



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

INSUFICIENCIA DE LAS NORMAS DE RECUSACIÓN DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO CIVIL PARA LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. Jorge Hugo Carvajal Gaibor

Autor
Ignacio del Hierro Ponce

Año
2015

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Jorge Hugo Carvajal Gaibor

Doctor en Derecho

CC. 0201473154

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Ignacio del Hierro Ponce

CC. 1718727843

AGRADECIMIENTO

Agradezco al Dr. Jorge Carvajal por su apoyo para la elaboración de este trabajo.

DEDICATORIA

Dedico este trabajado a mis padres; por todo el cariño, esfuerzo y apoyo que me han brindado durante todos estos años.

RESUMEN

En el arbitraje, la recusación es un mecanismo que sirve para separar a un árbitro de un procedimiento cuando éste puede tener algún tipo de conflicto de intereses con una de las partes. Por medio de la recusación se pretende lograr que los procedimientos arbitrales se lleven de una manera imparcial e independiente. En el Ecuador se utiliza un modo de recusación que se basa en causales taxativas, es decir que la ley establece las causas por las que un árbitro puede ser recusado. El problema de este mecanismo es la existencia de hechos que puedan generar conflicto de intereses, los cuales no se encuentran dentro de las causales de recusación que establece la normativa. Para solucionar este problema, muchos países han optado por eliminar las causas taxativas y permitir a los árbitros que juzguen libremente cuando un hecho pueda generar dudas justificables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. El presente trabajo pretende realizar un estudio sobre el actual sistema de recusación que tiene el Ecuador en materia arbitral, además determinar la adaptabilidad de un sistema de recusación basada en dudas justificables en la legislación ecuatoriana.

ABSTRACT

In arbitration, the revocation is a mechanism that serves to dismiss an arbitrator of a procedure if there could be any conflict of interest with either party. The goal of revocation is to ensure that the arbitration proceedings are carried in an impartial and independent course. In Ecuador, the dismissal is used in a way that is based on causes defined by law, which means that the law states the reasons why an arbitrator may be dismissed. The problem with this mechanism is the existence of facts that could generate conflicts of interest, which do not fall within the grounds for disqualification established by the legislation. To solve this problem, many countries have opted to eliminate absolute grounds and allow the arbitrator to judge freely when an event may raise justifiable doubts about the independence and impartiality of the arbitrator. This paper aims to conduct a study on the current system of revocation that has Ecuador in arbitration matters, and also determine the suitability of a system based on justifiable doubts disqualification under Ecuadorian law.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo 1: El arbitraje y el Árbitro.....	3
1.1 Historia del Arbitraje en el Ecuador.....	3
1.2. Diferencias entre el sistema procesal ordinario y el sistema arbitral.....	6
1.3. Árbitros y jueces ordinarios	8
1.4 Los Principios rectores del arbitraje	11
1.5 Obligaciones de los árbitros.....	15
1.6 Designación de los árbitros.....	18
Capítulo 2: La Recusación.....	20
2.1 Antecedentes históricos de la recusación.....	20
2.2 Concepto y tipos de recusación.....	26
2.3 Recusación en la Ley Modelo de CNUDMI.....	28
2.4 Recusación en la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC.....	29
2.5 Directrices IBA sobre conflicto de intereses.....	30
2.6 Recusación en el arbitraje ecuatoriano	31
2.7 Recusación en España.....	33
2.8 Recusación en Chile.....	35
2.9 Recusación en México.....	36
2.10 Recusación en Colombia	37
2.11 Recusación en Perú.....	39
2.12 Cuadro comparativo recusación	41
Capítulo 3: Insuficiencia de las normas de recusación.....	44
3.1. Caso Chaparro – Ecuador (Anexo 1).....	44

3.1.1. Exposición del caso	44
3.1.2 Conclusiones del caso	50
Conclusiones	53
Recomendaciones	56
REFERENCIAS	58
ANEXOS	63

Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias que ha venido cobrando importancia a nivel mundial. Este mecanismo es utilizado por personas y empresas para solucionar de una mejor manera sus controversias, evitando de esta manera el tener que acudir a la justicia ordinaria. Lo que resulta atractivo de arbitraje es que pretende ser un mecanismo más rápido y eficiente, en el cual las partes pueden elijen a los árbitros y el procedimiento que quieran utilizar, haciendo de este, un proceso de confianza.

Son muchos los países que han optado por tener leyes propias en materia de arbitraje; otros países han reformado las ya existentes para hacerles más acordes a la realidad comercial, nacional e internacional. Otro fenómeno que se ha venido produciendo a nivel mundial es la constitucionalización del arbitraje; son muchos los países, incluyendo al Ecuador, que han incorporado este mecanismo en sus constituciones como un medio alternativo a la justicia ordinaria.

Uno de los principios fundamentales del arbitraje es la independencia e imparcialidad de los árbitros. Para lograr que las resoluciones tomadas por estos sean justas para las partes, es necesario que estos sean imparciales e independientes al momento de decidir. El mecanismo que se ha utilizado para asegurar estos principios es la recusación.

En el caso ecuatoriano, se ha optado por establecer a los árbitros las mismas causales de recusación destinada para los jueces. Estas causales son enumeradas de manera taxativa en Código de Procedimiento Civil. Este sistema se ha utilizado en el Ecuador; a pesar de que árbitros y jueces son dos personajes diferentes, que pueden tener diferentes tipos de conflictos de intereses.

La imparcialidad e independencia de los juzgadores es un derecho constitucional que tienen los ecuatorianos, por lo tanto, es un deber del Estado garantizar que los procedimientos se lleven de esta manera. En el arbitraje

ecuatoriano, se puede dificultar garantizar este derecho con el mecanismo de recusación que se ha optado. La enumeración taxativa de las causales de recusación de los árbitros, pone límites sobre los hechos que pueden generar conflictos de intereses entre un árbitro y una parte. En este sentido, se generó la pregunta que motiva a esta investigación, la cual es la siguiente: ¿Son las normas de recusación de jueces establecidas en el Código de Procedimiento Civil, suficientes para ser aplicadas a los árbitros, y de esta manera garantizar a las partes la imparcialidad e independencia de estos?

El objetivo principal de esta investigación, es responder a la pregunta planteada anteriormente; por lo tanto el objetivo es determinar si las actuales normas para poder recusar a un árbitro son suficientes o si es necesario establecer otro mecanismo con el fin de lograr procedimientos independientes e imparciales.

Capítulo 1: El arbitraje y el Árbitro

En esta primera parte, se realizará una reseña histórica sobre el arbitraje y como este mecanismo fue reconocido en la Constitución del Ecuador, esto se hará con el fin de ver la importancia que este mecanismo ha tenido a lo largo de los años para consolidarse como un método alternativo a la jurisdicción ordinaria. Una vez que se haya analizado la evolución del arbitraje, se pasará a determinar las diferencias de este sistema con el sistema ordinario de administración de justicia, así como las disimilitudes entre árbitros y jueces. Finalmente, se analizará los principios del arbitraje y las obligaciones inherentes a los árbitros

1.1 Historia del Arbitraje en el Ecuador

Según Salcedo, el arbitraje se incorpora por primera vez en la legislación ecuatoriana en el año de 1960 con la codificación del Código de Procedimiento Civil de ese año. Este mismo autor considera que el procedimiento arbitral establecido en este Código “contenía disposiciones nada prácticas, excesivamente formalistas tanto en los requisitos que tenía que contener el compromiso arbitral, como en el procedimiento mismo” (2007, pp. 44). Contrario a lo establecido por Salcedo, en esta investigación se pudo encontrar que en la codificación del Código de Procedimiento Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial del 7 de febrero de 1953, ya existía una sección que regulaba el juicio por arbitraje. Por lo tanto, este juicio existía antes de la codificación de 1960.

El arbitraje también se encontraba regulado por la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, la cual “contenía normas mucho más acordes con una administración de justicia ágil” (Salcedo, 2007, pp. 45). Estas dos normativas fueron derogadas con la Ley de Mediación y Arbitraje de 1997.

A pesar de que el arbitraje se encontraba regulado en las normativas antes mencionadas, recién en el año 1996 se reconoce este mecanismo en la Constitución. El 16 de enero de 1996, se publicó en el Registro Oficial No. 863

de 1996 el segundo bloque de reformas a la Constitución del año 1978. Dentro de este bloque, se reconoció al arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias. El texto que se incluyó fue el siguiente: “se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias”.

En la Constitución del año 1998 también se reconoció al arbitraje. En el artículo 191 se establece que “se reconocerá el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley”

Finalmente, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos también son reconocidos por la Constitución de 2008; la cual se encuentra vigente. En el artículo 191 de esta Ley se establece lo siguiente:

“Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

La constitucionalización del arbitraje es importante ya que, “en aplicación de esta norma, se considerarán válidos en el Ecuador los arbitrajes de toda naturaleza, de cualquier origen y entre cualquier tipo de entidades y personas, con sujeción a los requisitos establecidos en la misma Constitución y en la normativa secundaria.” (Andrade, 2009, pp. 2). La Constitución otorga la posibilidad de que las personas acudan al arbitraje y a otros mecanismos que no sea la jurisdicción ordinaria para la solución de conflictos. Al reconocer este sistema en la Constitución, el Estado otorga la posibilidad de que ciertos conflictos sean resueltos por otros mecanismos que no sea la justicia ordinaria. Es importante aclarar, según lo dispuesto en la Constitución, que los sistemas alternativos de solución de conflictos sirven únicamente para aquellos en los que se puede transigir.

En el actual Estado constitucional de derechos y justicia, es deber primordial del Estado garantizar a las personas sus derechos constitucionales; es por esto, que para entender el actual sistema arbitral hay que partir de lo que establece la norma suprema para luego dirigirse a las normas secundarias. En el artículo 190 de la Constitución existen ciertas peculiaridades del arbitraje que nos existían en otras constituciones. Xavier Andrade establece las siguientes particularidades del art 190:

“1. En la norma constitucional se establece que estos mecanismos únicamente serán para materias que por su naturaleza se pueda transigir; esto antes estaba contemplado en las leyes secundarias. 2. En contratación pública únicamente cabe el arbitraje en derecho; o sea, no cabe el arbitraje en equidad. 3. Finalmente, para arbitraje en contratación pública es necesario el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado” (2009, pp. 2 - 4).

Una vez analizado lo dispuesto en la Constitución sobre el arbitraje y las nuevas peculiaridades que ahí se establecen; se puede ahora hacer una breve explicación sobre cómo funciona el arbitraje en el Ecuador, para esto se hará una explicación conforme a lo estipulado en la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM):

1. El artículo 3 de la LAM, establece dos tipos de arbitraje, el primero es en derecho y el segundo en equidad. En este mismo artículo se explica que el arbitraje en equidad es aquel en el que los árbitros deben resolver “conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica.” (artículo 3 LAM). Por otro lado, en el arbitraje en derecho, “los árbitros tienen que ser abogados y deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina” (artículo 3 LAM). Es importante aclarar, que en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia, los árbitros deben acudir en primer lugar a la Constitución y garantizar a las partes los derechos que en este cuerpo normativo se estipulan; ya que el artículo 426 de la Constitución establece que “Las juezas y jueces, autoridades

administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales.”

2. La LAM reconoce el arbitraje administrado y el arbitraje independiente, en este sentido, el artículo 2 establece que:

“El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.”

1.2. Diferencias entre el sistema procesal ordinario y el sistema arbitral

La función de la justicia ordinaria y del sistema arbitral es el de “administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley” (artículo 172, Constitución del Ecuador). Tanto la justicia ordinaria como el arbitraje están reconocidos en la Constitución como mecanismos de administración de justicia; sin embargo, estos mecanismos tienen varias diferencias que se analizarán a continuación:

1. El arbitraje es un procedimiento privado, en el cual las partes pueden elegir a los árbitros y pueden estipular la forma del proceso conforme a lo dispuesto en la ley. En cambio, el juicio ordinario es un procedimiento público en el que el procedimiento ya está establecido y las partes no pueden elegir al juez o tribunal.

2. En los juicios ordinarios las partes tienen diferentes instancias, si una de las partes no está conforme con la sentencia del juez puede apelar. En cambio, los procedimientos arbitrales son procesos de “única instancia, carece del recurso ordinario de apelación, aunque procede la acción de nulidad” (Salcedo, 2007, pp. 206). Es importante aclarar que, si bien los laudos

arbitrales son inapelables, estos podrán ser ampliados o aclarados a petición de parte. El artículo 30 de la LAM dice que “los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte.”

3. En el arbitraje, las partes bilateralmente resuelven solucionar su conflicto por esta vía, mientras que en los procedimientos ordinarios “son un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente” (Alvarado, 2009, pp.34).

4. El arbitraje es un sistema alternativo a la justicia ordinaria, por lo tanto tiene que existir el consentimiento de las partes de someter su conflicto a un árbitro y no a un juez. En este aspecto, Ernesto Salcedo manifiesta que “el arbitraje, es producto del libre consentimiento de las partes que deciden sustraer sus controversias de la jurisdicción ordinaria de los jueces comunes para desplazarlas hacia terceros particulares, llamados árbitros” (2007, pp. 191). De igual manera, el artículo 1 de la LAM estipula que “el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someterse de mutuo acuerdo.”

5. Los juicios ordinarios son dirigidos por jueces, mientras que el sistema arbitral es tutelado por árbitros. Aunque los dos tienen la misma función de administrar justicia, existen ciertas diferencias entre ambos que serán explicadas más adelante.

6. El arbitraje es un procedimiento confidencial en el que “se realiza a puertas cerradas y sin acceso del público” (Alvarado, 2009, pp. 497). Los juicios ordinarios, salvo ciertas excepciones, son procedimientos públicos a los que cualquier persona puede tener acceso, así no tengan ningún tipo de relación con el litigio.

7. En el arbitraje existe una relación más directa entre el juzgador y las partes. Alvarado, refiriéndose al arbitraje en relación con un juicio ordinario dice que “ la comunicación entre partes y juzgador es siempre directa (lo cual produce la inmediata adquisición de las pretensiones y de los medios utilizados para confirmar su validez y eficiencia) “ (2009, pp. 497)

1.3. Árbitros y jueces ordinarios

Árbitros y jueces persiguen una misma finalidad, que es la de administrar justicia; sin embargo, existen algunas diferencias entre estos dos personajes que son importantes de destacar, estas son las siguientes:

1. El Juez es una persona designada por el Estado y es un servidor público. Por otro lado, los árbitros pueden designados por las partes o por el Centro de Arbitraje. Esto implica que en el arbitraje las partes tienen la potestad de elegir a la persona o personas que van a solucionar el conflicto. La forma de elección de los árbitros puede variar; pero una manera bastante común es la del árbitro- parte, en la cual cada parte elige a un árbitro y estos elijen a un tercer árbitro para de esta manera conformar un tribunal. Pueden existir ocasiones en las cuales un árbitro electo no cumple con las condiciones para ejercer su encargo, para estas circunstancias la ley ha previsto mecanismos para que no conozca o sea separado de una determinada causa, estos mecanismos serán analizados posteriormente. La elección del árbitro es una parte importante del proceso, ya que de estos va a depender la evolución y resolución del procedimiento arbitral.

2. El árbitro al no ser un servidor público, puede ejercer otras actividades laborales a parte del arbitraje. Mientras que el Juez, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 174 de la Constitución, no podrá desempeñar otro empleo público o privado, a excepción de la docencia universitaria. En este sentido, Katherine Gonzales, al referirse a la diferencia entre árbitros y jueces dice que “en la mayoría de los casos el árbitro es un abogado vinculado al mundo de los

negocios, lo que puede crear diversos conflictos de intereses” (2005, pp. 530). Esta diferencia destacada por la autora antes mencionada es importante para los fines de este trabajo; ya que, reconoce que los conflictos de intereses de los árbitros y jueces pueden ser distintos.

3. El Juez es electo por medio de concurso de meritos y oposiciones por un determinado periodo de tiempo, el juez durante el ejercicio de sus funciones deberá resolver las causas que le lleguen por medio de sorteo. El juez es electo anteriormente al conflicto que debe resolver y no es electo para resolver un determinado conflicto. Por otro lado, los árbitros son electos para resolver conflictos determinados y estos tienen la facultad de aceptar o no el encargo, el art 17 de de LAM establece que “(...) los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo (...)”

4. Los jueces de la Función Judicial necesariamente tienen que ser abogados; esto estipula el artículo 134 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se establece que “para ser jueza o juez se requiere ser ecuatoriano, estar en goce de los derechos de participación política, ostentar el título de abogado.” Por otra parte, el artículo 3 de la LAM establece que los árbitros en el arbitraje de equidad podrán o no ser abogados. Es importante mencionar que aunque la regla general es que los jueces tienen que ser abogados, en el Ecuador se reconoce a los jueces de paz, quienes deben resolver los conflictos en equidad y por lo tanto no se les exige que sean abogados.

5. El artículo 91 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que las remuneraciones de los Funcionarios Judiciales se hará conforme a lo estipulado por la “Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público.” En cambio, las remuneraciones de los árbitros provienen de las partes. En vista de que el Estado es quien paga y elige a los jueces, estos deben de rendir cuentas al propio Estado y este será el encargado de sancionar al juez cuando no

despeñe su función de una manera correcta. En el arbitraje es distinto, ya que al no ser servidores públicos, estos deben de rendir cuentas ya sea a las partes o al Centro de Arbitraje al que estos pertenezcan.

6. Una diferencia importante entre jueces y árbitros, es la facultad que los primeros tienen para ejecutar la sentencia; mientras que los árbitros no pueden ejecutar el laudo arbitral. Fernando Mantilla Serrano explica que los árbitros solo tiene la *iuris dicto*, solamente tiene la capacidad de decidir el derecho” (2006, pp. 171). Este mismo autor explica que los árbitros carecen de imperio, es decir de la posibilidad de ejecutar el laudo. Como se puede ver, la administración de justicia por parte de los árbitros está limitada, ya que sus decisiones no podrán ser ejecutadas sin la presencia de un juez.

De lo anteriormente señalado, se puede concluir que existen diferencias sustanciales entre los árbitros y jueces, las mismas pueden influir en la manera que cada uno de los personajes antes mencionados resuelva un conflicto. Por ejemplo, un árbitro en equidad resolverá el conflicto de una manera distinta a la que un juez, ya que el primero utiliza su sana crítica y leal saber para resolver el conflicto de una manera justa, mientras que el segundo deberá resolver conforme a derecho. De igual manera, hay diferencias sustanciales en la relación que pueda tener el juzgador con las partes. Por un lado, los jueces al ser electos por sorteo, al ser pagado por el estado y al no ejercer otra actividad económica, pueden tener diferentes intereses que un árbitro que es remunerado por las partes, que puede ejercer otros negocios y que es electo por las partes. De lo mencionado anteriormente, daría la impresión que la relación entre arbitro-parte es más estrecha que la del juez-parte. Esta estrecha relación pudiera generar que los árbitros no resuelvan de una manera justa el conflicto, sino que resuelvan por intereses propios o por su relación con una de las partes. El estado debe establecer los recursos necesarios para garantizar que los procedimientos arbitrales sean resueltos por árbitros cuyo único interés sea el de resolver el conflicto respetando los principios del arbitraje y acorde a sus obligaciones que se explicarán a continuación.

En manera de resumen se elaboró la siguiente tabla con las diferencias antes señaladas:

Tabla 1. Diferencias entre árbitros y jueces

Árbitros	Jueces
No es servidor público	Servidor público
Puede tener otro empleo	No puede tener otro empleo, únicamente la docencia universitaria.
Seleccionado por las partes o por el Centro de Arbitraje	Seleccionado por concurso de méritos y oposición por la Función Judicial
No todos los árbitros deben de ser abogados	Deben ser abogados
Percibe honorarios	Remunerado por el Estado
No pueden ejecutar el laudo directamente	Pueden ejecutar el laudo

1.4 Los Principios rectores del arbitraje

Principio de autonomía de la voluntad

El arbitraje proviene de la voluntad de las partes, son estas las que deciden someterse a este procedimiento para la resolución de su conflicto. De igual manera, son las partes las que pueden elegir al o a los árbitros y el procedimiento que se va a seguir, respetando las limitaciones establecidas en la ley. La autonomía de la voluntad puede variar en las distintas legislaciones, ya que existen países en los cuales la voluntad está restringida por la ley. Por ejemplo, hay países como España, en los que se puede hasta establecer el procedimiento para recusación. En cambio, en otros países como Ecuador, este procedimiento ya está establecido en la ley.

Principio de Imparcialidad

El principio de imparcialidad es bien definido por el doctrinario Grigera Naón, quien considera que:

“Se espera que un árbitro imparcial esté guiado por un espíritu equitativo y sin perjuicios, con un fuerte componente moral, que lo haga tratar a las partes de manera igualitaria en circunstancias similares; que le permita conducir el arbitraje y la resolución de la disputa desde una perspectiva equidistante y dar a las partes oportunidad suficiente para defender su caso” (1999, pp. 286).

De la definición antes señalada, es importante destacar que a la imparcialidad se la asocia con la moralidad del árbitro; para que en base a ésta, el árbitro maneje el proceso de manera equitativa entre las partes, sin dar preferencia a una de estas al momento de tomar una decisión sobre el conflicto. En el Ecuador, los administradores de justicia, en los que se incluye a los árbitros, tienen un deber constitucional de ser imparciales. El literal k, del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, establece que el derecho de las personas a la defensa incluirá la siguiente garantía “ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.” Al estar garantizado este derecho en la Constitución, es deber de los árbitros el de administrar justicia de manera imparcial, y es deber del Estado de buscar los mecanismos necesarios para que los procesos arbitrales se los lleven de manera imparcial. Para definir un poco la directrices que los administradores de justicia deben seguir para ser imparciales, el artículo 9 del COFJ dictamina que “las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.”

Principio de independencia

El principio de independencia es distinto al principio de imparcialidad debido a que el primero tiene un contenido objetivo, mientras que el segundo tiene un contenido subjetivo. En otras palabras, “la imparcialidad se refiere al estado mental del árbitro, mientras que la independencia se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto en controversia “próximos, sustanciales, recientes y probados””(Gonzales, 2005, pp. 460). Por lo tanto, la independencia se puede medir por los vínculos que tenga el árbitro con una de las partes que puedan causar algún tipo de conflicto de interés en un determinado procedimiento arbitral. Rodrigo Jijón, al referirse a la independencia dice que “la independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin la injerencia de terceros” (2007, pp. 27). El arbitraje, al ser un procedimiento privado en el que las partes pueden elegir los árbitros, existe mayor posibilidad de que el árbitro tenga algún tipo de vínculo con alguna de las partes. Lo que se debe tratar de garantizar en el arbitraje es que es vínculo no interfiera en la decisión del árbitro. Es importante que los árbitros sean imparciales e independientes al momento de su designación y que permanezcan en ese estado durante todo el procedimiento.

Principio de diligencia

Una de las características del arbitraje es la de ofrecer a sus usuarios un procedimiento más ágil y rápido que los ordinarios. Es por esto, que el principio de diligencia es importante en este mecanismo alternativo de solución de conflictos. Es deber de los árbitros el de resolver los conflictos dentro del tiempo estipulado en la ley y tienen que dedicar el tiempo que sea necesario para resolver los conflictos de una manera rápida y justa. De igual manera, deben de impedir cualquier actuación que pretenda dilatar los procedimientos. Es por este principio que el tema de recusación se vuelve un tema complejo; ya que este mecanismo tiene como fin asegurar el principio de imparcialidad e independencia, pero la recusación también puede ser mal usada para retrasar los procedimientos. A continuación se exponen algunos artículos del Código

de Ética del CAM Cámara de Comercio de Quito en los que se exige a los árbitros ser diligente y evitar el retraso de los procesos.

“Art 15.- Los mediadores, árbitros, secretarios y peritos tienen la responsabilidad de dedicar el tiempo que las partes razonablemente tienen derecho a exigir, de acuerdo con la complejidad de la controversia, litigio o informe pericial.”

“Art 16.- Los mediadores, árbitros, secretarios y peritos deberán hacer todos los razonables esfuerzos para evitar dilataciones tácticas o incidentes que puedan crear las partes o terceros que intervengan en el proceso.”

“Art 17.- Los mediadores, árbitros, secretarios y peritos deberán actuar con diligencia y eficacia para proporcionar a las partes un acuerdo o decisión justa y eficaz de la controversia o litigio.”

Principio de Confidencialidad

La Ley de Arbitraje y Mediación establece el principio de confidencialidad en su artículo 34, el cual menciona que “las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.” Una de las características del arbitraje es que son procedimientos confidenciales; por lo tanto, los árbitros no podrán utilizar la información recibida en el procedimiento para otros fines que no sea el de resolver el conflicto. En este sentido, el artículo 2 del Código de Ética del CAM de la Cámara de Comercio de Quito establece que “el carácter principal de la mediación y el arbitraje es la confidencialidad... no podrán utilizar la información referente al asunto en materia de la mediación o arbitraje fuera de estas instancias.” Este principio abarca a las reuniones que se lleven dentro del proceso, a la documentación que se entregue, a las deliberaciones del tribunal y a todo lo que comprenda el procedimiento. Es importante destacar que este principio puede ser renunciado entre las partes, y terceros ajenos al

proceso pudieran tener conocimiento sobre lo que se trata en un determinado procedimiento.

Principio de equidad

Los árbitros de equidad deben resolver los conflictos conforme a lo que ellos consideran que es la solución más justa y equitativa para las partes. Gonzalo López, al referirse a este tipo de árbitros, menciona que “los árbitros buscan una solución al conflicto planteado, aportando la respuesta que entiendan más justa conforme a su propio criterio” (2010, pp. 118) En este sentido, los árbitros que resuelven en equidad deben resolver conforme a lo que ellos consideran que es lo justo “conforme a su leal entender y saber, a los principios de sana crítica y a la buena fe” (artículo 3 LAM). .

Principio de derecho

“En el arbitraje en derecho los árbitros deben resolver las controversias conforme a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina” (artículo 3 LAM). A pesar de lo estipulado en esta norma, ya se menciona al inicio de este capítulo que la forma de administrar justicia en el estado constitucional de derechos y justicia tuvo una transformación. Por lo tanto, ya no es una visión tan legalista que los árbitros tengan que aplicar la ley en su sentido literal, sino que deben aplicar la ley conforme a lo estipulado en la Constitución. Es decir, que los árbitros, tienen el deber de resolver conforme a los principios, derechos y garantías estipuladas en la norma suprema; y, como menciona el artículo 426 de la Constitución, “no podrán alegar falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución.”

1.5 Obligaciones de los árbitros

Con el fin de que los procedimientos arbitrales se lleven de una manera eficiente y que los árbitros cumplan con sus funciones, estos deben cumplir con ciertas obligaciones inherentes a su cargo. A continuación se analizarán las obligaciones que todo árbitro debe cumplir:

Obligación de revelación

Al momento que una persona es electa como árbitro, tiene que revelar todas las situaciones que pudieran generar cierta parcialidad o dependencia con alguna de las partes. Esta obligación se extiende durante todo el procedimiento arbitral, ya que pueden existir situaciones que se generen durante el proceso. Con respecto a este deber, Salcedo dice que “un árbitro prospectivo debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificables sobre su imparcialidad o independencia” (Salcedo, 2007, pp. 165). El fin de esta obligación es que las partes tengan conocimiento de estas situaciones al momento de elección de los árbitros y durante el procedimiento, y de esta manera, evitar que los árbitros sean recusados por esas situaciones.

El deber de revelación puede generar dudas en los árbitros sobre que hechos deben de revelarse; y, de estos hechos, cuáles pueden ser renunciables y cuáles no. Para guiar a los árbitros en su deber de revelación existen la directrices IBA, las cuales se explicaran en el capítulo segundo de este trabajo.

Obligación de mantenerse independiente e imparcial

El arbitraje ha sido considerado por la doctrina como un procedimiento de confianza, esto se debe a que las partes voluntariamente se someten a este procedimiento, para que un árbitro o tribunal arbitral resuelva su conflicto. En este sentido, la partes entregan su confianza al árbitro para que resuelva de una manera justa su controversia. Es por esto que los árbitros tienen que ser y actuar de una manera independiente e imparcial durante todo el proceso. Refiriéndose a la importancia de que los árbitros sean independientes e imparciales, Gutiérrez García dice que “la confianza de los operadores jurídicos en el arbitraje depende de forma principal en que no tengan dudas al respecto de que los árbitros son independientes y fallan imparcialmente”.(2013, pp. 428).

Obligación de confidencialidad

Uno de los principios del arbitraje que hace que este sistema sea diferente de los juicios ordinarios es la confidencialidad. La información que durante un procedimiento arbitral llega a conocimiento de los árbitros, es para que puedan resolver de la mejor manera un determinado conflicto, por lo tanto, esta información se la debe utilizar para resolver el conflicto y no para otros fines. Los árbitros tienen que asegurar que los procedimientos se llevarán de manera confidencial y que la información y documentos no se filtren a terceras personas ajenas al proceso. Según Tomas Martínez, la obligación de confidencialidad “va dirigido a prohibir la revelación a terceras personas de informaciones de las que tengan conocimiento. Pueden ser datos, documentos, fotografías, informes etc”. (2013, pp. 626)

Obligación de cumplir el encargo

El artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación otorga a los árbitros la facultad de aceptar o no el encargo. En el caso de que los árbitros acepten, estos tienen la obligación de cumplir con el encargo cumpliendo con todas sus obligaciones y cumpliendo con las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación. En caso de que los árbitros no cumplan con sus funciones, estos deberán responder por daños y perjuicios al menos que los impedimentos sean debidamente justificados. En este sentido, el artículo 18 de la mencionada ley establece que “Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que sus acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado”(artículo 18, LAM). Los árbitros deben de aceptar el encargo cuando cuenten con la capacidad para resolver el conflicto y cuando no existan situaciones de conflictos de intereses que pudieran influenciar su decisión.

Obligación de excusarse

Los árbitros que se encuentren incurso en inhabilidades para ejercer su cargo deberán excusarse y no aceptar el encargo. Es un deber moral que tienen los árbitros el de excusarse. Salcedo, citando al tratadista Roque J. Caivano dice que “las personas a quienes se propone ser árbitro aceptarán la designación sólo si ellos consideran que puedan conducir el arbitraje con celeridad y justicia” (2007, pp. 160). A pesar de que los árbitros tienen la facultad para aceptar o no el encargo, la LAM establece causales por las cuales los árbitros tienen la obligación de excusarse. En el Ecuador, las causales de excusa de los árbitros son las mismas que los jueces, así lo determina el artículo 19 de la LAM cuando menciona que “son causa de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces”

Obligación de diligencia

Como ya se mencionó anteriormente en este trabajo, una de las razones por las cuales las personas prefieren el procedimiento arbitral antes de la justicia ordinaria, es por ser procesos más rápidos. Es por esto que los árbitros tienen que cumplir en las diferentes etapas del procedimiento con los plazos establecidos en la ley o en el convenio arbitral. Es responsabilidad de los árbitros de que los procedimientos se lleven de una manera ágil y rápida.

1.6 Designación de los árbitros

Como se puede observar, de lo anteriormente dicho, el Árbitro tiene una gran importancia dentro de un procedimiento arbitral. De él depende que los procesos se lleven de una manera correcta y que los conflictos sean resueltos de una buena manera. Es por esto, que la designación de estos personajes es tan significativa, ya que el éxito del proceso depende de que el árbitro cumpla con sus obligaciones y con los principios del arbitraje. La forma de elección

puede variar en cada legislación. En el Ecuador existen las siguientes posibilidades:

- **Designación de las partes:** En el caso del arbitraje administrado, las partes deberán elegir los árbitros de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje. La ley otorga a las partes la facultad de elegir al árbitro o árbitros fuera de la lista, siempre y cuando sea de común acuerdo. (artículo 16 LAM).
- **Designación por sorteo:** Si las partes no elijen al o los árbitros, el Director del Centro de Arbitraje hará la designación mediante sorteo. Para esto, el Director señalará fecha y hora para que se realice el sorteo. (artículo 16 LAM)
- **Designación en el convenio arbitral:** En los arbitraje independientes, las partes designarán al árbitro o a los árbitros en el convenio arbitral. (artículo 16 LAM)

Como se puede notar, existen algunas formas para la elección de los árbitros. Sin embargo, existen casos en los que los árbitros designados no cumplen con sus obligaciones o con los principios del arbitraje. Para estos casos, la ley ha otorgado a las partes el mecanismo de recusación, mediante el cual se puede solicitar la separación de un árbitro de un proceso. Este mecanismo se lo analizará en el segundo capítulo de este trabajo.

Capítulo 2: La Recusación

La recusación es un mecanismo que tienen las partes para que un determinado juez o árbitros sean separados de un procedimiento. Este recurso está establecido para garantizar los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros o jueces. En el Ecuador, al igual que en otras legislaciones, se han establecidos las mismas causales de recusación de los jueces a los árbitros. Es por esto, que para el inicio de este capítulo es importante analizar la evolución que ha tenido la recusación en el Ecuador.

2.1 Antecedentes históricos de la recusación

En el Ecuador han existido dos códigos que regulan el procedimiento civil, de los cuales han existido diversas ediciones y codificaciones. La primera codificación fue el Código de Enjuiciamiento Civil. Este Código fue creado por “la Convención Nacional de 1869, fue editado en el año 1871, tomando disposiciones del Código Peruano, del Civil de Argentina y de la Ley de Enjuiciamiento de España” (Troya, 1976, pp. 79). Este Código tuvo varias ediciones, las más significativas según el autor antes señalado son las de 1878, 1882, 1900, 1907, 1917. Del Código de Enjuiciamiento Civil nace el Código de Procedimiento Civil este fue “ expedido por el General Alberto Enríquez, en base al Código de Enjuiciamiento y sus reformas (...) Además de la edición de 1938, de este último tenemos la de 1952 y 1960” (Troya, 1976, pp. 79.) De este Código también existieron varias reformas y codificaciones; las dos últimas son la de 1987 y la de 2005, esta última se encuentra vigente con todas las reformas que han existido. Actualmente se aprobó el Código Orgánico General del Proceso, el cual fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial 506 del 22 de mayo de 2015 y que entrará en vigencia en 12 meses desde la publicación en el Registro Oficial, este Código sustituirá al actual Código de Procedimiento Civil.

La reseña historia realizada anteriormente, es únicamente para ver a breves rasgos la evolución que ha tenido el Código de Procedimiento Civil en el

Ecuador; ya que no es el fin de esta investigación el análisis histórico del procedimiento civil en el Ecuador. En este trabajo se pretende analizar la evolución que ha tenido la recusación en el Ecuador y determinar si ha ido evolucionando con las necesidades de la sociedad. Es importante aclarar que todas estas causales de recusación fueron creadas para lograr la imparcialidad de los jueces y luego estas fueron tomadas para la recusación de los árbitros.

Para hacer este análisis se encontró normativa de diferentes años sobre la recusación de jueces en el Ecuador. Luego se hizo una comparación de estas normas para determinar los cambios que han existido.

En primer lugar, se pudo encontrar la Ley de Procedimiento Civil del 7 de diciembre de 1848, esta ley se encontró en una recopilación de leyes de Ecuador realizada por el señor Manuel Vieira en 1855. Esta fue creada por el senado y cámara de representantes del Ecuador de esa época. En el artículo 156 de la normativa antes mencionada se establecen las causales de recusación; a continuación se expondrán las causales para luego determinar como estas se fueron adaptando en las posteriores normas de procedimiento civil:

1. "Si el juez, su mujer, ó los ascendientes ó descendientes, ó pariente de cualquiera de los dos, dentro del segundo grado civil de consanguinidad o afinidad, tienen un pleito sobre igual cuestión, que la que se agite entre las parte; 2. Si el juez ó su mujer, ó los ascendientes, ó descendientes, ó parientes colaterales de cualquiera de las dos partes hasta el segundo grado de consanguinidad ó afinidad, tienen un pleito propio ante un tribunal ó juzgado en que sea juez una de las partes; 3. Si el juez ó su mujer, son deudores de alguna de las partes ó acreedores 4. Si alguna de las partes tuviere ó hubiere tenido pleito criminal con el juez, su mujer ó los ascendientes , ó descendientes y parientes de cualquiera de los dos , hasta el cuarto grado civil de consanguinidad , ó segundo de afinidad; cesará el motivo de la recusación si hubieren transcurrido diez años después de sentenciado el pleito; 5. Si el juez , su mujer , ascendientes ó

descendientes , y parientes de cualquiera de los dos hasta el cuarto grado civil de consanguinidad ó segundo de afinidad, tuvieren pleito civil con alguna de las partes; ó si habiéndolo tenido se ha sentenciado y terminado dos años antes de la recusación; 6. Si el juez es amigo íntimo de cualquiera de las partes, ó ha recibido presentes después de iniciado el pleito; 7. Si el juez es padrino, ó compadre de alguna de las partes; por bautismo ó confirmación; lo cual no se entiende con los que administran sacramentos por razón de su ministerio; 8. Si hay enemistad declarada, ó lo hubiere durante dos años precedentes entre el juez y la parte; 9. Si ha habido de parte del juez injurias ó amenazas verbales ó por escrito después de iniciada la instancia, ó dos años antes; 10. Si el juez ó su mujer son ascendientes ó descendientes, ó parientes de alguna de las partes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, ó segundo de afinidad. Este último impedimento cesará si hubiere muerto la mujer; 11. Si el juez fuere tutor ó curador, heredero presunto, donatario, legatario, comensal, ó amo de alguna de las partes, ó administrador de los bienes de alguno de ellos.”

Como se puede observar, estas causales tienen semejanza con las que se encuentran vigentes. Sin embargo, hay cuestiones que se pueden destacar, una de estas es que se involucra a los parientes de la cónyuge del juez. Las causales en este sentido eran más amplias de las que son ahora. También se toman aspectos religiosos como son el de ser padrino de bautizo o confirmación de una de las partes.

Después de 59 años, luego de algunas codificaciones y reformas, entro en vigencia el Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1907. Hubo algunos cambios en las causales de recusación en relación con la Ley de 1848. Dentro de la relación de las partes con el juez, se elimina a los parientes del cónyuge. Ejemplo de esto es la primera causal, en la cual se establece “Si el Juez, su mujer, ascendientes, descendientes o parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.....” en la ley de 1848 se establecía “Si

el juez, su mujer, ó los ascendientes ó descendientes, **ó pariente de cualquiera de los dos.....**". En este código también se elimina la relación que pueda tener el juez con alguna de las partes por ser padrino de bautismo o confirmación. En este Código existen las siguientes causales que no habían en la ley de 1848: "1. Si el Juez fuere interesado en la causa, por tratarse de sus propios negocios, o de los de su mujer, ascendientes, descendientes o parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. 2. Si el juez es socio de alguna de las partes en sociedad colectiva, en comandita o de cuentas en participación." También se puede recusar si el Juez es fiador de una de las partes, y ya no únicamente si es deudor o acreedor. A parte de las modificaciones mencionadas anteriormente, las demás causales son iguales a las de la ley en comparación.

En 1938 se creó el Código de Procedimiento Civil, la base de este código fue el de Enjuiciamiento en materia civil y todas sus reformas. El 7 de febrero de 1953 en el Registro Oficial Suplemento No 133, se publica una codificación de 1952 del Código de Procedimiento Civil. En este código se mantuvieron las mismas causales de recusación que el Código en Enjuiciamiento en materia civil de 1907. En la codificación de 1960 también se mantuvieron las mismas causales.

En Registro Oficial Suplemente No 687 del 18 de mayo de 1987, se publicó otra codificación del Código de Procedimiento Civil. En esta codificación si hay algunos cambios en relación a las normas de recusación de los años 1938, 1952 y 1960, las mismas se explicaran a continuación:

1. Se establece una relación más amplia del juez con las partes, por lo que también se establece una relación del juez y sus parientes con los representantes legales, mandatarios y abogados de las partes.
2. Se ponen algunos límites cuando el juez es fiador, deudor o garante de alguna de las partes. En primer lugar, ya no se menciona a que la parte sea deudora, acreedora o garante de la cónyuge del juez. Se agrega una excepción a esta causal cuando estipula "salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones bancarias o de las asociaciones mutualistas

o cooperativas.” De igual manera, se agrega que solo cabe la recusación cuando el crédito conste en documento público o privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio.

3. Se rebaja el tiempo dentro del cual el juez, su cónyuge o parientes hayan tenido juicio penal con las partes; antes tenía que haber transcurrido 10 años, en esta codificación se rebajó a 5 años.

4. En el Código de Procedimiento Civil de 1987 se puede recusar cuando el juez es asignatario, donatario, empleador o socio de alguna de las partes, mientras que en el CPC de 1960 se puede también recusar cuando el juez es guardador, comensal o administrador de bienes. En 1987 se refiere a que el juez sea socio de alguna de las partes, en cambio en 1960 se especifica que sea socio en sociedad colectiva, en comandita o en cuentas en participación.

5. En el Código de 1987 se agrega la posibilidad de poder recusar al juez cuando “ha intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo.”

6. También se agrega como causal de recusación que el juez “no haya sustanciado el proceso del triple del tiempo señalado por la ley.”

7. Se elimina la causales que se refiere a que el juez sea amigo íntimo o enemigo manifiesto de alguna de las partes o que haya recibido obsequios de una de estas. También se elimina la referente a la injurias o amenazas por parte del juez una de las partes después de presentada la demanda.

Las causales de la codificación de 1987 son casi iguales a las que se encuentran vigentes, la única modificación es que ya no se habla únicamente de cónyuge sino también de conviviente; estas son las causales que se encuentran vigentes:

“Un juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes: 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 sanción 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.”
(Artículo 856 del Código de Procedimiento Civil)

De lo mencionado anteriormente, se puede decir que la evolución de la recusación en el Ecuador ha sido mínima, y que en las diferentes leyes y codificaciones se incorporaba las mismas causales con ligeros cambios. La mayor evolución que ha existido es desde 1960 a 1987; sin embargo, no

existen cambios sustanciales. En el Código Orgánico General del Proceso que se aprobó recientemente, se mantienen casi las mismas causales con cambios mínimos. De igual manera, se agregan causales del CPC de 1960 como son las referentes a la amistad y enemistad que pueda tener el juez con alguna de las partes o que haya recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios.

2.2 Concepto y tipos de recusación

Concepto

Es importante tener claro que concepto de recusación y los fines que se persiguen con la misma. A continuación se exponen algunas definiciones de este concepto:

“Llámesese recusación al remedio legal de que los litigantes pueden valerse para excluir al juez del conocimiento de la causa, en el supuesto de que las relaciones o actitudes de aquél con alguna de las partes o con la materia del proceso sean susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus decisiones.” (Palacio, 2008, pp. 164).

“La recusación es el medio que acuerdan las leyes procesales para atacar la incompetencia subjetiva del juez, aduciendo – o no- la existencia de alguna causa que, de existir, hace inválida la actividad jurisdiccional por presentarlo al juez en situación de parcialidad, parcialidad o dependencia de las partes.” (Alvarado, 2009, pp. 298).

“El acto por el cual se excepciona o rechaza a un juez para que entienda o conozca de la causa, cuando se juzga que su imparcialidad ofrece motivadas dudas.” (Cabanellas, 2008, pp. 323-324).

De las definiciones antes expresadas, se puede destacar que la recusación es un medio que tienen las partes para solicitar que un juzgador sea separado del conocimiento de una determinada causa. También se debe señalar que deben existir motivos probados por los cuales el juez pudiera tener preferencia por una de las partes en un determinado proceso. La recusación se diferencia de

la excusa en que la primera es una facultad que tienen las partes para separar al juez o árbitro de un procedimiento, mientras que la segunda es un deber que tiene el juez de no participar en un proceso por distintas circunstancias.

Tipos de recusación:

En la definición expuesta anteriormente de Adolfo Alvarado se estipula que la recusación puede o no darse por la existencia de alguna causal, en este sentido, se puede decir que existen dos tipos de recusación: recusación causada y sin expresión de causa.

La recusación causada es aquella en la que existe causa para poder solicitar que un juzgador sea separado del conocimiento de una causa. Este sistema es el que se utiliza en el Ecuador y el que se ha utilizado a lo largo de la historia del procedimiento civil. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 856, expresa de manera taxativa los motivos por los cuales se pudiera recusar a un juez. Es importante aclarar, que la recusación causada se puede dar por causales expresadas en la ley o por causales probadas por las partes.

La recusación sin expresión de causa es aquella con la que se pretende “el apartamiento de un juez respecto del conocimiento de cierto asunto justiciable sin necesidad de explicar la razón o la causa por la cual el recurrente no acepta su permanencia en el litigio” (Alvarado, 2009, pp. 300). Este sistema propone que no se debe expresar causa alguna para la recusación, sino que en cierta forma, las partes tienen la libertad de solicitar que un juzgador sea separado del conocimiento de un conflicto. Palacio explica que esta forma de recusación puede “afectar en cierta manera la celeridad de los juicios, representa muchas veces una verdadera garantía para el litigante” (2008, pp. 164). Este mismo autor explica que es una garantía, ya que muchas veces existen causas por las que un juez puede tener preferencia por una de las partes, pero estas son difíciles de probar. Este mecanismo no es muy utilizado por la mayoría de legislaciones.

2.3 Recusación en la Ley Modelo de CNUDMI

La Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, fue creada en el año de 1966, mediante resolución de la Asamblea General No. 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966. La CNUDMI fue creada para la “armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional” (1966, Resolución.2205 (XXI). Con la creación de esta Comisión, también se pretendía que la Naciones Unidas tengan un papel más activo en el comercio internacional y eliminar las barreras jurídicas que interferían en el desarrollo del comercio internacional. Una de las maneras, para lograr con la unificación y armonización del comercio internacional, es mediante “la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelos y leyes uniformes (...)” (1966. Resolución.2205 (XXI).

Una de las leyes modelos creadas para cumplir con los objetivos de esta comisión es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. Esta ley fue aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 de julio de 2006. Una de las razones para la creación de esta norma fue “la insuficiencia que se observan en las leyes nacionales anticuadas comprenden disposiciones que equiparan el procedo arbitral ante los tribunales estatales o normas fragmentarias” (Secretaria de la CNUDMI, 2008, pp. 27). De igual manera, esta ley se creó para unificar las normativas internas de arbitraje y de esta manera lograr facilidad en la solución de conflictos del comercio internacional. La CNUDMI pretende que esta ley se incorporada en las legislaciones de los estados miembros para lograr los fines antes mencionados.

Esta ley regula varios temas sobre arbitraje; y uno de estos, es el de la recusación. En esta normativa se optó por una recusación causada, pero las causales no son taxativas. Es decir que, se debe alegar una causa que de dudas justificables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, pero estas causales no están establecidas en la ley, sino que las partes tienen la libertad de alegar la causa por la cual consideran que el árbitro no va a cumplir su función de una manera correcta dentro del procedimiento. En esta norma,

también se establece el deber de los árbitros de revelar al momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento, la existencia de circunstancias que pudieran causar que no actúe de manera independiente e imparcial. El artículo 12 de la Ley Modelo, establece lo siguiente:

“Artículo 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 acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

2.4 Recusación en la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC

La CIAC nace en el año de 1934, con el fin de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación. Uno de los servicios que presta la CIAC es la solución alternativa de disputas en el hemisferio americano, aunque actualmente, forman parte de la CIAC España y Portugal. “Para prestar sus servicios se apoya en una red de secciones nacionales y asociadas, las secciones son representativas de la comunidad empresarial y jurídica de sus respectivos países” (Reglamento CIAC, pp. 4). Las secciones nacionales del Ecuador, según el sitio oficial de la CIAC, son el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil y Centro de Arbitraje de Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana de Quito. Entre las misiones de esta comisión está la de “el desarrollo y protección de la cultura del arbitraje en el hemisferio, por medio de la promoción de nuevas leyes pro-

arbitraje y del apoyo a las leyes favorables al arbitraje existente” (Reglamento CIAC, pp. 6).

La CIAC tiene su propio reglamento de procedimiento. El ámbito de aplicación de este reglamento es para las partes de un contrato que hayan establecido que las controversias se resolverán “de acuerdo con el Reglamento de Procedimiento de la CIAC” (art 1. Reglamento de Procedimiento CIAC). En esta misma normativa se establece que cuando alguna de sus normas este en conflicto con alguna ley de arbitraje prevalecerá esta segunda. El tema que interesa a esta investigación, que es la recusación, está regulado en los artículos 6-9 de este reglamento. La CIAC no establece una recusación basada causales dictadas de manera taxativa, sino, que ha optado por una recusación en base a la existencia de dudas justificables de la imparcialidad e independencia de los árbitros.

2.5 Directrices IBA sobre conflicto de intereses

La International Bar Association, es una organización de profesionales de derecho, colegio de abogados y sociedades de derecho de diferentes países. Esta organización fue fundada en 1947. Una de las funciones de esta organización es la del desarrollo del derecho internacional. Por esto, en esta organización se ha realizado diferentes publicaciones y directrices sobre diferentes temas de derecho. Una de estas directrices es la de Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional.

Las directrices IBA sobre conflicto de intereses fueron creadas por un Grupo de Trabajo compuesto por 19 especialistas en arbitraje internacional, los cuales eran de 14 países distintos. La misión de este grupo de trabajo fue la de realizar un estudio sobre los hechos que pudieran causar la imparcialidad e independencia de los árbitros y determinar cuáles hechos pueden afectar en un procedimiento de arbitraje internacional. También se pretende determinar que hechos son los que los árbitros deben revelar a las partes. Este grupo de trabajo creo unas directrices de conflicto de intereses que se basan en 3 listas: una verde, una naranja y una roja. Es impórtate aclarar que estas directrices no

tienen el carácter de norma; sino que son parámetros que pueden guiar para determinar los conflictos de intereses que puedan existir entre los árbitros y las partes. A continuación se explicara las diferentes listas:

Lista Verde: En esta lista se establecen situaciones que no son susceptibles de atentar la imparcialidad o independencia de los árbitros, por lo tanto, los árbitros no tienen que revelar estas circunstancias.

Lista Naranja: Se establecen situaciones que pudieran generar conflicto en la imparcialidad e independencia de los árbitros. Si los árbitros revelan estas causales y las partes aceptan, no hubiere lugar a la recusación.

Lista Roja: Son situaciones serias que ponen en duda la imparcialidad e independencia de los árbitros. Por lo tanto estas situaciones deben ser reveladas, y dependiendo de la gravedad, estas pueden ser irrenunciables. Es decir, que por más que se revele, el conflicto de intereses persiste.

2.6 Recusación en el arbitraje ecuatoriano

La recusación de los árbitros en el Ecuador es causada, pero las partes no pueden alegar libremente la causa por la que consideran que un árbitro debería ser separado del procedimiento, sino que las causales ya están previamente establecidas en la ley. Estas causales, como ya se mencionó al inicio del capítulo, son las mismas que se establecen para los jueces. El artículo 21 de la LAM establece que “son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.” Las causales vigentes ya fueron mencionadas anteriormente y se pudo observar que estas fueron creadas en un principio para los jueces y que la evolución de las mismas ha sido mínima.

El artículo 21 de la LAM también establece que “los árbitros nombrados por las partes solo podrán ser recusados por causales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevinientes a la designación.” Como se puede observar, no

se puede recusar por aquellas causales que las partes tenían conocimiento antes del nombramiento. Salcedo explica que la razón de esto es que “siendo los árbitros los jueces de confianza de las partes, debe interpretarse que si éstas conocen la existencia de alguna causa o inhabilidad que pueda afectar la imparcialidad de su desempeño, y no obstante ello lo designa, han renunciado a la facultad de hacer valer dicha causal de recusación” (2007, pp. 184). Es importante aclarar que esta regla es aplicada únicamente para los árbitros nombrados por las partes, ya que se entiende que ellos hicieron la designación aceptando y sabiendo las condiciones del árbitro.

En la LAM también se establece la forma en la que la recusación deberá de ser resuelta. Dependiendo de la manera cómo está conformado el tribunal, la ley establece las siguientes reglas (artículo 21 LAM):

1. En el caso de los tribunales colegiados, deberán resolver los árbitros que no hayan sido demandados, en el caso de que todo el tribunal haya sido demandado deberá resolver el director del centro.
2. En caso de que sea un tribunal unipersonal, el encargado de resolver será el director del centro.
3. En el caso del arbitraje independiente, si se trata de un tribunal colegiado deberán igualmente resolver los miembros del tribunal que no hayan sido recusados. Si todos los miembros fueron recusados o es un tribunal unipersonal, deberá resolver el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

De lo anteriormente dicho, se puede determinar que en el Ecuador las causales de recusación son taxativas y no se permite la recusación incausada. La problemática que puede existir con la enumeración taxativa de las causales de recusación, se pueden producir al momento en el que un árbitro pudiera ser parcial a una de las partes por alguna causal que no se encuentra enumerada en la ley. Esas ocasiones pudieran generar un conflicto al momento de resolver una recusación, ya que la ley no permite a los árbitros o director del centro, resolver conforme a dudas razonables de imparcialidad o independencia de los árbitros.

2.7 Recusación en España

El artículo 12.3 de la Ley de Arbitraje de España de 1988 establecía que las causales de recusación de los árbitros serían las mismas que las de los jueces. Este artículo establecía lo siguiente “no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez.” Gonzales Malabia, al referirse a estas causales, dice que “no todas las causales establecidas para los jueces se podían aplicar a los árbitros sin una mayor adecuación.” (2011, pp. 737). De igual manera, en la exposición de motivos de la Ley vigente de Arbitraje de España (ley 60 / 2003) se establece que “se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos”. De lo mencionado anteriormente, se puede decir que en España antes de la promulgación de la ley 60 / 2003, ya existía un conflicto por la insuficiencia de las normas de recusación de los jueces para los árbitros. Es por esta razón que se decidió cambiar la forma para recusar a los árbitros. La nueva forma será explicada a continuación.

En la ley 60 / 2003, reformada por la ley 11/ 2011 de 20 de mayo de 2011, existe un cambio significativo en cuanto a la recusación de los árbitros. Juan Montero Aroca, explica que con la ley de 2003 “se ha optado por la cláusula general, que se enuncia, como “circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad” (2011, pp. 866). En España se pasó de un modelo de causas taxativas establecidas en la ley a un modelo en el que la recusación se puede dar por la existencia de dudas justificables sobre la imparcialidad del árbitro. En este sentido, el artículo 17 de la ley en mención, establece los siguientes “motivos de abstención y recusación”:

“1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.”

“2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.”

“3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.”

“4. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.*”

Montero Aroca, crítico de la ley de 2003 reformada en el 2011, dice que el artículo 17. 3, referente a la cláusula general para la recusación, puede traer inseguridad jurídica, debido a que el término “dudas justificables” es bastante amplio y cada persona puede tener una percepción diferente de una duda justificable. En este sentido, Aroca propone que “ cuando el artículo 17.3 habla de dudas justificables, esta última palabra debe entenderse en un doble sentido, por un lado, duda objetiva en el sentido que decimos, pero también duda que responde a hechos probados” (2011, pp. 867). Por lo tanto, las dudas de imparcialidad no se las deben analizar únicamente por la apreciación subjetiva de quien deba juzgar, sino que deben existir pruebas y hechos de que el árbitro no va a ser imparcial en el procedimiento. Este mismo autor establece que las causas de recusación taxativas deben servir como “criterios válidos de lo que se entiende por duda objetiva” (2011, pp. 868).

El procedimiento de recusación en España es diferente que el ecuatoriano en varios aspectos:

1. En España se permite que las partes establezcan el procedimiento para la recusación. (Numeral 1, artículo 18, ley 60 / 2003). A diferencia de lo que ocurre en el Ecuador, en donde el procedimiento ya está establecido por la ley y no se otorga la libertad a las partes para establecer su propio procedimiento.
2. En caso de que no se hubiera acordado el procedimiento, la parte podrá presentar los motivos de recusación dentro de los 15 días desde la aceptación del árbitro o desde que se produjo el hecho que genera dudas justificadas de la independencia o imparcialidad del árbitro. En este caso pueden existir dos supuestos: “1. Que el árbitro renuncie o; 2. Que la otra parte acepte la recusación.” (Ley 60 / 2003). En caso de que no ocurran ninguno de los dos supuestos, corresponde resolver a los árbitros. El numeral 2 del artículo 18 de la ley 60 / 2003 dice lo siguiente:
“2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.”

2.8 Recusación en Chile

En la legislación chilena, el 29 de septiembre de 2004 entro en vigencia la Ley 19. 971, mediante la cual se regula el arbitraje comercial internacional. En el artículo 12 de la mencionada ley se establece la recusación de los árbitros, así pues este artículo menciona lo siguiente:

- “1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a

dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.”

2) “Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

Como se puede apreciar, en esta ley también se optó por la cláusula general en vez de establecer cláusulas taxativas para poder recusar. Los motivos de recusación de esta ley son bastante similares a los de la ley española, esto se debe a que ambas leyes aplicaron la ley modelo de la CNUDMI, la cual será analizada posteriormente.

2.9 Recusación en México

México es otro de los países que ha optado por implementar la Ley Modelo de la CNUDMI dentro de su legislación. Este país, a lo contrario de lo que sucede en los países antes analizados, tiene incorporado el procedimiento arbitral dentro del Código de Comercio. En el año de 1989, se reforma el arbitraje del Código de Comercio Mexicano, “se introdujo en el Código, como Título IV, Libro V, una nueva sección sobre arbitraje comercial. Se adoptaron varias disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI” (Treviño, 1995, pp. 36). En el año de 1993, se vuelve a reformar el Código y se incorpora totalmente la Ley Modelo.

En el artículo 1428, del Código de Comercio de México, se estipula la recusación de los árbitros. Como se verá a continuación, en el artículo antes mencionado se prescribe lo que establece la Ley modelo sobre la recusación:

“Artículo 1428.- La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento. Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

Este artículo es una de las reformas que se hicieron en el año de 1993 (Boletín Oficial de México del 22 de julio de 1993), ya que antes las causales de recusación eran las mismas que los jueces, así pues, en el artículo 1433 del cuerpo legal en mención, se establecía que “los árbitros solo son recusables por las mismas causas que lo fueren los jueces (...)”.

En cuanto al procedimiento de recusación, se da libertad a las partes para que estas establezcan su propio procedimiento. En caso de que este no haya sido establecido por las partes, será el tribunal arbitral el que decida sobre la recusación. El tribunal decidirá únicamente si el árbitro no renunció al cargo o si la otra parte no aceptó la recusación. En el caso de que la recusación no se dé con el procedimiento antes establecido, se podrá solicitar al juez para que resuelva sobre la procedencia de la recusación. (Artículo 1429, Código de Comercio de México)

2.10 Recusación en Colombia

En el presente trabajo se investigó la recusación del arbitraje colombiano, en virtud de ser un país vecino, y al igual que el Ecuador, forma parte de la Comunidad Andina de Naciones y de la Unión de Naciones Suramericanas. Como se verá a continuación, este país tiene un sistema de causales taxativas

de recusación similar al del Ecuador; sin embargo, existen algunas diferencias en el procedimiento.

El arbitraje en Colombia está regulado por la Ley 1563 de 2012, a esta Ley se la conoce como El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. En el artículo 16 de esta normativa se establece que los árbitros serán recusables por las mismas causales de las jueces establecidas en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, estas no son las únicas causales para recusar; ya que, el artículo en mención también permite la recusación cuando existan; “(..) Inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior.”(Artículo 16, Ley 1563 de 2012). Como se puede observar, la recusación en Colombia es un poco más amplia que la del Ecuador; ya que, no se limita únicamente a establecer las causales utilizadas para los jueces.

En el párrafo anterior se mencionó el Código Disciplinario Único. Este Código contiene reglas de disciplina a las que se deben someter los funcionarios del estado, en este Código también se establece las sanciones y el procedimiento para aquellos que no cumplan con estas reglas de disciplina. Los árbitros que no cumplan con las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses establecidos en este Código, podrán ser recusados.

En el artículo 17 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional se establece el procedimiento de recusación. Al igual que en el Ecuador, en el caso de un tribunal, la recusación resolverán los otros miembros del tribunal. Pero si es que son recusados todos los miembros del tribunal o se tratara de un único árbitro, deberá resolver el juez civil del circuito donde funcione el tribunal de arbitraje; a diferencia de Ecuador, donde estos casos deberán resolver el director del centro.

2.11 Recusación en Perú

El arbitraje en Perú estaba regulado por la Ley General de Arbitraje de 1996. En el artículo 28 de dicha ley se establecían 3 causas por las cuales se podía recusar a un árbitro: 1. Por no reunir con condiciones o estar incurso en algún supuesto de incompatibilidad previstos en la ley; 2. Por estar incurso en alguna causas de recusación de algún reglamento arbitral sometido por las partes; y, 3. Por existir circunstancias que den dudas justificables de la imparcialidad e independencia del árbitro. Este artículo permitía que la recusación no se de únicamente por causales taxativas, sino también por existir dudas justificables.

En el año 2008, en el Perú entró una nueva Ley de Arbitraje. Para Carlos Soto, la ley de 1996 tuvo una gran importancia en el desarrollo del arbitraje peruano y era una ley que funcionaba bien; sin embargo, dice que la razón por la cual se cambió la ley fue porque “el Perú decidió entrar a la competencia, lo que implicaba no dejar de avanzar. Por ello quiso cambiar una buena ley por otra superior. El cambio ya no es para comenzar a arbitrar. El cambio es para poder arbitrar aún más y mejor.” (2011, pp. 17). Lo que quiere decir este autor, es que Perú ya tenía una ley bastante completa de arbitraje, sin embargo, existe una competencia entre países para atraer inversión y para lograrlo se necesita tener un ordenamiento jurídico seguro. Es por esto, que el autor dice que se decidió pasar de una buena ley a una superior. El argumento establecido por el autor en mención, fue también uno de los argumentos expuestos en la exposición de motivos de la Ley, la cual establece lo siguiente:

“En este orden de ideas, los cambios que se proponen en la nueva ley están dirigidos a aumentar la competitividad del Perú como sede de arbitrajes, de manera que pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón a la existencia de un marco legal seguro y predecible, ajustado a estándares internacionales.” (Exposición de motivos, Ley de Arbitraje 2008)

En la Ley de 2008, las causales de recusación y abstención están estipuladas en el artículo 28. En este artículo, se mantiene como circunstancia de

recusación, que existan dudas justificables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Pero ya no se establece las otras dos circunstancias de la ley de 1996. En este artículo también se menciona la obligación que tiene el árbitro de informar circunstancias sobre la relación con alguna de las partes, el deber de mantenerse durante el arbitraje de manera imparcial e independiente. Es importante aclarar, que en la Ley de 1996 ya existía el deber de información; sin embargo, este deber se encontraba en un artículo distinto a las causales de recusación. El artículo 28 de la nueva Ley de Arbitraje de Perú, establece lo siguiente:

“Artículo 28º.- Motivos de abstención y de recusación 1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. 2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados. 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley. 4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos. 5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.”

La Ley de arbitraje de Perú de 1996 solo tuvo 12 años de existencia. Esta Ley no fue reformada por que haya sido ineficiente, sino porque se buscaba una norma más competitiva para que Perú pueda consolidarse como una sede de arbitraje donde existe un ordenamiento jurídico seguro en esta materia. A pesar de la reforma, en las dos leyes, se mantuvo el pensamiento de otorgar a

las partes la libertad para poder recusar cuando existieren dudas justificables, sobre la imparcialidad e independencias de los árbitros y no únicamente por causales establecidas en la ley.

2.12 Cuadro comparativo recusación

Una vez que se han establecido las formas de recusación de varios países y se han comparado con la recusación en el arbitraje ecuatoriano, se presentará un cuadro en el que se establecen la forma de recusación de los árbitros en diferentes países de Latinoamérica. La información obtenida para este cuadro proviene de las leyes de arbitraje de los países y organizaciones. En este cuadro también se incluirán los países analizados anteriormente.

Para la comprensión del cuadro, se aclara que se utilizará el color azul para identificar a los países que han optado por un sistema de recusación basado en dudas justificables; y, se utilizará el color rojo para identificar los países en los cuales la recusación de los árbitros se basa en un sistema de dudas justificables.

Tabla 2. Tipos de recusación de los países analizados

País	Norma	Año	Tipo de recusación
España	Ley 60/2003	2003	Causas que generen dudas justificables
México	Código de Comercio	Reforma 1993	Causas que generen dudas justificables
Venezuela	Ley de Arbitraje Comercial	1998	Causales establecidas en la ley
Colombia	Ley 1563	2012	Causales establecidas en la ley
Ecuador	Ley de Arbitraje y Mediación	1997	Causales establecidas en la ley
Perú	Ley General de Arbitraje	2008	Causas que generen

			dudas justificables
Chile	Ley 19. 971	2004	Causas que generen dudas justificables
Argentina	Código Civil y Comercial de la Nación y Código Procesal Civil	2014 /1981	Causales establecidas en la ley
Paraguay	Ley de Arbitraje y Mediación	2002	Causas que generen dudas justificables
Uruguay	Código del Proceso	1988	Causas que generen dudas justificables
Brasil	Ley 9. 307	1996	Causales establecidas en la ley
Bolivia	Ley de Arbitraje y Conciliación	1997	Causales establecidas en la ley

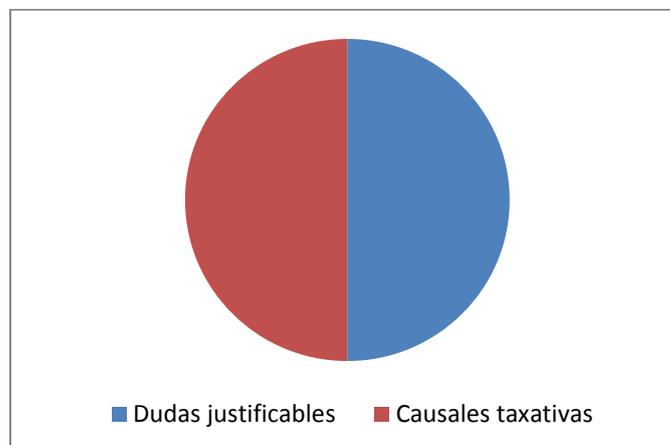


Figura 1. Gráfico de la tabla 2

Del cuadro y gráfico antes señalados, se puede determinar que la mitad de los países señalados han optado por una recusación basada en dudas justificables o causas que no están establecidas taxativas en la ley. De igual manera, las leyes más modernas también han optado por este tipo de

recusación, a excepción de la ley de Colombia de 2012 y Argentina 2014, que siguen optando por la recusación con causales establecidas en la ley. El caso uruguayo, difiere de los otros sistemas; ya que, en los referente a la recusación de los árbitros se establece que se aplicara las mismas causales de los jueces, pero el Código General del Proceso al referirse a la recusación de los jueces establece “todas las circunstancias comprobables que puedan afectar la imparcialidad del juez” (Código General del Proceso de Uruguay, art 325).

En el capítulo siguiente de este trabajo, se pretende exponer un caso real de recusación de árbitros en el Ecuador, en el cual las normas taxativas establecidas en el Código de Procedimiento Civil no fueron suficientes para dar una solución.

Capítulo 3: Insuficiencia de las normas de recusación

3.1. Caso Chaparro – Ecuador (Anexo 1)

3.1.1. Exposición del caso

El 23 de junio de 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió una demanda a la Corte IDH en contra del estado ecuatoriano presentada por los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Ñiñiguez. La demanda se originó por que en el año 1997 se incautaron en el aeropuerto de Guayaquil unas hieleras térmicas que contenían clorhidrato de cocaína y de heroína. Los demandantes fueron detenidos en virtud de que eran administradores de la compañía Plumavit Cia. Ltda que se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que fueron incautadas. Se realizó un allanamiento a la fábrica de Plumavit y no se encontró evidencia para culpar a los sospechosos, posteriormente se realizó un peritaje a las hieleras incautadas y se pudo demostrar que estas no pertenecían a la compañía Plumavit. A pesar de esto, los demandantes estuvieron bajo régimen de prisión provisional por más de una año y la compañía Pulmavti estuvo incautada por casi cinco años. En este sentido, la Comisión solicitó a la Corte IDH lo siguiente:

“Que estableciera la responsabilidad internacional del Estado por la violación en perjuicio de las dos presuntas víctimas de los derechos consagrados en los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) del mismo tratado.” (Sentencia Corte IDH, del 21 de noviembre de 2007).

En virtud de los antecedentes expuestos del caso, la Corte IDH, emitió el 21 de noviembre de 2007 una sentencia en la cual se ordena que se conforme un tribunal arbitral “para la determinación del porcentaje de pérdidas que sufrió el

señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit.” (Sentencia Corte IDH, del 21 de noviembre de 2007).

En relación al tipo de arbitraje que se realizaría, la resolución en mención estableció que:

“El procedimiento arbitral señalado en el párrafo anterior deberá ser de carácter independiente, llevarse a cabo en la ciudad en la que resida el señor Chaparro y conforme a la legislación interna aplicable en materia de arbitraje, siempre y cuando no contraviniera lo estipulado en esta Sentencia. El procedimiento deberá iniciarse dentro de los seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. El tribunal de arbitraje estará integrado por tres árbitros. El Estado y el señor Chaparro elegirán cada uno a un árbitro. El tercer árbitro será elegido de común acuerdo entre el Estado y el señor Chaparro.” (Sentencia Corte IDH, del 21 de noviembre de 2007).

El 15 de julio de 2011, la Procuraduría General del Estado, realiza un pedido de recusación en contra del árbitro elegido por la parte actora. El hecho que motiva a la recusación es que el hermano del árbitro recusado, presentó el 3 de mayo de 2003, una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Ecuador por supuesta vulneración de derechos humanos en su contra. La comisión emitió ciertas recomendaciones, las cuales a la fecha en la que se presentó la recusación, seguían siendo observadas por la Comisión.

La causal de recusación presentada por la Procuraduría General del Estado, es la tercera del artículo del Código de Procedimiento Civil; la cual establece lo siguiente:

“Art. 856.- Un juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes: 3. Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el numeral primero, 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;”

El 21 de julio de 2011, el árbitro recusado contesta a la recusación presentada en su contra, alegando que la denuncia presentada por su hermano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es un juicio; ya que la Comisión no es un Juzgado o Corte ya que sus funciones son las de promocionar y proteger los Derechos Humanos, pero no puede juzgar y emitir sentencias. En este sentido, la parte demandada alega que en este caso no se aplica la causal 3 del artículo 856, en virtud de que esta se refiere únicamente a juicios.

La recusación en mención la resolvieron los otros dos árbitros miembros del tribunal, en virtud de lo establecido en el artículo 21, literal a) de la LAM. El análisis que realizaron los árbitros para resolver el conflicto planteado fue el siguiente:

1. Lo primero que se hizo fue determinar la naturaleza de la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este primer punto, el Tribunal concluyó que la denuncia presentada no tiene carácter de juicio, resolvió esto argumentando que la Comisión no tiene actividad jurisdiccional y que es un paso previo para poder presentar demandas ante el órgano jurisdiccional que es la Corte IDH. También alega que en el Estatuto de la Comisión se establece que es un órgano administrativo. Por lo tanto, la denuncia presentada ante este órgano, no cumple con la definición de juicio establecida en el Código de Procedimiento Civil, el cual establece que “JUICIO es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces.”(artículo 57 Código de Procedimiento Civil). El Tribunal también reconoce la insuficiencia y antigüedad de las normas de recusación del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, dice el Tribunal que:

“Este Tribunal considera la insuficiencia que representan las causales del Código de Procedimiento Civil, en orden a garantizar la plena

vigencia del derecho al debido proceso, en particular la garantía de un juez imparcial e independiente; esto producto de que nuestra norma procesal adjetiva responde a una época distinta y prueba evidente de aquello , es que el mismo artículo 856 numeral tercero limita la causal a juicios civiles y penales, dejando por fuera los demás tipos de pleito y de otra índole” (numeral 4.7, resolución de recusación caso chaparro-Ecuador)

En esta primera parte, ya se puede determinar que existe una insuficiencia de la causal alegada por el estado ecuatoriano para resolver la recusación del árbitro elegido por la parte actora. A pesar de que los hechos que motivan la recusación pudieran atentar contra la imparcialidad e independencia del árbitro, la norma no es suficiente, ya que esta únicamente se refiere a juicios y no a otro tipo de pleitos. El Tribunal en este caso admite que si se hubiera aplicado la causal en su tenor literal, la recusación hubiera tenido que haber sido desechada sin más argumentación.

2. El Tribunal reconoce que tienen como deber el de garantizar los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos. En el presente caso deben garantizar el derecho fundamental consagrado en el artículo 76, numeral 7 literal K de la Constitución que establece el derecho a “ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.” De igual manera, se debe aplicar lo establecido en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...)”

3. Considera el Tribunal que con el nuevo marco constitucional del Ecuador; en el cual es un Estado constitucional de derechos y justicia, la ley se la debe interpretar para garantizar los preceptos establecidos en la Constitución. Se debe considerar también el principio de supremacía

constitucional establecidos en los artículos 424, 425 y 427 de la Norma Suprema.

4. Los árbitros, al igual que los jueces, ejercen potestades jurisdiccionales y deberán aplicar directamente lo establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los miembros del tribunal alegan esto haciendo mención a los artículos 5, 130 (1) y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales establecen los siguiente:

“Art. 5.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.”

“Art. 130.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: 1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios;”

“Art. 140. La jueza o el juez deben aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su

decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.”

5. Una vez que el Tribunal analizó el caso, concluyó que no se debe interpretar el sentido literal de la causal y que se debe analizar el caso concreto para poder garantizar lo establecido en la Constitución. Considera que se debe determinar si existen dudas justificables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro.

Como se puede ver, en este argumento del Tribunal, se busca dudas justificables sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros. Por lo tanto, para resolver este caso se tomó en cuenta la causal por dudas justificables establecida en la ley modelo y en algunas legislaciones mencionadas anteriormente en este trabajo.

6. Para poder determinar la existencia de dudas justificables, el Tribunal hace un análisis de lo que significa la imparcialidad e independencia y en este sentido establece que la independencia tiene un carácter objetivo y la imparcialidad un carácter subjetivo, tal y como se explicó en el primer capítulo de este trabajo. El tribunal también considera que los árbitros deben tener un mayor nivel de independencia e imparcialidad que los jueces, ya que el arbitraje es un procedimiento de confianza de una sola instancia.

Este argumento establecido por el Tribunal, ratifica lo dicho anteriormente en este trabajo, referente a que jueces y árbitros son dos figuras diferentes y que las razones por las cuales unos y otros pueden ser parciales en un determinado proceso también pueden variar.

7. Para determinar el grado de conflicto de intereses en los que se ve incurrido el árbitro recusado, el Tribunal optó por guiarse a lo establecido en las directrices de la International Bar Asociación (IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional.

8. El Tribunal considera que si existen dudas justificables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. Estas dudas se ocasionan debido a que tanto el hermano del árbitro como el Sr. Chaparro, tienen un mutuo interés ante organismos interamericanos de derechos humanos, de que el estado les repara económica por la vulneración de derechos. Por lo tanto, los intereses de los dos procedimientos son similares y esto pudiera generar que el árbitro de la parte actora no actúe de una manera independiente e imparcial.

9. Finalmente, y en razón de los argumentos planteados anteriormente, el Tribunal decide aceptar la recusación planteada por el Estado ecuatoriano. La recusación se concede no por lo estipulado en las causales de recusación del Código de Procedimiento Civil, sino que se acepta “en aplicación de los principios fundamentales y derechos constitucionales que se encuentran invocados en la presente resolución” (numeral 5, resolución de recusación caso Chaparro – Ecuador).

3.1.2 Conclusiones del caso

Es importante, en primer lugar, determinar la forma en la que el caso expuesto anteriormente fue resuelto por un tribunal arbitral. El caso llega por que la Corte IDH decide que el monto de la indemnización deberá ser resuelto por un Tribunal Arbitral. Como se puede observar, la Corte violenta el principio de voluntariedad del arbitraje, ya que no son las partes las que deciden voluntariamente someterse a este procedimiento, sino que es una decisión de la Corte. Este principio también es violentado por que la Corte en su sentencia decide qué tipo de arbitraje se llevará a cabo y bajo que leyes se deberá regir el procedimiento arbitral. En este sentido, se decide que el arbitraje será independiente bajo las leyes internas de donde resida el demandante. En este caso el procedimiento se rigió bajo las leyes ecuatorianas, en virtud de que este era el país de residencia del demandante. La única facultad que se otorgó a las partes fue la libertad de elegir a sus árbitros. En este sentido, la

Procuraduría General del Estado ecuatoriano eligió a su árbitro y la parte demandante eligió al suyo y los árbitros electos eligieron a un tercer árbitro.

A pesar de que el principio de voluntariedad fue violentado, es importante destacar la confianza que la Corte IDH tuvo en el arbitraje. Esta confianza se demuestra en el hecho de que la Corte IDH no fue la que decidió el monto de la indemnización, sino que delegó para que sean los árbitros (electos por las partes) los que establezcan el monto que debería pagar el estado ecuatoriano. Esta confianza otorgada por una corte internacional a este mecanismo de resolución de conflictos, es importante ya que demuestra la eficacia y el crecimiento que ha adquirido el arbitraje a nivel internacional.

Como se mencionó anteriormente, este caso fue resuelto bajo las leyes del Ecuador, por lo tanto, la norma de procedimiento de este arbitraje fue la Ley de Arbitraje y Mediación. En este sentido, la recusación planteada en un principio, debió haberse resuelto bajo las causales de recusación establecidas en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, ya que estas causales son las que se han optado en la legislación de arbitraje del Ecuador. Sin embargo, los miembros del Tribunal de Arbitraje, estuvieron frente a una situación en la cual las causales de recusación establecidas en el Código de Procedimiento Civil, eran insuficientes para determinar si la relación de la parte con el árbitro pudiera influenciar en su decisión. En razón de esto, el Tribunal acertadamente hizo una interpretación a la luz de la Constitución y no únicamente de la ley, lo cual es una de las características del nuevo modelo de Estado vigente en el Ecuador desde el 28 de septiembre de 2008. El tribunal no basó su decisión en las causales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, sino que hizo un análisis del caso concreto para determinar cuál era la resolución más justa para este conflicto de recusación. Los árbitros fueron más allá de la ley escrita para poder resolver este caso de una manera justa, el cual es el deber fundamental de los administradores de justicia del Ecuador.

Es importante destacar que para resolver esta recusación se utilizó el sistema de dudas justificables. Este sistema se basa en dudas, sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro, que se pueden generar por la relación objetiva o

subjetiva existente entre un árbitro y una parte y que pueda influenciar en su decisión. Este modelo ha sido implementado por varias legislaciones modernas en materia de arbitraje, en virtud de que es un modelo que permite a los árbitros decidir en base a la justicia y no únicamente con el cumplimiento en lo estipulado en las leyes escritas. El caso antes expuesto, demuestra que el sistema de recusación basado en causales estipuladas por la ley, es un sistema insuficiente para lograr recusaciones justas.

Conclusiones

1. Con el modelo de Estado adoptado por el Ecuador con la Constitución del año 2008, los administradores de justicia deben garantizar a las personas los derechos aplicando los principios generales, principios fundamentales y los principios de aplicación de los derechos y las garantías estipuladas en la Constitución. De igual manera, los hacedores de las leyes deben adecuar las mismas para garantizar estos derechos y principios, cumpliendo las garantías normativas establecidas en la Constitución. Las garantías normativas están reconocidas en el artículo 84 de la norma suprema y se refiere a la obligación que tiene “la Asamblea Nacional y los órganos con potestad normativa de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales (...)” (artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador). En este sentido, es obligación de la Asamblea Nacional adecuar la normativa de arbitraje para que se cumpla de una manera eficiente el acceso a la justicia por parte de la ciudadanía, el derecho constitucional y garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva.
2. Una de las garantías básicas para lograr el debido proceso, es ser juzgado por un juez imparcial, independiente y competente. Esta garantía también es aplicable en el arbitraje, ya que el árbitro cumple una función de juzgador. En el arbitraje la independencia del árbitro se refiere a ciertos vínculos objetivos que puedan existir entre el árbitro y una de las partes, mientras que la imparcialidad se refiere a un elemento subjetivo; es decir la moral y forma de pensar del árbitro, que puedan influenciar en su decisión. En el caso expuesto, la relación objetiva se refleja en el hecho de que tanto el hermano del árbitro como el demandante tenían un proceso similar en contra del Ecuador. En cambio, el elemento subjetivo es el sentimiento que ese hecho objetivo generaba en el árbitro y que hubiera podido motivarle para ser parcial con la parte que estaba demandando al Ecuador.

3. En los procedimientos arbitrales, los principios de imparcialidad e independencia son fundamentales para poder lograr un proceso justo, en el cual las decisiones de los árbitros sean equitativas para las partes. Para garantizar estos principios existe la recusación, la cual en el Ecuador se basa en causales expresadas en el Código de Procedimiento Civil.
4. Las causales de recusación que se aplican en el Ecuador fueron creadas en una época distinta y en un modelo de estado legalista de derecho, en el cual los jueces debían sujetarse a lo estipulado en la ley. Con el nuevo modelo de estado del Ecuador, estas causales son insuficientes para poder garantizar la imparcialidad e independencia de los árbitros. Existen casos, como el planteado en este trabajo, en el que se demuestran de manera práctica la insuficiencia de estas causales.
5. Los árbitros y jueces son dos personajes distintos y las razones por las cuales un árbitro puede ser parcial son diferentes a las de un juez. Por esto se debe separar a los árbitros de las causales de recusación de los jueces.
6. Es muy complicado enumerar de manera taxativa las razones por las cuales un árbitro pudiera no ser independiente ni imparcial, es por esto que se debe dar la libertad al tribunal, de decidir en cada caso concreto si existen suficientes hechos probados por las cuales un árbitro puede ser parcial con una de las partes.
7. Las legislaciones modernas en arbitraje, han optado por un sistema de dudas justificables, en el cual se permite recusar a un árbitro cuando existan razones justificables de que este no va a poder cumplir con el mandato que se le ha encargado. Esto se puede dar por que tiene una estrecha relación con una de las partes, sus familiares, representantes o abogados; que pudiera influenciar en su decisión. También se puede dar por que no tiene la capacidad suficiente para resolver un determinado conflicto. Este sistema es aplicable al

nuevo modelo estado del Ecuador; en virtud de que se permite a los árbitros garantizar los principios de independencia e imparcialidad y no se los limita a aplicar únicamente las causales prescritas en el Código de Procedimiento Civil.

8. Para la correcta aplicación del sistema de dudas justificables, es necesario una buena preparación de los árbitros, para que estos tengan el criterio suficiente para determinar, en qué casos la relación de un árbitro con una parte puede ser lo suficientemente grave como para influir en su decisión. Los árbitros pueden guiarse por las directrices IBA para determinar la gravedad del conflicto de interés existente en una determinada recusación.

Recomendaciones

1 Reformar la LAM para insertar el modelo de recusación de la Ley Modelo, es decir el sistema de dudas justificables. En este sentido, este trabajo propone que se elimine el tercer párrafo del artículo 19 en el cual se establece que “El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.” De igual manera se debería sustituir el artículo 21 de la LAM por el artículo 12 de la Ley modelo; por lo tanto, el artículo 21 quedaría de la siguiente manera:

“Artículo 21.- 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 acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

Se deberá insertar un nuevo artículo en al LAM sobre el procedimiento de recusación, ya que en la actual ley este procedimiento se incorpora en el mismo artículo de la causales de recusación. En este sentido, el artículo 22 establecería lo siguiente:

“Artículo 22.-La recusación deberá ser resuelta: a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación. Si éstos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro; b) En el caso de que la recusación

recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro; c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16; d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y, e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.”

En virtud de que se inserta un nuevo artículo, la numeración de los artículos siguientes al 22 deberá cambiar.

2. Los Directores de los centros de arbitraje, aparte de su preparación profesional deberán tener una amplia preparación deontológica, en virtud de que la LAM les otorga a estos la facultad de resolver sobre la recusación de los árbitros en ciertas circunstancias. Es importante esta preparación ya que con el nuevo sistema propuesto, la ética y moral tienen un papel fundamental para determinar la capacidad y conflictos de intereses que pueden existir en un árbitro.

3. Los árbitros también van a tener que resolver sobre la recusación de otro miembro del tribunal, por lo tanto es importante que estos también tengan una amplia preparación deontológica.

4. Las directrices IBA podrán servir como guía para determinar si una conducta o hecho es lo suficientemente relevante para generar un conflicto de interés por el cual un árbitro deberá ser recusado. Sin embargo, estas solo servirán como directrices y no serán de aplicación obligatoria.

5. Se deberá establecer un sistema de sanción para los abogados que reiteradamente utilicen la recusación como un mecanismo dilatorio para demorar los procedimientos arbitrales.

6. Se deberá establecer un sistema de sanción para los que no revelen hechos que puedan generar conflictos de intereses.

REFERENCIAS

- Alvarado, A. (2009). *Sistema procesal garantía de la libertad (tomo 1)*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Andrade, X. (2009). *Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva constitución ecuatoriana*. En Revista de Arbitraje y Medicación. Sao Paulo, Brasil. Recuperado el 2 de febrero de 2015 de http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/breves_reflexiones_sobre_el_arbitraje_en_la_nueva_constituci%C3%B3n_ecuatoriana.pdf
- Ávila, R. (2008) *Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia*. En Constitución del 2008 en el contexto andino. Quito- Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila. R. (2014). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. En *Historia constitucional*. Quito- Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Boletín Oficial de México del 22 de julio de 1993. Reforma al Código de Comercio.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta
- Código Civil y Comercial de la Nacional, Argentina, 2014
- Código de Enjuiciamiento en Materia Civil Ecuador, Registro Autentico 1907 de 19 de octubre de 1907.
- Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005 Código de Procedimiento Civil Ecuador. Registro Oficial Suplemento 687 de 18 de mayo de 1987
- Código de Procedimiento Civil Ecuador. Registro Oficial Suplemento 1202, de 20 de agosto de 1960.
- Código de Procedimiento Civil Ecuador, Registro Oficial Suplemento 133, de 7 de febrero de 1953

- Código General del Proceso de Uruguay, de 1988
- Código Orgánico General del Proceso de Ecuador. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial 506 del 22 de mayo de 2015.
- Código Orgánico de la Función Judicial Ecuador. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Argentina, 1981
- Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. (2008). *Reglamento de la CIAC*. Recuperado el 5 de marzo de 2015. En http://www.ciac-iacac.org/documentos/7547_CIAC_folletofinal_copia.pdf
- Consejo de la Judicatura. (s.f). *Plan de Estrategias de la Función Judicial 2013-2019*. Recuperado el 25 de febrero de 2015 de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/LIBROPLANESTRATEGICO IMPRENTAWEB.pdf>
- Consejo de la Judicatura. (2013). *Programa nacional de medicación y cultura de paz*. Quito- Ecuador: Consejo de la Judicatura.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Madrid: Editorial Ariel.
- Echeverría, J. (2009). *El estado en la nueva constitución*. En *La nueva constitución del Ecuador*. Quito- Ecuador: Corporación Editorial Nacional.
- Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia. 2012
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías*. Sexta edición. Madrid- España: Editorial Trotta
- Galindo, A. (1997). *Medios alternativos de solución de conflictos*. Quito – Ecuador: Projusticia.
- Gonzáles, K. (2005) Libro: El Contrato de arbitraje, Director Eduardo Silva Romero, Editorial: Legis, *Bogotá Colombia*.
- Gonzales, S. (2011). *Capacidad para ser árbitro*. En *Comentarios a ley de arbitraje*. 2da edición. Pamplona: Editorial Aranzandi.

- Grigera, N. (1999). *Factors to consider in choosing an efficient arbitrator*. Paris: Editorial General Jan Den Berg.
- Gutierrez, G. (2013). *Artículo 17. En comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid-España: La ley.
- Hans, K. (1982). *Teoría pura del derecho*. Mexico D.F: Universidad Autónoma de México.
- Hart, H. (1995). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot
- International Bar Association. (2004). *Directrices de la IBA Sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional*. Recuperado el 8 de marzo de 2015 de file:///C:/Users/user/Downloads/Guidelines%20on%20Conflicts%20...tion%202004%20-%20SPANISH.pdf
- Jijón, R. (2007). *La independencia e imparcialidad de los árbitros*. En *Iuris Dicto*. Núm. 11. Octubre de 2007. Quito. Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.
- La Cámara de Comercio de Quito. *Reglamento del CMA de la Cámara de Comercio de Quito*. Recuperado el 30 de marzo de 2015 en <http://www.lacamaradequito.com/cam/documentos-legales/reglamento-del-cam/>
- Ley de Arbitraje Comercial, Venezuela, 1998
- Ley de Arbitraje y Conciliación, Bolivia, 1997.
- Ley de Arbitraje y Mediación Ecuador, Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
- Ley de Arbitraje y Mediación de de Paraguay, Ley 1.879
- Ley General de Arbitraje de Perú de 1996
- Ley de Procedimiento Civil Ecuador de 7 de diciembre de 1848
- Ley Modelo De la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional* de 1985 enmendada en el 2006
- Ley Peruana de Arbitraje 2008
- Ley 9.307, Brasil, 1996
- Ley 19.971 de Chile de 29 de septiembre de 2005
- Ley 60/ 2003 de España

- Llanos, S. (2009). *Dé la vuelta: convierta sus problemas en proyectos*. Bogotá-Colombia: Editorial el Búho.
- López, G. (2010) .*Mediación, arbitraje, y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Madrid: Reus.
- Mantilla, F. (2000). *Las relaciones entre árbitros y jueces*. En *Arbitraje comercial internacional*. Mexico D.F: Fontanera.
- Martínez, T. (2013) *artículo 24. En comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid-España: La ley.
- Montero, J. (2011). *Motivos de abstención y recusación*. En *Comentarios a ley de arbitraje*. 2da edición. Pamplona: Editorial Aranzandi.
- Palacio, L. (2008). *Manual de derecho procesal civil*. 18 edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo- Perrot.
- Pazmiño, A. (2014) *El control judicial en el arbitraje y los diferentes centros de arbitraje a nivel mundial*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Segunda edición. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966.
- Resolución A/52/13 de 1998 de la Asamblea General de las Naciones Unidas
- Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de noviembre de 2007, *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Ñíñez vs Ecuador*
- Resolución de Recusación Tribunal Arbitral Independiente del 9 de agosto del 2011, *Caso Chaparro - Ecuador*
- Salcedo, E. (2007).*El arbitraje la justicia alternativa*. Segunda edición. Guayaquil- Ecuador: DistriLib
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2013) .*Plan Nacional para el Buen Vivir (2013-2017)*. Quito- Ecuador: SENPLADES
- Soto, C. (2011). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y de Inversiones.

Treviño, J. (1995). *La nueva legislación mexicana sobre arbitraje comercial*.
Revista de derecho privado. Recuperado el 20 de marzo de 2015 de
[http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/17/dtr/dtr3
.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/17/dtr/dtr3.pdf)

ANEXOS

Anexo 1

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación
 Dra. Alicia Arias Salgado – Presidenta
 Dr. César Molina – Árbitro
 Ab. Hugo García Larriva – Secretario

TRIBUNAL ARBITRAL INDEPENDIENTE (CASO CHAPARRO – ECUADOR).- 9 de agosto de 2011, a las 16h03.- **1.-** Ábrase un cuaderno separado y forme parte de éste, el pedido de recusación presentado por la Procuraduría General del Estado con fecha 15 de julio de 2011 en contra del doctor Santiago Cuesta Caputi, miembro de este tribunal arbitral así como su aclaración de fecha 21 de los corrientes.- **2.-** Incorpórese a dicho cuaderno el informe presentado el 21 de julio de 2011 por el árbitro recusado.- **3.-** Para resolver el presente proceso de recusación este tribunal hace las siguientes consideraciones: **3.1.-** El tribunal arbitral es competente para resolver la presente causa en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 literal d) de la Ley de Arbitraje y Mediación y el Art. 8 de las Reglas de Procedimiento para el Arbitraje Independiente Chaparro en contra del Estado ecuatoriano.- **3.2.-** Que las partes han sido notificadas con la presente recusación y se les ha dado el derecho para que ejerzan legítimamente su derecho a la defensa.- **3.3.-** Que del proceso no obra omisión ni causal de nulidad alguna por lo que se lo declara válido.- **3.4.-** En lo principal, el Estado ecuatoriano basa su recusación en el hecho que “*el 23 de mayo de 2003, el señor Rafael Ignacio Cuesta Caputi, hermano del Doctor (sic) Santiago Cuesta Caputi, árbitro designado por la parte actora, presentó una demanda, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la supuesta violación de derechos realizada por el Estado en su contra*” (lo resaltado es original).- El Estado acusa que por este hecho el árbitro recusado se encuentra incurso en la causal 3 del artículo 856 del Código de Procedimiento Civil que reza: “*Art. 856.- Un juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes: (...) 3o.- Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el ordinal 1o., 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*”.- **3.5.-** Con fecha 21 de julio de 2011 el doctor Santiago Cuesta Caputi presentó su informe que contiene la contestación a la causal de recusación invocada por la Procuraduría General del Estado.- En lo principal, el doctor Cuesta basa su oposición a la presente recusación en el hecho de que “*mi hermano Rafael Cuesta Caputi, ni ha presentado demanda, ni tiene juicio con el Estado Ecuatoriano*”, puesto que “*la Comisión Interamericana, órgano ante el cual mi hermano Rafael compareció, no es un juzgado ni una Corte (sic), y por lo tanto, no sustancia juicios ni procedimientos judiciales*”.- **4.-** Al respecto, para resolver la presente recusación este tribunal realiza las siguientes consideraciones: **4.1.-** El 23 de mayo de 2003 el doctor Rafael Ignacio Cuesta Caputi interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante la Comisión) en contra del Estado ecuatoriano por presuntas violaciones de los artículos 1(1), 5, 8, 12 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ (en adelante la Convención), resultado de lo cual, con fecha 23 de febrero de 2005, la Comisión declaró admisible el caso con respecto a las mencionadas presuntas violaciones.- En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010,² al referirse al estado de cumplimiento de las recomendaciones emitidas en el presente caso, se sostiene: “*por lo expuesto, la CIDH concluye que no se ha dado cumplimiento a las*

¹ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

² OEA/Ser.LV/II., Doc. 5 corr. 1, 7 marzo 2011

Notificaciones:

alicias@andinanet.net , cesar@molinayco.com, hgarcia@ecamcham.com

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación

Dra. Alicia Arias Salgado –Presidenta

Dr. César Molina – Árbitro

Ab. Hugo García Larriva – Secretario

recomendaciones realizadas en el informe 17/08. En consecuencia, la Comisión seguirá supervisando el cumplimiento de las mismas”, situación que conlleva que, hasta la presente fecha, el caso siga en observación por parte de la Comisión, pues se encuentra pendiente de cumplimiento, las recomendaciones realizadas al Estado ecuatoriano.- **4.2.-** Cabe preguntarse entonces cuál es la naturaleza del procedimiento que se sigue en contra de un Estado ante la Comisión.- Según el artículo 41 de la Convención, el artículo 1(1) del Estatuto de la Comisión³, y el artículo 1 (1) del Reglamento de la Comisión⁴, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano administrativo que forma parte de la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA) creado con el fin de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos dentro del sistema interamericano.- Así, la Comisión carece de poderes jurisdiccionales para sancionar a un Estado miembro por las presuntas violaciones a los derechos humanos que se le imputen, sin embargo de lo cual, no quiere decir que sea un organismo ajeno al sistema de control y garantía de los derechos humanos en la región; por el contrario, se trata de un órgano en el que se deben presentar todas las denuncias contra un Estado por presuntas violaciones en esta materia⁵, de tal suerte que ninguna demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede prosperar si no se ha realizado el trámite pertinente ante la Comisión y obtenido un informe de admisibilidad⁶.- Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano jurisdiccional del sistema interamericano⁷, la Comisión constituye una instancia importante frente a la cual se ventila un proceso de admisibilidad⁸ cuyo objetivo ulterior se plasma en recomendaciones hacia los Estados miembros por supuestas violaciones a los derechos humanos.- En este orden de ideas, resulta claro que el procedimiento que ha seguido Rafael Ignacio Cuesta Caputi en contra del Estado ecuatoriano es un proceso de admisibilidad de una denuncia por supuestas violaciones a los derechos humanos al amparo de los artículos 48 y siguientes de la Convención, que en un sentido estricto no implica una actividad jurisdiccional, pero sí un requisito previo para la activación del sistema judicial interamericano para la protección de los derechos fundamentales.- **4.3.-** La siguiente interrogante que se plantea este Tribunal es si el procedimiento seguido por Rafael Ignacio Cuesta Caputi en contra del Estado ecuatoriano da lugar o no a una causal de recusación.- Al respecto, es necesario señalar que la causal invocada por el Estado ecuatoriano es la contemplada en el artículo 856 numeral tercero que establece “*Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el ordinal 1o., 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*”.- El Código Civil⁹ al referirse a la interpretación de la Ley, establece que las

³<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos9.htm>

⁴<http://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos10.htm>

⁵Artículo 44 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

⁶Artículo 61(2) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

⁷Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.” <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>

⁸Artículos 48 al 51 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

⁹Artículo 18 (2) del Código Civil

Notificaciones:

alicias@andinanet.net , cesar@molinayco.com , hgarcia@ecamcham.com

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación
 Dra. Alicia Arias Salgado – Presidenta
 Dr. César Molina – Árbitro
 Ab. Hugo García Larriva – Secretario

palabras deberán entenderse en su sentido natural.- El “juicio” al amparo de lo determinado en el Art. 57 del Código de Procedimiento Civil, es una contienda judicial sometida a la resolución de los jueces y acorde con lo señalado en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, el juicio se define como el “*conocimiento, tramitación y fallo de una causa por un juez o tribunal*”¹⁰.- Como quedó aclarado en el numeral 4.2 de la presente resolución, el proceso que sigue Rafael Cuesta Caputi en contra el Estado ecuatoriano no constituye en este sentido un juicio, por lo que una aplicación fría del artículo y sin más consideraciones este Tribunal se vería avocado a descartar *in limine* la presente recusación; sin embargo, es deber de los árbitros dentro de la presente causa, garantizar los derechos que las partes litigantes tienen ante lo cual, es pertinente realizar un análisis de los preceptos constitucionales, los instrumentos de derechos humanos, así como los principios del arbitraje y las Reglas de Procedimiento expedidas para el presente caso.- **4.4.-** La Constitución del República del Ecuador en su artículo 76, numeral 7 literal k), prescribe como un derecho fundamental de protección del debido proceso el “*ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente (...)*”; el artículo 8 (1) de la Convención establece “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)*”; y la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹ en su artículo 10 determina “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, (...)*”.- Los artículos 11 (3), 82 y 426 de la Constitución de la República, obligan al juzgador a aplicar directa e inmediatamente los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.- Al ejercer los árbitros funciones jurisdiccionales¹², se encuentran obligados por mandato expreso de los artículos 5, 130 (1) y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, a aplicar directa e inmediatamente las normas constitucionales aunque las partes no soliciten expresamente; a cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en un juicio; y, a emplear el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.- Resulta evidente que todas las causales de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil, apuntan -a priori- a garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces y tribunales, siendo éste su sentido ulterior y teleológico.- Los procesos de recusación son las herramientas procesales con las cuales las partes pueden hacer efectivo este derecho básico y fundamental del debido proceso: el ser juzgado por un juez imparcial e independiente.- Este principio es de suma importancia, debido a que ninguna garantía constitucional ni el debido proceso se ven protegidos si el juez avocado a defenderlos carece de estas dos cualidades ni se vería garantizada la consagración de la justicia, que es el fin ulterior que el juzgador está llamado a plasmar en sus decisiones.- Un fallo pronunciado por un juzgador que no contemple las cualidades esenciales de imparcialidad e independencia, no cumple con su función como un método de restauración y garante del orden y la paz social que el Estado le ha encomendado.- El vencido por un dictamen de un juez parcializado, siempre imputará a este hecho su condena y no a una satisfacción de la justicia, del mismo modo quien obtenga una victoria procesal en

¹⁰Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, Tomo V, pág. 25.

¹¹<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

¹²Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial

Notificaciones:

alicias@andinanet.net, cesar@molinayco.com, hgarcia@ecamcham.com

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación

Dra. Alicia Arias Salgado –Presidenta

Dr. César Molina – Árbitro

Ab. Hugo García Larriva – Secretario

virtud de un fallo parcializado jamás tendrá la seguridad y confianza que su sentencia no podrá ser vulnerada en virtud del imperio de la Ley.- En este sentido, la norma procesal adjetiva ha contemplado, por un lado aquellos hechos que de manera pre tasada para el legislador, dan dudas justificables respecto a la imparcialidad e independencia de los juzgadores; y por el otro, el fin claro de normar y evitar el ejercicio abusivo del derecho que toda parte tiene para disputarla imparcialidad e independencia de un juez.- 4.5.- Frente a las consideraciones planteadas, este Tribunal se realiza la siguiente pregunta, ¿dentro del nuevo marco constitucional del Ecuador, la defensa de este principio se agota en la aplicación *lex dura, sed lex* de estas causales, o es menester revisar las circunstancias particulares de cada caso?.- El Ecuador ha adoptado un nuevo marco jurídico al constituirse como un Estado de Derechos¹³ y Justicia, lo cual significa que se redefine la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y la interpretación que se le debe dar a la ley a la luz de los preceptos constitucionales¹⁴.- La Constitución de la República del Ecuador, en los artículos 424, 425 y 427 -que guardan concordancia con el artículo 11 (5) de la Carta Magna-, consagra el principio de supremacía constitucional como eje central en la aplicación de los derechos y garantías; y, del mismo modo, impone la obligación a los juzgadores de interpretar las normas en el sentido que más favorezca a su efectiva vigencia de tal suerte que, si de la interpretación exegética de un artículo resultase vulnerada una garantía del debido proceso, el juzgador deberá por este motivo buscar una herramienta hermenéutica que le lleve a plasmar el postulado de la garantía efectiva de la vigencia de los derechos constitucionales, recurriendo a criterios interpretativos admitidos en Derecho¹⁵.- Siguiendo este hilo conductor el Código Orgánico de la Función Judicial¹⁶ da un nuevo sentido a las clásicas reglas de la interpretación de la norma adjetiva al establecer que *“al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material”*.- Parece ser entonces que una aplicación fría y estática de la norma procesal sobre la recusación a la luz de las disposiciones citadas, debe ser soslayada a favor de un verdadero examen de las circunstancias del caso propio, con el fin de verificar la imparcialidad e independencia del juzgador; por lo tanto, al analizar la causal acusada no solo es obligación de este tribunal realizar una interpretación puramente exegética sino también un análisis de la situación fáctica descrita por el legislador, con el fin de garantizar los principios y garantías ya enunciados.- Es así como este Tribunal considera que al revisar meramente un concepto como es el de *“juicio”*, para aceptar o rechazar la presente recusación, es insuficiente y por el contrario debe avocarse a un examen más exhaustivo de la causa acusada y verificar si esta interpretación se ajusta a la obligación de hacer plenamente efectivos

¹³Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁴Cfr. Ávila, Ramiro, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, Editor Ramiro Ávila, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 37

¹⁵Sentencia interpretativa de la Constitución de la República del Ecuador, Resolución No. 001-08-SI-CC de la Corte Constitucional, Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008: *“Si la interpretación literal de la Constitución es insuficiente, porque en este caso, se obtiene un resultado inconstitucional, hay que buscar otro método, que lleve a una conclusión adecuada desde el punto de vista constitucional.”*

¹⁶Artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial

Notificaciones:

alicias@andinanet.net , cesar@molinayco.com, hgarcia@ecamcham.com

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación

Dra. Alicia Arias Salgado – Presidenta

Dr. César Molina – Árbitro

Ab. Hugo García Larriva – Secretario

y válidos los derechos y garantías constitucionales.- Por lo expuesto, este Tribunal considera que es su deber primordial, revisar si el árbitro recusado o sus parientes en los grados determinados en el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil, se encuentran incursos en algún pleito con una de las partes, de tal suerte que generen dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia y no solamente a limitarse a rechazar la misma, por no ser un juicio en estricto sensu.- **4.6.-** La imparcialidad e independencia como principios rectores de la actividad jurisdiccional han sido ampliamente tratados por la doctrina y la jurisprudencia, llevando a varias interpretaciones acerca de su alcance y aplicabilidad a los casos concretos.- En este sentido, la institución arbitral ha desarrollado estándares propios aplicables a los árbitros y que en general, imponen la obligación de tener un mayor nivel de imparcialidad e independencia a los árbitros que aquel al cual se ve sometido el juez ordinario¹⁷, y esto conlleva una lógica abrumadora, al analizar los principios rectores del sistema arbitral.- El sistema arbitral y la designación de los árbitros, se basa esencialmente en la confianza que las partes litigantes depositan en ellos; y, sumado a lo anterior, debido a que sus decisiones finales –laudos- son de única instancia e inapelables, es claro que los árbitros deben estar sometidos a un mayor estándar de imparcialidad e independencia que los jueces ordinarios¹⁸, mucho más cuando interviene el Estado o una entidad estatal, que, por criterios y motivos de seguridad, confianza y orden público, este estándar debe procurar elevarse¹⁹.- El sistema arbitral en general ha desarrollado ampliamente y de manera concordante estos principios.- El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional²⁰ (en adelante CCI) - que es uno de los más modernos y más usados en el mundo- en su artículo 7 (1) le impone a los árbitros el deber de ser y permanecer independientes.- Como puede observarse, se habla únicamente de independencia y no de imparcialidad, hecho por lo cual no debe inferirse que un árbitro deba carecer de la misma; en efecto, los redactores del reglamento debatieron²¹ el punto y llegaron a la conclusión que no se incluiría el requisito de imparcialidad puesto 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 independiente; por lo que el término independencia –objetivo- incluía necesariamente el de imparcialidad –subjetivo-. El artículo 14 (1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados²² (en adelante CIADI), establece el deber de los árbitros de inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.- En el mismo sentido que el reglamento CCI, el CIADI infiere de la imparcialidad la independencia.- El reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

¹⁷Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Commonwealth Coatings Corp. V. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968); Corte de Distrito de la Haya, Recusación No. 13/2004, *República de Ghana v. Telekom Malaysia Berhad*, 23 ASA BULL. 186 (2005); Corte Suprema de Suecia, *Anders Jilken v. Ericson AB*, Caso No. T 2448-06 (19 de noviembre de 2007)

¹⁸Cfr. Jijón Letort, Rodrigo, *La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros*, en *Iuris Dictio*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, No. 11, Quito, p. 29

¹⁹Tawil, Guido Santiago y Minorini Lima, Ignacio, *El Estado y el arbitraje: Primera Aproximación*, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Ed. Cevallos, Quito, 2009, p. 91, *vid nota no. 1.*

²⁰http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_spanish.pdf

²¹Resumen de las juntas sostenidas el 2 de abril de 1987, ICC Doc. No. 420/297

²²http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf

Notificaciones:

alicias@andinanet.net, cesar@molinayco.com, hgarcia@ecamcham.com

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación

Dra. Alicia Arias Salgado – Presidenta

Dr. César Molina – Árbitro

Ab. Hugo García Larriva – Secretario

Internacional²³ (en adelante UNCITRAL) en sus artículos 11 y 12 determinan el estándar en relación a las dudas justificables que puedan generar los árbitros en relación a su imparcialidad e independencia.- De la misma forma, las Reglas de Procedimiento del presente arbitraje –que fueron aprobadas en su momento por el árbitro recusado-,prescriben que “*todos los árbitros deben ser y permanecer independientes*”²⁴ y que “*Un árbitro podrá ser recusado por cualquiera de las partes si concurren circunstancias que originen dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia*”²⁵, reglas vinculantes al presente arbitraje.- Los reglamentos citados con anterioridad han dejado de lado alguna definición, pues se entiende que la imparcialidad e independencia de los árbitros es menester revisarlas dentro de las circunstancias específicas y concretas de cada caso²⁶; sin embargo lo cual, no ha pasado por alto ciertos criterios para definirlos.- Para Francisco González de Cossío²⁷, la independencia es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes, sus asesores o el asunto objeto de la controversia, y claro está, esta caracterización dependerá de cuán próximos, sustanciales, recientes y probados resultan estos vínculos; por su parte considera que la imparcialidad es un criterio subjetivo y difícil de verificar, pues alude al estado mental del árbitro y pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia a una de las partes, sus asesores o el asunto en particular.- Para Cecilia Flores Rueda²⁸, los términos de imparcialidad e independencia se refieren a que los árbitros no deben tener vínculos con el objeto del litigio, ni con las partes que afecten su libertad de opinión para el caso concreto.- Para Rodrigo Jijón Letort²⁹, la independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin injerencia de terceros, y la imparcialidad consistiría en no tener un criterio anticipado que impida juzgar.- Todos estos conceptos coincidentes han sido recogidos de manera muy prolija por las Directrices de la *International Bar Association*(en adelante IBA)sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional³⁰, que constituye el catálogo de normas generales y casuística referencial más completo, de mayor aceptación y más usado en la comunidad actual del arbitraje.- Estas normas han sido cruciales para el desarrollo del arbitraje, puesto que proponen un test que de manera relativamente objetiva, aterriza el análisis subjetivo que puede inmiscuirse dentro de la imparcialidad e independencia de los árbitros.- La directriz general 2 (b) propone que un árbitro deberá negarse a seguir actuando cuando sucedan “*hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro*”, y en la directriz general 2 (c) añade que “*son consideradas justificadas, aquellas dudas por las que una tercera*

²³<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

²⁴Artículo 7 (1) de las Reglas para el arbitraje independiente Chaparro versus el Estado ecuatoriano

²⁵Artículo 8 (1) de las Reglas para el arbitraje independiente Chaparro versus el Estado ecuatoriano

²⁶Cfr. Salcedo Verduga, Ernesto, *El arbitraje: La justicia alternativa*, Distrilb, Guayaquil, 2007, p. 164

²⁷González de Cossío, Francisco, *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*, en *Jurídica*. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 32, 2002, México, D. F., <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/INDEPENDENCIA%20IMPARCIALIDAD%20Y%20APARIENCIA%20DE%20LOS%20ARBITROS.pdf>

²⁸Flores Rueda, Cecilia, *El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: Regla fundamental del Arbitraje*, en *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, Tomo 1, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008, p. 319

²⁹Jijón Letort, Rodrigo, op. cit., p. 27

³⁰<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>

Notificaciones:

alicias@andinanet.net, cesar@molinayco.com, hgarci@ecamcham.com

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación

Dra. Alicia Arias Salgado – Presidenta

Dr. César Molina – Árbitro

Ab. Hugo García Larriva – Secretario

persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”.- Este estándar planteado implica un elevado nivel de imparcialidad e independencia pues imponen a los árbitros, no solo el ser sino el parecer imparciales en todo momento.- Este requisito de apariencia es ampliamente aceptado por la comunidad internacional así como la jurisprudencia, pues en la práctica la prueba de la actual y manifiesta parcialidad y dependencia de un árbitro sería un estándar muy bajo en la práctica para los árbitros, y consecuentemente un estándar muy alto de prueba para las partes; por el contrario la prueba de la apariencia de imparcialidad e independencia propuesta por la IBA implica un estándar mayor para los árbitros.- Ahora, esta prueba no debe llevarse a cabo sin el análisis profundo de las circunstancias concretas de un caso, pues en con los mismos hechos puede que, dependiendo de las realidades de los árbitros, se arribe a distintas conclusiones.- Por ejemplo, en un caso CIADI³¹ –donde las partes no acordaron las reglas IBA a priori- la profesora Brigitte Stern fue recusada por parte del inversor por haber sido múltiples veces designada por el mismo estado y sus asesores para casos relativamente análogos, por lo cual se argumentaba que la profesora Stern carecería de imparcialidad e independencia en función del listado naranja de las Reglas IBA dado que iba a estar expuesta a información previa del arbitraje; en este caso los árbitros –profesor Campbell McLachlan QC y Doctor Andrés Rigo Sureda- consideraron que al amparo de las reglas IBA no surgían dudas razonables de la independencia de la profesora Stern, pues los casos no eran mayormente conexos y debido a que las designaciones de la profesora que se realizaron en el sistema CIADI, fueron públicas y de conocimiento general.- En otro caso ad hoc en cambio una parte recusó de manera exitosa al profesor Emmanuel Galliard en función de las normas IBA, al haber sido por un lado árbitro en una causa; y por otro, árbitro en un proceso de nulidad de un laudo, cuyas características del caso concreto hacían que el profesor Galliard, a criterio de un tercero de buen juicio, genere dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia³².- Como podemos observar, la obligación de revisar de manera exhaustiva el caso particular puede llevar a que en situaciones similares, un árbitro genere o no dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia, pues es menester que el árbitro cuide y mantenga su apariencia de imparcialidad e independencia.- Puede llegar a ser que bajo el análisis de las Directrices IBA una actuación de un árbitro per se no genere dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia, pero el contexto y la forma en lo cual lo hace, lleven a trastocar este estándar³³.- **4.7.-** Ahora bien, este Tribunal se ve en la necesidad de revisar cuál sería el resultado de aplicar las consideraciones expuestas en los numerales precedentes con las circunstancias descritas en el numeral 4.1 de la presente resolución, tomando en cuenta las particularidades propias de este caso y la designación del doctor Santiago Cuesta Caputi, para

³¹Tidewater Inc. v. Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5, decisión de 23 Diciembre de 2010

³²Corte de Distrito de la Haya, Recusación No. 13/2004, *República de Ghana v. Telekom Malaysia Berhad*, 23 ASA BULL. 186 (2005)

³³Claro ejemplo de esto es la recusación del honorable Charles Brower en el caso CIADI Perenco v Ecuador – resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya-, pues las meras declaraciones de Brower no constituían per se una duda razonable, pero dentro del contexto que las dio, con los términos que utilizó, y refiriéndose a los casos que mencionó, a juicio de un tercero daban dudas razonables de su imparcialidad e independencia. Caso CPA No. IR-2009/1

Notificaciones:

alicias@andinanet.net , cesar@molinayco.com, hgarcia@ecamcham.com

Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación

Dra. Alicia Arias Salgado – Presidenta

Dr. César Molina – Árbitro

Ab. Hugo García Larriva – Secretario

verificar si se garantizaría o no el derecho constitucional a un juez imparcial e independiente, ante lo cual, cabe preguntarse, si el árbitro recusado a los ojos de una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto, consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia, en el sentido de que este tercero pueda llegar a la conclusión de que probablemente, la decisión que llegare a adoptar el doctor Cuesta, podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes, para lo cual se deben puntualizar las circunstancias particulares del presente caso.- Este Tribunal considera la insuficiencia que representan las causales del Código de Procedimiento Civil, en orden a garantizar la plena vigencia del derecho al debido proceso, en particular la garantía de un juez imparcial e independiente; esto producto de que nuestra norma procesal adjetiva responde a una época distinta y prueba evidente de aquello, es que el mismo artículo 856 numeral tercero limita la causal a juicios civiles y penales, dejando por fuera los demás tipos de pleitos y de otra índole, lo que quiere decir que el legislador quisiese que solo se recusase en estas materias, la respuesta simplemente es negativa, debido a que la limitación que hace el Código de Procedimiento Civil, responde a su antigüedad; por lo tanto, esta norma debe ser interpretada de manera extensiva y a la luz de las garantías constitucionales invocadas en la presente resolución.- Consecuentemente, es deber de cada árbitro y juzgador realizar un examen acucioso de los hechos del caso, aplicar estándares adecuados en su análisis, para luego expedir una resolución justa que garantice el derecho a un debido proceso ante un juez imparcial e independiente.- Es así, que resultaría irrazonable el rechazar una recusación por el simple hecho de no ser un juicio civil o penal, como el aceptarla por el mero hecho de verificar la existencia de un juicio pendiente entre las personas invocadas por el artículo 856 numeral 3 de la norma procesal civil.- En este sentido, por ejemplo en nada influiría que el hermano del doctor Cuesta tuviese un pleito pendiente por cuestiones tributarias con el Estado ecuatoriano, o un juicio contencioso administrativo de impugnación de algún acto administrativo emitido por alguna entidad estatal.- El pleito y caso particular, tiene que adecuarse de tal naturaleza a la causa, que aplicando el estándar adecuado para un árbitro, genere dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.- En el presente caso, el hecho que el hermano de un árbitro nominado por la parte actora –quien es la persona que denuncia una violación de derechos humanos por parte del Ecuador- mantenga un proceso ante la Comisión, con el fin de buscar la reparación económica por parte del Estado ecuatoriano, las particularidades de los casos y la actuación similar del Estado en los dos procesos, a juicio del presente Tribunal da origen a que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto, consideraría que existen dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia, en el sentido de que este tercero pueda llegar a la conclusión de que probablemente, la decisión del árbitro recusado podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las Partes.- 5.- Por lo expuesto, en aplicación de los principios fundamentales y derechos constitucionales que se encuentran invocados en la presente resolución, los cuales está obligado a aplicar este Tribunal, se acepta la recusación planteada por el Estado ecuatoriano en contra del doctor Santiago Cuesta Caputi.- El señor Juan Carlos Chaparro Álvarez, a la brevedad posible deberá nombrar un nuevo árbitro en reemplazo del recusado conforme lo dispone el artículo 8 (7) de las reglas para el arbitraje

Notificaciones:

alicias@andinanet.net , cesar@molinayco.com, hgarcia@ecamcham.com

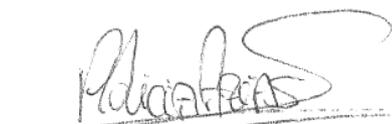
Tribunal Arbitral Independiente – Caso Chaparro – Ecuador – Juicio de Recusación

Dra. Alicia Arias Salgado – Presidenta

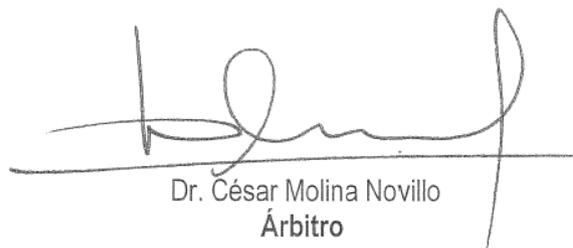
Dr. César Molina – Árbitro

Ab. Hugo García Larriva – Secretario

independiente en curso.- El nuevo árbitro designado, deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 7 (3) de las Reglas para el presente arbitraje.- Notifíquese.-

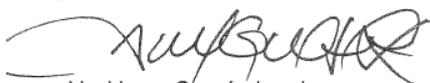


Dra. Alicia Arias Salgado
Presidenta



Dr. César Molina Novillo
Árbitro

Lo certifico.-



Ab. Hugo García Larriva
Secretario Ad- Hoc

Anexo 2

Del Estado legalista de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia

A lo largo de la historia, han existido diferentes teorías sobre lo que se considera derecho y el rol que tienen los jueces al momento de solucionar un caso específico. Así pues, han habido filósofos quienes consideran que el derecho se conforma por un conjunto de normas jurídicas que se encuentran vigentes y validas. Por otro lado, otra parte de la doctrina se ha inclinado por no considerar al derecho únicamente como un conjunto de normas jurídicas, si no que consideran que existen otros elementos que deben ser tomados en cuenta como los principios, derechos fundamentales y garantías. En la primera parte de este trabajo de investigación, se analizará de manera breve las teorías de Kelsen, Hart, Rawls, Dworkin Bobbio y Ferrajoli. Luego se analizara la evolución que ha tenido el estado ecuatoriano en relación con el derecho. Es importante hacer esta reseña de las diferentes teorías, ya que la forma de aplicación del derecho en el Ecuador por parte de los administradores de justicia, ha ido evolucionando de un estado legalista a un estado constitucional de derechos y justicia.

Teoría pura del derecho de Kelsen

El estado legalista de Derecho es aquel en el que ciudadanos y gobierno están sometidos al imperio de la Ley, todos tienen que regirse por lo que la misma prescriba. Un importante filósofo de esta teoría es Hans Kelsen, quien escribió la Teoría Pura del Derecho. Kelsen explica que para que un acto sea considerado como un acto de derecho, necesariamente tiene que haber la existencia de una norma jurídica que respalde el acto. Por otro lado, un acto es contrario a derecho, cuando se violenta una norma jurídica que sea legalmente valida. Kelsen explica que mediante las normas jurídicas se pretende que las personas se comporten de cierta manera; en este sentido, las normas “son el sentido de un acto, con el cual se ordena, permite y, en especial, se autoriza un comportamiento” (Kelsen, 1982, pp.19). El mandato de la ley, para regular el

comportamiento de los seres humanos, puede ser de carácter positivo o negativo; es decir que, se puede mandar o prohibir un determinado comportamiento.

De lo mencionado en el párrafo anterior, se puede concluir que Kelsen tiene una visión de derecho positivo. El relaciona al derecho como un sistema de normas jurídicas validas. En cuanto al ordenamiento jurídico, Kelsen considera que las normas tienen un orden jerárquico y que existe una norma fundamental que esta sobre todo el ordenamiento jurídico.

Kelsen manifiesta que las normas son validas cuando “provienen de una autoridad, es decir, provienen de alguien que tiene capacidad, o es competente, para establecer normas válidas”. (1982, pp. 202). En esta teoría se explica que la competencia proviene de otra norma jurídica que permite cierta autoridad para que promulgue normas validas. Para que la norma se mantenga valida es necesario que sea eficaz; es decir, que cumpla con el fin para el cual fue creada. Las normas para ser validas también tienen que tener coherencia y respetar las normas superiores y a la norma fundamental, que es la cual guía a todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la validez de las normas se mide por las forma de creación y por su pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir, que esta va conforme a las normas superiores y a la norma fundamental. En cuanto a la legitimidad, Kelsen dice que es “el principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico” (1982, pp. 217). Como se puede observar, la legitimidad tiene una estrecha relación con la legalidad; por lo tanto, un acto es legítimo si es realizado conforme a lo establecido en una norma que se encuentra vigente.

Teoría el Concepto de Derecho de Hart

Otro de los importantes doctrinarios del positivismo jurídico es Herbert Hart. Él a diferencia de otros positivistas, no considera que las normas jurídicas

sean únicamente mandatos. Considera que hay otro tipo de normas que son “facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho” (Hart, 1963, pp. 35). En este sentido, Hart hace una división entre las normas primarias y las secundarias. Las primarias, son aquellas que son concebidas como órdenes para que las personas hagan algo o se abstengan de comportarse de cierta manera. Por otro lado, las normas secundarias son potestades para que las personas puedan realizar ciertos actos. Estas normas son secundarias ya que “establecen que los seres humanos puedan, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación” (Hart, 1963, pp. 101). Las normas secundarias, entonces, son fundamentales para la existencia, modificación, extinción o ejecución de las normas primarias.

Hart reconoce que en ciertas ocasiones, al momento de aplicar una norma jurídica a un caso concreto, pueden surgir dudas sobre su aplicación. En este sentido, nos dice que “aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas” (Hart 1963, pp. 157). Es por esto, que esta teoría es más flexible en cuanto a la aplicación literal de la norma y se acepta la aplicación de precedentes de decisiones de otros tribunales para la resolución de un determinado procedimiento. Otra de las soluciones al problema planteado por Hart, es que en el caso de estas dudas la norma se debe aplicar en relación a la situación que se quería regular. Para explicar esta situación, Hart pone el siguiente ejemplo “si en una ley se prohíbe el ingreso de vehículos a un parque y surge la duda si una motocicleta esta dentro de la clasificación de vehículos, al momento de aplicar la ley se puede razonar que lo que se pretendía con la ley era la paz en el parque, por lo tanto, también pudiera estar prohibido el ingreso de motocicletas” (1963, pp. 167).

Teoría de la Justicia de Rawls

La teoría de este filósofo se basa en la justicia social; el objeto principal de su teoría es “la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas, provenientes de la cooperación social” (Rawls, 1995, pp. 20). Este autor explica que las grandes instituciones son “la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales”. (Rawls, 1995, pp. 20). En este sentido, las grandes instituciones son las encargadas de determinar qué derechos tienen los miembros de la sociedad por ser parte de ellas y que deberes tienen estos con la sociedad

Rawls cree que los principios de justicia, son aquellos establecidos por los hombres en un estado de naturaleza, en el cual todos en una situación de igualdad aceptarían. El estado de naturaleza, es una situación hipotética en la cual los hombre no saben cuál será su situación en la sociedad, es lo que Rawls denomina como el velo de ignorancia, en el cual existe una igualdad entre las personas ya que estas no saben “cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social; nadie sabe tampoco cuál su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza etc.”. (Rawls, 1995, pp. 25). Rawls relaciona la justicia con la imparcialidad; ya que, en un estado de igualdad no hay intereses propios ni ventajas o desventajas para determinados grupos

Los principios de la estructura básica de la sociedad que este autor propone, en relación a una situación de igualdad de los hombres, son los siguientes:

1. “Cada persona ha de tener derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas, que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás” (Rawls, 1995, pp. 67). Entre las libertades básicas, Rawls explica que se encuentran: “libertades políticas, libertades de expresión y de reunión; libertad de conciencia y pensamiento; libertad de la persona; derecho a la propiedad personal y

libertad respecto al arresto y detención arbitrarios". (Rawls, 1995, pp. 68).

2. "Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos y se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos" (Rawls, 1995, pp. 68). En este principio, Rawls reconoce que la distribución de la riqueza no tiene que ser igual, pero esta tiene que ser ventajosa para todos. En otras palabras, si una persona tiene más ventajas en la distribución de riqueza, esa ventaja debe ayudar a la situación de una persona menos ventajosa.

Es importante aclarar, que estos principios son organizados de manera jerárquica. Por lo tanto, para satisfacer el segundo principio no se podrá atender con el primer principio.

Teoría los Derechos enserio de Dworkin

Uno de los críticos de la teoría de Hart y en general del positivismo jurídico, es Ronald Dworkin. Para este filósofo, el derecho no está construido únicamente por un conjunto de normas jurídicas, sino que se compone por normas, directrices políticas y principios. Dworkin define a las directrices y a los principios de la siguiente manera:

Directrices políticas: "El tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en un rasgo económico, político o social de la comunidad." (Dworkin, 1995, pp.72).

Principios: "Un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad." (Dworkin, 1995, pp. 72).

Este filósofo considera a las directrices y principios como parte del derecho; ya que, considera que las normas jurídicas no son suficientes para solucionar todos los conflictos que puedan existir. Es por esto, que considera que los

jueces no deben basar sus decisiones únicamente en normas, sino que debe tomar en cuenta ciertos principios y directrices. Dworkin para explicar los principios en un determinado ordenamiento jurídico utiliza el caso de una persona que era heredero de su abuelo y este mata al abuelo para recibir la herencia. Si el caso se lo hubiera resuelto aplicando únicamente la norma, el asesino hubiera tenido que recibir la herencia. En el caso de que no se aplique únicamente la norma, sino el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo; entonces el asesino no debería recibir la herencia. En el caso descrito por Dworkin, el tribunal no otorgó la herencia al asesino porque aplicó el principio antes mencionado. Este ejemplo explica de una manera clara el pensamiento de Dworkin y la importancia de los principios en el derecho.

El pensamiento de Dworkin se diferencia de Hart y Kelsen, en el sentido de que considera que la teoría del positivismo jurídico en cierta forma es incompleta; ya que como se mencionó anteriormente, las normas jurídicas no son suficientes para resolver los diferentes conflictos que puedan generarse en una sociedad. Por eso, en la filosofía de Dworkin se da gran importancia a los principios y directrices que los tribunales no pueden ignorar al momento de decidir sobre la resolución de un conflicto.

Teoría del derecho de Bobbio

Uno de los defensores de la teoría de Kelsen es Norberto Bobbio, es otro de los tratadistas precursor del estado legalista, él explica que “la validez jurídica de una norma es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no” (2005, pp. 21). Por lo tanto, lo que importa es que la norma jurídica sea válida y se encuentre vigente, en virtud de que fue legalmente aprobada siguiendo los procedimientos establecidos por las leyes de un determinado estado. Bobbio menciona los siguientes tres pasos para determinar si una norma es válida:

- “1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas.

2. Comprobar si no ha sido derogada.

3. Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema” (2005. pp. 21).

En este sentido, se considera que por el simple hecho de que una norma exista es válida y tiene que ser cumplida por todos. En este sistema legalista, se da poca importancia al contenido de las normas y mucha al procedimiento de creación. Las normas jurídicas tienen que ser respetadas por todos sin importar el contenido de las mismas.

1.7 Derechos y garantías de Ferrajoli

Contrario a la filosofía de Kelsen, Hart y un poco más alineado con Dworkin nace la teoría del estado constitucional. Uno de los tratadistas moderno partidario de este tipo de estado es Luigi Ferrajoli. Este doctrinario no considera que el derecho se conforme únicamente por normas jurídicas que han sido legalmente aprobadas, sino que las normas tienen que tener un contenido sustancial que respeten ciertos valores y derechos fundamentales. A diferencia de la teoría del positivismo jurídico, Ferrajoli no considera que la norma sea válida únicamente por su existencia, sino que es válida conforme a su contenido. En este sentido nos dice que “el derecho ya no es válido únicamente si la ley existe, sino que también el contenido de esta tiene que respetar ciertos valores y derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2009, pp. 19).

Al igual que Dworkin, no considera que el derecho se conforme únicamente por normas jurídicas que han sido aprobadas. Ferrajoli considera que también se conforma por normas sustanciales en las que se incluyen principios y derechos fundamentales.

Lo innovador del Estado constitucional es que el derecho está condicionado a un sistema de garantías. Es decir, que se deben establecer las garantías para la realización de los derechos reconocidos en la constitución a las personas. En este modelo de estado los jueces tienen un deber fundamental de garantizar estos derechos a las personas.

En el Estado constitucional, la forma de interpretación de las normas por parte de los administradores de justicia también varía. La interpretación ya no tiene que ser únicamente literal, sino que debe garantizar a las personas sus derechos constitucionales. Ferrajoli dice que “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualesquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la constitución”. (2009, pp. 26.) En este sentido, es deber de los jueces o árbitros el de reconocer a las personas sus derechos constitucionales, incluso si es que no existe una norma jurídica para garantizar estos derechos.

Como se puede observar, existen diferencias importantes entre estos dos tipos de estados. En primer lugar se puede establecer la validez de las normas, en el estado legalista se relaciona a la validez con la existencia, es decir que la norma tuvo que seguir un procedimiento de creación para su existencia y si es que esta existe se refuta válida. En cambio, en el estado constitucional se da más importancia al contenido de las normas, en el sentido de que estas deben garantizar los derechos reconocidos en la Constitución. Otra diferencia es que en el Estado legalista el derecho gira alrededor del imperio de la ley y esta es la que pone límites al poder; en cambio, en el Estado constitucional el derecho gira alrededor de los derechos de las personas y el poder está limitado por estos derechos. La interpretación también tiene un cambio importante, en el nuevo tipo de estado, el juez tiene el deber de garantizar los derechos constitucionales, por lo que no necesita la existencia de una ley que los garantice. El estado constitucional busca un sistema de garantías para los derechos reconocidos en la norma suprema.

Kelsen	El Derecho como un sistema de normas jurídicas vigentes. Relaciona la vigencia con la validez
Hart	El Derecho como un sistema de normas jurídicas, hace una distinción entre normas jurídicas primarias y secundarias. Las primeras son mandatos para regular el comportamiento de las personas y las segundas son facultades otorgadas para la

	realización, modificación o extinción de las normas primarias.
Rawls	Considera que los principios de justicia deberían ser aquellos que los hombres aceptarían en un hipotético caso de igualdad, en la cual los hombres no saben cuál va a ser su destino en la sociedad.
Dworkin	Considera que el derecho no es únicamente un sistema de normas jurídicas; sino que también existen ciertos principios que forman parte del derecho.
Bobbio	Concepción positiva del derecho en el cual considera el derecho como un sistema de normas jurídicas.
Ferrajoli	Considera que el derecho se debe componer de un sistema de garantías para garantizar los derechos reconocidos a las personas.

El derecho en el estado ecuatoriano

Una vez que se ha analizado de manera breve las diferentes teorías del derecho y como estas evolucionaron de una visión estrictamente legalista a una visión en la cual el derecho no está sometido únicamente a la ley. A continuación se hará un breve resumen sobre la evolución del derecho en el estado ecuatoriano.

Ramiro Ávila Santamaría, en su texto denominado Evolución de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo Ecuatoriano, hace una división sobre los modelos de estados que han regido en el Ecuador. Así, el divide en tres tipos de estados: 1. El Estado absoluto, 2. El Estado legal de derecho y 3. Estado constitucional de derechos.

Estado absoluto:

El Estado absoluto, según el autor antes citado, se da en Ecuador con la Constitución de 1812, es decir antes del nacimiento de la República del

Ecuador. Durante este periodo, las clases sociales eran bien marcadas, y aquellas clases consideradas superiores, controlaban a las clases inferiores. El ejercicio del poder durante este periodo, lo tenían los españoles y los criollos (hijos de españoles nacidos en América). Ávila Santamaría explica que “los criollos fueron personas que recibieron la influencia de la ilustración francesa. De ahí que podemos encontrar algunas ideas de la Revolución Francesa.” (2014, pp. 250). Se considera un estado absoluto ya que el poder estaba centrado en las dos clases sociales antes mencionadas, y estas son las encargadas de gobernar a las otras clases sociales. De igual manera, en esta Constitución “no hay un catálogo de derechos (...) un constitucionalismo tacaño en derechos y restringido en participación política” (Ávila, 2014, pp. 252-253).

El Estado legal de derecho:

Este tipo de estado, según el autor en mención, rige en el Ecuador desde la Constitución de 1830 hasta la de 1998. Como se puede observar, casi toda la vida republicana del Ecuador se ha regido por este modelo de estado. Este modelo sigue la línea de Kelsen, en el cual el estado es legalista y los poderes públicos están sometidos a la ley. En los primeros años de la República las leyes eran elaboradas por un grupo privilegiado, y estos eran los que conformaban las clases más altas de la sociedad. El catálogo de derechos, en la Constitución de 1830, “se amplía considerablemente, si se la compara con la de 1812” (Ávila, 2014, pp. 256). El catálogo de derechos tiene variaciones en las Constituciones posteriores, pero se sigue manejando el concepto del estado legalista. En 1906, hay un avance significativo en el Estado. En la Constitución de este año se separa a la iglesia del estado, y la religión Católica ya no es considerada como la oficial. En esta Ley también hay un avance en el catálogo de derecho y garantías “existen por primera vez dos títulos dentro de la Constitución: “las garantías nacionales” y las “garantías individuales políticas”” (Ávila, 2014, pp. 266). En el primer tipo de garantías, se introduce por ejemplo la gratuidad de la educación y que esta sea laica.

En las constituciones de 1929 hasta la de 1967, Ávila considera que existió una mixtura de un Estado liberal y un Estado social. Dice este autor que fue liberal

en cuanto “al modelo económico individual, privado, de un estado mínimo (...) y es social en tanto se reconocen derechos sociales, económicos y culturales, el Estado asumió un rol más activo en la economía” (2014, pp. 268). Durante este periodo, se empieza a introducir la idea de un Estado social, en el cual el Estado tiene más intervención en la economía y el mercado y en el cual el Estado tiene que garantizar ciertos derechos sociales a las personas.

En 1998 nace el Estado social de derechos, en esta normativa existe un avance significativo en cuanto al catálogo de “derechos, tales como el reconocimiento de los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, entre otros.” (Ávila, 2014, pp. 279). A pesar de que se incorporaron derechos importantes y se incorporó el Tribunal Constitucional, una de las críticas a esta Constitución es que no existieron mecanismos suficientes para la ejecutabilidad de esos derechos; es decir, que hubo una insuficiencia de garantías. En esta Constitución ya se establecían algunas disposiciones propias de un Estado constitucional, como por ejemplo, “un juez especializado de última instancia, gran desarrollo de los derechos, algunos avances en garantías y la dificultad de reformar la Constitución” (Ávila, 2014, pp. 280)

Estado constitucional

Con la Constitución vigente del Ecuador del 2008, se pretende la transformación del estado social de derecho (1998) a un estado constitucional de derechos y justicia. Esta Constitución presenta “avances significativos en la extensión de derechos, e incluso desarrolla importantes mecanismos de exigibilidad y de garantías que no estaban suficientemente precisados en la Constitución de 1998” (Echeverría, 2009, pp. 13). Una de las características de este nuevo modelo de Estado, es la de otorgar las garantías suficientes para que los derechos estipulados en la Constitución sean ejecutables. Como ya se mencionó anteriormente, en este tipo de estado, lo más importante es el poder garantizar a las personas el cumplimiento de sus derechos constitucionales. En este sentido, el artículo 3 de la Constitución Ecuatoriana, en adelante CE, establece que “Los derechos serán plenamente justiciables.

No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” Como se puede observar, en el nuevo Estado no es necesario la existencia de una ley para la ejecutabilidad de los derechos.

Con la CE del 2008, se pretende ser un Estado en el que las leyes deben servir para garantizar los derechos y principios garantizados en la norma suprema. Se pretende pasar del “ser” al deber “ser” del derecho, en el que importa el contenido de las normas y no únicamente el procedimiento para su creación. Uno de los deberes que tiene la Asamblea Nacional es el de positivizar los principios y derechos garantizados a las personas en la constitución. La Asamblea tiene que adecuar las normas para que cumplan con lo estipulado en la norma suprema. Por lo tanto, también tiene como deber el modificar las normas ya existentes para que estas garanticen los derechos constitucionales de las personas. Es este sentido, el artículo 84 de la Constitución establece lo siguiente:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales , y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos reconocidos en la Constitución.”

Los jueces también asumen un rol importante en esta transformación de estado, ya que “no es únicamente “boca de ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la constitución”” (Ávila, 2008. Pp. 30). El juez tiene el deber de aplicar los principios establecidos en la constitución, así no exista una ley para la aplicación de los mismos. El juez para resolver los conflictos ya no tiene que únicamente regirse a lo establecido en la ley, sino que debe resolver conforme a los derechos reconocidos en la norma suprema.

Resolución de conflictos en el estado constitucional

Adolfo Alvarado Velloso explica que conflicto intersubjetivo de intereses es cuando existe una “coexistencia de una prestación acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social” (2009. Pp. 27). En la sociedad existen diversas formas para la solución de los conflictos antes de la judicialización de los mismos. El autor antes señalado explica que los conflictos intersubjetivos de intereses se pueden solucionar por medio de: la autodefensa, la autocomposición directa, la autocomposición indirecta, la heterocomposición privada y la heterocomposición pública.

La autodefensa es la solución de un conflicto por medio de la fuerza. La parte afectada quiere auto compensar los daños causados de manera unilateral y directa. Por lo tanto, aquí no existe un tercero que resuelva el conflicto y tampoco existe la voluntad bilateral de las partes de buscar una solución que beneficie a las partes.

La autocomposición directa se produce cuando las partes de manera bilateral o unilateral deciden terminar el conflicto sin la ayuda de un tercero. Por lo tanto, no hay un tercero que resuelva el conflicto o que sea el medio para resolver la controversia. Dentro de la autocomposición directa esta el desistimiento, el allanamiento y la transacción. El desistimiento ocurre cuando la parte que demanda renuncia a la pretensión que tenía. El allanamiento consiste en que la parte demandada acepta la pretensión de la otra parte. Finalmente, la transacción es una negociación entre las partes en las que ambas ceden parte de sus pretensiones para llegar a un acuerdo que convenga a todas las partes.

La autocomposición indirecta se produce cuando las partes voluntariamente aceptan la ayuda de un tercero para la solución del conflicto. Es importante aclarar que las partes son las que resuelven el conflicto y el tercero únicamente ayuda y puede proponer soluciones para la resolución de la controversia. Un ejemplo de la autocomposición

indirecta es la mediación, en la cual un mediador ayuda a las partes a que lleguen a una solución sin que este tenga la potestad de resolver el conflicto.

La heterocomposición privada es un medio de solución de conflicto en la cual voluntariamente se aceptan que un tercero sea quien resuelva la controversia. El tercero conocerá el conflicto y el será quien lo resuelva; por lo tanto, las partes no son las que bilateralmente llegan al acuerdo. Sin embargo, este es un procedimiento voluntaria en el cual las partes de común acuerdo aceptan someterse a este mecanismo y estas mismas pueden definir el procedimiento y la persona o las personas que resolverán el conflicto. Un ejemplo de la heterocomposición privada es el arbitraje.

Finalmente, la heterocomposición pública se resuelve mediante los órganos de justicia públicos. Son los jueces los encargados de resolver los conflictos por medio de una sentencia. En este mecanismo una de las partes de manera unilateral es la que decide presentar la reclamación ante un juzgado. (Alvarado, 2009, pp. 25-35).

La cultura de paz y el acceso a la justicia como un deber del estado ecuatoriano

Las Naciones Unidas, en la resolución 1998, Resolución A/52/13, define a la cultura de paz como “los valores, actitudes y comportamientos que reflejan e inspiran la interacción social y animan a compartir basándose en los principios de libertad, justicia y democracia, todos los derechos humanos, tolerancia y solidaridad que rechazan la violencia y se esfuerzan en prevenir los conflictos abordando sus raíces para resolver los problemas a través del diálogo y la negociación”. De la definición mencionada anteriormente se puede destacar que en una cultura de paz se pretende que las personas puedan resolver sus problemas de una manera no violenta y que las personas puedan vivir en un

ambiente de paz. Se pretende por medio de la actitud de las personas lograr una convivencia pacífica entre ellas.

El conflicto siempre va a existir, ya que los seres humanos tienen diferentes pretensiones y estas pueden contraponerse a los intereses de otros. Lo que se pretende con la cultura de paz es lograr que estos conflictos sean resueltos de una manera pacífica entre las partes evitando la violencia. También se pretende buscar soluciones justas en la que ambas partes puedan recibir un beneficio. Por ejemplo, en un conflicto entre países se pretende promover la negociación para evitar futuras guerras. Con la negociación los países en conflicto pueden obtener beneficios mutuos, lo contrario es lo que ocurre con la guerra, en la que normalmente el país más fuerte es el que aparentemente gana, ya que para la obtención de ese triunfo tuvo que destinar enormes cantidades de recursos. En el ámbito particular, se pretende que las personas solucionen sus controversias por medios alternativos de solución de controversias, antes de tener que acudir a los órganos judiciales.

La cultura de paz se está tratando de implementar a nivel mundial. Se quiere crear conciencia en la humanidad sobre lo perjudicial que puede ser la solución violenta de los conflictos. El Ecuador es parte de los países que fomentan la cultura de paz; y es por esto, que el Estado ha asumido el deber de implementarla dentro de su territorio. Así pues, el artículo 3, numeral 8, de la norma suprema establece como deber primordial del Estado el “garantizar a sus habitantes el derecho de a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.” Para poder cumplir con este objetivo, el Estado ha realizado el Programa de Mediación Justicia y Cultura de Paz (2013) en el cual se establece que para lograr con este fin se deberá enseñar en las escuelas y comunidades mecanismo para la solución de sus conflictos y el respeto de los derechos de las personas. Es decir que se pretende desde las escuelas implementar una cultura de paz en el Ecuador. El Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 - 2017 establece como uno de sus objetivos el de promover una cultura social de paz y convivencia ciudadana en

la diversidad. Para lograr esto, el Estado considera necesario realizar lo siguiente:

- a) “Fortalecer la organización comunitaria para la convivencia pacífica y el respeto de los derechos de las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades y los colectivos.
- b) Implementar mecanismos y estrategias comunicacionales y educativas para transformar patrones socioculturales xenofóbicos, racistas, sexistas y homofóbicos, que promuevan la convivencia pacífica.
- c) Garantizar el acceso, sin discriminación ni violencia, al uso y a la apropiación de los espacios públicos.
- d) Fomentar la responsabilidad educativa de los medios de comunicación en la difusión de contenidos que promuevan una cultura libre de estereotipos violentos.
- e) Articular acciones integrales de prevención de consumo de alcohol y sustancias psicoactivas.
- f) Promover veedurías ciudadanas para mejorar los servicios de seguridad y evitar la corrupción.
- g) Implementar acciones para promover el acercamiento y el respeto entre grupos y culturas juveniles.
- h) Promover y fortalecer el sistema de atención a personas adultas mayores víctimas de abuso, discriminación y violencia.
- i) Establecer mecanismos integrales de carácter intersectorial para garantizar la protección y la corresponsabilidad del Estado ante los pueblos en aislamiento voluntario.” (Plan Nacional para el Buen Vivir 2013- 2017, pp. 212)

Para poder lograr la cultura de paz también es necesario evitar la judicialización de los conflictos. Por lo tanto, los problemas entre las personas deben tratar de resolverse de una manera más pacífica por medio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estos mecanismos pueden evitar que un conflicto entre a la justicia ordinaria. El Estado quiere fortalecer de manera primordial la mediación como un mecanismo para resolver los

conflictos de una manera pacífica, en la que la que las partes puedan llegar a sus propios acuerdos. Sin embargo, en ciertos casos la mediación no es suficiente para resolver una determinada controversia, por lo tanto se puede acudir al arbitraje en el que un tercero dará la solución al problema. Es importante que el Estado fortalezca el sistema arbitral para lograr que las decisiones sean justas.

Otro de los deberes del Estado, que tiene íntima relación con la cultura de paz, es el de garantizar a las personas el derecho al acceso a la justicia. Por lo tanto, es un deber del Estado el que los ciudadanos tengan los mecanismos para poder resolver sus conflictos. Para poder lograr esto, se ha establecido como objetivo en el Plan Estratégico de la Función Judicial 2013-2019 el de “promover el óptimo acceso a la justicia”. La función judicial considera necesario los medios alternativos de solución de conflictos para lograr con este fin. Es así que, en el objetivo dos de este plan se establece que “Los instrumentos que permiten un eficaz acceso a la justicia corresponden a medios, métodos o mecanismos alternativos de resolución de conflictos.” (Plan Estratégico de la Función Judicial 2013-2019. Pp. 20). Son necesarios estos mecanismo, ya que ayudan a descongestionar la carga de proceso que tienen los jueces. También son necesarios por que existen ciertos conflictos que pueden ser resueltos de mejor manera por otros mecanismos que no sea la justicia ordinaria.

Como se puede observar de lo anteriormente dicho, los medios alternativos de solución de conflictos están ganando bastante importancia en el Ecuador. Es por esto, que se debe lograr que de estos mecanismos salgan soluciones justas y se garanticen los derechos de los ciudadanos.