivo estarán adecuados a la Carta Magna de 1999 y en algunos llenarán las omisiones del Poder Legislativo... Luego de la consulta popular para la aprobación de las reformas de la Constitución, algunos diputados han manifestado que podría ser en septiembre, el mandatario contaría con tiempo suficiente para adecuar la legislación al modelo político que propone. Por ello, los diputados presumen que todo instrumento legal relacionado con el sistema de Estado será promulgado a finales de 2007 o principios de 2008”. *El Nacional*, Caracas 31-01-2007, p. A2
- 28 Véase la reseña sobre lo expuesto por el Presidente de la república: “Chávez: Empecemos a raspar alcaldes y gobernadores”, *El Nacional*, 29-01-2007, p. A2

Dos Cuestiones Disputadas Sobre el Derecho Procesal Constitucional.

Domingo García Belaunde

A partir de la cuarta década del siglo pasado, ha entrado en circulación el nombre "derecho procesal constitucional", que lentamente se ha ido abriendo paso en América. Pero su aceptación en el mundo académico ha estado acompañado de diversos cuestionamientos, aun no del todo despejados. Aquí queremos llamar la atención sobre dos de estas cuestiones disputadas, que siguen interesando a los estudiosos.

1. ¿QUIÉN FUE EL FUNDADOR? HIPÓTESIS Y REPLANTEOS

Uno de los temas recurrentes ha sido precisar quién es el fundador del Derecho Procesal Constitucional como tal, a lo que se ha respondido de diversas maneras. Así, la mayoría siguiendo a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en los finales de 1940, señala que corresponde a Kelsen este acto fundacional. Otros, por el contrario, apuntan a la experiencia latinoamericana, o si se quiere colombo-venezolana como fundadora o iniciadora de la disciplina (Brewer-Carías) o el hito histórico de los *writs* sajones medievales (Sagüés), etc. Ahora bien, para tal efecto y con el propósito de contestar a esta pregunta debemos hacer un primer deslinde: por un lado, la materia procesal-constitucional concebida en sentido amplio, y por otro, la disciplina que la estudia.

En cuanto a la materia procesal-constitucional, considero dentro de ella, como significativa, el control constitucional de las normas de alto nivel, es decir, de las leyes o actos con fuerza de ley. Y aquí cabe hacer alusión a hechos históricos que de una u otra manera han comprobado este tópico. Y desde este punto de vista, es difícil decir quién es el fundador, pues el mismo Cappelletti se remonta a la antigua Grecia para demostrar la existencia de este tipo de controles, que se dan en contextos culturales distintos a los nuestros. Y si avanzamos en el tiempo, vemos estos elementos protectores en diversos ordenamientos de la Edad Media y más adelante en el siglo XVIII y en especial en el siglo XIX.

El hecho culminante que puede considerarse modélico, aun cuando no exento de precedentes, es la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, en la cual el Juez Marshall estableció, de manera irrevocable, el principio práctico y la vía adecuada para ejercer un control constitucio-

nal de las leyes. Lo de Marshall fue un paso gigante pero él no creó nada, sino que se limitó, con la grandeza del genio, a configurar lo que ya existía en forma algo difusa, y que sería a partir de entonces algo característico del constitucionalismo contemporáneo, y que en los Estados Unidos se llama *judicial review*, en giro intraducible a una lengua romance. La literatura norteamericana es muy abundante al respecto y ha hecho singulares aportes sobre el tema, pero ello no ha dado pie para el nacimiento de ninguna disciplina independiente, sino más bien al enriquecimiento del Derecho Constitucional, pues es precisamente en estos textos en donde se estudian los aportes fundamentales de Marshall y del Tribunal Supremo en general.

Pero el caso de Kelsen también es importante. No fue el único creador del Tribunal Constitucional austriaco (en su proyecto de 1918, en las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional Constituyente austriaca en 1919 y ratificadas en la Constitución de octubre de 1920), pues hubo una serie de contribuciones de la comunidad jurídica austriaca en el período 1918-1920 que coadyuvó a crear esta institución y en las cuales Kelsen estuvo presente. Pero fue el que quizá influyó más, no solo por haber sido magistrado de dicho Tribunal y su relator permanente, sino por haber escrito solidamente sobre ella, en un momento en que nadie visualizaba el fundamento teórico del nuevo tipo de control.

Pero es importante tener presente lo siguiente:

a) Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado, siguiendo por lo demás una tradición europea y austriaca que en él culmina, y que luego se expandirá por el resto del mundo.

b) Kelsen postula una jurisdicción constitucional con ese nombre; así lo hace en la ponencia presentada a la Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, en donde utilizando el término "jurisdicción estatal" agrega que el más adecuado es el de "jurisdicción constitucional"; cf. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbar-

keit (Naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal) Berlín-Leipzig 1929. Por el contrario, en la versión francesa que publica el mismo año del encuentro de Viena, o sea, en 1928, utiliza indistintamente las palabras "justicia" o "jurisdicción" constitucionales, como si fueran sinónimas, lo cual demuestra que esas licencias no se las tomó Kelsen sino su traductor (cf. La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice constitutionnelle en « Revue du Droit Public et de la Science Politique », tomo 45, 1928).

Sin embargo, en el mismo tomo 45 de 1928 de la "Revue du Droit Public et de la Science Politique" acompañan al ensayo de Kelsen sendos estudios de Boris Mirkinne-Guetzévitch y de Marcel Waline, quienes emplean el concepto "jurisdicción constitucional" y hacen referencia a países que han adoptado el sistema de control de constitucionalidad. Y por la misma época, son varios los que abordan el nuevo tema, iniciándose así en Francia un interesante debate, como se puede apreciar en las diversas colaboraciones del colectivo publicado en homenaje a uno de los grandes juristas de principios de siglo (así en el "Mélanges Maurice Hauriou" de 1929). Pero Kelsen no fue más allá. Tampoco el intenso debate francés tuvo consecuencias inmediatas, sino que más bien fue al revés, como lo demuestra la experiencia del Consejo Constitucional francés (por lo menos hasta 1971).

c) Si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir bien el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que ese tipo de jurisdicción es de carácter legislativo, y de ahí que el Tribunal sea caracterizado como "legislador negativo", concepto importante, pero rebasado en la actualidad por la experiencia constitucional de la segunda postguerra.

d) De la lectura atenta que se hace del famoso texto de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no solo no usa el término "proceso constitucional" sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que éste se refleje en un órgano ad-hoc.

e) Aun más, no se advierte en Kelsen un conocimiento, ni siquiera rudimentario del Derecho Procesal, no obstante que el procesalismo alemán era por entonces importante (si bien una de sus principales figuras, James Goldschmidt iba pronto a emigrar para terminar muriendo en Montevideo en 1940). E igual podría decirse de los otros juristas que por la misma época escribían sobre lo mismo.

f) Kelsen, pues, no puede considerarse el padre ni el fundador del Derecho Procesal Constitucional, por las razones antes dichas. Es sin lugar a dudas, uno de los creadores del modelo concentrado y su teórico más solvente al momento de su aparición.

Ahora bien, juicios o procesos siempre han existido en la historia. Y en tal sentido, la doctrina señala esquemáticamente estas fases en el desarrollo histórico del Derecho Procesal: etapa forense, etapa procedimental y etapa del procesalismo científico. Este último, en realidad,

es el que interesa y es el que nace a mediados del siglo XIX, época en la cual y como producto de diversos hechos (los avances de la Ilustración, el nacimiento de los derechos nacionales, la codificación, etc.) se dan los primeros pasos para separar la "acción" del "derecho sustantivo", por obra de la doctrina alemana e italiana, lo que se consolidará a inicios del siglo XX. Así, pues, el moderno Derecho Procesal nace en esas circunstancias, en medio de grandes debates y en donde lo que existe será en rigor el proceso civil y el proceso penal.

Por tanto, para hablar de un fundador del Derecho Procesal Constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho Procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido. Y esto aun cuando sea en embrión, como sucede siempre con los fundadores y en los primeros pasos de toda disciplina. Y quien primero lo ha hecho es, sin lugar a dudas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo hizo en América. No cupo este designio a ningún autor o doctrinario alemán o italiano, que estaban debidamente equipados para ello, pues usan el término en fecha muy posterior (en Italia a partir de 1950 y en Alemania a partir de 1970).

2. LOS APORTES DE NICETO-ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO

La larga como fructífera producción académica de Alcalá-Zamora y Castillo empieza en la década del treinta del siglo XX. Así, a propósito de la experiencia de la Segunda República española da una conferencia que luego publica como folleto con el siguiente título: Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, Edit. Reus, Madrid 1933. En ella habla sobre el problema de la jurisdicción constitucional (pág. 16) y cita a Kelsen, en su famoso ensayo de 1928, como el fundador de una auténtica jurisdicción constitucional, y se refiere también al "proceso constitucional" que se tramita ante el referido Tribunal de Garantías, si bien es cierto que destaca que le han adosado otras funciones que en puridad no le corresponden. Así como de las partes en el proceso (pp. 41-44).

Posteriormente esta conferencia es recogida en un libro compilativo con el título genérico de Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional (Edic. de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944) en donde reproduce el anterior artículo (pp. 503-536) e incluye otros, entre ellos uno de 1938 en donde expresamente se refiere a una "legislación procesal constitucional" (pág. 51). Y la referencia a un Derecho Procesal Constitucional aparece inequívocamente en el título de la obra.

Pero durante su exilio argentino, Alcalá-Zamora trabajará intensamente colaborando con la "Revista de Derecho Procesal" fundada y dirigida por Alsina, y que fue - y sigue siendo - un referente importante en la disciplina, no obstante que dejó de circular hace varios años. En dicha "Revista" tenía a su cargo una sección titulada

“Miscelánea de libros procesales” y es ahí donde comenta un ensayo de Emilio A. Christensen sobre el Amparo publicado en una revista jurídica argentina (“Revista de Derecho Procesal”, año III, 2da parte, 1945, pp. 77-78). Alcalá-Zamora aprovecha la oportunidad para señalar que los procesos de Amparo y Habeas Corpus no deben ser regulados en códigos procesales civiles o penales, respectivamente, sino que como quiera que son instrumentos de carácter constitucional, en cuanto a jurisdicción y tramitación pertenecen al Derecho Procesal Constitucional (sic).

Más tarde, al trasladarse a México contratado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en donde permanecerá durante más de treinta años, publica su libro Proceso, autocomposición y autodefensa (Imprenta Universitaria, México 1947, con reimpressiones) en donde señala el nacimiento del proceso constitucional y agrega que Kelsen con su trabajo de 1928 es el creador de la nueva disciplina “derecho procesal constitucional” (pp. 214-215, edición de 1970). Y sigue la tesis de Jerusalem de que en Estados Unidos no existe una verdadera jurisdicción constitucional, pues no existe en este país un órgano ad-hoc para tales fines.

Las últimas intervenciones en este tema por parte de Alcalá-Zamora son marginales y además no dicen nada nuevo, sino que se remite a lo que antes ha escrito. Así lo vemos en la encuesta que le hace el “Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid” (número 2, 1979) y que reproduce en su libro Ensayos procesales, Edit. Tecnos, Madrid 1975. En el mismo sentido lo hace en su libro, uno de los últimos que publica en vida, titulado La protección procesal internacional de los derechos humanos, Edit. Civitas, Madrid 1975 (pp. 42-49) si bien se trata de la versión corregida y actualizada de un cursillo que impartió en México en 1969 y que publicó el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México 1974) conjuntamente con otras aportaciones en torno a los derechos humanos.

De lo expuesto es fácil concluir que sin lugar a dudas, la carrera procesal de Alcalá-Zamora empezó, como era natural en aquella época, en el Derecho Procesal Civil, luego se extendió al Derecho Procesal Penal (como lo demuestra la obra en tres tomos preparada conjuntamente con Ricardo Levene, h. y publicada en Buenos Aires en 1945) y a otros temas procesales específicos, y sobre todo a aspectos generales de la teoría procesal o del Derecho Procesal general. Y en cuanto al aspecto propiamente dicho del Derecho Procesal Constitucional, intuyó la necesidad de su existencia en la década del treinta, pero solo le da nombre en el periodo 1944-1945 como he señalado, pero nunca más vuelve sobre el tema, sino solo tangencialmente. Esto no desmerece su aporte, pues es indudable que Alcalá-Zamora hubiera podido hacer contribuciones notables a este campo si es que se lo hubiese propuesto. Pero el hecho de que viviese en México en una época en que regía los destinos del país un partido hegemónico, respetuoso de las formas pero no por ello menos imperativo, y considerando además que él era un exiliado español que debía observar ciertas reglas de comportamiento, es más que probable que haya asumido

inconscientemente una cierta cautela para tratar estos temas, al margen de que probablemente le atrajesen más otros aspectos de teoría general o del proceso civil. Sin embargo, la semilla dio sus frutos, pues es a partir de ahí que se empezará a hablar del tema precisamente en México, por obra de sus discípulos, en especial, de Héctor Fix-Zamudio.

3. ALGO SOBRE KELSEN Y SUS APORTACIONES

Durante mucho tiempo se ha señalado que Austria, gracias a la iniciativa de Hans Kelsen, había creado el primer Tribunal Constitucional del mundo, lo que hoy día por reacción tiende a ser relativizado, al extremo incluso de ser negada tal primacía. Conviene pues, recordar algunos hechos que permitan poner las cosas en su justo lugar.

Por un lado, tener presente como dato inobjetable que la primera vez que el Tribunal Constitucional aparece en una Constitución es en la checoslovaca de febrero de 1920, a la que sigue la austriaca de octubre de ese mismo año, es decir, meses después. Igualmente, Kelsen, de origen judío, nació en 1881 en Praga, que sería más tarde capital del nuevo Estado llamado Checoslovaquia, ciudad que hoy es capital de la República Checa, al haber desaparecido aquella, teniendo como vecina a la República Eslovaca, cuya capital es Bratislava.

Ahora bien, el Imperio Austro-húngaro, heredero del Imperio austriaco, tuvo una vida relativamente corta -si lo comparamos con los grandes imperios de la Historia - y se extendió de 1867 a 1918, momento en el cual colapsó, en forma simultánea y en parte como producto de la conclusión de la Gran Guerra, que el mismo Imperio había provocado cuatro años antes, con motivo del asesinato del príncipe Francisco Fernando en Sarajevo. Como fruto de ese desmembramiento, nacieron tres Estados: Austria, Hungría y Checoslovaquia: el resto de territorios del Imperio se incorporaron a sus vecinos: Polonia, Rumania, Yugoslavia e Italia. Cuando Kelsen nació era pues ciudadano del Imperio Austro-húngaro y fue así como su familia se trasladó, siendo Kelsen niño, a Viena, en donde se educó, hizo sus estudios escolares y universitarios e inició su carrera docente. Cuando nace Checoslovaquia como Estado independiente en 1918, Kelsen no tuvo el menor interés en asumir la nacionalidad de tal Estado, sino que se conformó con ser austriaco. En tal calidad, fue asesor jurídico del Canciller (Primer Ministro) Karl Rehnner desde 1918 y colaboró en la confección de varios proyectos constitucionales, la mayoría de ellos incluyendo el rol de un Tribunal Constitucional, que en cierto sentido era heredero del Tribunal del *Reich* y cuyo objetivo no fue tanto el control de la constitucionalidad de las leyes - como lo fue en Estados Unidos - sino el control o equilibrio de la Federación y los *länder*. Así las cosas, se va a dar en Austria, con la presencia y colaboración de Kelsen al lado de otros juristas y políticos, la primera Constitución provisional en noviembre de 1918. La

siguen otras, pero durante esas deliberaciones, quedará aprobada la ley de 25 de enero de 1919 que crea expresamente un Tribunal Constitucional para el nuevo Estado, sobre la base de una exposición de motivos que prepara Kelsen, y que en realidad solo tiene de nuevo el nombre. Pero las competencias del nuevo Tribunal se amplían por otra ley de 14 de marzo de 1919, lo que finalmente conduce a la aprobación de la Constitución de octubre de 1920, que consagra la institución.

En su vecina Praga, capital del nuevo Estado checoslovaco y muy cerca de Viena, se pasaba por un proceso similar, y además se vivían otros problemas derivados de la lengua y de las diferencias entre los pueblos que lo componían. Este proceso es llevado a cabo por juristas y políticos checoslovacos que conciben y concretan un Tribunal Constitucional, por influencia tanto de la tradición austro-húngara -de la que había sido parte- como de la influencia de los debates habidos en la comunidad austriaca, de la que Kelsen fue principal animador y de la que estaban debidamente noticiados. Y por razones algo largas de explicar, es claro que el modelo checoslovaco es más afinado que el austriaco; este último, influido mucho por el positivismo kelseniano, demoró en perfeccionarse. No obstante esto, conviene recordar algunos datos:

a) el Tribunal Constitucional checoslovaco funciona de 1920 a 1931; luego está inactivo por falta de renovación de sus miembros y se extingue en 1938,

b) En ese dilatado lapso dicta una sola sentencia en 1922, sin trascendencia alguna; para efectos prácticos no funcionó,

c) A raíz de la guerra, Checoslovaquia atraviesa diversas vicisitudes, y finalmente pasa a ser satélite de la URSS en 1948. En tal condición, inaugura nuevamente un Tribunal Constitucional en 1968, pero para cuidar básicamente la legalidad socialista y que tras diversos cambios tendría una actividad discreta,

d) Checoslovaquia como país desaparece en 1993 y se parte en dos: la República Checa y la República Eslovaca.

A diferencia de esto:

a) Si bien modesto en sus orígenes (1919 y 1920) el Tribunal Constitucional austriaco tendrá un funcionamiento interesante de 1921 a 1929: intervenido en 1930, queda desactivado en 1934 y luego Austria es anexada a Alemania en 1938 por las tropas alemanas en forma pacífica y sin resistencia. Cabe recordar, por otro lado, que en el periodo 1918-1919 Austria recién independizada buscó anexarse a Alemania, proyecto que no prosperó,

b) Austria es ocupada tras la Segunda Guerra Mundial, pero su Constitución de 1920 y su Tribunal Constitucional, son restaurados en 1945 y están en funciones desde entonces, habiendo tenido una serie de cambios y mejoras desde 1970,

c) Si bien la creación del Tribunal Constitucional austriaco en 1919 fue solo en el papel - como con ironía señala Cruz Villalón - hay que recordar que las creaciones jurídicas empiezan precisamente en el papel - en las familias jurídicas romanistas - y se consolidan con el tiempo, lo que precisamente pasó con el Tribunal Constitucional austriaco,

d) Por el contrario, del enorme esfuerzo hecho por la clase política checoslovaca de crear un Tribunal Constitucional en febrero de 1920 - también en el papel, pues no hubo ley previa - no ha quedado absolutamente nada ni registro alguno, y su existencia se vuelve cada vez más difusa. Aun más, se tiene clara conciencia de la influencia austriaca sobre la naciente Checoslovaquia y no al revés.

De lo anterior se desprende que Kelsen no es el autor de la Constitución federal austriaca ni tampoco el creador del Tribunal Constitucional, sino en todo caso uno de sus autores y quizá el más importante. Atribuir a un solo hombre la creación de una Constitución entera y de una institución, es sin lugar a dudas una exageración de escuela.

Sin embargo, lo que sí es cierto es que la fundamentación teórica de un Tribunal Constitucional solo se encuentra en Kelsen. Es él quien teorizó antes que nadie sobre el valor jurídico de la Constitución (en Europa, pues en Estados Unidos se aceptaba desde décadas atrás) y el que más insistió sobre el escalonamiento del orden jurídico, tal como lo concibe su escuela y él lo sistematiza en su libro *Teoría general del Estado* que es de 1925, curiosamente solo traducido al castellano (aun cuando hay una versión francesa del resumen que el mismo Kelsen preparó y del que también se hizo una temprana traducción castellana). Y fue Kelsen el primero y casi en solitario en fundamentar una jurisdicción constitucional con rigor y no solo de una jurisdicción estatal, como quería la tradición y lo aceptaba el mundo jurídico alemán, tal como lo expone muy bien en su intervención en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se lleva a cabo en Viena, en abril de 1928. La versión alemana de la ponencia de Kelsen a la que ya me he referido, utiliza el concepto de "jurisdicción constitucional". Pero en la versión francesa, que antecedió con una premisa y una mejor articulación en párrafos, se usan indistintamente los conceptos "jurisdicción constitucional" y "justicia constitucional" como equivalentes, que Kelsen nunca hizo, pues él siempre mantuvo la idea de que la justicia era un valor o dato metapositivo, y esa ambivalencia debe entenderse como una licencia que se tomó el traductor, que fue Charles Eisenmann, tal como se indica en el índice de contenidos de la "Revue du Droit Public..." de 1928, en donde apareció su ensayo.

Es decir, Kelsen no solo fue partícipe y co-autor del primer Tribunal Constitucional que aparece en Europa - no importa ahora su carácter defectivo, pero aparece normativamente - sino que fue magistrado y relator permanente del Tribunal, y además el primero que le dio una formulación teórica y fundamentación tan rigurosa y sugestiva, que ha sido casi inatacable durante varias décadas, y solo ahora aparecen cuestionamientos, pues se ven cosas que antes no se veían.

Por tanto, es evidente que no puede negarse el mérito de las contribuciones checoslovacas, pero lamentablemente dicho país hoy no existe y su influencia fue mínima durante el largo lapso en que existió solo de fachada, a diferencia del Tribunal austriaco, que no solo tuvo vida activa, sino un desarrollo posterior interesante y además

uno de sus gestores y magistrados le dio una fundamentación rigurosa, que nadie antes había hecho y con tal fuerza, que fueron necesarias varias décadas para poder remontar el modelo kelseniano, que pese a todo se mantiene como un referente obligado para los estudiosos. Muestra adicional de la resistencia que encontró en ciertos círculos la tesis austriaca, es la polémica que sostuvo Kelsen con Carl Schmitt, que tuvo resonancia y vasta influencia en la Europa de aquella época, y que hasta ahora perdura, si bien la tesis del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, es la que ha triunfado para efectos prácticos.

Como siempre sucede, los acontecimientos posteriores enriquecen y rectifican las primeras contribuciones, como es el caso de la experiencia europea de la segunda posguerra. Pero eso no puede desmerecer ni disminuir la importancia de la contribución austriaca en la formación

del modelo europeo de control constitucional, ni tampoco la teorización magistral que en su momento realizó Kelsen. Llamar, pues, al modelo europeo "austriaco" o "kelseniano" no importa desconocer méritos ajenos ni faltar a la verdad (cf. Otakar Flanderka, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie, tesis de doctorado, Fac. de Droit, París 1926; Charles Eisenmann, La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, L.G.L.G., París 1928 (reimpresión facsimilar por Économica, París 1986); Pedro Cruz Villalón, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, CEP, Madrid 1987; Beniano Caravita, Corte "giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi, I -La Corte Costituzionale austriaca-, CEDAM, Padova 1985; Theo Öhlinger, The genesis of the austrian model of constitutional review of legislation, en "Ratio Iuris", vol. 16, num.2, june 2003).

Notas

- * Ponencia presentada al Congreso de "Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional" (Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006).
-

La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano

Jorge Zavala Egas

Uno de los principios generales del Derecho es el de la buena fe, y una de las maneras de proteger y ampararla, como principio general, es la regla *venire contra factum proprium nulli conceditur* por la cual se sanciona como inadmisibile toda pretensión contradictoria de un sujeto, a un comportamiento previo del mismo, que generó confianza legítima (buena fe objetiva) en otro.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU FUNCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Los principios generales es un capítulo de las Fuentes dentro de la Teoría General del Derecho y, por lo tanto, con implicaciones en el Derecho privado como en el Derecho público, siendo para el primero un medio subsidiario de interpretación y aplicación de la Ley (Art.18 Código Civil) para la integración de las lagunas del Derecho; siendo para el segundo fuente del Derecho de directa aplicación.

2. Para nosotros *fuentes del Derecho* son las normas por medio de las cuales se manifiesta todo el proceso de producción y de aplicación del Derecho, mediante la incorporación de normas jurídicas al Ordenamiento. Las *fuentes* son normas jurídicas, son aquellas reglas que son eficaces con carácter *erga omnes*. Lo que nos hace aceptar que su estructura es distinta a la de las *proposiciones* o *reglas jurídicas*, pues éstas se componen de un supuesto de hecho y una consecuencia, mientras que los *principios* sólo contienen una prescripción de conducta general; pero tanto las proposiciones o reglas como los principios son *normas jurídicas*¹.

3 Cuando no hay normas propias del Derecho Administrativo que aplicar, esto es, en el caso de *lagunas de ley* o de *imperfcción legislativa*², se aplican los principios generales del Derecho antes, incluso, que las normas del Derecho privado, pues aquél no es un conjunto de *normas especiales* ante ausencia se aplican las del Código Civil, es un Ordenamiento *autónomo* que se integra con sus propias normas.

4. Ahora bien, si el principio general no se encuentra escrito ¿cómo se lo encuentra?, además ¿cómo se lo diferencia de una simple idea o concepción subjetiva de la justicia? Creemos que el jurista que alegue la existencia de un principio deberá (al menos en la medida de lo posible) fundamentarlo en datos objetivos; datos que, si bien no pueden proporcionar una prueba plena de su existencia, sí que le permitirán demostrar que no se trata de un juicio de valor personal. Para ello deberá acudir a la técnica jurídica y utilizar todos los recursos para probar que la idea que pretende elevar a categoría general de principio jurídico es realmente tal y no una mera apreciación subjetiva. Podrá acudir a precedentes anteriores en los que el hipotético principio pueda haber servido de fundamento o inspiración; precedentes que podrán ser no solo judiciales, sino también prácticas administrativas, o incluso la propia costumbre. Se trata de probar que esa *idea* no es personal de quien la alega sino que se encuentra en la conciencia de la comunidad; por ello, cualquier aplicación de la misma sirve, si no para deducir su carácter general, si, al menos, para demostrar que es más que un juicio de valor³.

5 La técnica institucional de GARCÍA DE ENTERRÍA⁴ para descubrir un principio general es determinante, se trata de comprobar si existe alguna *institución jurídica* organizada en torno a la idea-valor de la comunidad, si existe es que se han materializado y constituyen principios generales del Derecho.

6 Hay principios generales cuya evidencia es innegable, tal es el de la *buena fe* que nadie osa negar como una realidad en la conciencia social de cualquier comunidad. Es, pues, un principio jurídico universal y siendo la *idea de la buena fe* de tal evidencia, es demostración que forma parte de la conciencia jurídica de la colectividad y vive en sus instituciones jurídicas, por tanto, que es un *principio general del Derecho*.

BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA REGLA DE LOS ACTOS PROPIOS

7. Comencemos por afirmar y reconocer que el principio general de buena fe rige en todos los Ordenamientos jurídicos del orbe, es fuente universal de Derecho y se aplica en todos sus ámbitos, tanto público como privado. *Es inconcuso el principio de derecho universal de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos* - *«venire contra factum proprium»*, ha dicho la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana en el fallo que citamos más adelante (*infra* 37).

8 El sistema jurídico no admite el *ejercicio de ningún derecho subjetivo* en forma abusiva. El Derecho no tolera el *abuso del derecho*, por ejemplo, ir contra la buena fe, principio que no se aplica sólo y exclusivamente al ejercicio de los derechos, sino que es exigible que exista en todo acto con trascendencia jurídica.

9 Tiene sus orígenes en la época de la Glosa en Italia (siglo XI) cuando se redescubre el *Corpus Iuris Civilis* y se comienzan a agrupar textos, se sintetizan los mismos y se construyen reglas y principios jurídicos que dieron origen a los brocardos⁵. Uno de estos es la regla *venire contra factum proprium nulli conceditur*, también formulada como *adversus factum suum quis venire non potest* (ACCUREIO). Esta regla estructurada de los principios romanos consiste en impedir un resultado conforme al estricto derecho civil, pero contrario a la equidad y a la buena fe. Operaba como una excepción, similar a la *exceptio doli*⁶, que podía ser opuesta a una acción fundada civilmente.

10. Nuestro Derecho, el ecuatoriano, no sólo instituye el principio general de buena fe, sino que lo impone a todo el Ordenamiento jurídico nacional, público y privado, vía Constitución Política de la República, por disponer su Art.97 como deber de todo ciudadano *“decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada”*.

11. Los principios *pacta sunt servanda, semper y bona fides* quedan de este modo insertados en la cúspide misma del sistema jurídico nacional, impregnan todo el Derecho privado y el público administrativo, por ello el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo (ERJAFE) impone a la actividad de la Administración Pública ecuatoriana varios principios y entre éstos el de *“respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”* (Art.101).

12. Claro está que esto no significa que la buena fe objetiva (confianza) no existía como principio general del Derecho desde antes y que su protección no estaba estructurada desde tiempo inmemorial con el brocardo *«Nemo potest contra proprium factum venire, nec quisquam audiendus est propiam allegans turpitudinem»* o sea *«Nadie puede venir contra sus propios actos, y no debe ser oído el que quiere defenderse alegando su propia torpeza»*.

13. Luego, no queda duda alguna que el principio de buena fe *objetiva*, esto es, la situación de confianza que tiene un sujeto sobre que un acto surtirá, en un caso concreto, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha

producido siempre en idénticos casos, impera en el Derecho público administrativo y debe ser protegido lo más eficazmente posible. La *confianza legítima* (buena fe objetiva) es, pues, una situación jurídica digna de ser respetada y, por ello, se sanciona la conducta de la Administración pública que la vulnera. Por lo dicho, podemos afirmar que de todo comportamiento, de cualquier conducta de la Administración Pública que atente contra la buena fe o que viole la confianza nacida de sus propios actos, surgen consecuencias jurídicas.

14. Existe el deber jurídico del Estado, a través de los actos y contratos de la Administración Pública, de actuar con buena fe y, por ello, existe la norma que determina su responsabilidad por incumplirlo y nace como *regla de derecho* la de los actos propios que *sanciona* como no admisible toda pretensión, aun cuando lícita de la Administración Pública, pero que es, objetivamente, contradictoria con respecto a su conducta anterior y esto porque se basa en la *confianza* que se genera en otro sujeto de buena fe a partir de la primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría lesionada si fuese admisible aceptar y dar procedencia a la posterior pretensión contradictoria.

15. En la sentencia del Tribunal Supremo español No. 73/1988 de 21 de abril, de la que fue ponente el profesor DIEZ – PICAZO y PONCE DE LEÓN, el mejor investigador de la regla de los actos propios de habla latina, explica que *“hay que señalar que llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de «venire contra factum proprium», surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos. Quiere ello decir que aunque tal doctrina puede ser aplicable a las relaciones jurídicas regidas por el Derecho administrativo y por el Derecho público en general, como ha venido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo puede serlo con las necesarias matizaciones, que no la desvíen de los principios rectores que constituyen su fundamento último, que son, como acabamos de recordar, la protección de la confianza y la protección de la buena fe...”*.

16. Es de importancia destacar que la regla de Derecho de los actos propios es conceptualmente una *«sanción»* a la *conducta contradictoria* enjuiciada en forma *objetiva*, por eso, para la doctrina de los actos propios, no interesa la voluntad dirigida del acto inicial, o sea la intención con que se lo realiza, o por qué lo cometió, el motivo, sino la *confianza* que ese acto genera en un tercero. Por esto se afirma que el sustento de la doctrina de los actos propios es la protección de la confianza entregada – conforme la buena fe – en una conducta coherente de la Administración Pública.

17. En consecuencia, la obligación que impone la buena fe de comportarse en forma coherente obliga a san-

cionar con la *inadmisibilidad* de la pretensión de la Administración Pública u otro sujeto que los pone en contradicción con su conducta anterior, sin que tenga trascendencia o afecte a ello que la pretensión por sí sola sea legítima y pueda ejercitarse en otros casos. Así, un contrato puede ser nulo, pero la alegación de nulidad, legítima por sí sola, no es permitida a la parte que conociendo o debiendo conocer el vicio, ejecutó el contrato. Todo comportamiento que no sea compatible con la conducta válida precedente, debe ser sancionado con la improcedencia, inadmitiendo el juez o la autoridad la alegación que le proporcione legitimidad.

18 Para ejemplificar lo dicho, imaginemos el caso de una empresa que, sin suscribir un contrato que sí han celebrado otras dos personas jurídicas, por propia voluntad, asume como propias, luego de conocidas, las convenciones que se estipularon en éste por las partes originales, a tal punto que su conducta en forma continuada, a través de sucesivos actos, ha sido la de aceptar y ejecutar lo acordado por los que suscribieron el contrato original, suscitando la confianza de las partes en el negocio jurídico que acatará todas las cláusulas convenidas, tal y como si las hubiere suscrito.

19. Agreguemos al supuesto anterior que la persona que entra a ejecutar el contrato, en plena armonía con los cocontratantes, sepa, crea o tenga fuertes dudas si ella puede ser parte del contrato por su sola voluntad, pues sabe, cree o duda de si requiere de autorizaciones de autoridades de control administrativo y otras formalidades.

20. En el ejemplo que acabamos de proponer la eventual nulidad contractual queda descartado que pueda ser alegada por la parte interviniente, sea como acción o como excepción, pues ha quedado vinculada por su conducta inicial que ha generado confianza en los cocontratantes o a terceros y, por la regla de los actos propios, su alegación debe ser inadmitida, no es oída, opera el *nemo auditur* y se le hacen exigibles todas las obligaciones contractuales.

21 Para el análisis de este ejemplo desagregamos los diferentes elementos que integran el caso y el primero que se destaca es *una conducta* realizada por la misma persona jurídica que es la nueva empresa interviniente, pero ello no es suficiente para aplicar la regla de derecho de los actos propios, es necesario, además, que la conducta (comportamiento) tenga *relevancia jurídica* y *genere confianza* en un tercero. La trascendencia de la conducta para el Derecho (*relevancia jurídica*) equivale a que posea valor jurídico sin importar la forma en que se cumplió, esto es, se trata del comportamiento por sí mismo, por su facticidad pura generando efectos jurídicos. Por ello, se excluyen como conductas relevantes para la regla de los actos propios las simples opiniones, las manifestaciones de deseo o la comunicación de puras intenciones que son conductas efectivas, pero *jurídicamente irrelevantes*, pues no producen consecuencias para el Derecho. Además, como dijimos, la conducta inicial o precedente debe ser idónea para *suscitar la confianza* de un tercero por la expectativa que le genera en los hechos su comportamiento. En el caso propuesto, la conducta inicial de la nueva empresa fue la de conocer, aceptar y ejecutar las

reglas del contrato privado ya existente entre otros, someterse voluntariamente a éste, entendiendo que es una conducta cometida de buena fe, idónea para generar la confianza legítima en sus asociados que gozará de los beneficios y cumplirá con las obligaciones convenidas en contrato que no ha suscrito.

22. El segundo elemento que resalta es la *unidad de situación jurídica*, pues la actuación de la nueva empresa interviniente se produce en el marco de una misma relación jurídica con respecto a las otras, cual es, la de ser partícipes en un contrato para el cumplimiento de cierto objetivo. Precisamente, cuando se da la *identidad de la persona* en una *misma relación jurídica* con otra, es que la contradicción de conductas revela su lesión al principio de buena fe y destrucción de la confianza legítima depositada en la persona que se contradice.

23. El tercer elemento que integra la realidad que analizamos es la *pretensión de conducta contradictoria* de la empresa interviniente dirigida contra sus otros asociados, posterior en el tiempo a la conducta inicial y continuada por aquella en la relación jurídica mantenida con ésta, alegando la inexigibilidad del convenio por cuanto, según sus actuales palabras, jamás lo ha reconocido como vigente en *forma expresa* y que, en definitiva, por falta de autorizaciones y formalidades para ser parte de ese contrato, éste no le es exigible ni en todo ni en parte. Esta pretensión de la empresa fuese admisible, para su enjuiciamiento, como susceptible o no de protección si se la aprehende por sí sola o en otro contexto, es decir, *si no se hubiese dado la primera conducta, la inicial o precedente, pero por ésta es que se torna inadmisibile*. No es jurídicamente lícito darle procedencia a la pretensión que contradice la primera conducta relevante cuando se manifiesta dentro de la misma relación jurídica en que se ejecutó ésta. He aquí la contradicción. Si se aceptó y se cumplió el convenio por parte de la empresa, se recibieron los beneficios, no puede ésta alegar, ahora, como acción o como excepción, su invalidez o ineficacia jurídicas. Es decir, no puede impugnar un acto propio, pues ello es, precisamente, lo que está prohibido.

24. Ahora bien, identificados todos los elementos de la realidad que se ha producido, el Derecho reacciona protegiendo la buena fe y la confianza legítima, constitucional y legalmente garantizadas, sancionando con la inadmisibilidad cualquier acción o excepción que contenga un *venire contra factum proprium* por parte del agente de la conducta inicial. La doctrina de los actos propios, desde sus inicios⁷, considera inadmisibile intentar volver contra el propio comportamiento cuando:

a Este fue legítimo;

b Si fue ilegítimo el primer acto, la ilicitud proviniera de no haberse cumplido con las formalidades legales del acto o los presupuestos legales de eficacia o no hubieren concurrido todas las declaraciones de voluntad necesarias.

25. La regla de los actos propios ha sido reiteradamente aplicada por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en varios casos de derecho privado tales como la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia en Fallo de 28-05-1996 R.O. 24 de 12 de septiembre

de 1996 suscrito; el Fallo de la misma Sala, expediente No. 266 - 99, R. O. No. 320 de 19 de mayo de 1999. Fallo de la Primera Sala de 17-5-2001. R. O. 363 6 de julio de 2001 que lo recepta y se adhiere a la tesis que "es inconcuso el principio de derecho universal de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos - «venire contra factum proprium». El sujeto que voluntariamente ha celebrado un negocio jurídico se encuentra desposeído de todo poder de impugnación frente al acto o contrato que concluye y, por consiguiente, carece de debida legitimación sustantiva para presentarse como opositor a la ejecución del negocio en que participó...".

LA REGLA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL ESTOPPEL ANGLOSAJÓN

26. Cuando se analiza la regla de los actos propios es necesario hacer referencia a la institución del *estoppel*, propio del derecho anglosajón, creación de su jurisprudencia, el que se ha definido como el principio que impide a una parte alegar o probar en el proceso que un hecho es diferente de lo que aparenta, según las circunstancias⁸. Tiene varias modalidades y es la del «*estoppel by representation*» la que aquí interesa y aparece cuando una persona, por sus palabras o conducta ha puesto de manifiesto ante otro un hecho, de modo claro e inequívoco, ya sea con el conocimiento de su falsedad o con la intención de que se actúe en consecuencia, o se ha conducido de tal manera que el otro, como hombre razonable, pudo entender que la manifestación del hecho ha tenido lugar para que se actúe en consecuencia, y *ese otro ha actuado sobre la base de tal manifestación y con ello ha alterado su posición en detrimento propio*⁹. De manera más breve, en el *Corpus Juris Secundum* (edición 1964, vol.31, pág.288) se dice que *estoppel* significa que *aquel que por su hecho o conducta ha inducido a otro a actuar de una manera determinada, no podrá adoptar una posición, actitud o curso de conducta contradictorio y, con ello, provocarle una pérdida o daño*¹⁰. Por ejemplo, el acreedor que no demanda a su deudor por las promesas recibidas de ser cancelado cuando se produzca un hecho determinado, pretendiendo aprovecharse luego el deudor de la prescripción extintiva de la acción de cobro, proponiéndola como acción¹¹.

27. De lo expresado se desprende que quien confía en la apariencia creada por otro individuo, pero no actúa en consecuencia, cuando ese individuo destruya tal apariencia, no estará ante peor situación que aquella en la cual estaba antes de que dicha apariencia fuera creada. Aquí no opera la protección jurídica del *estoppel*. En este elemento: la actuación del otro motivado por la apariencia creada en su propio detrimento (*estoppel*), radica la diferencia sustancial con la regla de los *actos propios* para la que esa actuación del otro, en su propio perjuicio o daño, no es necesario que se produzca, pues basta la conducta contradictoria con la conducta anterior, para que se lesione el principio de la buena fe.

28. En ciertos casos, como en el del ejemplo, la simple contradicción es incompatible con la buena fe, pues la empresa interviniente ha obtenido beneficios cuando asumió con su conducta inicial el contrato ya perfeccionado por los otros, pero, ahora, no desea asumir una consecuencia negativa de esa conducta y es su pretensión repudiarla o no reconocerla; pero es que *qui sentit commodum, sentiret debet onus*, en traducción libre: "quien disfruta la ventaja (ganancia) debe también soportar la carga (pérdida)".

29. En conclusión, nuestra tesis para el caso del ejemplo es la de aplicar la regla de Derecho de los *actos propios*, esto es, concretamente, que se aplique la sanción de inadmisibilidad a la alegación y pretensión contradictoria a la conducta inicial de la empresa que actúa en conformidad con un contrato previamente celebrado por otros y que, posteriormente, proclama su nulidad por el incumplimiento de requisitos formales y elementos necesarios para la formación de la voluntad, aun cuando estos requisitos y elementos efectivamente eran necesarios para la validez del convenio.

30. Esta es la doctrina de los *actos propios*, afirmando su diferencia con el *estoppel* anglosajón, la misma que jamás ha sido discutida en su aplicación a las relaciones jurídicas en el Derecho privado.

LA REGLA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL DERECHO PÚBLICO: CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

31 Desde 1994 el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva define lo que es contrato administrativo, en el artículo 75 expresando que *es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa*.

32. Luego, *no es contrato administrativo* el acto multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales ninguna está en ejercicio de la función administrativa, aun cuando una sea persona de derecho público. En estos casos, existe contrato, celebrado por la administración pública, pero regulado por el Derecho privado.

33 Es el contratar en *ejercicio de la función administrativa*, lo que tiene trascendencia para el *contrato administrativo*, no importa si el sujeto contratante es persona de derecho privado o público, la trascendencia jurídica radica en que el sujeto esté atribuido de potestad administrativa para el cumplimiento de una finalidad pública y que contrate para el cumplimiento de su finalidad propia, ejerciendo competencia específica. Si el contrato se celebra por un sujeto que no ejerce poder público y para lograr un objetivo no directa ni inmediatamente relacionado con los fines propios a cumplir y para los que se le ha atribuido potestad pública, se excluye como contrato administrativo.

34. Se concluye, en este punto, en que el ejercicio de la potestad pública es lo que marca la diferenciación entre acto jurídico privado y acto administrativo (Art.65 ERJAFE) y, también, entre contrato de la Administración sujeto a derecho privado y contrato administrativo, de naturaleza jurídica pública (Art.75 ERJAFE).

35. No queda duda alguna, por otra parte, que la doctrina de los actos propios siempre se debe aplicar a los actos de la Administración Pública, o lo que lo mismo, en el ámbito del Derecho público, pues en éste, como es obvio, también impera el principio de buena fe, así lo ha entendido nuestra Corte Suprema de Justicia: "...los más elementales principios de equidad y buena fe, que deben primar en todo acto de la Administración Pública. 21-VII-2004 (Resolución No. 221-04, R.O. 496, 4-I-2005)". En este Fallo aplicando la regla de derecho de los actos propios: *Tampoco es jurídico, que las partes aleguen a su favor el dolo, la culpa o el error con que hayan actuado. Resulta insólito que la inobservancia de la Ley por la autoridad nominadora del IESS, pretenda le favorezca, en perjuicio de la actuación de buena fe de la servidora...* - 29-XI-94 (Expediente No. 62-94, R.O. 590, 15-XII-94). O bien, en el Derecho público la "*aplicación de los Principios Generales de Derecho; que como bien se conoce, son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el 'substratum' mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica, y que como ejemplos bien se pueden señalar: la equidad manifiesta, la racionalidad, la buena fe, la proporcionalidad de los medios a los fines, la naturaleza de las cosas, etc...*" - 23-V-2000 (Expediente No. 119-2000, R.O. 162, 13-IX-2000).

36. Pero antes de seguir es preciso ubicar lo que pretendemos refutar, para ello es preciso exponer lo que se ha llegado a afirmar por parte de profesionales del Derecho: *el Estado ecuatoriano no debe reconocer contrato alguno del cual el Estado sea parte, cuyos términos sean definidos sólo en virtud de la conducta de las partes o en virtud de acuerdos verbales*. Esta aseveración la rechazamos de plano si se quiere hacerla extensiva a la regla de los actos propios, negando su aplicabilidad al Estado, por el simple hecho de serlo o por ser todo lo suyo (administración pública, empresas públicas, etc.) inmune a la exigibilidad de la buena fe.

37. Dentro del marco de una concesión hidrocarburífera y de lo transcrito parece que se justificaría la postura de una empresa (por ejemplo PETROECUADOR) del Estado que sería la siguiente: 1) existe un contrato privado anterior que la empresa estatal no ha suscrito por no ser concesionaria aún; 2) este contrato está vinculado, tiene conexidad con uno de Concesión (contrato administrativo), en el cual la empresa estatal entra a formar parte, con posterioridad a su celebración, como concesionaria; 3) el contrato privado regula los actos de las partes entre sí en la operación de la Concesión que es objeto de otro contrato público-administrativo; 4) la empresa del Estado acepta la normativa del contrato privado y adecua su conducta a éste en forma continua, creando el convencimiento de su aceptación y cumplimiento futuro a todos y, 5) después, la misma empresa estatal, adopta la siguiente

postura: mi conducta precedente no tiene trascendencia ni me obliga, pues no he suscrito el contrato privado, si bien he actuado con conocimiento de éste, también he acatado sus reglas, reconozco que he recibido los beneficios de su ejecución, pero esos actos voluntarios no me vinculan al contrato privado que lo desconozco y, finalmente, no reconoceré obligación alguna surgida por mi conducta anterior.

38. Por lo tanto, ante este caso se hace necesario ubicar lo esencial del tema y lo hacemos de la siguiente forma: existe una conducta inicial de la empresa estatal de conocer, aceptar y ejecutar el convenio durante todo el tiempo que otra empresa, parte del consorcio, fue operadora de la concesión conjunta, pero ahora manifiesta su pretensión contradictoria con su anterior comportamiento y ésta se dirige al Juez para que declare que no está vinculada a respetar las obligaciones generadas (daños a terceros, por ejemplo) a causa de la operación de la otra empresa, en virtud del contrato privado, a pesar de haber recibido sus beneficios, pues ese contrato es nulo con su intervención ya que legalmente se requería que sea por escrito y algunas autorizaciones de órganos de control varios. ¿Debe ser esta pretensión admisible por el Juez? No, de acuerdo con la regla de derecho de los actos propios, aplicable a la conducta de las personas que son reconocidas como instituciones del Estado en el artículo 118 de la Constitución Política de la República.

39. De lo que se trata es de decidir si la regla de los actos propios impide a las empresas del Estado desconocer la *situación jurídica surgida por su propia conducta, a pesar que un contrato pueda ser nulo*. Nos referimos a si el Derecho debe amparar la situación de confianza de los consorciados y de terceros, sobre que el comportamiento futuro de esa empresa iba a ser concordante con el contrato que naciera antes. O, por el contrario, si se le permite contradecir su comportamiento precedente de aceptación del contrato, aceptando su alegación sobre la nulidad e ineficacia de éste¹².

40. La institución y doctrina de los actos propios no se enfrasca en los problemas de la *voluntad negocial*, se sustenta más bien, en forma clara, en conductas, y no en actos jurídicos como los contratos. Lo que vincula con efectos jurídicos es el comportamiento, no el contrato. El contrato podría haber sido válido o nulo, ese no es el objeto de análisis. Se trata de conductas que sean reveladores de la postura del autor de los mismos definiendo su situación jurídica frente a otro. Pese a que la institución se conoce como "*actos propios*" no es «*un acto*» aisladamente tomado en cuenta el que produce efectos vinculantes a la conducta subsecuente de su autor, salvo que el acto por sí solo sea expresión de una actitud, de un proceder general, de una conducta. Se requiere de una intención, que se trate de actos que el autor haya realizado como expresivos de una voluntad y de una aceptación del ejercicio efectivo de un derecho o el cumplimiento de una obligación, lo que determina la asunción de las consecuencias de sus propios actos. Comportamiento que demuestre la voluntad de una proyección indubitada de la situación jurídica asumida al inicio que es, en este caso, ser parte del convenio.

41 Comportamiento, no actos jurídicos; conductas, no contratos es el sustento de la doctrina de los actos propios y, además, tales comportamientos llevan una evidencia significativa de la situación jurídica que ha adoptado su agente. Esta es la conducta que vincula a su autor, la que debe tener validez y eficacia jurídicas y, por tanto, imposible que sea impugnada por cualquiera afectado y, tampoco, puede servir de sustento para iniciar una acción de lesividad contra aquélla por parte de la misma Administración ante los jueces, ni procede la de revisión de oficio por nulidad, dadas las características de validez y eficacia que posee. En Derecho Administrativo la doctrina de los actos propios opera cuando la Administración, mediante actos válidos y con eficacia jurídica, haya demostrado su intención de consolidar una situación jurídica.

42 Lo que la institución jurídica de los *actos propios* protege y tiene por objeto no es que surja o se celebre contrato alguno, sino la defensa de la confianza generada por la conducta, por los actos precedentes de la empresa estatal, en otras palabras, otorga protección jurídica a la buena fe con que se debe actuar en el tráfico negocial. Si la Administración Pública, por ejemplo, otorga plazo para remediar daños ambientales al arrendatario de un lote que lo explota como cantera, no puede declarar la caducidad del contrato por la existencia de esos daños, sin que el plazo otorgado se haya vencido, pues ello implica lesionar la expectativa, la confianza generada a la contraparte por parte de la Administración. Eso, en definitiva, es atentar contra el principio de buena fe, lo cual no es admitido por el Derecho.

43 Por eso, en el Derecho público administrativo general, incluido el ecuatoriano, está prohibido que las resoluciones de la Administración pública declarativas de derechos a favor de los particulares puedan ser revocados en sede administrativa, pues, como es obvio, ello implicaría, además de la especial prohibición normativa, un *venire contra factum proprium*. Resaltemos el hecho de que la empresa estatal no niega haber conocido el convenio, tampoco desmiente su conducta adecuada al acuerdo como parte de éste, sólo se apoya en el argumento de la necesidad de un consentimiento contractual expreso y manifestado por escrito, así como a las solemnidades y más autorizaciones previas requeridas, cuya omisión traerá como consecuencia la nulidad absoluta del presunto contrato. Para esa conclusión se parte de la premisa que el contrato no ha sido, ni hubiese podido ser, adoptado por la empresa del Estado ni por ninguna entidad o dependencia pública de la República, sin los requerimientos formales que exige la Ley de Contratación Pública, sin embargo la realidad es que la empresa estatal lo aceptó, lo cumplió y lo ejecutó.

44 Suponiendo que el argumento de la nulidad tenga razón, pero, sin embargo, en el campo de los hechos su conducta precedente fue la de aceptación del contrato y formó parte de éste, ¿cómo resuelve el Derecho ecuatoriano este caso? En primer lugar, preguntando si el primer acto de la empresa fue jurídicamente válido y eficaz. Es decir, al ingresar al consorcio la empresa estatal ecuatoriana estaba en calidad de operadora del mismo otra empresa del mismo consorcio, actuando como tal a nombre

del mismo, y con las reglas derivadas del convenio privado. La empresa estatal aceptó esa operación bajo las reglas que habían convenido las otras empresas y este es el acto original o inicial de plena validez y eficacia jurídicas, pues la participación de la empresa estatal en el consorcio cumplió con todos los requisitos formales exigibles. En otras palabras, cumplió con todos los requisitos legales para ser parte del Consorcio y por su propia voluntad adaptó su conducta al convenio previo, aceptándolo y ejecutándolo. Este es el comportamiento de la empresa estatal. El contrato es una realidad diferente al comportamiento de la parte, es éste el que da nacimiento a una situación distinta, que es la constituida por la buena fe determinante de la confianza en su postura jurídica acorde con las normas del contrato privado. No se protege el contrato, se ampara la buena fe y la confianza de la otra parte nacidas de la conducta de la empresa estatal.

45. Estamos frente a una realidad: la empresa del Estado conoció, aceptó, formó parte y ejecutó el contrato, sin embargo no reconoce ninguna consecuencia jurídica de tal comportamiento, pues no se cumplieron, afirma dicha empresa, con ninguno de los procedimientos administrativos supuestamente exigidos, sea por error o simple omisión y, por una u otra causa, no se adoptaron los trámites, no se solicitaron las autorizaciones ni se peticionaron los informes que eran necesarios para celebrar el contrato. La afirmación es vana, inoqua e intrascendente, pues el tal contrato jamás se suscribió por parte de la empresa estatal. Lo que se debe aceptar es que lo que está en análisis no es la validez de un contrato por falta de requisitos previos o solemnidades, sino los efectos jurídicos del comportamiento de la empresa del Estado adecuando su conducta a ese contrato. En definitiva, que el contrato puede ser nulo – que no lo es –, pero que a la empresa del Estado le está prohibido alegar tal nulidad, y si la alega, la misma es inadmisibles y los jueces no le dan procedencia.

46 La empresa estatal, en definitiva lo que dice, es que efectivamente su comportamiento fue el descrito y que por error aceptó y ejecutó las convenciones constantes en el contrato. Bajo la hipótesis que existió ese error, sólo imputable a la Administración Pública, en nuestro Ordenamiento jurídico no existe la posibilidad que éste cause perjuicios a los particulares. En efecto, prescribe el ERJAFE:

“**Art.96.-Actos propios.-** Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este Estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocía, o debían conocer, que deban ser solicitados o ser llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.”

47. Se trata de la regla *nemo auditur* que se integra a veces, como en este caso, con la doctrina de los *actos propios* por tener igual efecto: prohibición de escuchar a quien va contra sus propios actos, así como al que alega su propia torpeza. «*Nemo potest contra proprium factum*

venire, nec quisquam audiendus est propiam allegans turpitudinem»¹³. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en su fallo No.162-2004. R. O. No. 553 de 29 de marzo del 2005 dijo:

“Finalmente, este Tribunal recuerda al recurrente que el artículo 1726 del Código Civil niega el derecho a alegar la nulidad absoluta a quien ha ejecutado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, en aplicación del aforismo que nos viene desde Roma. “*nemo auditur propium turpitudinem allegans*”...”.

48 El Ordenamiento jurídico ecuatoriano veda la posibilidad que la empresa estatal pueda, contradiciendo su conducta precedente, alegar contra la validez de las estipulaciones convenidas y, mucho menos, invocando incumplimientos formales que sólo a ella correspondía cumplir, en el supuesto no consentido que fueron exigibles para ingresar al Consorcio.

49. Por otra parte. ¿es ajeno al Derecho público ecuatoriano los efectos de los *actos propios*? Definitivamente no, lo ha acogido nuestro Ordenamiento jurídico, tanto en su vertiente privada o civil, como pública o administrativa, ésta se concreta en norma positiva como vimos antes al transcribir el Art. 97 de la Constitución y el Art.96 del ERJAFE. Ha sido receptado y aplicado por la jurisprudencia de la Corte Suprema ecuatoriana, como ya vimos. No es ajeno a ningún Ordenamiento que admite que la buena fe es parte sustancial del tráfico jurídico, público o privado, pues es un principio de Derecho universal, tal como lo declara el Fallo de la Primera Sala de la Corte Suprema, Civil y Mercantil, de 17-5-2001. R. O. 363 6 de julio de 2001 ya citado.

50. Veamos el siguiente fallo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, R. O. No.24 de 12 de septiembre de 1996 en el que se reitera:

“Es inconcuso el principio de derecho universal, de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual *nadie puede ir válidamente contra sus propios actos -venire contra factum proprium-*. El sujeto que voluntariamente ha celebrado un negocio jurídico se encuentra desposeído de todo poder de impugnación frente al acto o contrato que concluyó y, por consiguiente, carece de debida legitimación sustantiva para presentarse como opositor a la ejecución del negocio en que participó...” (El resaltado es propio).

51. Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Neira Alegría y otros” dijo en su fallo de 11 de diciembre de 1999:

“29. De lo expuesto surge, pues, que el Perú sostuvo el 29 de septiembre de 1989 que las instancias internas no se habían agotado en tanto que, un año después, 24 de septiembre de 1990, ante la Comisión y ahora, ante la Corte, afirma lo contrario. Según la práctica internacional cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera. Para la segunda actitud rige la regla de *non concedit venire contra factum proprium*”.

52. Lo que está prohibido aceptar es lo que en este caso acaece: primero, la empresa estatal ecuatoriana asume

objetivamente, con actos propios y manifiestos, los derechos y obligaciones del contrato y, después, alega la misma empresa, que lo repudia, que debió cumplir con requisitos que omitió por error y que es nulo *ab initio* tal acuerdo. Esta alegación no tiene procedencia, no se la considera, se la desecha, pues contraviene el principio de buena fe inherente a toda relación jurídica, en otras palabras, la empresa estatal hace un uso *abusivo del derecho*. En efecto, en estos casos, como el que estamos analizando, se ha pronunciado la jurisprudencia alemana:

“... cuando la parte contratante afectada considera válido el contrato durante años, obteniendo beneficios del mismo, y sólo cuando le resulta incómodo y les produce obligaciones onerosas pretende eliminarlo. Entonces no cabe duda que no es la producción de la nulidad lo que merece ser tachado de conducta inadmisibles, sino su invocación”¹⁴.

CONCLUSIONES

1era. En Derecho Público Administrativo los principios generales del Derecho son fuentes del Derecho y se aplican, en forma directa, por los operadores jurídicos a la solución de cualquier caso que no esté previsto en norma escrita alguna, aún antes que acudir a las normas jurídicas de Derecho privado.

2da. Uno de los principios generales del Derecho proclamado es el de la buena fe, es fuente de Derecho en forma universal y una de las maneras de proteger y ampararla, como principio general, es la regla *venire contra factum proprium nulli conceditur* por la cual se sanciona como inadmisibles toda pretensión contradictoria de un sujeto, a un comportamiento previo del mismo, que generó confianza legítima (buena fe objetiva) en otro.

3era. La regla del *venire contra factum proprium* significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno, y la regla de buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita, por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos.

4ta. Se ha llegado a afirmar por parte de profesionales del Derecho que *el Estado ecuatoriano no debe reconocer contrato alguno del cual el Estado sea parte, cuyos términos sean definidos sólo en virtud de la conducta de las partes o en virtud de acuerdos verbales*. Esta aseveración la rechazamos de plano si se quiere hacerla extensiva a la regla de los actos propios, negando su aplicabilidad al Estado, por el simple hecho de serlo o por ser todo lo suyo (administración pública, empresas públicas, etc.) inmune a la exigibilidad de la buena fe. No nos adherimos a la afirmación.

5ta. Lo que está prohibido aceptar por el Derecho es lo que en este caso acaece: primero, el Estado o la empresa estatal ecuatoriana asume objetivamente, con actos

propios y manifiestos, los derechos y obligaciones del contrato y, después, alega el Estado o la misma empresa que lo repudia, que debió cumplir con requisitos que omitió por error y que es nulo *ab initio* tal acuerdo. Esta alegación no tiene procedencia, no se la considera, se la desecha, pues contraviene el principio de buena fe inherente a toda relación jurídica, en otras palabras, la empresa estatal hace un uso *abusivo del derecho*.

6ta. El Estado o una empresa estatal queda vinculada a su comportamiento previo y está jurídicamente imposibilitada de alegar, en conducta contradictoria, contra la validez o eficacia jurídicas de su primer acto vinculante, su derecho subjetivo queda limitado por la regla de los actos propios.

Notas

- 1 ZAVALA EGAS, Jorge. *Introducción al Derecho Administrativo*. EDINO, Guayaquil, 2003, págs. 217/226.
- 2 *Una laguna legal aparece como un fenómeno de inexistencia de una ley aplicable a una determinada materia o a una determinada institución, o como una falta de previsión, por una ley efectivamente existente, de un determinado punto que aparece como controvertido*. Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil I*. TECNOS, Madrid, 1988, pág.12.
- 3 Margarita BELADIEZ ROJO. *Los principios Jurídicos*. TECNOS. Madrid, 1994, pág. 58. ZAVALA, Ob. Cit. Pág. 234.
- 4 En el *Prólogo* a la obra de BELADIEZ ROJO.
- 5 *El brocardo es una representación breve de una verdad jurídica tomada de la síntesis de diversos textos romanos* (Alejandro BORDA. *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1986, pág. 22).
- 6 Cumplía el objetivo de evitar las reclamaciones fundadas en un acto doloso, sea el dolo inicial o sobreviniente.
- 7 Se atribuye a AZZO (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los propios actos*. BOSCH, Barcelona, pág.45).
- 8 David M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Oxford, 1980, pág.432. Cita de Héctor MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la Administración de Justicia*, DEPALMA, Bs. Aires, 1988, pág. 18.
- 9 *Halsbury's Laws of England*, parágrafo 1503. Ídem, pág.19.
- 10 Cita de Héctor A. MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, DEPALAMA, Bs. Aires, pág. 19.
- 11 Afirma José PUIG BRUTAU en *La doctrina de los actos propios*, citando a Oscar RABASA (*El Derecho Angloamericano*) que "la doctrina del «estoppel» es la regla del Derecho anglosajón que, en virtud de una presunción «iuris et de iure», impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquél de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que, fiado en esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsables de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio".
- 12 No hay que olvidar que en el Corpus Juris Civiles, en un pasaje de ULPIANO que recoge el fragmento 25 del Digesto 1, 7, se afirma que *es inadmisibile* la actitud del padre que ha permitido vivir a su hija como emancipada y que después pretenda desconocer la mentada emancipación porque se incumplieron formalidades jurídicas.
"25.Después de la muerte de su hija que había vivido como madre de familia válidamente emancipada, y falleció dejando herederos instituidos en su testamento, *se prohíbe que el padre mueva controversia contra su propio acto*, como si no la hubiese emancipado válidamente...".
- 13 Se trata de alegar la propia torpeza para pretender desconocer su conducta o acto anterior. Existen dos actos contradictorios entre sí, por eso la diferencia con la doctrina de los actos propios es confusa, pero existe en cuanto a la *subjetividad* de la torpeza propia (negligencia o dolo) y la *objetividad* (sólo la conducta previa) de la doctrina de los actos propios.
- 14 Cita de la obra de BOEHMER por parte de PUIG BRUTAU, referida por Miguel PASQUAU LIAÑO en *Nulidad anulabilidad del contrato*. CIVITAS, Madrid, 1997, pág. 249, Nota 35.

María Elena Corral

Sobre la "Pastilla del Día Después"

Científicamente es imposible determinar el momento exacto de la concepción del óvulo sino hasta que este se implanta en el útero de una mujer, por lo tanto es complejo determinar desde cuándo ha iniciado una nueva vida.

La resolución del Tribunal Constitucional número 14-2005-RA de 23 de mayo de 2006 suspendió "definitivamente la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario N° 25.848-08-04 del producto denominado POSTINOR-2/ LEVONORGESTREL 0.75 COMPRIMIDOS con vigencia desde el 5 de agosto de 2004."

¹ Esta resolución toca un tema neurálgico, tanto para la vida política como para la vida privada del Ecuador. Las decisiones y las disposiciones de los entes públicos tienen efectos directos e indirectos en la vida de los ciudadanos de un país, y además sientan precedentes jurídicos importantes.

La resolución por la que el Tribunal Constitucional- la más alta autoridad en materia constitucional del país- determinó que los comprimidos o pastillas POSTINOR-2 son ilegales; que el registro sanitario es inconstitucional porque los efectos de este medicamento violan el derecho a la vida consagrado en la Carta Política ecuatoriana vigente y que, por lo tanto, tiene que ser prohibida su venta y, por ende, su consumo. De las decisiones del Tribunal Constitucional no cabe apelación ante ningún órgano de jurisdicción nacional y sus decisiones son vinculantes para todas las ecuatorianas y ecuatorianos.

Cabe sobre el caso realizar un análisis jurídico pormenorizado.

I. ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA

En primer término es importante precisar en qué consiste el medicamento en cuestión. El levonorgestrel es una progestina sintética biológicamente activa. Es el principio activo de la denominada "pastilla del día después" o píldora anticonceptiva de emergencia -PAE.²

La progestina es un progestágeno sintético; es decir, son hormonas con un efecto similar a la progesterona, la cual es el único progestágeno natural. Esta hormona progesterona revierte los efectos de los estrógenos del cuerpo, hormonas sexuales femeninas producidas por los ovarios y por las glándulas adrenales. Los estrógenos indu-

cen fenómenos de proliferación celular sobre el endometrio, las mamas y los ovarios y actúan con diversos grupos celulares del organismo, especialmente con algunos relacionados con la actividad sexual y con el cerebro.³

El levonorgestrel actúa como la hormona progesterona e ingerido en la dosis recomendada, es un método efectivo de anticoncepción de emergencia.

La Organización Mundial de la Salud (WHO por sus siglas en inglés) en varios estudios, publicaciones, conferencias e investigaciones ha establecido que los efectos del levonorgestrel, en dosis pequeñas como las que contiene la "pastilla del día después", tiene tres efectos:

- Retarda la ovulación;
- Evita que el espermatozoide llegue al óvulo y lo fertilice; o,
- Previene la implantación de un óvulo fecundado en el útero alterando el endometrio.

Todos estos efectos tienen una sola finalidad: evitar un embarazo no deseado.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud ha determinado que "de acuerdo con los informes de cuatro estudios en que participaron casi 5.000 mujeres, el régimen de levonorgestrel utilizado dentro de los 5 días posteriores a la relación sexual sin protección redujo las probabilidades de embarazo en un 60-90 por ciento. La eficacia del régimen es mayor mientras se utilice lo más pronto posible después de la relación sexual."⁴

Otra de las advertencias que hace la Organización Mundial de la Salud es que "se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Es decir que, las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto."⁵

La "pastilla del día después" tiene un tiempo de eficacia: si se la toma dentro de los 3 ó 5 días después de la relación sexual no protegida, se puede evitar el embarazo no deseado, pero si se la toma después de este periodo de vigencia de los efectos, no produce resultados; es decir, no previene el embarazo, y nunca termina con uno que ya haya iniciado.

II. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL No 14-2005-RA

El Tribunal Constitucional resolvió conceder la acción de amparo a la demanda presentada por el diputado Fernando Rosero Rhode en contra del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y del Ministro de Salud. La pretensión del recurrente era que se retire el registro sanitario y el permiso de comercialización al medicamento POSTINOR- 2, comúnmente conocido como "pastilla del día después" o píldora anticonceptiva de emergencia.

Dicha resolución basa su principal argumento en que la píldora de anticoncepción de emergencia es abortiva y, por lo tanto, violatoria del derecho a la vida consagrado y protegido en la Constitución Política ecuatoriana. La Tercera Sala del Tribunal ha resuelto basándose en la "duda razonable" de que la vida humana se inicia en el momento de la unión de las células sexuales femeninas y masculinas. En esta perspectiva, la vida se iniciaría desde el momento mismo de la concepción, entendiéndose por tal, como queda dicho, la de la unión de las células sexuales.

La problemática principal de la resolución se basa en el debate sobre el inicio de la vida. Esta discusión es casi tan antigua como la civilización, y como son los intentos y los métodos para la anticoncepción.

A. Inicio de la vida

A lo largo de la historia se han desarrollado teorías filosóficas de acuerdo con las circunstancias particulares de los diferentes grupos, comunidades o países. Estas teorías más tarde fueron confirmadas y otras fueron mejoradas por descubrimientos científicos.

Precisar cuándo exactamente inicia la vida es una misión casi imposible. El debate lleva siglos sobre la mesa y, todavía, no hay luces que indiquen que se llegará a un acuerdo general.

El presente tema tiene un alto contenido ético y religioso en algunos casos y tiene que ver con los valores sociales y con las convicciones particulares de cada persona. Así, hay quienes sostienen que la vida inicia con la unión del óvulo con el espermatozoide, es decir con la concepción. Los mayores defensores de esta posición son la Iglesia Católica y los movimientos PRO VIDA. Otras personas sostienen que la vida se inicia cuando existe la posibilidad real de que el potencial ser humano se desarrolle; esto es, cuando el óvulo fecundado se implanta en el útero de una mujer y se inicia el período de gestación.

Y hay quienes sostienen que la vida humana da inicio en el momento del nacimiento; es decir cuando se da la separación completa de la criatura del cuerpo de la madre; esta posición es defendida por los movimientos PRO CHOICE.

Las tres perspectivas tienen matices y diferencias; sin embargo, los principales u más controvertidos puntos de vista sobre la discusión del inicio de la vida de un nuevo ser humano son:

1. PRO VIDA.- Los movimientos PROVIDA -la mayor representante de esta tendencia es la Iglesia Católica- sostienen que la vida inicia desde el momento de la unión de las células sexuales, como se dijo anteriormente. En ese momento, es Dios quien crea una nueva vida y, asimismo, El decide cuando esta vida termina. La teoría de los movimientos PROVIDA sostiene que Dios es el único dueño de la vida de todos los seres humanos. Los seres humanos estamos sujetos a la voluntad de Dios; así como la vida, la libertad de las personas no pertenece enteramente a las personas, quienes estamos sujetas a una voluntad superior externa.

Por otra parte, la Iglesia Católica entiende al sexo únicamente como un acto para la procreación y no para el placer. "Santo Tomas de Aquino consideraba que disociar el sexo de la procreación era un acto que iba en contra de la naturaleza y, por lo tanto, era pecado."⁶

Así, para esta corriente de pensamiento, el derecho a la vida del embrión tiene mayor importancia y debe estar por sobre la libertad de elección de la madre. Cualquier forma artificial que evite que el embrión, y más tarde el feto, se desarrolle es una violación al derecho a la vida, un crimen, además de ser un acto moralmente reprochable.

Para esta teoría, la personalidad jurídica -la facultad de ejercer derechos y contraer obligaciones- nace en el momento de la unión de las células sexuales, es por ello que merece protección legal ya que el que esta por nacer es titular, por lo pronto, el derecho a la vida.

2. PRO CHOICE.- Los movimientos PRO CHOICE, o "pro elección", por el contrario sostienen que el valor ético y el bien protegido más importante de los seres humanos es la libertad de decisión y es derecho elemental de toda mujer elegir cuántos hijos tiene y cuándo los tiene. Esta teoría establece que cada ser humano es dueño de su cuerpo y de su espíritu y que, por lo tanto, es libre de decidir sobre su vida en todo aspecto.

Consecuentemente, la libertad de elección está por encima de un potencial derecho a la vida basado en una expectativa de vida.

El status jurídico del embrión, es decir del óvulo fecundado, es el de una célula más o de una parte del cuerpo humano que está sujeta a las decisiones libres de una persona, es decir de la mujer. Hasta el que nuevo ser humano no nazca y se separe completamente de la madre, sus derechos no se originan. Es decir que, para que un ser humano tenga personalidad jurídica es necesario que haya nacido, si no nace se entiende que nunca existió y nunca fue titular de derechos ni de obligaciones.

Esta corriente tuvo su inicio con el movimiento feminista del siglo XIX y con el rompimiento de la influencia religiosa y con el nacimiento de una filosofía política occidental, la que permitía desafiar las ideas antiguas de la Iglesia Católica y, de este modo, tener un control independiente sobre la vida sexual de cada persona.

El mayor aporte del movimiento feminista fue entender que las mujeres son los personajes centrales en el proceso reproductivo. Es así que deben ser ellas quienes decidan cuántos hijos quieren tener, principalmente para asegurarse que pueden ser mejores madres de pocos hijos, que malas madres de muchos.⁷

La lucha y el debate que el movimiento feminista ha puesto sobre la mesa desde hace dos siglos insiste en que la posibilidad de controlar la reproducción siempre ha sido una preocupación más femenina que masculina debido a las consecuencias que tiene un embarazo en el cuerpo y en la vida de la mujer. Es por ello que la corriente del feminismo moderno exige autonomía completa para ejercer control sobre el propio cuerpo.

El Ecuador, al ser un país mayormente católico, protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción siguiendo la doctrina de la Iglesia Católica. Así, la Constitución Política de la República establece en el artículo 49 que: *Los niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía...*

En el considerando DECIMO de la resolución, el Tribunal Constitucional, después de citar el artículo 49 de la Carta Política y los artículos pertinentes del Código de la Niñez y Adolescencia que establecen que *los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde se concepción y que se prohíben las manipulaciones y experimentos médicos y genéticos desde la fecundación del óvulo*⁸, resuelve que "no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuándo se produce la concepción... la Sala conciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario... en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que obliga a realizar la interpretación de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, con alcance a favor de la persona y del derecho a la vida. El Tribunal dice aplicar el principio pro homine; es decir que, en caso de duda, se debe estar en la interpretación que favorece de la persona."⁹

B. La duda razonable

El principio de la duda razonable en Derecho se aplica cuando no existe certeza o falta de evidencias en un asunto controvertido. En el caso de la ley ecuatoriana, el supuesto de la norma, cuando se presenta una duda razonable, favorece a la parte más débil. Ese es el caso del principio pro operario, en el derecho laboral o del indubio pro reo en el derecho penal. Sin embargo, en el caso de la resolución del Tribunal Constitucional en el asunto de la PAE, la duda razonable cae por gravedad.

El Tribunal estableció que no se puede asegurar que la concepción se dé con la fecundación del óvulo, pero tampoco se puede asegurar lo contrario, por lo tanto hay que aplicar el principio pro homine y determinar que la vida inicia desde la concepción. La pregunta que debe hacerse es ¿Qué pasa si el óvulo fecundado no llega a implantarse en el útero de la mujer? ¿Existe un nuevo ser humano vivo con el solo hecho de la concepción? La ciencia ha comprobado que si la implantación del embrión no ocu-

rre, éste no tendrá la posibilidad de desarrollarse y culminar siendo un nuevo ser humano. Es decir que, el óvulo fecundado, si no se encuentra en un ambiente propicio para iniciar su desarrollo, nunca podrá evolucionar completamente y nacer.

Es universalmente conocido que el embarazo inicia desde el momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer. El Tribunal Constitucional asegura que esta verdad científica es un "sofisma como es que no puede existir aborto donde no hay un embarazo, partiendo de que se considera que hay embarazo sólo desde la anidación del huevo en la mucosa uterina, para convencer de este modo que no se trata de un aborto."¹⁰

Sin embargo, si el óvulo fecundado no se implanta en el útero, simplemente este no se desarrollará y, por lo tanto, no existirá la posibilidad real de que un embarazo se lleve a cabo. Es en ese momento que se configura la posibilidad real de que exista un nuevo ser humano; no obstante, aún así, el nuevo ser humano, sigue siendo una mera expectativa, ya que primero debe culminar el proceso de gestación con el nacimiento.

La legislación ecuatoriana protege la vida del nasciturus- el que esta por nacer- pero tampoco le da el status legal de persona¹¹. Así, el artículo 60 del Código Civil establece que *el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputara no haber existido jamás.*

Es decir, el derecho de quien está por nacer está protegido por la legislación ecuatoriana aunque sus derechos completos estén en suspenso hasta que el nuevo ser humano nazca y sea separado completamente de su madre. Lo que debía haber discutido el Tribunal Constitucional es la posibilidad de que todos los óvulos que son fecundados lleguen a ser personas reales, es decir, lleguen a nacer.

Adicionalmente, y para la aplicación del artículo 49 de la Constitución, el Tribunal Constitucional debía asegurarse si en realidad se produjo la fecundación y la implantación, si fue así se debía probar que la POSTINOR-2 terminó con la implantación del óvulo para así resolver que ésta es un medicamento abortivo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional nunca analizó lo que establece el derecho internacional sobre la protección del derecho a la vida. El artículo 4.1 de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José establece que *toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.*¹² (el subrayado es mío)

Este instrumento internacional protege la vida desde el momento de la concepción, pero abre la posibilidad de que se presenten excepciones a dicha garantía. La frase "en general" del citado artículo permite que el derecho a la vida desde la concepción pueda ser discutido en ciertos casos. De esta manera y en aplicación a esta excepción, si la PAE terminara con el embarazo -supuesto que es falso por lo explicado al inicio de este ensayo- el Tribunal debió haber discutido, o por lo menos considerado,

la posibilidad de que el medicamento levonorgestrel podía entenderse dentro de la excepción dispuesta en el Pacto de San José en la hipótesis de que dicho medicamento tuviese la facultad de terminar con un embarazo.

Es importante considerar que, según el artículo 274 de Constitución vigente, *cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados internacionales, sin perjuicio de fallar sobre lo controvertido.* (el subrayado es mío)

Asimismo, el artículo 163 de la Carta Política establece que las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Concordantemente con este tema, el artículo 18 de la Carta Política establece que *los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

Por lo tanto, el principio de excepción que establece el Pacto de San José al derecho a la vida podría haber sido aplicable directa e inmediatamente al caso de la PAE, si es que el Tribunal Constitucional demostraba que el medicamento es abortivo y ha terminado con embarazos ya iniciados.

Sin embargo, cabe insistir en la evidencia científica señalada anteriormente: la Organización Mundial de la Salud ha determinado que la POSTINOR-2 no es abortiva, ya que no produce este efecto; además cuando un embarazo ha iniciado, si se ingiere el medicamento, no tiene consecuencias ni sobre la madre, ni sobre el feto. Adicionalmente, no se ha reportado caso alguno sobre terminación de embarazos a consecuencia del medicamento POSTINOR-2.

C. Derechos difusos

En la solicitud de la acción de amparo, concedida por el Tribunal Constitucional, el diputado Fernando Rosero Rhode basa parte de la legitimación activa de la acción en los derechos difusos. Indica que él actúa como representante del derecho a la vida de las personas que todavía no han nacido y en el derecho difuso a la vida en estos casos. Esta es una argumentación confusa e inconsistente, ya que su legitimación se basa en una mala interpretación de la titularidad de los derechos difusos.

Los derechos difusos son derechos, según la doctrina, de cuarta generación. Son derechos cuya titularidad es difícil individualizar ya que atañen de igual manera a un grupo de personas como miembros de una colectividad y como miembros de la raza humana. Por ejemplo, el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, como lo establece el artículo 86 y siguientes de la Carta Política Ecuatoriana;

otro ejemplo de derechos difusos es el derecho a la paz. De estos derechos, que parecen simples enunciados, somos titulares todas las personas, tanto del Ecuador como del mundo, por lo que su titularidad individual, el sujeto activo del derecho, es difícil determinar. Por lo tanto, los derechos difusos son garantías de orden colectivo que importan y protegen de igual manera a un número indivisible de seres humanos.

"Esta nueva ola [los derechos colectivos y difusos] tiene su punto de mira en el entorno en el cual debe transcurrir la vida humana a partir de una proyección *ad infinitum* que obliga a todos por igual, en aras del logro de la equidad intergeneracional. Junto al derecho al ambiente aparecen también los de los consumidores y usuarios, y entonces el ideal de la calidad de vida digna se ensancha para asegurar una competencia genuina que confiera a las personas una verdadera libertad de elección de bienes y servicios."¹³

Por otro lado, el derecho a la vida es un derecho individual e identificable. Cada persona es titular de su derecho a la vida y tiene la obligación jurídica de respetar el derecho a la vida de los demás. El derecho a la vida es uno de los derechos civiles establecidos en la Constitución, lo que quiere decir que su cumplimiento o su violación son dirigidos a una persona en específico y no a toda una colectividad, como en el caso de los derechos difusos.

Por otra parte, el derecho a la vida es un derecho de primera generación, "es considerado por su naturaleza, como el primero de los derechos de la persona; es un derecho natural..."¹⁴ Es un derecho intrínseco a la naturaleza humana y un derecho tanto humano como constitucional principal.

Los derechos colectivos y los derechos difusos pertenecen a una generación diferente que la del derecho a la vida. Como se dijo ya, el derecho a la vida pertenece a la primera generación de derechos, esto es la generación que nació con la Declaración de Derechos Humanos en el año de 1948. En cambio, los derechos de cuarta generación, como lo son los derechos difusos, son derechos importantes para la calidad de vida de todos y cada uno de los seres humanos, pero que si no se los cumple, los derechos personalísimos no se ven directamente afectados.

Lo que debe quedar claro es que el derecho a la vida no es y no puede ser entendido como un derecho difuso, sino como un derecho personalísimo y como una garantía constitucional fundamental de cada ser humano.

Por otro lado, el Estado ecuatoriano, en el artículo 23, numeral 1° de la Constitución Política reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida. Esto es, el derecho que tienen todas las personas que se encuentran dentro del territorio ecuatoriano, personas nacidas e individualizadas, de que se respete su vida.

El problema surge cuando se equipara la protección efectiva del derecho individualizado a la vida con una mera expectativa de vida de grupos de personas que posiblemente nazcan o no nazca por diversas razones.

La mera expectativa no constituye derecho, por lo tanto, estos posibles seres humanos, que según el diputado Rosero Rhode serían titulares del derecho a la vida,

son una mera posibilidad, no una certeza y, por lo tanto, no serían titulares de derechos sino hasta que nazcan o, sujetos de la protección legal hasta que no se implante el óvulo fecundado en el útero de una mujer, hecho del cual depende que el proceso de formación del nuevo ser prospere.

La legitimación de quien se dice representante de derechos difusos supone que la preexistencia real de sujetos de derecho cuya afectación se alega. Jurídicamente no se puede sostener que quienes potencialmente "pueden nacer", sean sujetos titulares de esos derechos. En la hipótesis del accionante se legitima la representación de quienes no existen. Lo que en derecho resulta inconsistente.

Por otra parte, en el tema de la protección del derecho a la vida existen varios niveles y ésta protección no puede ser igual en todos ellos. ¿Se debería proteger de la misma manera a un ser humano que ya ha nacido, que se encuentra vivo, y que, por lo tanto es persona y titular de derechos y obligaciones, y a un ser humano que posiblemente será concebido y que posiblemente se desarrolle y nazca algún día? En este caso, ¿la vida de una persona real es más importante que la vida de una potencial persona?

La protección que hace el Código Civil al *nasciturus*¹⁵ es hasta que nazca y se convierta en persona y titular de derechos y obligaciones, si éste no llega a nacer, legalmente la persona nunca existió.

D. Del recurso de amparo

El recurso de amparo, consagrado en el artículo 95 de la Constitución establece que *cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción... se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que de modo inminente, amenace con causar un daño grave... También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.* (el resaltado es mío)

El certificado sanitario de la pastilla anticonceptiva de emergencia (PAE) POSTINOR-2 no violaba ningún derecho consagrado en la Constitución, ya que, como se explicó anteriormente, lo que hace la PAE es no permitir que los gametos, las células sexuales femeninas y masculinas, se unan y que se dé la concepción. Por lo tanto, al no haber concepción, no hay embarazo, es decir, que no existe un nuevo ser humano.

Si el efecto de la pastilla es precisamente evitar la concepción, al no haber concepción no se configura el supuesto legal o hipótesis normativa de la que nacería la protección constitucional. Si no hay concepción, no hay

derecho protegido ni derecho afectado.

La inminencia del daño tiene que ser determinada y cuantificable, en este caso no es posible aseverar sobre la certeza de que la PAE viole el derecho a la vida ya que no existe la evidencia científica exacta de que se dio efectivamente o no se dio la concepción del óvulo.

Adicionalmente, el daño tiene que ser causado a quién presenta el recurso de amparo, ya que esta acción es una protección a los derechos de quien recurre del acto administrativo. En ningún momento el diputado Rosero Rhode ha demostrado que la pastilla de anticoncepción de emergencia ha causado un daño grave en él, su argumentación se basa en el daño posible que la utilización de la PAE puede causar en el derecho a la vida de seres humanos inexistentes.

Por otra parte, como se dijo anteriormente, el derecho a la vida no es un derecho difuso, sino un derecho de primera generación individual; por lo tanto, la pretensión del recurrente de ser representante de una colectividad o de un derecho difuso no procede al no existir derecho difuso alguno.

E. Derecho a la libertad de elección y los derechos sexuales y reproductivos

Finalmente, uno de los principales argumentos que el Tribunal Constitucional no contempló en la resolución 14-2005-RA es la libertad de elección.

La resolución del Tribunal Constitucional es ciertamente violatoria al derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual- artículo 23, numeral 25 de la Constitución- ya que al prohibir la venta de un método anticonceptivo impide que la población femenina del Ecuador tenga la opción de acceder a mecanismos y a información que le ayudaría a controlar su reproducción.

Los derechos sexuales y reproductivos tienen su principio en el derecho humano fundamental a la salud. Este derecho básico comprende: el derecho a la libertad sexual, el derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales de cuerpo, el derecho a la privacidad sexual, el derecho a la equidad sexual, el derecho al placer sexual, el derecho a la expresión sexual emocional, el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables, el derecho a la información basada en el conocimiento científico, el derecho a la educación sexual integral, el derecho a la atención de la salud sexual.

Los tres derechos que más interesan para el presente análisis consisten en: (i) el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables que abarca el derecho de decidir sobre tener hijos o no, el número y el tiempo entre cada uno, y el derecho al acceso a los métodos de regulación sobre la fertilidad; (ii) el derecho a la información basada en el conocimiento científico establece que la información sexual debe ser generada a través de un proceso científico y ético y difundido en formas apropiadas en todos los niveles sociales; (iii) el derecho de la atención de la salud sexual consiste en el cuidado de

la salud debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y desórdenes sexuales.¹⁶

Adicionalmente al derecho humano a la salud y a los derechos anteriormente descritos, todas las personas tienen el derecho a la libertad de elección, cimiento básico en un Estado democrático y liberal como es el Ecuador.

La libertad, en todas sus expresiones, se encuentra en la misma generación de derechos constitucionales que el derecho a la vida; por lo tanto, se debe entender que ambos derechos tienen, tanto la misma jerarquía como la misma protección constitucional, así como igual reconocimiento internacional.

El Tribunal Constitucional debió contemplar el análisis del derecho a la libertad de elección dentro de su resolución, ya que los seres humanos ya nacidos, en este caso las mujeres, son titulares, tanto del derecho a la vida, como del derecho a la libertad; mientras que los potenciales seres humanos tienen estos derechos básicos en suspenso hasta su nacimiento. Sin embargo, la resolución del Tribunal Constitucional da mayor importancia al derecho a la vida basado en una mera expectativa que al derecho a la libertad de elección de las personas existentes.

Por otra parte, es importante considerar también que las decisiones concernientes a la sexualidad, a la maternidad y paternidad están envueltas en el concepto de vida digna, esto es la calidad de vida que una persona desee tener.

Los seres humanos, por su naturaleza humana, tienen implícito el valor moral de dignidad y no pueden, de ninguna manera, ser tratados como un objeto. De acuerdo a la teoría filosófica de Kant, el personalismo ético, la persona es un fin en si mismo y nunca puede ser considerada como un medio. Al ser la persona el fin último, debe ser tratada como tal. Los seres humanos, moral y jurídicamente, tenemos el derecho a buscar la calidad de vida que nos permita vivir dignamente.

El derecho a la calidad de vida esta consagrado en el artículo 49 de la Constitución, al igual que lo esta la protección de la vida desde el momento de la concepción. El análisis global del artículo ¹⁷ sugiere que tanto el derecho a la vida física será protegido por el Estado, pero también se garantiza el derecho a la calidad de vida digna. Y, sin lugar a dudas, la calidad de vida entiende como base principal a la libertad para tomar decisiones autónomas y personales conducentes a una mejor clase de existencia, ya sea con o sin hijos.

III. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, es importante entender que la maternidad y la paternidad son derechos, no son obligaciones. La maternidad como la paternidad son elecciones

personalísimas y, sobre todo, comprometidas. Estas nunca deben ser forzadas por particulares y, peor aún, por instituciones estatales o ideológicas.

Por otra parte, la acción de amparo propuesta por el diputado Rosero Rhode, en representación de una colectividad indeterminable de no nacidos y el análisis que hace el Tribunal de que la "vida desde su concepción" es un derecho difuso es un razonamiento hartamente confuso y jurídicamente inviable. El derecho a la vida es personalísimo y completamente individualizable, lo que no lo son los derechos difusos. Jurídicamente, un derecho difuso nunca puede ser derecho personal y derecho difuso al mismo tiempo; no hay compatibilidad entre la naturaleza de los derechos de primera generación y derechos de tercera o cuarta generación. Tanto su origen como su alcance son distintos.

La resolución 14-2005-RA es violatoria de los derechos sexuales y reproductivos, tanto de hombres como de mujeres, además de coartar la libertad de elección sobre un tema trascendental para la calidad de vida personal como lo es el control de la natalidad y la planificación familiar.

El Tribunal Constitucional resuelve suspender definitivamente la inscripción del medicamento y el certificado sanitario de la pastilla POSTINOR-2/ LEVONORGESTREL 0.75 COMPRIMIDOS basándose en el supuesto de la norma constitucional de que la vida inicia desde el momento de la concepción y por lo tanto debe ser protegida desde ese momento. Sin embargo, como se ha analizado a lo largo de este ensayo jurídico, científicamente es imposible determinar el momento exacto de la concepción del óvulo sino hasta que este se implanta en el útero de una mujer, por lo tanto es complejo determinar desde cuando ha iniciado una nueva vida. Adicionalmente, la ciencia ha demostrado incansablemente que si el embrión, u óvulo fecundado, no se implanta en el útero de la mujer es evidentemente imposible de que un nuevo ser humano llegue a existir.

La POSTINOR-2 tiene efectos únicamente anticonceptivos. Al ser un método que impide la concepción de las células sexuales, por lo tanto impide que se inicie un embarazo no deseado. Como lo establece la Organización Mundial de la Salud, y por supuesto los estudios científicos, una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se ha dado el embarazo, la pastilla no tiene efecto alguno y no perjudica ni a la madre ni tampoco al feto. Por lo tanto, no es un método abortivo ya que no pone fin a un embarazo iniciado.

Por ultimo, es importante discutir si el derecho a la libertad de elección constituido de una persona existente es más importante que un supuesto derecho basado en una mera expectativa como lo ha resuelto en Tribunal Constitucional en la resolución 14-2005-RA.

Notas

- 1 Resolución 14-2005-RA del Tribunal Constitucional de 23 de Mayo de 2006.
 - 2 www.wikipedia.org
 - 3 Ibidem
 - 4 http://www.who.int/reproductive-health/family_planning/es/ec.html
 - 5 Ibidem
 - 6 Douglas, G, Law, Fertility and Reproduction, citado por STAUCH Marc, Kay Wheat and John Tingle. *Sourcebook on Medical Law*. CAVENDISH PUBLISHING. 2nd edition. Londres, 2004 .
 - 7 Ibidem
 - 8 Artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia
 - 9 Resolución del Tribunal Constitucional 14-2005-RA.
 - 10 Ibidem
 - 11 Código Civil, artículo 61.
 - 12 Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José. Suscrito en San José, Costa Rica, noviembre de 1969. El Ecuador firmo la Convención el 22 de noviembre de 1969 y declara que no considera necesario hacer reserva alguna al instrumento internacional. Ratifica la Convención el 12 de Agosto de 1977. www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html
 - 13 ALBANESE, Susana, Alberto Dala Via y otros. *Derecho Constitucional*. EDITORIAL UNIVERSIDAD. Buenos Aires, 2004.
 - 14 NARANJO MESA Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. EDITORIAL TEMIS S.A. 7ª edición. Bogotá, 1997.
 - 15 Artículo 61 del Código Civil.
 - 16 Declaración de derechos sexuales. Valencia, España, 1997. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_3715000/3715309.stm
 - 17 Los niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurara y garantizara el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten...
-

Recursos Genéticos, Patentes de Invención y el ADPIC¹

Sebastián Ignacio
Donoso Bustamante

RESUMEN

El artículo comienza con la definición de *recursos genéticos* en su acepción cotidiana, científica y jurídica. Posteriormente se examinan las normas existentes en la Constitución para la protección para los recursos genéticos, y la relación existente entre la propiedad intelectual de dichos recursos con el régimen de patentes de la Ley de Propiedad Intelectual. En concreto, se analiza la posibilidad de ofrecer protección intelectual a los recursos genéticos a través de patentes de invención.

Las dos secciones siguientes desarrollan los conceptos existentes en la normativa internacional que rige la relación entre el comercio internacional y la propiedad intelectual: el *ADPIC (Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)* y los *Mandatos de Doha*.

El capítulo final titulado *Contratos de acceso a los recursos genéticos*, a forma de conclusión, plantea la forma y el contenido que deben incluir los contratos de acceso a estos recursos en base a la normativa nacional e internacional de propiedad intelectual previamente analizada en las secciones anteriores.

Conceptos generales

El desarrollo de un concepto jurídico debe comenzar por la definición etimológica del término. El presente capítulo tiene su punto de partida en el análisis del significado del término *recursos genéticos*, compuesto por dos palabras que el diccionario de la Real Academia define como:

- **Recurso:** 2. Medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende.²
- **Genético, ca:** Perteneciente o relativo a la genética. 2. Perteneciente o relativo a la génesis u origen de las

cosas. 4. Parte de la biología que trata de la herencia y de todo lo relacionado con ella.³

Pero a su vez la palabra *genético* tiene su origen etimológico en el término *gen* que se define así:

- **Gen:** Secuencia de ADN que consiste en una unidad funcional para la transmisión de los caracteres hereditarios.⁴

Siendo estos términos científicos propios de la biología, para precisar su alcance es necesario remitirnos a sus acepciones dentro de la ciencia que se ocupa de ellos. Según el Diccionario de Biología:

- **Gen:** División mas pequeña de material hereditario necesario y suficiente para la aparición de un carácter o de una función dadas. A cada gen corresponde un segmento de ADN autorreproducible que encierra varios centenares de pares de nucleótidos. La actividad de los genes conduce a la síntesis de proteínas estructurales o enzimáticas. Sin embargo, esta actividad está regulada en función de las necesidades del organismo, y se distinguen numerosos genes cuyos productos poseen una actividad final distinta.⁵
- **Genética:** Ciencia de la herencia. Después de la aceptación de los trabajos de Mendel (1822-1884), que pusieron de manifiesto las leyes fundamentales en la transmisión de caracteres, la genética ha avanzado junto con la citología, lo cual ha permitido descubrir el soporte de los genes en los cromosomas, lo que a su vez ha llevado a la confección de los llamados mapas cromosómicos.⁶

Para los recursos genéticos, la ciencia jurídica ha planteado las definiciones de estos términos aplicables al derecho. El *Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)*⁷, que constituye una norma marco para el manejo de la diversidad biológica, en el artículo 2 referente a los términos utilizados, intenta aclarar y plantear cierta uniformidad en definiciones tales como:

- **Material genético:** todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.

- **Recurso genético:** el material genético de valor real o potencial.
- **Recurso biológico:** los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones o cualquier otro tipo de componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.⁸

En el derecho ecuatoriano, la norma marco sobre el acceso a los recursos genéticos es la *Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)*, que contiene definiciones jurídicas relevantes al tema en el glosario del artículo 1:

- **Diversidad biológica:** variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otros, los ecosistemas terrestres y marinos, y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte. Comprende la diversidad existente dentro de cada especie, entre las especies y de ecosistemas, como resultado de procesos naturales y culturales.
- **Recursos biológicos:** individuos, organismos o partes de estos, poblaciones o cualquier componente biótico de valor o utilidad real o potencial que contiene el recurso genético o sus productos derivados.
- **Recursos genéticos:** todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial.⁹

El más extenso de estos conceptos es el de *diversidad biológica* o *biodiversidad* que abarca, hacia lo macro todos los ecosistemas y complejos ecológicos, y hacia lo micro toda la diversidad existente dentro de cada especie, entre las especies y entre los ecosistemas.¹⁰

Recursos genéticos en la Constitución

La *Constitución Política del Ecuador* determina que los *recursos naturales*, entre los cuales se encuentran la *diversidad biológica* o *biodiversidad*, los *recursos biológicos* y los *recursos genéticos*, son propiedad soberana del Estado Ecuatoriano:

Art. 247.- Son propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Existe una norma constitucional más precisa, pues consagra exclusivamente al Estado Ecuatoriano como titular de la propiedad sobre la biodiversidad:

Art. 248.- El estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales. Su conservación y utilización sostenible se hará con participación de las poblaciones involucradas cuando fuere del caso y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los

consideren como factores de desarrollo y calidad de vida y de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Este artículo incorpora un derecho adicional al que posee el Estado: el que tienen los grupos humanos asentados en los territorios en donde se encuentra la diversidad biológica a participar de la conservación y utilización de ella.¹¹

Además de la participación de las comunidades indígenas en el manejo de la biodiversidad, el artículo 248 establece que la conservación y utilización sostenible de ella se hará conforme lo establecido en los tratados internacionales.¹²

Los recursos genéticos son de naturaleza tangible y se encuentran en los recursos biológicos. Es decir que el acceso a ellos se produce en el momento en que se manipula el recurso biológico con pleno conocimiento de las características genéticas que posee.

Una vez que se ha precisado el alcance de estos términos en el derecho constitucional, debemos establecer la relación que guardan con los *conocimientos tradicionales* de las comunidades indígenas. Los conocimientos tradicionales están vinculados de forma directa con los *recursos biológicos*, y de forma indirecta con los *genéticos*. Ambos son de propiedad del Estado Ecuatoriano, mientras que los conocimientos tradicionales a través de los que se accede a los recursos biológicos, son de propiedad de las comunidades indígenas.¹³ Por ser la esencia de la vida misma y de la diversidad biológica, el Estado tiene el deber de protegerlos y la facultad de autorizar su uso para fines legales.

Recursos genéticos y el régimen de patentes

El CDB, como todos los tratados internacionales de los cuales el Ecuador es parte, prevalece sobre las leyes y normas de menor jerarquía. La Ley de Propiedad Intelectual (LPI) garantiza su plena aplicabilidad en el último inciso del artículo 1: "*Las normas de esta Ley no limitan ni obstaculizan los derechos consagrados por el Convenio de Diversidad Biológica, ni por las leyes dictadas por el Ecuador sobre la materia*".

Sin embargo, para poner en práctica el CDB se necesita adoptar normas legales, reglamentarias y administrativas más específicas. Esto se debe a que el Convenio establece el marco jurídico para guiar la creación de leyes y reglamentos nacionales concretos, que desarrollen cada uno de sus aspectos y permitan su viabilidad práctica dentro del ordenamiento jurídico y la realidad social ecuatoriana.

Los aspectos de propiedad intelectual contemplados dentro del CDB deben ser administrados a través del *Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI)*, organismo competente según lo dispuesto en el artículo 3 de la LPI.¹⁴ Para otros aspectos del CDB, el trabajo del IEPI se complementaría con el de los ministerios de Relaciones Exteriores y Medio Ambiente, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales relacionadas con

la biodiversidad, y el manejo de recursos genéticos, y las organizaciones indígenas.

En ciertos casos, los poseedores de conocimientos tradicionales podrían acceder al sistema de propiedad industrial para obtener títulos de patentes de invención o modelos de utilidad. Para las comunidades, generalmente carentes de recursos económicos, el problema básico que plantea el sistema tradicional es que una patente protege sustancias activas previamente aisladas y científicamente probadas. Esos procedimientos suelen ser demasiado costosos por lo que solo son factibles para las grandes compañías.¹⁵

Los derechos del poseedor de una patente se derivan del título, y por lo tanto están sujetos a los principios de temporalidad, territorialidad y soberanía jurisdiccional. Los parámetros para la concesión de patentes en Ecuador se regulan en los artículos 120 al 124 de la LPI. Las condiciones generales para el otorgamiento incluyen la *novedad*, el *estado de la técnica*, el *nivel inventivo* y la *aplicación industrial*. Ecuador otorga patentes para invenciones y procedimientos en todos los campos de la tecnología.

El segundo inciso del artículo 120 garantiza la protección del patrimonio biológico y genético del país,¹⁶ pues exige que para la concesión de una patente basada en recursos genéticos, el solicitante compruebe que accedió a ellos legalmente:

Art. 120.- *Las invenciones, en todos los campos de la tecnología, se protegen por la concesión de patentes de invención, de modelos de utilidad.*

Toda protección a la propiedad industrial garantizará la tutela del patrimonio biológico y genético del país; en tal virtud, la concesión de patentes de invención o procedimientos que versen sobre elementos de dicho patrimonio debe fundamentarse en que estos hayan sido adquiridos legalmente.

La forma de acceder legalmente a los recursos genéticos se define en el artículo 376 de la LPI:

Art. 376.- *A fin de garantizar la tutela del patrimonio biológico y genético del país prevista por la Constitución y en esta Ley, se considerará adquisición legal aquella que cumpla los requisitos para el acceso a los recursos biológicos y genéticos señalados por la Constitución y esta Ley, las decisiones andinas y, los tratados y convenios internacionales.*

Según los requisitos de patentabilidad de los tres primeros incisos del artículo 122 de la LPI, sería posible la obtención de patentes para conocimientos tradicionales cuando no estén en el dominio público. Por consiguiente, vale la pregunta: *¿En qué casos se considera que los conocimientos tradicionales son de dominio público y en cuáles no?*

La respuesta puede deducirse de las propias características de los conocimientos tradicionales: se transmiten de generación en generación dentro del seno de una comunidad, pero solo algunos son divulgados libremente entre todos sus miembros. No se encuentran en el dominio público, porque no han sido divulgados ni entre los expertos en la materia de que se trate, ni entre el público general. La diferencia entre el conocimiento tradicional y el público está en que el primero es de difusión restringi-

da dentro de una comunidad, mientras que el segundo se riega masivamente y sin restricciones.

Considerando que los conocimientos tradicionales se transmiten de generación en generación a lo largo de un extenso período de tiempo, puede afirmarse que carecen de novedad, por lo que cabe preguntar: *¿Cómo se determina la novedad de un procedimiento tradicional para efectos del otorgamiento de una patente de invención?*

Ciertamente se podría rechazar una solicitud de patente basada en conocimientos tradicionales argumentando que la novedad del invento se perdió por el uso previo que hizo de él la propia comunidad indígena. Pero podría excluirse ese uso previo en la determinación de la novedad de un invento como sucede con el artículo 54.1 (a) de la *Convención Europea de Patentes* que lleva por encabezado el título *Clasificaciones no perjudiciales*, y establece que una desclasificación por uso previo no será tomada en consideración si fue consecuencia de un *evidente abuso del aplicante con respecto a su predecesor legal*.¹⁷

La legislación ecuatoriana establece en el artículo 122 de la LPI:

Art. 122.- *Una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.*

El estado de la técnica comprende todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

Es decir que el otorgamiento de una patente requiere de un examen técnico formal de la solicitud que determine si es que el invento goza de novedad.¹⁸ La novedad de un invento implica que no se halle en el *estado de la técnica*, es decir que no haya sido divulgado al público mediante una descripción detallada antes de la fecha de presentación de la solicitud. Pero no siempre resulta fácil establecer el estado de la técnica y consecuentemente la novedad de los conocimientos tradicionales relacionados con recursos genéticos.¹⁹

Las patentes de invención de procedimientos técnicos y científicos tienen una naturaleza individualizada y concreta. Esto supone la existencia de una *relación de causalidad* entre el *problema técnico* y una *regla técnica* para solucionarlo que es el propio invento. Por el contrario, el conocimiento tradicional es generalmente de naturaleza *holística*, es decir que se halla compuesto por una serie de elementos distintos, algunos de los cuales pueden ser patentados individualmente, mientras que otros no cumplen con los requisitos de patentabilidad. En consecuencia, la *concepción holística* del conocimiento tradicional se opone abiertamente al concepto mismo de invención patentable.²⁰

Según el artículo 125 de la LPI:

Art. 125.- *No se consideran invenciones:*

- a) *Los descubrimientos, principios y teorías científicas y los métodos matemáticos;*
- b) *Las materias que ya existen en la naturaleza;*
- c) *Las obras literarias y artísticas o cualquier otra creación estética;*
- d) *Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades*

económico – comerciales, así como los programas de ordenadores o el soporte lógico en tanto no formen parte de una invención susceptible de aplicación industrial; y, e) Las formas de presentar información.

Los términos de este artículo confirman el requisito indispensable de novedad para obtener una patente. Pero la novedad no se refiere a la existencia o inexistencia de la materia patentable en la naturaleza, pues el artículo 125 se basa en el principio doctrinario que diferencia las invenciones de los descubrimientos.

Aquello que existente en la naturaleza pertenece al dominio del descubrimiento, en el cual es irrelevante la falta de altura inventiva. Igual es el caso del conocimiento tradicional, que se va formando gracias a la transmisión de experiencias empíricas y enseñanzas ancestrales, desarrolladas a partir de los elementos de la naturaleza.

La obtención fraudulenta de una patente basada en conocimientos tradicionales puede evitarse mediante la documentación y publicación del *uso anterior verificable* del conocimiento, siempre que los poseedores así lo deseen. Una vez que se prueba el uso anterior se destruye la novedad de cualquier invención basada en él. Inclusive si se logra obtener la patente, se puede solicitar la revocatoria basándose en la verificación del uso anterior.

El *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor de la OMPI* ha considerado incorporar la documentación del conocimiento tradicional de dominio público dentro de la categoría del *uso anterior verificable*. Esto implica el desarrollo de inventarios periódicos y bases de datos de conocimientos tradicionales, y el establecimiento de un portal de Internet con esa información.²¹

En cuanto a las cosas que no son patentables, el artículo 126 establece:

Art. 126.- *Se excluye de la patentabilidad expresamente:*

a) Las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente o ecosistema.

b)...

c) Las plantas y las razas de animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos para obtenciones de plantas o animales.

Para efectos de lo establecido en el literal a), se consideran contrarias a la moral y, por lo tanto, no son patentables:

a) Los procedimientos de clonación de seres humanos;

b) El cuerpo humano y su identidad genética;

c) La utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales;

d) Los procedimientos para la modificación de la identidad genética de animales cuando les causen sufrimiento sin que se obtenga ningún beneficio médico sustancial para el ser humano o los animales.

En virtud de lo anterior (particularmente del primer literal c) las plantas y sus usos ancestrales no pueden ser

objeto de patente, mientras que el uso de los recursos genéticos debe enmarcarse dentro de los términos del CDB, las decisiones de la Comunidad Andina y la LPI.

Dadas las características y particularidades de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados con ellos, se evidencia que el alcance del sistema de propiedad industrial es insuficiente para ofrecerles una protección completa. Consecuentemente, los derechos intelectuales de los pueblos indígenas sobre su sabiduría ancestral, los del Estado Ecuatoriano como titular de los recursos genéticos y los de los particulares, sea como titulares o como beneficiarios indirectos de los derechos sobre recursos genéticos y conocimientos asociados, solo pueden ser plenamente garantizados mediante el establecimiento de un sistema *sui generis*.

Sin embargo, con ciertos ajustes se podría ofrecer cierta protección intelectual a través del régimen de patentes, con algunas recomendaciones:

1. Los países deben usar el requisito opcional de *moralidad*, contemplado en el ADPIC, para denegar el registro de una patente cuando la invención daña o vulnera elementos culturales o espirituales de las comunidades indígenas, o donde la aplicación de la patente podría ser considerada ofensiva para tales comunidades.
2. Las legislaciones de patentes deben incluir un requerimiento especial para que una comunidad indígena pueda solicitar la revocatoria de una patente por falta de consentimiento fundamentado previo cuando sea capaz de probar:
 - a) que la invención usa o se deriva de un recurso genético encontrado dentro de su territorio, o
 - b) que la invención usa o se deriva de un conocimiento tradicional poseído por un grupo indígena y existen presunciones suficientes de que el solicitante se apropió del mismo sin el consentimiento fundamentado previo de la comunidad.
3. Verificados los anteriores supuestos, en lugar de revocar la patente la legislación bien podría contemplar la transferencia de la misma a la comunidad indígena cuyos derechos han sido vulnerados por el solicitante de mala fe, y los derechos derivados de la patente serían efectivos desde la fecha de presentación de la primera solicitud.
4. La legislación de patentes debe establecer que, en el caso de los conocimientos tradicionales, el uso previo de un invento basado en ellos, exclusivamente dentro del seno de una comunidad indígena, no vulnera el requisito de la novedad para que sea patentable.

Así, el régimen tradicional de propiedad industrial puede ofrecer cierta protección para los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales por medio de herramientas como las patentes y las obtenciones vegetales, aunque insuficiente debido al carácter holístico del conocimiento tradicional.

Por ello es necesario implementar un sistema *sui generis* de protección tanto preventiva como real, y que abarque todo un proceso con aspectos administrativos, logísticos y legales para garantizar los derechos del esta-

do y de las comunidades, y la participación equitativa en los derechos intelectuales que surjan.

El ADPIC y la protección de los recursos genéticos

El *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPs o ADPIC)*, fruto de las negociaciones de la Ronda de Uruguay de 1994, es el instrumento internacional más comprensivo y de mayor alcance suscrito en materia de propiedad intelectual.

El ADPIC, administrado por la Organización Mundial de Comercio (OMC), abarca todas las esferas de los derechos de propiedad intelectual e industrial en el comercio internacional. El acuerdo incluye el concepto de que el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con los derechos intelectuales por parte de un miembro puede suponer un obstáculo para - arancelario al comercio internacional.

El ADPIC es la norma legal marco que establece los estándares mínimos universales de protección para los derechos intelectuales que deben incorporar las legislaciones nacionales de los países suscriptores. Plantea, como premisa básica, que tanto las naciones desarrolladas como aquellas en vías de desarrollo, adopten el mismo nivel de protección intelectual. Esto implica que no se puede obligar a ningún miembro a conceder una protección más amplia que la prevista en el acuerdo. Además sus disposiciones no son autónomas y no permiten una aplicación directa, solo indican cuáles deben ser los derechos mínimos sin señalar sus contenidos precisos.²²

Para los países en desarrollo, las obligaciones emanadas del ADPIC se sujetan a períodos de transición en los que se aplican las reformas conforme vencen los plazos establecidos. Esto implica que antes de finalizar los períodos, ningún miembro puede reclamar por el incumplimiento de los estándares adoptados por otro suscriptor.²³

La aplicación de las obligaciones del ADPIC en las legislaciones de los países miembros implica un alto costo en político, económico y temporal. Debe considerarse que, además implementar regulaciones de propiedad intelectual previamente inexistentes en muchas legislaciones, los miembros deben comprometerse a reforzar los derechos intelectuales según lo establecido en los artículos 41 al 61. Estas obligaciones incluyen temas de derecho aduanero, protección intelectual para productos importados y exportados, contenidos en los artículos 51 al 60, y sanciones penales contra la piratería, falsificación y comercio ilegal de productos protegidos por marcas registradas, conforme el artículo 61.²⁴

El elevado costo de cumplir con los términos del ADPIC se compensa por el hecho de que los países en desarrollo son generalmente importadores de propiedad intelectual desde los desarrollados. Es decir que, en crudos términos monetarios, el cumplimiento del ADPIC implica un drenaje permanente de moneda extranjera desde los países en desarrollo hacia los desarrollados. Siendo en-

tonces tan altos los costos de su aplicación, ¿porqué los países en vías de desarrollo aceptaron la firma de los ADPIC?

Muchos argumentan que durante las negociaciones del ADPIC, los países en desarrollo fueron excluidos de varios diálogos entre los Estados Unidos y Europa. Por lo que no tuvieron acceso al mismo nivel de información previo a las negociaciones. Además se ignoraba los efectos reales del ADPIC sobre los mercados de información y no estaban claros los costos de ampliar los derechos intelectuales y sus efectos sobre las barreras para entrar a los distintos mercados nacionales. En ese sentido, el ADPIC resultó ser más una convergencia de procesos que una verdadera negociación.²⁵

En segundo lugar, los artículos 65.1 y 66.1 del ADPIC otorgan plazos mayores para que los países en desarrollo ajusten sus legislaciones a los términos del acuerdo, además de algunas excepciones a su favor, notablemente con respecto a las patentes.²⁶

En tercer lugar, el ADPIC impone a los países desarrollados la obligación de propiciar la transferencia de tecnología a los países menos desarrollados *con el fin de que éstos puedan establecer una base tecnológica racional y viable*.²⁷ También se persuadió a los países en desarrollo que implementando un sistema de protección intelectual más fuerte recibirían mayor inversión extranjera. Sin embargo, lamentablemente no se ha materializado esta oferta en los volúmenes que se esperaba.

En cuarto lugar, los países desarrollados están llamados a ofrecer cooperación técnica y financiera con aquellos en desarrollo. Sin embargo, el alcance de esa cooperación, según el artículo 67, es corto porque se limita a *la asistencia en la preparación de legislación nacional sobre protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual, y sobre la prevención del abuso de los mismos, e incluirá apoyo para el establecimiento o ampliación de las oficinas y entidades nacionales competentes en estas materias, incluida la formación de personal*.²⁸ Asimismo, la asistencia internacional que ofrecen la OMC y la OMPI se enfoca solamente hacia la aplicación del ADPIC.

En quinto lugar, al negociar el ADPIC como parte de un acuerdo comercial global, también se les dijo a los países en desarrollo que los altos costos de implementarlo serían compensados por los beneficios del comercio internacional. La Declaración de Doha incluye la idea de que el comercio internacional es esencial para promover el desarrollo económico y aliviar la pobreza.

Según estadísticas del Banco Mundial del 2002, el acceso creciente de los países en desarrollo a los mercados mundiales generaría US \$ 1.5 trillones de dólares adicionales y un crecimiento del PIB en un 0.5 % en los próximos diez años. Sin embargo, un grave impedimento que los países en desarrollo deben sobrellevar es que las barreras comerciales son más difíciles de penetrar en los sectores económicos donde pueden competir con mejores resultados como la agricultura.²⁹

Aunque de forma ambigua, los miembros de la OMC se comprometieron en la Declaración de Doha³⁰ a promover negociaciones extensas para facilitar el acceso a los

mercados y reducir los subsidios y otras prácticas que distorsionan el comercio de productos agrícolas. En el corto plazo, parece poco probable que los países en desarrollo puedan competir exitosamente en la exportación de productos agrícolas, y recuperar los altos costos de implementar el ADPIC gracias al comercio internacional de bienes.³¹

En sexto lugar, los países en desarrollo firmaron el ADPIC porque en las negociaciones se les dijo que el fortalecimiento de su protección intelectual doméstica beneficiaría a sus propios creadores e inventores.³²

El ADPIC contempla normas sustantivas mínimas de protección intelectual en cada categoría, disposiciones sobre la observancia de los derechos intelectuales, y permite la aplicabilidad de estos derechos al mecanismo integrado de solución de controversias. Se definen también principios básicos como el trato nacional y el trato de nación más favorecida.

El principio de divulgación clara y completa de las patentes implica que la información sobre el origen de los materiales biológicos incluidos en la invención, y la posibilidad legal de usarlos, sirva de guía para los examinadores en el momento de determinar la novedad y la altura inventiva. La no divulgación del origen y el acceso ilegal de los recursos genéticos puede vulnerar el régimen de propiedad intelectual de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados. Otro elemento característico del ADPIC es la protección de la nutrición y alimentación a través de los mecanismos de la propiedad intelectual. En este tema, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados son factores de valor estratégico.

El ejercicio de los derechos derivados de una patente se contempla en varios artículos del ADPIC. El 27.2 sobre la exclusión de patentabilidad de determinadas invenciones en el territorio de un país miembro, el 28 sobre los derechos conferidos por la patente, el 29 sobre las condiciones impuestas a los solicitantes, y 30 sobre las excepciones del titular de los derechos. Pero el artículo más controvertido por su relación con la biodiversidad es el 27:

Art. 27.- Materia patentable. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

Los miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente siempre que esa exclusión no se haga mera-

mente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

Los miembros podrán excluir, así mismo, de la patentabilidad:

- a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
- b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.

Sin embargo, los miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquellas y de éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen 4 años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.³³

Los términos establecidos en la última parte del artículo 27.3.b son controvertidos porque muchos países en desarrollo se sienten presionados a adoptar el régimen sui generis para adaptarse al acuerdo. Según el ADPIC el sistema sui generis de propiedad intelectual para las variedades vegetales se refiere al régimen especial de los derechos de obtentor, diseñado para atender de forma particular las invenciones basadas en plantas, y reglamentado por la Unión de Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV).

Los países tenían dos opciones para formar parte de la UPOV, que eran el tratado de 1978 y el de 1991. Pero desde 1991, en que la UPOV entró en vigor, se cerraron las adhesiones al de 1978, que es más favorable por contemplar excepciones para los agricultores e investigadores al permitirles utilizar semillas protegidas por derechos intelectuales para garantizar su propia producción y con fines de selección. En el tratado de 1991 se restringen esas excepciones y el derecho de los agricultores a guardar semilla. Este tratado ha sido adoptado por la gran mayoría de los miembros de la OMC.³⁴

El artículo 27.3.b también genera controversias sobre materia patentable, pues permite patentar microorganismos, y considera novedoso el aislamiento de genes, todo lo cual tiene efectos cuestionables sobre los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados. Sin embargo plantea la posibilidad de que el examen de aplicación por nuevos acontecimientos que justifiquen modificaciones o enmiendas de los ADPIC o para adopción de niveles de protección más altos.³⁵ En principio, en los términos de los ADPIC, las plantas y animales están excluidos de patentamiento, con la excepción de los microorganismos y los procesos esencialmente biológicos para su producción.

Otro aspecto de este polémico artículo es la posibilidad de evitar el patentamiento de recursos genéticos y conocimientos asociados en base al requisito opcional de moralidad establecido en el artículo 27.2, antes citado.³⁶ Esta aproximación se asemeja a una norma de la Convención Europea de Patentes según la cual la moralidad se refiere a la explotación de la invención, o el recurso genético o conocimiento tradicional en el cual se basó, pues la inmoralidad que envuelve el hecho de la apropiación ilícita contamina también a toda la explotación comercial

que se haga del material tomado indebidamente. Pero el requisito de moralidad puede verse desde otra óptica para favorecer la protección del conocimiento tradicional.³⁷

Mandatos de Doha

Durante la IV Conferencia Ministerial de la OMC en Doha, Qatar, los países en vías de desarrollo propusieron la modificación del artículo 27.3.b del ADPIC con respecto a las excepciones a la patentabilidad de recursos genéticos sobre los cuales tienen soberanía. Al revisar las excepciones, el riesgo para el primer mundo es que prime la propuesta de los países en desarrollo y se suprima la posibilidad de patentar plantas y animales.³⁸

El párrafo 19 de la Declaración de Doha establece que los miembros de la OMC examinarán la relación entre el CDB y el ADPIC. Este párrafo incluye explícitamente la protección de los conocimientos tradicionales. La protección de los conocimientos tradicionales es un punto actual del debate en el Consejo del ADPIC. Está bajo discusión la exigencia de que se declare el origen de los recursos biológicos usados en una patente y se pruebe que existió consentimiento informado previo conforme al CDB. El párrafo 19 de la Declaración de Doha establece:

*"Encomendamos al Consejo de ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3.b del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclor, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo."*³⁹

Antes de Doha la OMC ya había reconocido la importancia del CDB. Pero se espera que esta nueva ronda facilite la colaboración de ambos acuerdos internacionales con miras a modificar el artículo 29 ADPIC sobre las *Condiciones impuestas a los solicitantes de patentes*; incluida la obligación de exigir al solicitante de una patente relacionada con material genético y conocimientos tradicionales la revelación del país de origen de los mismos, las pruebas del consentimiento previo fundamentado, y la participación equitativa de beneficios con el país de origen y las comunidades locales.

El reto es que la OMC tome acepte que el patentamiento de seres vivos plantea aspectos éticos que riñen con las posiciones de los países en desarrollo, así como los derechos soberanos que les reconoce el CDB sobre su biodiversidad.

En la Conferencia de Doha los miembros de la OMC adoptaron la Declaración sobre el ADPIC y la Salud Pú-

blica, un precedente importante para la reivindicación de los derechos humanos por encima de los intelectuales. También se destaca la *Declaración de la Subcomisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* en agosto del 2000, que reconoce que el ADPIC podría infringir los derechos de los pobres y su acceso a semillas y productos farmacéuticos. En la *Sesión No. 53* de la misma subcomisión se reafirmó la existencia de un conflicto entre el ADPIC y los derechos humanos básicos, se convocó a dar preeminencia a los derechos humanos en la implementación y revisión del ADPIC y se exigió un estudio acerca del impacto de este acuerdo sobre los derechos de pueblos indígenas.

La *Declaración sobre el ADPIC y la Salud Pública* reconoce explícitamente que:

1. Los miembros de la OMC gozan de un grado de flexibilidad con arreglo al ADPIC en el marco de la Salud Pública;
2. Cada miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias;
3. Cada miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, y;
4. Cada miembro es libre de establecer su régimen de agotamiento de derechos.

A petición de los miembros de la OMC, el Consejo del ADPIC debate actualmente la cuestión relativa a las eventuales dificultades de los signatarios de la OMC con capacidad insuficiente o nula para desarrollar productos farmacéuticos, para usar las licencias obligatorias con arreglo al ADPIC.⁴⁰ Estas son algunas recomendaciones:

1. Existen varias vías para buscar la reforma del ADPIC a la luz del CDB, tales como la implementación, el examen o el mandato. La vía más rápida parece ser la implementación.
2. Independientemente de la vía que se tome, la reforma del ADPIC debe ser dirigida a aspectos precisos y no a la apertura total del texto.
3. Existe un acuerdo sobre establecimiento de un medio defensivo de protección.
4. Existe consenso en torno a las medidas defensivas de protección de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, pero no en torno al contenido de las medidas positivas.
5. Es necesario viabilizar el conjunto normativo comunitario andino y ponerlo en la práctica a través de la implementación de la normativa local que permita hacer efectiva la protección de recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

Conclusión: los contratos de acceso a recursos genéticos

Como soberano de la biodiversidad de su territorio, el Estado Ecuatoriano es que la única persona con capacidad para regular el acceso a los recursos genéticos a través de su legislación y tratados internacionales.

El Ecuador reconoce el valor de la propiedad intelectual con respecto al acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios, y la factibilidad de que una persona obtenga el reconocimiento derechos intelectuales por desarrollar procesos o productos innovadores derivados de recurso genéticos, los produzca industrialmente y los comercialice.

Los contratos son instrumentos eficaces para cristalizar el reconocimiento de derechos intelectuales sobre una creación. Una propuesta discutida en el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor de la OMPI* es la de elaborar una lista de los tipos de recursos genéticos específicos que serían materia de acuerdos contractuales o cláusulas tipo, y otra que incluya aquellos que quedan excluidos de la posibilidad de ser objeto de contrato.⁴¹

Aunque los contratos podrían versar exclusivamente sobre el acceso a los recursos genéticos, pueden contener cláusulas que garanticen derechos intelectuales como consecuencia del uso de esos recursos. También es posible que un contrato se refiera exclusivamente al reconocimiento de derechos intelectuales, y no al acceso de los recursos genéticos en base a los que se desarrolló el proceso sobre el que se reivindican los derechos.

Este aspecto se discutió durante las reuniones desarrolladas en Ginebra del 10 al 14 de diciembre del 2001. Los delegados ecuatorianos sostuvieron que las cláusulas contractuales sobre reconocimiento de derechos intelectuales incluirán la distribución de los beneficios del uso de los recursos genéticos. Además, los derechos de todas las partes involucradas (proveedor y receptor) se garantizarán de forma recíproca para no perjudicar a las comunidades indígenas del territorio donde se extrajeron los recursos genéticos.

Los contratos de acceso a recursos genéticos deberán observar un respeto irrestricto a los principios generales de la propiedad intelectual. Por ejemplo, se debe tener claro que ni la existencia de los recursos genéticos en su forma original, ni los conocimientos tradicionales relacionados con ellos son materia patentable en sí mismos por no cumplir con requisitos básicos de patentabilidad como la novedad y la altura inventiva.

Las cláusulas de los contratos de acceso a recursos genéticos deben incorporar los principios del CDB sobre el consentimiento fundamentado previo del proveedor de los recursos. La distribución de beneficios debe referirse a la forma de participación de las partes en la explotación y a la forma de distribución de las utilidades a partir de la suscripción del acuerdo. También se debe especificar si el acceso a los recursos es solo para fines científicos o para desarrollar productos, y establecer parámetros sobre transferencia de tecnología, asistencia técnica y cooperación científica entre las partes.

Dentro del tema de distribución de beneficios es necesario mencionar el lugar de origen del material genético y conocimiento tradicional relacionado, sobre todo en el caso de que quien contrató el acceso pida el reconocimiento de derechos intelectuales sobre productos derivados de los recursos.

La especificación sobre el uso que se va a dar al material genético es indispensable, ya que de ello depende el alcance del contrato y las políticas sobre comercialización y distribución de utilidades de productos derivados. Puede darse el caso de contratantes que se comprometen a usar el recurso genético exclusivamente para fines de investigación. Esto implica que el proveedor permitió la utilización científica del recurso, pero reservándose los derechos patrimoniales derivados de su explotación. Frente a esta hipótesis, las partes deberían establecer cláusulas que limiten la posibilidad de obtener derechos patrimoniales derivados de la explotación comercial de los recursos genéticos.

En cuanto a las invenciones derivadas de recursos genéticos, nos encontramos con tres alternativas, porque las creaciones pueden ser: *exclusivas del receptor, invenciones conjuntas e invenciones que se pueden conceder al proveedor o comunidades locales consentidoras*.⁴²

Es importante determinar con claridad la paternidad de inventos basados en material genético. Este tema ha generado debates, pero generalmente se acepta que sean las legislaciones nacionales de los países de origen de los recursos las que establezcan la paternidad de los inventos. También debe discutirse la factibilidad de solicitar el registro de un potencial invento en otro país distinto de aquel con el que se suscribió el contrato, estableciendo cláusulas especiales para ello.

En las Directrices de Bonn⁴³ se establece el siguiente criterio acerca de las cláusulas que deben incluirse en un acuerdo contractual tipo de acceso y transferencia de recursos genéticos:

A) Disposiciones Introductorias:

1. *Referencias en el preámbulo del CDB.*
2. *Situación jurídica del proveedor y del usuario de los recursos genéticos.*
3. *Mandato y objetivos generales del proveedor y, cuando proceda, del usuario de los recursos genéticos.*

B) Disposiciones accesorias y distribución de beneficios:

1. *Descripción de los recursos genéticos a los que se extiende el acuerdo de transferencia de material, inclusive la información adjunta.*
2. *Usos autorizados, es decir los posibles usos de los recursos genéticos y sus productos derivados en virtud del acuerdo (por ejemplo investigación, cría o cultivo, y comercialización).*
3. *La declaración de que cualquier cambio en el uso precisaría de un nuevo consentimiento fundamentado previo y acuerdo de transferencia de material.*
4. *Si los derechos de propiedad intelectual pueden procurarse y de ser así, bajo que condiciones.*
5. *Las condiciones de los arreglos de distribución de beneficios, incluido el compromiso de compartir los beneficios monetarios y no monetarios.*
6. *Ninguna garantía dada por el proveedor respecto de la identidad y/o calidad del material provisto.*

7. Si los recursos genéticos y la información adjunta se pueden transferir a terceras partes y, de ser así, las condiciones que deben aplicarse.
8. Definiciones.
9. Obligaciones de reducir al mínimo los impactos ambientales de las actividades de recolección.

C) Disposiciones jurídicas.

1. Obligación de cumplir con las disposiciones del acuerdo. (No debe olvidarse que el cumplimiento de las disposiciones del CDB es obligatorio en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*).
2. Plazo de vigencia del acuerdo.
3. Denuncia del acuerdo.
4. Constancia de que las obligaciones de algunas cláusulas (por ejemplo la distribución de beneficios) subsiste después de la denuncia del acuerdo.
5. Sucesos que limitan la responsabilidad civil de una u otra parte (tales como catástrofes naturales, incendios, inundaciones).
6. Arbitraje y arreglos alternativos para la solución de conflictos.
7. Asignación, transferencia o exclusión de derechos de reivindicar cualquier derecho de propiedad, incluidos los de propiedad intelectual, respecto de los recursos genéticos recibidos mediante el acuerdo de transferencia de material.
8. Opción de leyes.
9. Cláusula de confidencialidad.
10. Garantía.⁴⁴

Notas

- 1 Correa, Carlos. *Acuerdo TRIPs, Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 9. *TRIPs* corresponde al título en inglés del Acuerdo: *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*. El acrónimo en castellano es *ADPIC*.
- 2 Diccionario de Real Academia Española de la Lengua, vigésima segunda edición, Editorial ESPASA – CALPE S.A., Madrid, 2001, tomo II, p. 1920.
- 3 Ídem, tomo I, p. 1130.
- 4 Ídem. p. 1128.
- 5 Lender, T., R. Delavault y Ale Moigne, *Diccionario de Biología*, Editorial Grijalbo S.A., Barcelona, 1982, p. 100.
- 6 Ídem, p. 101.
- 7 Firmado por Ecuador el 9 de junio de 1992 y ratificado el 23 de febrero de 1993. El CDB fue el producto de por lo menos una década de trabajo por parte de gobiernos, expertos y organismos no gubernamentales para incorporar el tema de la biodiversidad en la agenda mundial. Las gestiones dieron frutos en junio de 1992 en Río de Janeiro cuando, durante la *Cumbre de la Tierra*, ciento cincuenta y siete países del mundo, entre los que no se encuentra Estados Unidos de América, firmaron el CDB. Entre los signatarios están los cinco miembros de la Comunidad Andina de Naciones: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.
- 8 CDB, artículo 2, en Internet: <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=1&a=cdb-02>, última revisión el 1 de mayo de 2006.
- 9 Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, artículo 1, en Internet: <http://www-comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>, última revisión el 1 de mayo del 2006.
- 10 El concepto engloba a todas especies de seres vivos sobre el planeta y, por lo tanto, los recursos biológicos están contenidos dentro de la diversidad biológica. Por otra parte los recursos genéticos son mucho más específicos que los biológicos, pues son solo aquellos recursos biológicos que contienen información genética de valor potencial. En el sentido inverso, los recursos genéticos se obtienen de los biológicos y estos provienen de la biodiversidad.
- 11 Siendo la ecuatoriana una de las cartas magnas latinoamericanas más vanguardistas en materia de derechos sociales, incorpora normas jurídicas para garantizar derechos a los grupos vulnerables que hasta hace poco eran impensables. El artículo 84, numerales 4, 5, 6 y 9, dice:
Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:
 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

Notas

6. *Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.*
9. *A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.*
- El artículo 85 hace extensivo este reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos afro ecuatorianos.
- 12 Entrevista con el Dr. Wilson Rojas del Ministerio de Medio Ambiente sobre las políticas de manejo y legislación que regula los recursos genéticos en el Ecuador. 13 de junio del 2005. El CDB es el tratado internacional que establece normas sobre el manejo de recursos biológicos y genéticos en el artículo 15, y se refiere a los conocimientos tradicionales en el artículo 8 literal j.
- 13 Ídem.
- 14 **Art. 3.-** *El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) es el Organismo Administrativo competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la presente Ley y los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sobre esta materia deberán conocerse por la Función Judicial.*
- 15 Visser, Coenraad J. "Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge" En: J. Michael Finger y Philip Schuler (Editors). Poor People's Knowledge. Promoting Intellectual Property in Developing Countries, Oxford University Press y The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, 2004, pp. 227 – 228.
- 16 El artículo 248 de la Ley de Propiedad Intelectual hace extensiva la protección del patrimonio biológico y genético del Ecuador al ámbito de las obtenciones vegetales.
- 17 Visser, Coenraad J. Op. cit., pp. 227 – 228.
- 18 La originalidad y la novedad no son sinónimos: una creación intelectual puede ser original y no ser novedosa, lo que implica que sea susceptible de tener ciertos derechos de propiedad intelectual, pero no de ser patentada.
- 19 La solución puede ser el registro de los conocimientos tradicionales y su respectiva descripción en una base de datos especialmente diseñada para el efecto, que constituiría el punto de partida para el desarrollo del sistema sui generis de protección intelectual para el conocimiento tradicional.
- 20 **Holismo:** "Doctrina que propugna la concepción de la realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen". **Holístico:** "perteneciente o relativo al holismo", en: Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Op. cit., Tomo II, p. 1222.
- 21 Visser, Coenraad J. Op. cit., pp. 215 – 216.
- 22 Visser, Coenraad J. Op. cit., pp. 207 – 209.
- 23 Ídem.
- 24 Correa, Carlos, Op. cit., pp. 261-285.
- 25 Visser, Coenraad J, Op. cit., p. 208.
- 26 OMPI, "Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)", Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 1999.
- Art. 65.1.-** *Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2,3 y 4 infra, los Miembros no estarán obligados a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo antes del transcurso de un período general de un año contado desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo por el que se establece la OMC.*
- Art. 66.1.-** *Habida cuenta de sus necesidades y requisitos especiales, sus limitaciones económicas, financieras y administrativas y la flexibilidad que necesitan para establecer una base tecnológica viable, los países menos adelantados Miembros no estarán obligados a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo, a excepción de los artículos 3, 4, y 5, durante un período de diez años contados desde la fecha de aplicación que se establece en el párrafo 1 del artículo 65 supra. El Consejo, cuando reciba de un país menos adelantado Miembro una petición debidamente motivada, concederá prórrogas de ese período.* Ver también: Correa, Carlos, Op. cit., pp. 289-290.
- 27 Ídem, p. 290.
- 28 Ídem, Art. 67. Ver también: Correa, Carlos, Op. cit., p. 291.
- 29 Visser, Coenraad J, Op. cit., p. 209.
- 30 OMPI, "Mandatos de Doha", Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 2000.
- 31 Visser, Coenraad J, Op. cit., pp. 207 – 209.
- 32 Ídem.
- 33 OMPI, ADPIC, Op. cit. Ver también: Gómez Lee, Martha Isabel. Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. pp. 135 – 136.

Notas

- 34 Gómez Lee, Martha Isabel. Op. cit., pp. 136 – 137.
 - 35 OMPI, ADPIC, Op. cit., art. 71.
 - 36 ADPIC, Art. 27.2 en: Correa, Carlos, Op. cit., p. 260.
 - 37 Visser, Coenraad J, Op. cit., p. 216. En Nueva Zelanda, por ejemplo, la oficina de propiedad intelectual ha desarrollado documentos guía para los examinadores de patentes sobre las solicitudes significativas para los indígenas *Maoríes*. Estas guías versan sobre invenciones relativas a usos de la flora y fauna indígena y conocimientos tradicionales. En el caso de que una solicitud coincida con uno o más de estos criterios, el examinador debe decidir si cabe plantear una objeción al registro bajo la sección 17 del Acta de Patentes de 1953, que permite denegar una solicitud cuando es contraria a la moral. Al hacer esta valoración, los examinadores deben considerar la proporción en la que la solicitud vulnera elementos culturales significativos para los maoríes, de forma que el registro se considere culturalmente ofensivo. Cuando una solicitud se halla en esta situación, el solicitante será previamente advertido para que pueda solicitar el consentimiento fundamentado previo de los indígenas.
 - 38 Gómez Lee, Martha Isabel, Op. cit., p. 138.
 - 39 Ídem, p. 139.
 - 40 Ídem, pp. 138 – 141.
 - 41 Ídem, pp. 142 – 146.
 - 42 Vogel, Joseph Henry. El Carácter de la Biodiversidad: Transformación de Conocimientos Tradicionales en Secretos Comerciales, Care – Proyectos, Quito, 2000, p. 52.
 - 43 OMPI, “*Directrices de Bonn sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios provenientes de su utilización*”, Sexta Conferencia de las Partes del CDB, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, s.f., p. 4. Las *Directrices de Bonn* se aprobaron durante la IV Conferencia de las Partes del CDB sobre “*acceso y distribución de beneficios en relación con los recursos genéticos*”, en La Haya del 7 al 9 de abril del 2002. Esta norma pretende servir de fundamento para el desarrollo de legislación para que los países suscriptores del Convenio elaboren una estrategia general de acceso y distribución de utilidades enmarcada en los planes de acción nacionales sobre diversidad biológica, y en la determinación de las etapas implicadas en el proceso de acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios económicos por su uso.
 - 44 Maldonado López, Galo. *Los recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor como nuevos objetos de protección dentro de la propiedad intelectual*, tesina previa a la obtención de la licenciatura en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2003. pp. 71 – 76.
-

La Teoría de los Poderes Implícitos. Existencia Simultánea a la Carta Fundacional

Vladimir Villalba-Paredes

En un nivel de organización federal, *Marbury v. Madison* (en el derecho anglosajón estadounidense) y en otro de organización supranacional, *Costa v. ENEL* (en el derecho de integración europeo) demuestran la existencia de los poderes implícitos, con base a los cuales, la Corte Suprema ha proclamado para sí el poder de revisión judicial y el poder de declarar la supremacía del derecho comunitario respectivamente y, con ello, a su tiempo, ha robustecido la estructura encaminada a la consecución del propósito inicial que, en ambos casos, ha sido la unión de sus miembros.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

La organización para alcanzar un fin requiere -al menos, una asignación de responsabilidades entre sus partícipes de tal forma que mediante la división del esfuerzo, la delegación de atribuciones y la asunción de responsabilidades, se logre el cumplimiento del motivo teleológico, que es su justificación material y espiritual.

Este marco conceptual inicial puede reproducirse en muchos niveles tomando en cuenta factores como número de partícipes, nivel de colaboración, naturaleza del fin y, en general, la densidad de la estructura organizativa para alcanzar el objetivo.

En un nivel doméstico de gestión, por ejemplo, podemos encontrar que un mandante ha otorgado al mandatario la facultad de administrar un fondo dinerario en beneficio periódico de un tercero sin que le haya propuesto o impuesto un catálogo de actos para mantener -sino mejorar, el rendimiento del fondo. La falta de una atribución expresa de cómo administrar el fondo significa que el mandatario ¿puede -o no puede, invertir a mediano o largo plazo parcialmente el dinero del fondo? O ¿puede -o no puede, sustituir el activo dinerario por un activo ilíquido con ánimo de reventa futura, eso sí sin afectar los flujos periódicos para atender las necesidades del beneficiario?

Ciertamente el mandatario, en cumplimiento del encargo encomendado, que es el fin del negocio jurídico, puede realizar los actos necesarios para alcanzar ese fin¹ que, en la especie, son actos de conservación del fondo que, a su vez, es un requisito *sine qua non* para atender al beneficiario. Es decir, para alcanzar el fin, el mandatario está facultado para realizar cualquier acto necesario conexo para cumplir el encargo, así no aparezca escrito del contrato. Lo dicho se aplica al fiduciario en la adminis-

tración del fideicomiso², al administrador de negocios ajenos en la administración de la cosa ajena y otros tantos negocios jurídicos de colaboración.

En un nivel superior de colaboración asociativa encontramos el mismo marco conceptual en el cumplimiento del rol social por parte del administrador de una sociedad cuando, establecido por estatuto social las actividades que conforman el objeto, se deja de lado la referencia a otros actos conexos necesarios para alcanzar ese objeto. Específicamente, ¿puede el administrador de una compañía inmobiliaria celebrar un contrato de fideicomiso de cartera con fines a una *securitización* para apalancar un proyecto de edificación inmobiliaria, teniendo en cuenta que ese acto no se refleja en el objeto social?

Si para el cumplimiento del objeto social se requiere ejecutar un acto que, aunque no se encuentre expresamente listado en el estatuto social, viabiliza el fin social, efectivamente puede hacerlo. En este caso, la doctrina societaria a fundamentado la tesis afirmativa en la distinción entre el objeto social propiamente dicho y los medios para alcanzarlo³; éstos últimos que no requieren constar en el estatuto social, aunque son las herramientas que viabilizan alcanzar permanentemente el fin social.

Ascendiendo a un nivel organizativo hasta orillar el de las naciones, la pregunta es recurrente en el sentido a si en una organización, en el que las naciones se unen para formar un Estado federal, ¿puede aplicarse igualmente la teoría de los poderes implícitos por parte de los órganos constituidos? O si, en un nivel aún más sofisticado como la integración de Estados-miembros hacia la creación de una superestructura comunitaria, ¿los poderes implícitos se encuentran "explícitamente" reconocidos en el tratado de la unión?

Es esta la cuestión que se explora con base a la construcción teórica de dos *leading cases* resueltos en cada una de esas dos realidades: el primero, *Marbury v. Madison*, en el que la Corte Suprema de Justicia de los

Estados Unidos de América reconoció el *Judicial Review* y, el segundo, *Costa v. ENEL*, en el que -a su vez, la Corte de Justicia Europea reconoció el *Supremacy Principle* y, con estos reconocimientos, el poder del órgano judicial para dirigir la interpretación en las relaciones entre los partícipes de la estructura organizativa, con base a principios que hemos etiquetado como la teoría de los poderes implícitos.

II. EL JUDICIAL REVIEW

A. La Constitución de la Unión Americana

La Constitución de los Estados Unidos de América⁴, en el Artículo III -Sección 1, crea el Sistema Judicial, encabezado por la Corte Suprema de Justicia y las Cortes inferiores de justicia, así como por aquellas que apruebe el Congreso en lo venidero. A su vez, en el Artículo III -Sección 2, reconoce el poder de administrar justicia por parte de la Corte Suprema de Justicia sobre los casos que surjan bajo la Constitución, las leyes y los tratados, sea en jurisdicción⁵ original o sea por recurso de apelación, bajo las leyes que apruebe el Congreso⁶.

A su vez, el Congreso mediante la aprobación del *Judiciary Act of 1789*⁷, en la Sección 13⁸, estableció la competencia de la Corte Suprema para ordenar un apremio de cumplimiento (*writ of mandamus*) contra un funcionario público, en jurisdicción original o por recurso de apelación⁹.

La Sección 13 (que se refiere exclusivamente a la competencia de la Corte Suprema en razón de las personas y grados), está dividida en 4 párrafos que se perfilan según los diferentes casos: el primero, al caso de jurisdicción exclusiva original; el segundo, a otros casos de jurisdicción exclusiva y al de jurisdicción original pero no exclusiva; el tercero, que se refiere a la jurisdicción original por jurado; y, el cuarto, a los casos de jurisdicción por apelación.

Este último, el párrafo cuarto, establece: "*La Corte Suprema tendrá también jurisdicción por apelación venida desde las Cortes del Circuito y las diferentes Cortes de los Estados en los casos específicamente indicados y tendrá el poder de ordenar apremio de prohibición a las Cortes Distritales, cuando juzgue como Corte de jurisdicción Marítima y, apremio de cumplimiento, en casos garantizados por los principios generales y usos del derecho, a cualquier corte electa o funcionarios públicos bajo la autoridad de los Estados Unidos ...*".¹⁰ [El resaltado es nuestro].

Por lo mismo, ¿la facultad de la Corte Suprema de ordenar un apremio de cumplimiento es exclusiva para casos de jurisdicción por apelación o también incluye a casos de jurisdicción original?¹¹ La respuesta a la pregunta es trascendental porque con ella no solamente se fija el continente sino el contenido de la resolución¹².

Si la Sección 13 es interpretada en el sentido que la Corte Suprema tiene autoridad para ordenar un apremio de cumplimiento únicamente en jurisdicción de apelación, el efecto negativo nos lleva a un caso de falta de competencia para dictar la orden (ya que la hipótesis es la presentación de una demanda directamente ante el Tribunal en jurisdicción original) e inevitablemente a un caso de incompetencia¹³.

Si por el contrario, la Sección 13 es interpretada - como de hecho así lo fue, que la Corte Suprema tiene autoridad para ordenar un apremio de cumplimiento tanto en jurisdicción por apelación cuanto en jurisdicción original, el efecto positivo lleva a examinar la constitucionalidad de la ley que fija ese nuevo caso en jurisdicción original (ya que la hipótesis es la presentación de una demanda en jurisdicción original contra un funcionario público al amparo de una ley en contra del texto constitucional Constitución), e inevitablemente a un caso de inconstitucionalidad¹⁴.

B. Marbury vs. Madison¹⁵.

B1. Hechos

El 27 de febrero de 1801, en el último año de la administración del Presidente John Adams¹⁶, el Congreso¹⁷ aprobó el *Organic Act of the District of Columbia* por el que se creaba -entre otros cargos judiciales federales, los denominados Jueces de Paz. Una vez creados, el 2 de marzo, el Presidente Adams nombró a Marbury y a otros para ocupar estos cargos. Como parte del procedimiento, el Senado ratificó esos nombramientos el 3 de marzo (un día antes de la posesión del nuevo presidente) y, finalmente, el Presidente dispuso al Secretario de Estado que emita los nombramientos, fije sellos y envíe las credenciales a las personas elegidas. Sin embargo, en el apuro de ese último día no se dispuso del tiempo suficiente para que algunas de las personas elegidas para esos nuevos cargos -entre ellas Marbury, recibieran sus nombramientos.

El Presidente Thomas Jefferson ya en funciones dispuso a James Madison -su Secretario de Estado, que se abstenga de enviar las credenciales respectivas, por lo que Marbury y los otros demandaron ante la Corte Suprema de Justicia la entrega de los nombramientos. Específicamente, Marbury demandó que el *Judiciary Act of 1789* facultaba a la Corte Suprema para que ordene un *writ of mandamus* en contra del funcionario público en jurisdicción original.

B2. Temas

El desarrollo de la argumentación de la sentencia explora tres cuestiones fundamentales¹⁸: (i) ¿Tiene el actor derecho a la entrega de su nombramiento?; (ii) Si el actor tiene derecho y éste ha sido violado, ¿existe un

remedio para el actor que provean las leyes del país?; (iii) Si las leyes proveen para el actor un remedio, ¿es éste el apremio de cumplimiento ordenado por la Corte Suprema?

La primera cuestión¹⁹ examina el derecho del actor. Técnicamente la Corte analiza en qué momento se produce el nombramiento, para luego establecer si ese derecho debe ser protegido. Al efecto, la Corte concluye que la falta de sello o envío de las credenciales no niega la existencia del nombramiento²⁰, basado en el proceso constitucional de nombramiento de funcionarios y en las obligaciones del Secretario de Estado, conforme a la ley especial de la materia.

La segunda cuestión examina si el derecho reclamado tiene un remedio para el caso de ser violado, como es la pretensión del actor. La Corte empieza por reconocer el principio que el Poder Ejecutivo es un gobierno limitado por las leyes²¹, para luego, examinar la naturaleza del acto de envío de credenciales, y finalmente concluir que más que un acto discrecional del gobierno es una obligación²² y, frente al incumplimiento (que provoca una lesión de un derecho), debe reconocerse un remedio²³.

Adicionalmente, esta segunda cuestión y su resolución afirmativa, tácitamente supera la cuestión de eventual incompetencia a la facultad de la Corte de ordenar un apremio de cumplimiento²⁴; es decir, bajo la interpretación que otorga al párrafo 4º de la Sección 13 del *Judiciary Act of 1789*, la Corte está facultada para ordenar apremios tanto en jurisdicción por apelación (jurisdicción referida en el párrafo 4º) cuanto en jurisdicción originaria (jurisdicción referida en los párrafos 1º, 2º y 3º)²⁵.

Tanto el principio que todo derecho debe tener un remedio para protegerlo o restablecerlo cuanto aquél que los actos del gobierno deben estar sometidos a la ley, justifican para que la Corte reconozca la existencia del derecho y su protección, de tal suerte que nos lleva a la siguiente cuestión a examinarse²⁶.

La tercera cuestión empieza por ratificar²⁷ que el *writ of mandamus* es la herramienta remedial apropiada para el caso del incumplimiento de una obligación por parte de un funcionario público²⁸. Hecho, ingresa por confrontar al *real issue*²⁹ del caso:

¿Es la Corte Suprema competente para ordenar, en jurisdicción original, un apremio de cumplimiento contra un funcionario público que ha violado su obligación legal, en perjuicio del derecho de otro?

Es que al admitir el caso en busca de una orden de apremio de cumplimiento, con base a la sección 13 del *Judiciary Act of 1789*, implica admitir -por otro lado, un caso adicional (el del funcionario público) a los tres casos constitucionales que la Corte Suprema puede conocer en jurisdicción original, en aparente³⁰ contradicción³¹ con la Constitución en el Artículo III, Sección 2, párrafo 2º, que taxativamente se refiere al de los "... *Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party, ...*".

Inmediatamente viene la siguiente cuestión: ¿está facultada la Corte Suprema a declarar inconstitucional una ley que va contra el texto constitucional?; más concretamente, ¿la Corte Suprema tiene la atribución del *Judicial Review power*?³²

B3. Razones

La Corte Suprema sostiene para sí el poder para declarar la inconstitucionalidad de cualquier ley! El Tribunal para fundamentar este criterio, se basa en un conjunto de principios con el siguiente *rationale*:

a) Aunque su ejercicio debería ser por excepción, existen *principios originales* cuya invocación es un *derecho originario* de los pueblos para alcanzar su bienestar³³;

b) La constitución contienen simultáneamente la *distribución de poderes* entre los diferentes órganos con sus limitaciones, por lo que cualquier acto que orille esos límites escritos debe ser frenado³⁴;

c) Alrededor de toda constitución escrita gira la teoría de que ella es la *cúspide y la ley fundamental* de una nación, por lo que cualquier acto legislativo contrario a la Constitución debe carecer de validez³⁵;

d) Constituye una *obligación* del poder judicial determinar *lo que es la ley*³⁶; por lo mismo, los jueces al interpretar una ley a los casos de su conocimiento deben decidir el destino inconstitucional de las leyes que pugnan con el contenido constitucional³⁷.

e) Adicionalmente a estos principios de supremacía constitucional, hay indicaciones en la Constitución, como en el Artículo III, Sección 2, párrafo 1º, que establece que "*el poder judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que se presentan bajo la Constitución*", lo cual significa la obligación de examen de cualquier instrumento a la luz constitucional³⁸;

f) Hay otras disposiciones constitucionales que guían la interpretación constitucional sobre cualquier otra ley, como el valor de una prueba penal condenatoria no contemplada en la Constitución³⁹;

g) El *juramento* de los Jueces constituye precisamente la obligación de hacer cumplir la Constitución⁴⁰.

h) La *ley de la nación* es la Constitución y las leyes en sentido general, siempre que se encuentren en armonía constitucional⁴¹.

B4. Epílogo

En virtud de existir una contradicción entre el *Judiciary Act of 1789*, Sección 13 y la Constitución, Artículo III, Sección 2, párrafo 2º, la Corte Suprema declara inconstitucional la ley en conflicto, desechando la pretensión de la demanda por no tener competencia para conocer el caso en una de jurisdicción original, sino que en razón de la persona demandada, debió venir por recurso de apelación, por tratarse de un funcionario público. La ley no podía añadir otros casos de jurisdicción original a aquellos previstos taxativamente en la Constitución.

La Corte Suprema al declarar la inconstitucionalidad asumió para sí el poder de revisión judicial constitucional (*Judicial Review*)⁴², que aunque no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, la Corte Marshall entiende incorporado en la función judicial, con base a los principios⁴³ que sustentan las constituciones escritas y el sentido de algunas disposiciones constitucionales⁴⁴.

Más allá de las críticas que pudieran hacerse moderadamente a la resolución⁴⁵, ciertamente la Constitución

americana se ha moldeado hasta la actualidad con base a estos dos principios: (i) La Constitución es la cúspide legal bajo la cual, todo el cuerpo de leyes debe someterse; y, (ii) El poder judicial es el órgano llamado a precautelar la Constitución⁴⁶ y, con ello, a limitar los actos de los demás poderes del Estado a vía de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Más allá del camino de interpretación⁴⁷ que la Corte Marshall optó frente a otros; más allá de la selección de un conjunto de principios frente a otros, el mérito⁴⁸ de la sentencia está en reconocer la existencia implícita⁴⁹ de un poder de revisión judicial constitucional y, con ella, medio para alcanzar el fin de la estructura, a través del equilibrio y limitación de los poderes de la naciente organización, bajo el abrigo constitucional⁵⁰.

El *Judicial Review* se lo reconoce como un poder implícito (por no encontrarse escrito), aunque explícito para informar el alcance de la Constitución, en favor del órgano encargado de la administración judicial. Este poder tiene sustento en los principios generales del derecho constitucional que lo informa, y reconocidos con base a la herramienta interpretativa⁵¹.

III. EL "SUPREMACY PRINCIPLE"

C. El Tratado de la Unión Europea

El Tratado de la Unión Europea⁵² no contiene alguna disposición expresa⁵³ sobre la supremacía de sus normas sobre aquellas de la legislación interna de los países miembros. En palabras dramáticas, el Tratado guarda silencio al no contener un *Supremacy clause*⁵⁴ que establezca la jerarquía de la norma de la unión⁵⁵ sobre la norma constitucional⁵⁶ de un Estado en caso de conflicto.

D. Costa vs. Enel⁵⁷

Frente a esta comprensible⁵⁸ ausencia normativa, el principio fue desarrollado -una vez más⁵⁹, a través de la jurisprudencia comunitaria, aunque sin un precedente⁶⁰.

D1. Hechos

En 1962, el gobierno italiano resolvió la nacionalización de la generación y distribución de la industria eléctrica, a cuyo efecto, dispuso la transferencia de los activos de la empresa privada (que venía prestando esos servicios) a la conformación del *Ente Nazionale per L'Energia Elettrica* (ENEL).

Flamingo Costa se rehusó al pago de la planilla por servicio eléctrico en alrededor 1.925 liras (USD 3.00), con base a que el acto de la nacionalización era inconstitucional, conforme a la Constitución italiana e incompatible con el Tratado comunitario, en especial, con los Arts. 31 (ex 37), ex 53 (actualmente derogado), 88 (ex 93) y 97 (ex 102).

El caso tomó conocimiento el *Giudice Conciliatore* (Corte de Milán con competencia de menor cuantía), quien solicitó interpretación prejudicial⁶¹ a la Corte Europea de Justicia respecto al alcance de la norma comunitaria y, simultáneamente, a la Corte Constitucional italiana respecto a la conformidad con la norma constitucional, aunque el gobierno italiano sostuvo que en materia constitucional, únicamente el Tribunal constitucional italiano era competente para dejar sin efecto la ley de nacionalización, con base únicamente a la Constitución.

La cuestión fue resuelta por el Tribunal constitucional italiano en el sentido que el Tratado tiene el *status* de una ley ordinaria dentro de la legislación doméstica, en virtud que fue ratificado mediante un simple acto parlamentario y que cualquier subsecuente acto que esté en conflicto con la norma comunitaria, automáticamente la revocará a ésta (tesis de la subordinación de la norma comunitaria a la legislación interna posterior).

D2. Temas

Aunque existen algunas cuestiones⁶² que se discuten en el caso, el principal y novedoso es ¿qué norma tiene supremacía en caso de conflicto, la comunitaria o la doméstica de un país miembro?

La cuestión ciertamente fuerza a explorar la naturaleza jurídica del Tratado de la Unión que, aunque con un formato de carácter internacional, tiene un contenido supranacional.

D3. Razones

La Corte de Justicia Europea interpreta⁶³ que el Tratado tiene una supremacía sobre la legislación interna de cada uno de los países miembros de la Unión, con base a los siguientes principios⁶⁴:

a) El Tratado creó su *propio sistema legal*, diferente de aquellos ordinarios tratados internacionales⁶⁵;

b) El Tratado es *parte integral* de la legislación interna de cada uno de los países miembros, y las cortes nacionales están *obligadas a aplicarlo*⁶⁶;

c) El Tratado implica la *transferencia de poderes* a la Comunidad de manera permanente, por lo que sus miembros han *limitado sus derechos de soberanía*⁶⁷;

d) La ley comunitaria no puede variar en su aplicación entre los diferentes Estados miembros, conforme el Art. 10 (ex Art. 5) y el Art. 12 (ex Art. 6) del Tratado, por lo que un principio de reciprocidad ha sido acordado⁶⁸;

e) La primacía de la norma comunitaria está sustentada en el Art. 249 (ex Art. 189) del Tratado, la cual no tiene el carácter de contingente a los actos legislativos posteriores⁶⁹.

D4. Epílogo

La Corte fundamenta esencialmente su resolución en los principios⁷⁰ necesarios para alcanzar el espíritu del Tratado⁷¹. La Corte recoge la idea principal de la interpretación⁷² en un caso anterior en *van Gend en Loos*, aun-

que al aplicar al caso *Costa*, pasa de reconocer a la Comunidad como *un nuevo orden de ley internacional a un sistema propio legal*⁷³, con lo cual, prepara el principio de supremacía sobre la base de la supranacionalidad⁷⁴ (abandonando el carácter de contenido internacional).

El reconocimiento del principio de la supremacía, a su vez, comporta que la Corte, con base a su atribución de interpretar la norma comunitaria, reclama para sí la función⁷⁵ de protector⁷⁶ del cumplimiento del Tratado, así como el poder de indirectamente declarar la inconformidad, a vía de interpretación prejudicial, sobre cualquier legislación interna⁷⁷.

IV. Conclusión. La teoría de los poderes implícitos

La atribución escrita no es suficiente, en ocasiones, para apreciar el verdadero alcance del poder, sino que es necesario aproximar la premisa menor a la premisa mayor que le informa y el fin que le guía, con sustento en aquella razón de ser de la estructura legal al cual la atribución y el poder pertenecen.

Hay ocasiones, por lo mismo, que el órgano responsable de un objetivo, tiene para sí la atribución implícita de actuar, como única herramienta para alcanzar el fin. No hacerlo significaría, además de cometer un acto de omisión, desnaturalizar el propósito de la existencia tanto del órgano cuanto de la estructura legal. Es la competencia que tiene el artesano de cimentar cualquier orificio que encuentre en el material entregado a su creación.

Esta teoría tiene importancia en el campo constitucional, sobretodo si conceptualizamos a una ley suprema como la declaración de un conjunto de derechos individuales, colectivos y sociales, así como la edificación de un andamiaje básico y esencial para alcanzar la protección y realización de esos derechos. Entendida esta visión, la misión debería ser, más que propender a la creación de un nuevo instrumento básico que sustituya al anterior, la adjudicación clara de atribuciones sobre las cuales se construya el poder que viabilice el movimiento constitucional. A lo más debería haber una tendencia a la reforma constitucional.

Es coincidente que en la primera etapa de elaboración de doctrina constitucional en los Estados Unidos de

América así como de la comunitaria de la actual Unión Europea, la Corte Suprema haya emprendido en pulir y dar forma a las columnas sobre las cuales se edifica la ley suprema. Al hacerlo, el Tribunal confrontó dos realidades: por un lado, un texto que reconocía de manera general una atribución esencial para el desenvolvimiento de la estructura jurídica para cada órgano y, por otro, la necesidad de alcanzar el fin de la unión a través del reconocimiento de atribuciones implícitas. No hacerlo hubiese significado poner en riesgo la justificación teleológica de la organización al dejar a cada uno de los partícipes la producción de actos extraños al espíritu original.

Mientras el Tribunal en *Marbury v. Madison* asume para sí el poder para declarar inconstitucional una ley, en *Costa v. ENEL* asume el poder de declarar la supremacía de la norma comunitaria sobre la ley interna de los países miembros; en ambos casos, ejerce un poder de revisión judicial salvaguardando el fin de la norma suprema.

La Corte Suprema ha rasgado aquella concepción fija sobre el alcance constitucional que concibe como uno de "doce reglas escritas en piedra" por otra de "doce reglas de piedra", ésta última, que al ser esculpidas, le ha permitido asumir un poder de revisión como medio para llegar al cumplimiento del encargo confiado. Sin esa visión no se hubiese llegado a conservar esa voluntad inicial o, peor aún, se hubiese distorsionado con la razón de cada uno de los partícipes.

La herramienta en ambos casos ha sido la interpretación judicial, bajo la regla del entendimiento sistemático de la estructura jurídica acordada. El reconocimiento de principios como el derecho originario de los pueblos, la limitación de poderes, la supremacía constitucional o comunitaria, la jerarquía de leyes, la transferencia de soberanía hacia un fin común, la aplicación homogénea de la ley entre sus partícipes, la eficacia incondicional de la ley han justificado la existencia de los poderes implícitos simultáneamente a la de los implícitos. Más todavía, el poder estaría constituido por atribuciones del uno y del otro género.

Como corolario resulta que, aunque el poder se encuentra implícito, su construcción ha sido con base a principios explícitos que giran alrededor del fin de la estructura jurídica. Con ese cincel se ha torneado las columnas constitucionales de esas dos realidades.

Notas

- 1 "En el cumplimiento del mandato, por tanto, el mandatario puede ejecutar actos jurídicos y hasta no jurídicos, siempre que éstos sean conexos con el encargo que deba ejecutar.", Wladimiro VILLALBA VEGA, «Fundamentos de Práctica Forense», Editorial Jurídica Alameda, Quito, 1987, pág. 484.
- 2 Aunque para el caso de la responsabilidad del fiduciario deberá confrontarse con principios particulares del negocio fiduciario como aquél por el cual el encargo debe encontrarse contenido en las reglas (escritas) del contrato y las disposiciones de la legislación pertinente.
- 3 "Determinado el objeto del modo antes indicado, la sociedad, por medio de sus órganos, tiene plena capacidad para realizar todos los actos jurídicos lícitos necesarios para la realización de tal objeto, sin necesidad de indicación alguna en el contrato social o en los

Notas

- estatutos.*”, Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, «El Contrato de Sociedad», Vol. 2, (Biblioteca de Derecho Societario), Editorial Heliasta, 1° ed., Buenos Aires, 1994, pág. 259.
- 4 Adoptada por la Convención Federal (Constitucional) en la ciudad de Filadelfia, el 17 de septiembre de 1787, para posteriormente ser sometida a aprobación de los 13 Estados, aunque fue previsto que con la sola ratificación de 9 Estados (ocurrida el 21 de junio de 1788 por New Hampshire), el cronograma de instalación del nuevo gobierno entraría en funciones (ocurrido el 4 de marzo de 1789).
 - 5 La norma constitucional se refiere a *jurisdicción*, aunque debe entenderse como *competencia*.
 - 6 “Section 2. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties. [...] §2 In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have **original Jurisdiction**. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have **appellate Jurisdiction**, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. [...]” [El resaltado es nuestro]
 - 7 A diferencia de la claridad del Artículo I sobre el *Legislative Power* en el que se establece un abanico de atribuciones, el Artículo III es vago en cuanto a lo que significa el *Judicial power*. A través del Judiciary Act, el Congreso -como uno de sus primeros actos y con base a la atribución constitucional, estableció el sistema de organización de las Cortes Federales de Justicia.
 - 8 “Sec. 13. [1] And be it further enacted that the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. [2] And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but no exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors or other public ministers, or in which a consul, or vice-consul, shall be a party. [3] And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. [4] The Supreme Court shall also have **appellate jurisdiction** from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have the power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States...” [El resaltado e introducción de números de párrafos son nuestros].
 - 9 Esta es la visión interpretativa del efecto de la ley por parte del Tribunal Marshall. Sin embargo, como se verá más adelante, existe otra visión interpretativa generada por el foro académico actual.
 - 10 Libre traducción.
 - 11 La pregunta nos lleva ciertamente a la construcción de cuatro modelos posibles, tomando en cuenta dos variables en juego, con su respectiva solución, a saber: MODELO I [Estructura + +] Hay lugar al apremio y es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original; Modelo II [Estructura -+] No hay lugar al apremio, aunque es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original; Modelo III [Estructura +-] Hay lugar al apremio, aunque es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original; Modelo IV [Estructura - -] No hay lugar al apremio y es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original.
 - 12 “If § 13 were read as dealing only with the Supreme Court’s power in cases heard on appeal, Marbury’s action would have to be dismissed on the ground that no law authorized him to sue originally in the Supreme Court. However, such a reading would have deprived the Court of the opportunity to declare an act of Congress unconstitutional. Instead, the Justices agreed with Marbury that § 13 authorized the Supreme Court to take original jurisdiction over his mandamus action but then proceeded to declare § 13 unconstitutional.”, Christopher N. MAY and Allan IDES, «Constitutional Law -National Power and Federalism: examples and explanations», Aspen Law & Business, 1998, pág. 10.
 - 13 Llamamos a esta *Interpretación Clásica* porque es la que muy probablemente cualquier Juez tomaría con solo mirar el cuerpo de la Sección 13: el apremio de cumplimiento se encuentra ubicado a propósito de la jurisdicción por apelación por lo que le es exclusiva, por lo que no se pudiera ordenar en jurisdicción original.

Notas

- 14 Llamamos a esta la *Interpretación Constitucional* porque conduce a revisar la materia del efecto de una ley inferior contraria a la Carta Constitutiva y, al hacerlo, reconoce para sí el poder de declarar inconstitucional un acto del Congreso. Es esta la interpretación que optó el Tribunal Marshall.
- 15 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- 16 La elección del nuevo presidente fue encarnizada entre John Adams (buscando la reelección y apoyado por el Partido Federalista), Aaron Burr (apoyado por el novel Partido Democrático Republicano) y Thomas Jefferson (apoyado por el Partido Republicano). Después de un empate en el Colegio Electoral, Jefferson fue elegido como Presidente y Burr como Vicepresidente por la Cámara de Representantes del Congreso, conforme al procedimiento constitucional.
- 17 Integrado en su mayoría por miembros del Partido Federalista de John Adams que obviamente tenían interés en dejar influencia antes de la posesión de la administración de Thomas Jefferson. La elección de Jefferson significó el cambio por primera vez del dominio político del partido Federalista (momento histórico conocido como *Jeffersonian revolution*).
- 18 "Having found that the executive branch had acted illegally, the Court proceeded to dismiss Marbury's case for lack of jurisdiction. This was certainly an unorthodox way to proceed. It is well recognized that a court must first determine whether it has jurisdiction over the case; only if jurisdiction is found to exist may the court proceed to the merits. Yet had the issue of jurisdiction been addressed first, Marbury's case would have been dismissed without an opportunity for the Court to address the legality of the executive's conduct. By reversing the usual sequence, the Chief Justice was able to use Marbury as a vehicle for establishing the principle of judicial review with respect to Congress as well as the executive branch.", Christofer N. MAY, Ob. cta., Nota N° 12, pág. 12; En el mismo sentido: "Marshall's first coup was to reverse the regular order of questions (he warned counsel that there would be 'some departure in form' from the points stated in argument). He could have disposed of the case straight off -and without ruling on Section 13- by holdings that Marbury could not bring a case on original jurisdiction before Court since he was not an ambassador, public minister, or consul. Instead, Marshall asked questions one and two, which gave him an opportunity to expound the doctrine of vested rights and to remind the President of the United States that he was not above the laws of the country (a lecture he would surely not have dared give to Washington or Adams)", R. Kent NEWMYER, «The Supreme Court under Marshall and Taney », Harlan Davidson, Inc, 1968, págs. 29-30.
- 19 Bajo la denominada *interpretación clásica*, la Corte debió directamente declarar la incompetencia para ordenar un apremio de cumplimiento o, bajo la denominada *interpretación constitucional* (que es la optada por la Corte), declarar directamente la inconstitucionalidad del *Judiciary Act of 1789*. Por el contrario, al proponer esta primera cuestión, la Corte censura la actitud del Presidente Jefferson por haberse rehusado entregar las credenciales al actor cuando fue legalmente nombrado. Quizá el hecho que antes de asumir el cargo de Presidente de la Corte Suprema, John Marshall fue inicialmente el encargado de enviar el nombramiento a Marbury, en su calidad de Secretario de Estado del Presidente saliente James Madison (circunstancia que no ocurrió ni siquiera por encargo a su hermano James Marshall) fue el motivo *político* que explica esta primera cuestión.
- 20 "Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the President, and sealed by the Secretary of State, was appointed; and as the law creating the office, gave the officer a right to hold for five years, independent of the executive, the appointment was not revocable, but vested in the officer legal rights, which are protected by the laws of his country.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 21 "The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.", Ob. cta., Nota 15.
- 22 "Is the act of delivering or withholding a commission to be considered as a mere political act belonging to the executive department alone, for the performance of which entire confidence is placed by our constitution in the supreme executive; and for any misconduct respecting which, the injured individual has no remedy? That there may be such cases is not to be questioned; but that every act of duty to be performed in any of the great departments of government, constitutes such a case, is not to be admitted." [...] "But when the legislature proceeds to impose on that officer other duties; when he is directed peremptorily to perform certain acts; when the rights of individuals are dependent on the performance of those acts; he is so far the officer of the law; is amenable to the laws for his conduct; and cannot at his discretion sport away the vested rights of others.", Ob. cta., Nota 15.

Notas

- 23 *"But where a specific duty is assigned by law, and individual rights depend upon the performance of that duty, it seems equally clear that the individual who considers himself injured, has a right to resort to the laws of his country for a remedy."*, Ob. cta., Nota N° 15.
- 24 En verdad, aquí radica el *bypass* del caso de tal suerte que la Corte se mueve de lo que originariamente hubiese sido un Modelo II [Estructura -+: No hay lugar al apremio, aunque es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original] al Modelo III [Estructura +-: Hay lugar al apremio, aunque es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original]. Este movimiento le permitirá a continuación examinar la constitucionalidad del *Judiciary Act of 1789*.
25. El profesor Abernathy intuye la otra interpretación (la que denominamos *interpretación clásica*) que se otorga al párrafo 4° de la Sección 13 del *Judiciary Act of 1789*, al provocar respuestas a las preguntas que hace al lector: *"(a) Consider the punctuation used in the Act. The first two sentences relate to original jurisdiction and the third to jury trial, a procedure that applies only to non-appellate cases. What topic does the fourth sentence cover? In which sentence does the statute provide for writs of mandamus? In which jurisdiction, then, should mandamus be exercised?"*, Charles F. ABERNATHY, «Law in the United States -Cases and Materials», International Law Institute, 1995, pág. 149-51.
- 26 Insistimos: aquí la Corte aplica a la que denominamos *interpretación constitucional*, dejando a un lado a la que denominamos *interpretación clásica*.
- 27 Aunque más que apoyarse en una interpretación gramatical del párrafo 4° de la Sección 13 del *Judiciary Act*, encuentra sustento en el principio universal que una orden judicial debe ser la acción para apremiar a un funcionario público que cumpla con su obligación.
- 28 *"This, then, is a plain case for a mandamus, either to deliver the commission, or a copy of it from the record;..."*, Ob. cta., Nota N° 15.
- 29 Ciertamente esta es la verdadera cuestión a resolver. Las cuestiones anteriores tiene el rol de llevar el caso del Modelo II [Estructura -+: No hay lugar al apremio, aunque es constitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original] al Modelo III [Estructura +-: Hay lugar al apremio, aunque es inconstitucional demandar a funcionario público en jurisdicción original].
- 30 Hay quienes interpretan que la misma Constitución, en el mismo Art. III, Sección 2, al final del párrafo 2°, estableció la facultad al Congreso para que libremente pueda modificar los casos de jurisdicción original y por apelación. Cfr. MAY, Nota. N° 31, pág. 11; CHEMERINSKY, Nota N° 31, pág. 41.
- 31 Sin embargo, puede intentarse otra lectura en el sentido que el Artículo III, Sección 2, párrafo 2 permite que el Congreso pueda crear excepciones a los diferentes casos tanto en jurisdicción original cuanto en jurisdicción por apelación. En este sentido: *"However, the Exceptions Clause of Article III, § 2 appeared to permit the transfer of cases between the Court's original and appellate jurisdiction. After specifying which cases the Supreme Court may hear as an original matter, Article III, §2, cl. 2 states that '[i]n all the other Cases ... the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. [Resaltado es del texto]. This clause seemingly permits Congress to re-deal the cards so that cases which the Constitution assigned to the Court's original jurisdiction could be moved to appellate pile, while other cases such as Marbury's suit for a writ of mandamus might be shifted from the Court's appellate to original jurisdiction. Under this interpretation of the Exceptions Clause, §13 would have been constitutional."*, Christofer N. MAY, Ob. cta., Nota 12, pág. 11. Otra lectura, a su vez, puede ser que el *Judiciary Act of 1789* faculta el apremio de cumplimiento únicamente en jurisdicción por apelación. En este sentido: *"Although the Court read this statute granting it original jurisdiction over requests for mandamus, alternative readings seem even more plausible. For example, the statute might be read as pertaining only to the Court's appellate jurisdiction because that is the only type of jurisdiction mentioned. Alternatively, the statute might be understood as according to the Court the authority to issue mandamus where appropriate, in cases properly within its jurisdiction. By this reading, the statute does not create original jurisdiction, but simply grants the Court the remedial powers when it has jurisdiction. Under either of these approaches, Marbury still would have lost, but the Court would have avoided the question as to whether the statute was constitutional and thus would have lost the opportunity to announce its power to declare statutes unconstitutional."*, Erwin CHEMERINSKY, «Constitutional Law -Principles and Policies», Aspen Law & Business, 1997, pág. 41.
- 32 *"The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it."*, Ob. cta., Nota N° 15.

Notas

- 33 "That the people have an original right to establish, for their future government, such principles, as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 34 "The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed [...].", Ob. cta., Nota N° 15.
- 35 "Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nations, and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. The theory is essentially attached to a written constitution, and, is consequently to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society [...].", Ob. cta., Nota N° 15.
- 36 "It is emphatically the providence and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. [...] This is of the very essence of judicial duty.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 37 Como Hamilton escribió en el *The Federalist* (fuente interpretativa de la Constitución): "The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body.", *The Federalist*, No. 78 (The Judiciary Department), Alexander HAMILTON, Clinton Rossiter ed., 1961, pág. 467.
- 38 "Could it be the intention of those who gave this power, to say that in using it the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises?", Ob. cta., Nota N° 15.
- 39 "If, however, such a bill should be passed, and a person should be prosecuted under it; must the court condemn to death those victims whom the constitution endeavors to preserve?", Ob. cta., Nota N° 15.
- 40 "Why otherwise does it direct the judges to take an oath to support it?", Ob. cta., Nota N° 15.
- 41 "It also not entirely unworthy of observation, that in declaring what shall be the supreme law of the land, the constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank.", Ob. cta., Nota N° 15.
- 42 Con posterioridad, la Corte declaró la supremacía constitucional sobre la legislación de los Estados [*Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)]; y la revisión de las resoluciones de las Cortes inferiores sobre asuntos constitucionales [*Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816)] y en *Cohens v. Virginia* [19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821)].
- 43 "In its essence, *Marbury* rested on three propositions: (a) that the Constitution is law, not merely an enshrinement of a set of political ideas; (b) that the Constitution is supreme law, and overrides any conflicting source of law within the legal system; and, (c) that judges have the same responsibility and authority with regard to the Constitution as they do with regard to other sources of law.", Alan B. MORRISON (editor), «Fundamentals of American Law», Oxford University Press, 2000, pág. 53.
- 44 "The basic idea behind *Marbury* is that constitutional review of laws is nothing extraordinary. As the Court observed the first 'providence and duty' of all Courts is to determine "what the law is' in any case before them. "The Law" includes the Constitution and, in particular, its supremacy clause setting the hierarchy of laws. Consequently, when a court discovers that a statute violates the Constitution, it simply engages in a 'choice-of-law' determination, applying the Constitution and ignoring the statute.", William BURNHAM. *Introduction to the Law and legal system of the United States*, West Group, 2° ed., 1999, pág. 304.
- 45 "Nonetheless, judicial review is still subject to debate. For one thing it is 'countermajoritarian'. That is to say, nobody elects the Supreme Court. The voters elect congressmen, senators, presidents to govern them. Why should the Court overturn what the public decides, through its representatives? True, the Constitution is the highest law of the land. But it is really naive to claim that the Supreme Court only 'interprets' the text, that is, that it does nothing more than ask what the document means or what it meant to the people who

Notas

wrote it. The Court goes far beyond anything that can reasonably be called 'interpretation'. The Court invents and expands constitutional doctrine, and some of this doctrine is connected to the text by gossamer threads, if at all.", Lawrence M. FRIEDMAN, «American Law-An Introduction», W.W. Norton, 2º ed., NY, 1998, pág. 210; Cfr. W. Van ALSTYNE, «A Critical Guide to Marbury v. Madison», Duke Law Journal, 1, 1969; En el mismo sentido: "Critics contend that the democratic process -not the Court, is the proper curb on legislative and executive excesses. If the President or Congress exceed their proper roles, the voters can correct the abuse at the ballot box. The legitimacy of judicial review and its true source remains a vigorously debated matter to this day; but the doctrine seems firmly established and accepted by all branches of the federal government.", Margaret Z. JOHNS & Rex R. PERSCHBACHER, «The United States Legal System -An Introduction», Carolina Academic Press, 2002, págs. 78-79; En el mismo sentido: "La tesis de un intérprete es incompatible con la supremacía constitucional porque ésta implica criterios constitucionales independientes y sobre la base de estos criterios siempre se puede criticar a cualquier intérprete. Por lo tanto, formulamos la pregunta errónea al tratar de localizar el poder de la revisión constitucional. Un monopolio tal no se encuentra en la Constitución. En realidad, se podría ir tan lejos como para decir que un monopolio tal no puede haber sido colocado en la Constitución y que sea consecuente de alguna forma con la supremacía, por la ley de la Constitución misma. En lugar de un monopolio encontramos una obligación para actuar constitucionalmente que se aplica a todos los que ejercen funciones constitucionales, no sólo para aquéllos que practican la función judicial.", Sotirios A. BARBER, «Sobre el Significado de la Constitución de los EE.UU.», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 984, pág. 236; "Los teóricos políticos se han preguntado durante largo tiempo si el supuesto por parte de la Corte Marshall del poder de revisión estaba justificado por la Constitución o era un acto de usurpación judicial.", Bernard SCHWARTZ, «Algunos Artífices del Derecho Norteamericano », Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 60.

- 46 "Although not totally free of ambiguity, much of Marbury is consistent with a robust interpretive role by other institutions. Marbury can be read as claiming simply the power to review statutes as they arise in cases before the Court, not as making the Court the exclusive or ultimate constitutional voice.", Norman REDLICH y otros, «UNDERTANDING CONSTITUTIONAL LAW, Matthew Bender, 2º ed., 1999, pág. 5.
- 47 "[Marsall] asserts that the Constitution has a superior status as higher law by virtue of its enactment by the People. Until a constitutional movement successfully amends our higher law, the Court's task is to preserve the People's judgments against their erosion by normal lawmaking.", Bruce ACKERMAN, «WE THE PEOPLE -Foundations», Harvard University Press, Cambridge, 1991, pág. 72
- 48 "The point of this discussion is not, of course, to argue that Chief Justice John Marshall was wrong or that judicial review is illegitimate. History has proven the opposite. Rather, the point is that constitutional review was not axiomatic or unassailable; it had to be established by the Supreme Court and John Marshall found the ideal occasion. He established judicial review while declaring unconstitutional a statute that he read as expanding the Court's powers. The particular statutory provision invalidated was minor and Marshall's holding was a victory for his opponents.", CHEMERINSKY, Ob. cta., Nota 31, pág. 43.
- 49 "Many of the Court's efforts to pack constitutional language were controversial, such as its finding that the Contract Clause embodied the unwritten principle that a legislature cannot take property from A and give it to B without compensation, or its finding that enumerated powers given to Congress gave rise to additional unenumerated 'implied' powers", G. Edward WHITE, «The Marshall Court and Cultural Change. 1815-1835», Abridged Edition, Oxford University Press, 1991, pág. 114.
- 50 "Más aún, Marbury estableció un principio más amplio e importante: la revisión judicial es un elemento indispensable del sistema constitucional de frenos y contrapesos diseñado para evitar que otras ramas de gobierno usurpen autoridad. El poder que tiene el Congreso de limitar la jurisdicción de los tribunales no debería ser interpretado tan ampliamente como para permitir que los legisladores mismos destruyan este importante control sobre los límites de su poder.", David P. CURRIE, «Introducción a la Constitución de los Estados Unidos», Zavalia, Buenos Aires, 1993, pág. 40.
- 51 "En las palabras del Juez Marshall, la naturaleza de una Constitución requiere 'que solamente estén delineados sus grandes contornos, designados sus objetos importantes, y que los ingredientes menores que componen estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los objetos mismos ... Nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando", en *Mc Culloch v. Maryland*, citado por E. Allan FARNSWORTH,

Notas

- «Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos», Zavalia, Buenos Aires, 1990, pág. 194.
- 52 Acordado mediante el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, en vigencia a partir del 1 de mayo de 1999, que reformó el Tratado de Maastrich, firmado el 7 de febrero de 1992 que, a su vez, se reformó el Tratado de Roma, firmado el 25 de octubre de 1957, que estableció la Comunidad Económica Europea. A su vez, la CEE junto con la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (Tratado de París de 1951 sobre el ECSC) y el Tratado Comunitario Europeo de Energía Atómica (Tratado EURATOM de 1951) son las raíces de la actual Unión Europea. Al respecto: “*Of the three Communities which existed by 1958, two -the ECSC and EURATOM- were subject specific. The EEC, on the other hand, was not; its remit was broad enough to cover any economic activity not included in that of the other two. The result is that the EEC became by far the most important of the three Communities.*”, O.F. ROBINSON y otros, «European Legal History», Butterworths, 1994, pág. 301.
- 53 “*The three founding European Community treaties made no express provision to deal with the possibility of a conflict between a rule of European Community law and a rule of the municipal law of one of the Member States.*”, Tom KENNEDY, «Learning European Law -A Primer and Vade-mecum», Sweet and Maxwell, 1998, pág. 153.
- 54 Como existe reconocido en el Artículo VI, párrafo 2º de la Constitución Americana que proclama al texto constitucional como the *supreme Law of the Land*, obligando a cualquier juez de cualquier Estado, así la Constitución o la ley local esté en contraposición. En este sentido: “*The Community Treaties do not themselves provide a particularly firm textual foundation for the supremacy of Community law. Unlike the US Constitution, which contains an express Supremacy Clause in favor of federal over state law, the Treaties do not expressly address the issue.*”, George A. BERMANN y otros, «Cases and Materials on European Community Law», West Publishing, 1993, pág. 192.
- 55 “*Some have analogized the Treaty of Rome to a constitution. Certainly it is the founding document of the European Community. The European Court of Justice has, of late, referred to the Treaty of Rome as the ‘constitutional charter of a Community based on the rule of law’.*”, Ralph H. FOLSOM, «European Union Law», West Group, 1999, pág. 9.
- 56 El conflicto no existió en países como el Reino Unido, no solamente por el hecho que no reconoce una ley constitucional sino porque la doctrina de la supremacía fue reconocida internamente con mucha anterioridad a su adhesión a la norma comunitaria. Al respecto, “*Even before the United Kingdom joined the Community it was well established that Community law was supreme when in conflict with national domestic law and that Member States abrogated a part of their sovereignty to the Community.*”, James HANLON, «European Community Law», Sweet & Maxwell, 1998, pág. 42.
- 57 *Costa v. Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (ENEL)*, Case 6/64, (1964) ECR 585.
- 58 Digo comprensible porque el fijar la *supremacía* como norma comunitaria sobre la norma constitucional local hubiese significado que algunos países miembros no se adhirieran a la unión por cuestiones de soberanía, con lo cual se hubiese atentado contra el sistema de membresía. En este sentido: “*There are various reasons why the authors of the Treaty may have decided not to incorporate the doctrine of primacy expressly. It may have been thought politically unwise to embody such a doctrine explicitly at the outset. It may not have been possible to reach agreement over the wording of an appropriate provision. The six may simply have been divided on whether Community law was to take precedence at all. From this perspective, the absence of a provision saying that it was not to have this effect is at least as significant as the absence of a provision saying that it was. It seems probable that the issue was deliberately left obscure, which implies an acceptance that it would eventually have to be resolved by the Court of Justice. Against that background, there can be little dispute that the solution preferred by the Court in Costa v. ENEL was the only one which was consistent with the scheme of the Treaty.*”, Anthony ARNULL, «The European Union and its Court of Justice», Oxford University Press, 1999, pág. 97.
- 59 Ya en el caso *van Gend en Loos (Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen)*, Caso 26/62, [1963] ECR 1), la Corte Europea de Justicia reconoció el principio del efecto directo del Tratado sobre la legislación interna de cada país miembro, sin necesidad de implementación posterior, de tal forma de asegurar *l'effet utile*. Este principio junto con el de la supremacía -ambos desarrollados en la jurisprudencia, constituyen el ángulo gravitacional sobre el cual gira la aplicación del Tratado de la Unión Europea.
- 60 “*One of the main difficulties in this respect was the absence of precedents.*”, Walter CAIRNS, «Introduction to European Union Law», Cavendish Publishing Limited, 1998, pág. 81.
- 61 *Preliminary rulings* con base a la letra a) del Art. 234 (ex 177) del Tratado de la Unión. Sobre su actual significación: “*Formally, a division of responsibilities between national courts and the Court of Justice is envisaged in Article 177. The former are responsible for*

Notas

- application of Union law to issues before them, while the Court of Justice merely interprets the meaning of the relevant provisions of Union law. Thus the Court of Justice has no power to interpret national law, to apply Union law to a specific case, or to declare that a provision of national law is incompatible with the Union law and invalid. Nevertheless, the fact that the question referred may be couched by the national court in terms which relate to the application of Union law or to the interpretation or validity of national law does not prevent the Court of Justice from effectively reformulating the question so as to extract from the case the true issues of interpretation of Union law arising.*”, Andrew EVANS, «A Textbook on European Union Law», Hart Publishing, 1998, pág. 138.
- 62 Una de ellas, el efecto directo del Tratado sobre la legislación nacional. En este sentido: “[...] *it was held that as some of the provisions in question were capable of direct effect, they could override the national legislation and that, in such an eventuality, the national courts would be bounded to give effect to the Community provisions, without more ado.*”, W. RAWLINSON & M. CORNWELL-KELLY, «European Community Law - A Practitioner’s Guide», Sweet & Maxwell, 2º ed., 1994, pág. 20.
- 63 “*There is, however, a certain ambiguity in some of these provisions, as a clear distinction is not always made between a mere delegation of power, which could remain subject to the ultimate control of the delegating authority, and a true transfer of sovereignty, which, though limited as regards its area of operation, would be absolute within that area. According to the European Court, only the latter fully complies with the requirements of memberships.*”, T.C. HARTLEY, «The Foundations of European Community Law», Oxford University Press, 4º ed. 1998, pág. 234.
- 64 “*The Court provided a number of arguments in support of its dicta.*”. Karen DAVIES, «Understanding European Union Law», Cavendish Publishing Ltd., 2001, pág. 73; “*By contrast, the position of such principles vis-à-vis primary Community law is not entirely clear. Since their origins lie in the EC Treaty, it is submitted that they have equivalent status with the founding Treaties. Their equal ranking with the Treaties derives from their character as constitutional principles emanating from the sole of law.*”, Takis TRIDIMAS, «The General Principles of EC Law», Oxford University Press, 2000, pág. 33.
- 65 “*By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system ...*”, Ob. cta., Nota Nº 55.
- 66 “[its own legal system] *which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.*”, Ob. cta., Nota Nº 55.
- 67 “*By creating a Community of unlimited duration, [...] real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.*”, Ob. cta., Nota Nº 55.
- 68 “*The integration into the laws of each Member States of provisions which derive from the Community, and more generally terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the states, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on the on the basis of reciprocity. Such a measure cannot therefore be inconsistent with that legal system. The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty set out in Article (2) and giving rise to the discrimination prohibited by Article 7.*”, Ob. cta., Nota Nº 57.
- 69 “*The obligations undertaken under the Treaty establishing the Community would not be unconditional, but merely contingent, if they could be called into a question by subsequent legislative acts of the signatories [...]* The precedence of Community law is confirmed by Article 189, whereby a regulation ‘shall be binding’ and ‘directly’ applicable in all Member States.”, Ob. cta., Nota Nº 57.
- 70 “*By general principles in this sense we are referring to the unwritten legal principles upon which at the European Court of Justice may rely on occasions. Unwritten means that they do not appear in any written document such as a Treaty nor in any decision of the Court. [...] They are called les principes généraux du droit. Violation of such principles is a ground for review and this was occasioned by broadening the idea of loi (law).*”, Arthur LEWIS, «European Community Law», Tudor, 1997, pág. 35.
- 71 “*Above all, what comes across most strongly in the judgment is the Court’s teleological approach. The aims of the Community and the spirit of the Treaties are constantly emphasized, and there is little support in the text of the Treaties for the proposition that Community law has a ‘special and original nature’ of which it would be deprived if subsequent domestic laws were to prevail. Of course, the Court’s opinion is not ‘neutral’ in any legal or political sense, nor does it purport to be so. It was a bold step to support its*

Notas

- conception of the Community legal order by asserting that the States had permanently limited their powers and had transferred sovereignty to the Community institutions.”, Paul CRAIG y Gráinne DE BÚRCA, «EU LAW -Text, Cases and Materials», Oxford University Press, 1998, pág. 259.
- 72 “The Treaty does not define precisely what is meant by ‘interpretation’ of Community law in the context of the preliminary rulings procedure. Initially, the Court of Justice strongly emphasised the distinction between interpretation and application, which was also to demarcate the respective functions of the Court of Justice and the national courts. [...] Since then [Schwarze v Einfuhr] the idea of ‘judicial cooperation’ has got the upper hand over the distinction between interpretation and application, the aim being to ensure that the main proceedings are determined in a way which secures the uniform ‘application’ of Community law.”, Koen LENAERTS and Dirk ARTS, «Procedural Law of the European Union», Sweet & Maxwell, London, 1999, pág. 125-26.
- 73 “With one stroke of the pen, the ECJ thus conferred on the treaty an authority similar to that of a constitution in a federal system.”, Renaud DEHOUSSE, «The European Court of Justice», St. Martin’s Press, New York, 1998, pág. 43; “Initially [in van Gend en Loos], the Court’s decisions considered Community law as a new legal system, remaining within the international law model; but giving rights to individuals. The Court has now [after Costa] completely abandoned any effort to situate Community law within the international law model.”, Paolo MENGOZZI, «European Community Law», Kluwer Law International, 1999, pág. 96.
- 74 “El principio de primacía se deriva, como se ha visto, de la propia naturaleza del derecho comunitario. Como bien recuerda Isaac y motiva abundantemente una sentencia de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhem c. Bundeskartellamt*, no expresa una relación de jerarquía normativa: no se sabe de qué jerarquía entre autoridades nacionales y comunitarias se trataría, contraria a la base de la construcción europea; sino que se basa en el principio de que esta regla debe prevalecer so pena de dejar de ser común; y, si no es común, deja de existir por perder su significación.”, Victoria ABELLÁN HONRUBIA, «Lecciones de Derecho Comunitario Europeo», Ariel, Barcelona, 2002, pág. 167; “By contrast with ordinary international treaties, the European Treaties thus created their own legal system to which the term ‘international’ does not apply; the term ‘supranational’ did therefore indicate the difference, and, indeed, Community law is not international law.”, P.S.R.F. MATHIJSEN, «A Guide to European Union Law», Sweet & Maxwell, 7^o ed., 1999, pág. 8.
- 75 “[...] we examine what is sometimes termed judicial legislation by the Court. For the Court’s decisions constitute a source of Community law in a number of ways. First and foremost, the Court has formulated certain fundamental doctrines which were at most only implicit in the Treaties.”, L. Neville BROWN & Tom KENNEDY, «The Court of Justice of the European Communities», Sweet & Maxwell, 5^o ed., 2000, pág. 316.
- 76 “The European Commission is often described as the guardian of the treaties, but it is the Court of Justice that is charged with ensuring that the principles of the treaties are observed when EU law is being interpreted and applied.”, Johnn McCORMICK, «Understanding The European Union -A concise introduction», St. Martin’s Press, New York, 1999, pág. 111.
- 77 El principio de supremacía ha sido posteriormente desarrollado con más naturalidad en casos como *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA (II)* [Caso 106/77, (1978) ECR 629]; *The Queen v. Secretary of State for Transport ex part Factortame Ltd.* [Caso C-213/89 (1990) ECR I-2433]; *Firma Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost* [Caso 314/85 (1987) ECR 4199].