

Efectos de la constitucionalización del arbitraje.

Constitutionalizing Arbitration Effects.

Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba

Profesor de Derecho constitucional y de Derecho de la información de la Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador). Asociado del Estudio Jurídico Coronel & Perez.
Email: jcriofrio@coronelyperez.com

Dr. René Bedón Garzón

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador).
Email: reneb@uhemisferios.edu.ec

Fecha de Presentación: junio 2013. Fecha de Publicación: junio de 2013.

Resumen.

Se analiza aquí cuáles son los efectos de que la Carta suprema del Ecuador haya reconocido la figura de los medios alternativos de solución de conflictos, entre los que se encuentra el arbitraje. Primero se relata la historia de esta constitucionalización (cap. I), para luego revisar cómo se acoplan estos medios al principio constitucional de unidad jurisdiccional (cap. II). En los capítulos III a VII se analiza la naturaleza de estos medios, que ha de considerarse como el núcleo esencial del derecho constitucional a usar estos medios. Los capítulos VIII y IX analizan otros efectos adicionales: la garantía de inderogabilidad legal, su integración dentro del contexto normativo, axiológico y teleológico de la Constitución y las escasas posibilidades de plantear una acción constitucional contra las actas transaccionales y los laudos arbitrales.

Abstract.

This paper analyzes what are the effects that the Constitution of Ecuador has recognized the figure of alternative means of dispute resolution, including arbitration and mediation. First here relates the history of this constitutionalization (Chapter I), to later review how these means are coupled to the constitutional principle of jurisdictional unity (Chapter II). Chapters III to VII discusses the nature of these means, which must be considered the core of the constitutional right to use these means. Chapters VIII and IX analyze additional effects: non-legal-derogability guarantee, their integration within the regulatory context, axiological and teleological of the Constitution and the limited opportunities to raise a constitutional process against the acts transactional and arbitration awards.

Sumario.

- I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.
- II. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL.
- III. OBJETO FINAL Y MATERIAL DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.
- IV. SUJETOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.
- V. CLASES DE MEDIOS ALTERNATIVOS.
- VI. LA NEGOCIACIÓN, LA MEDIACIÓN Y LA TRANSACCIÓN.
- VII. EL ARBITRAJE
- VIII. EL DEBIDO PROCESO
- IX. LA FIRMEZA DE LO DECIDIDO FRENTE A LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES
- X. BIBLIOGRAFÍA

Palabras clave

Debido proceso, Derecho constitucional, Materia transable, Acciones constitucionales, Laudo arbitral.

Keywords

Due process, Constitutional Law, Tradable matters, Constitutional actions, Award.

I.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.

En línea con lo dispuesto en las últimas cartas supremas ecuatorianas, la Constitución de 2008 también ha constitucionalizado los medios alternativos de solución de conflictos en la siguiente norma:

Constitución, 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.

En un primer momento se podría pensar que la mención de estos medios en la Carta fundamental se debe al proceso de constitucionalización que durante las últimas décadas el derecho está viviendo en todas las latitudes del planeta. Pero lo cierto es que aún no es del todo usual que las constituciones mencionen en sus textos los medios alternativos de solución de conflictos. Repárese en que, por ejemplo, a fines del siglo XX la única constitución europea que tomaba en cuenta estos medios era la Constitución de Portugal¹. En el Ecuador su constitucionalización general² sólo aparece en las reformas de 1997. En 1998 y 2008 aparecerán de nuevo, siempre con sujeción a la ley. Los antiguos artículos eran los siguientes:

¹ Cfr. Constitución portuguesa de 1992, Art. 205, num. 4.

² Algunas constituciones ecuatorianas precedentes ya mencionaban los tribunales de conciliación y arbitraje como solución a los conflictos colectivos de trabajo. Últimamente se toca además el tema del arbitraje internacional. De todas maneras, se echaba en falta la consagración general de los medios alternativos de solución de conflictos.

Constitución de 1979 (reforma de 1997), Art. 118§3.- Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias.

Constitución de 1998, Art. 191§3.- Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Los textos de 1997 y de 1998 recogían la negociación entre las partes, lo que admite dos posibilidades: la negociación mediatizada que se realiza a través de un mediador ajeno al conflicto, y la negociación inmediata, hecha directamente entre las partes. La actual norma sólo habla de la negociación realizada a través de un mediador, aunque obviamente no se prohíbe la negociación directa.

En un interesante dictamen la Corte ha equiparado las disposiciones constitucionales de las dos últimas Cartas relativas a los medios alternativos de solución de conflicto, dándoles de forma general la misma interpretación³. Resulta lógico suponer que la nueva jurisprudencia debe continuar en este punto la línea iniciada por el antiguo Tribunal Constitucional sobre la materia.

Los medios alternativos —opuestos a la justicia ordinaria que requiere de una potestad pública— encuentran su apoyo en varios derechos, como el derecho a la paz, a la seguridad jurídica, a la verdad, etc.; en última instancia, sin embargo, se fundamentan en el derecho natural, constitucional y humano a la disposición de la propia propiedad y de los propios derechos. Pertenece a la naturaleza humana el derecho de disponer de su patrimonio, por sí misma o a través de un árbitro, y esto puede hacerlo para poner fin a un litigio actual o potencial. Por eso con toda justicia nuestra actual Constitución “reconoce” (Art. 190) este derecho preexistente a ella misma.

La constitucionalización no ha trastocado, ni puede legítimamente trastocar, los elementos esenciales de los medios alternativos, que siendo universales, desde hace mucho forman parte de la cultura jurídica ecuatoriana. En puridad, ellos no son una respuesta a una época de mala administración de justicia, aunque es verdad que históricamente los jueces malos han ahuyentado a muchos de la justicia común. Lo que la constitucionalización ha hecho es otorgar a estos medios una garantía de inderogabilidad legal e integrarlos dentro del contexto normativo, axiológico y teleológico de la Constitución. Sobre esta integración constitucional hablaremos a continuación, especialmente en los capítulos VII, VIII y IX.

³ Cfr. Corte Constitucional para el período de transición, caso 0008-2008-DI, considerandos 2, 3 y 6 (R.O. Supl. 605 de 4-VI-2009, págs. 39 y ss.).

II.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL.

El principio de unidad jurisdiccional prevé que «ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución»⁴. La doctrina nacional y extranjera suelen coincidir en que los medios alternativos de solución de conflictos no violentan la unidad jurisdiccional, aunque no siempre se dan las mismas razones. Algunos ponen los acentos en que estos medios no son justicia «ordinaria», por lo cual sobre ellos no debería regir el principio de unidad. Andrade Ubidia ha observado que los tribunales laborales de conciliación y arbitraje sí administran justicia ordinaria; lo que sucede, para el autor, es que «estas potestades jurisdiccionales nacen de la propia Constitución porque ella las reconoce. En consecuencia, mediante norma constitucional se puede dotar de jurisdicción a órganos que no pertenezcan a la Función Judicial, pero no puede hacerse lo mismo mediante ley»⁵. En este orden de explicaciones basadas en el texto constitucional, yo añadiría que la misma Constitución califica a estos medios como «alternativos» a la justicia común, y lo alternativo supone un cierto grado de separación (esencialmente no están unidos a la justicia ordinaria); con lo cual, se entendería que no atentan al principio de unidad porque no están llamados a estar unidos a la Función Judicial. Pero no podemos quedarnos con explicaciones que atienden exclusivamente al texto constitucional, por bueno que este fuera. Hemos de fijarnos, por sobre todo, en la misma naturaleza de estos medios alternativos de solución de conflictos. La justicia ordinaria y la justicia indígena esencialmente emanan del pueblo (así lo reconoce el Art. 167 de la Constitución), y son sus autoridades —colegiadas o no— las que fallan sobre lo justo en cada caso. En cambio, el sustento de los medios alternativos emana de la voluntad de las partes en conflicto, y son ellas las que determinan quién definirá la materia (ellas mismas o un tercero). La justicia común requiere de una potestad pública, los medios alternativos de una potestad privada. El poder de negociar sobre los propios derechos (base sobre la cual se construyen los medios alternativos) es un derecho subjetivo enraizado en el núcleo esencial del derecho humano, constitucional y natural primario a la propiedad; en cambio, la unidad jurisdiccional es un principio de derecho positivo que debe tomar en cuenta ese derecho subjetivo para protegerlo y fortalecerlo, mas nunca puede “someterlo”, ni desconocer su núcleo esencial.

⁴ Constitución, Art. 168.3.

⁵ ANDRADE UBIDIA, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en *La nueva Constitución del Ecuador* (dirs. ANDRADE, GRIJALVA y STORINI). Quito, 2009, pág. 250.

Dicho esto, vale aclarar que los tribunales de conciliación y arbitraje de los conflictos colectivos de trabajo tienen fuertes tintes de jurisdicción ordinaria, tanto por los miembros que lo conforman, como por su obligatoriedad y regulación constitucional y legal. En todo caso, la Constitución no los regula *sub* Art. 190, sino en el Título VI, Capítulo 6, Sección 6, donde se trata de las “formas de trabajo y su retribución”.

Ha de acotarse que si los medios alternativos de solución de conflictos están incluidos dentro del título IV, Capítulo 4, de la “Función Judicial y justicia indígena”, lo están sólo en un sentido lato, en cuanto implican una cierta potestad para decidir sobre una cuestión litigiosa. Bajo este sentido amplio, tanto los jueces, como los árbitros, como los tribunales de conciliación, como también los padres con sus hijos, «administran justicia», «ejercen la jurisdicción»⁶, y al hacerlo prestan «una forma de servicio público»⁷. Pero en sentido estricto, los medios alternativos no forman parte de la justicia ordinaria, ni de la función judicial. Ellos no exigen el uso de una potestad pública que «emana del pueblo» (conforme se requiere para la justicia común, *ex* Art. 167 de la Constitución), pues no dependen de esas potestades, ni por consiguiente es necesario que estén unidos jurisdiccionalmente a los jueces que conforman la Función Judicial. Y es justamente este el sentido que utiliza la Constitución portuguesa —redactada con una mejor técnica jurídica que la nuestra— cuando afirma que «la ley podrá establecer instrumentos y formas de solución (*composiçao*) no jurisdiccional de los conflictos»⁸.

Como contrapunto, la jurisprudencia italiana ha considerado que las decisiones arbitrales no escapan a la justicia constitucional porque, aunque tales tribunales no se encuadran en la organización judicial, de alguna forma desarrollan funciones *jurisdiccionales*⁹. La razón de fondo es evitar que se creen zonas francas al juicio de constitucionalidad¹⁰, razón que no se da en nuestro país porque aquí existen otras acciones constitucionales que pueden controlar estos

⁶ En este sentido se afirma que «la jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas» (Código de Procedimiento Civil, Art. 5). Sin embargo, el mismo Código, en los Arts. 17 a 19, aclara que los conciliadores no ejercen ningún tipo de jurisdicción, ni legal, ni convencional.

⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 17§2. El citado inciso dice: «El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades».

⁸ Constitución portuguesa de 1992, Art. 205.4. Trad. tomada de *Constituciones de los Estados de la Unión Europea* (RUBIO LLORENTE y DARANAS PELÁEZ, dirs.). Barcelona, 1997, pág. 440. Repárese que esta Constitución en el Art. 205.1 también afirma que «los tribunales son los órganos de soberanía competentes para administrar justicia en nombre del pueblo», escindiéndola así de los medios alternativos de solución de conflictos.

⁹ Corte costituzionale italiana, Sentencia 83/1966.

¹⁰ V. gr. Corte costituzionale italiana, Sentencias 12/1971 y 226/1976.

asuntos¹¹. Estamos ante una excepción que confirma la regla, porque en su análisis la Corte italiana no ha exigido a la institución arbitral que cumpla con los requisitos objetivos y subjetivos propios de la función jurisdiccional, sino sólo con el requisito objetivo: «lo arbitrado constituye un procedimiento previsto y disciplinado por el Código de Procedimiento Civil para la aplicación objetiva del derecho en el caso concreto, a los fines de la resolución de la controversia», de tal manera que en el fondo esto «no se diferencia de aquello que se desarrolla delante de los órganos jurisdiccionales estatales, también por cuanto mira a la búsqueda e interpretación de las normas aplicables al presupuesto normativo»¹². Aun así, la misma Corte italiana ha señalado que la estatalidad de la función jurisdiccional no menoscaba, ni prohíbe, que las personas puedan someter sus asuntos, aquellos sobre los que poseen autonomía propia, a la decisión de otros sujetos privados como los árbitros¹³.

III.- OBJETO FINAL Y MATERIAL DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.

El Art. 190 de la Constitución reconoce el derecho de las personas a acudir a la mediación y a otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Vale la pena ahora preguntarse por la naturaleza de estos medios (por sus objetos, sujetos, clases, etc.), la misma que ha de considerarse como el núcleo esencial del derecho constitucional a usar estos medios de solución de conflictos. Comenzaremos en este capítulo hablando del objeto final y material de estos medios alternativos; en el capítulo IV hablaremos de los sujetos de estos medios, y a partir del capítulo V hablaremos de las diferentes clases de medios alternativos de solución de conflictos.

El objeto final (o finalidad) de los medios alternativos —al igual que los medios ordinarios de justicia— es la solución del conflicto. Hacia este fin camina todo el proceso judicial y no judicial. En cuanto al objeto material (la materia sobre la que recae la acción o medio), la Constitución estipula que los medios alternativos sólo pueden tratar sobre «materias en las que por su naturaleza se pueda transigir»¹⁴. La materia transigible está conformada por el conjunto de situaciones jurídicas subjetivas (derechos, bienes, valores, expectativas, intereses, etc.) que un sujeto puede disponer sin la necesidad de contar con el permiso o la autorización de otro.

¹¹ Volveremos sobre este punto en el capítulo IX de este artículo.

¹² Corte costituzionale italiana, Sentencia 376/2001. La traducción es mía.

¹³ Cfr. Corte costituzionale italiana, Sentencia 2/1963.

¹⁴ Constitución, Art. 190§1, *in fine*.

En el sector privado la norma general es que las cosas son transigibles: la propiedad, los derechos, los títulos valores, los bienes fungibles, etc. La excepción es que no lo sean. No son transigibles, por ejemplo, la validez del matrimonio o el estado civil de las personas¹⁵; ni tampoco cabe la transacción sobre los «derechos ajenos o sobre derechos que no existen»¹⁶; ni sobre «los casos de violencia intrafamiliar»¹⁷, ni en general sobre las acciones públicas penales¹⁸, ni lo que tiene que ver con el orden público. Por eso están vetadas las transacciones que impliquen un acto o negocio prohibido por la ley, como los actos que desmiembran inmuebles sin los requisitos exigidos por el Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización, o los pactos en donde se renuncia o dispone de una sucesión futura o se instituye un heredero, o las adjudicaciones de bienes que propiamente sean objeto de una partición. Varios derechos son *en sí mismos* inalienables, irrenunciables e intransigibles, como el derecho a percibir alimentos¹⁹, los derechos constitucionales y los derechos humanos²⁰; sin embargo, sí son disponibles algunos efectos, concretizaciones o consecuencias de ese mismo derecho. Así, no cabe la transacción sobre el derecho general a la imagen, a la voz, a las pensiones alimenticias, pero sí es posible negociar los derechos que existen sobre cierta foto, grabación o valor generado por estos derechos (v. gr. pensiones atrasadas o su monto²¹). La acción pública penal no es en sí misma transigible, pero sí lo es la acción civil que se le apareja por nacer del mismo delito²².

Las partes pueden conservar el uso directo de esa facultad de transigir, como en el caso de la negociación directa, o pueden optar por transferirla a un árbitro. De esta manera, quien arbitra *a priori* no tendrá más facultades que las que las partes le concedan; *a posteriori* la ley podrá fortalecer esas facultades y competencias dadas a los árbitros, en aras de propiciar la mejor y más expedita solución del conflicto.

IV.- SUJETOS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.

Los sujetos que pueden resolver sus disputas a través de los medios alternativos son los que, siendo capaces, expresan su voluntad de solucionar la disputa a través de esos medios. No se exige otra capacidad que la necesaria para transar. Y como la transacción es un medio de

¹⁵ Cfr. Código Civil, art. 2352.

¹⁶ Código Civil, Art. 2354.

¹⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 17§2.

¹⁸ Cfr. Código Civil, Art. 2351.

¹⁹ Cfr. Código Civil, Art. 2353.

²⁰ Cfr. Constitución, Art. 11.6.

²¹ Cfr. Código Civil, Arts. 362 a 364.

²² Cfr. Código Civil, Art. 2351.

extinguir derechos²³, «no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción»²⁴.

El régimen alternativo funciona con algunas particularidades en el sector público. En general los organismos y entidades públicas pueden acceder sólo al arbitraje en derecho y a la mediación, mas no al arbitraje en equidad. Para introducir cláusulas arbitrales en la contratación pública se requiere la autorización del Procurador General del Estado, so pena de invalidez. La misma autorización es necesaria para someter las controversias surgidas al arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional cuando falte la cláusula arbitral²⁵. Como excepción a la regla general, la Corte Constitucional ha abierto la posibilidad de suscribir una cláusula de arbitraje en equidad para los casos de deuda externa.

Según la Sentencia interpretativa 001-SIC-CC (R.O. 549 de 16-III-2009) el Art. 190§2 de la Constitución no aplica a las controversias relacionadas con la deuda externa, donde debe aplicarse prevalentemente lo dispuesto en el Art. 422§3²⁶ de la misma norma. La Corte analizó si un contrato internacional de deuda externa permitía un arbitraje en equidad. El Procurador del Estado había excluido tal posibilidad en el contrato de préstamo porque el Art.190 sólo preveía el arbitraje en derecho. No contento con el dictamen, el abogado de la Presidencia de la República consultó a la Corte Constitucional si el Art. 422 de la Constitución permitía los arbitrajes en equidad en contratos internacionales de deuda externa. En su sentencia —cuestionada por parte de la doctrina²⁷— la Corte concluyó que el Art. 422 contenía una regla jurídica, con antecedente y consecuente, y que el contrato de préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo no era “contratación pública”, sino “un contrato de deuda externa”.

²³ Cfr. Código Civil, Art. 1583, num. 4.

²⁴ Código Civil, Art. 2349.

²⁵ Cfr. la Constitución, Art. 190§2, transcrito *ut supra*, y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 11, que habla «del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio. [§2] Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado».

²⁶ La disposición dice: «En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional» (Constitución, Art. 422§3).

²⁷ Torres afirma que se trata de «una interpretación constitucional forzada para ayudar a que el Gobierno suscribiera un contrato de préstamo con el BID», en *Debate Constitucional* (dir. TORRES). Quito, 2010, pág. 216.

Un punto que aún no ha sido resuelto por el legislador, y que no es fácil de resolver, es el que anota Pérez Guartambel²⁸ sobre la forma en que deben intervenir las comunidades y los colectivos, que no son personas públicas ni privadas. Estos sujetos ciertamente gozan de derechos colectivos o difusos que eventualmente pueden entrar en conflicto con otros sujetos o comunidades. Nadie niega que las partes podrían intentar una mediación, lo que es sumamente conveniente y debe preferirse frente a otros medios más violentos de zanjar la cuestión. El problema radica en definir quién debe representar a la comunidad, quién tiene potestad para suscribir el acuerdo que pone fin al litigio y para obligar a la comunidad con su firma. Peligroso sería que cualquiera pudiera intervenir a nombre de la comunidad y obligarla con su sola voluntad. Pérez Guartambel afirmó que desconoce si la omisión del legislador de incluir en el Art. 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación a las comunidades indígenas fue por olvido, desconocimiento o por un criterio excluyente²⁹. Nosotros no vemos ningún criterio excluyente y hasta calificamos de oportuna la omisión. En estricto derecho, corresponde al derecho indígena o al derecho comunitario —no a la Ley de Arbitraje y Mediación— definir quién debe presentarse dentro de un proceso de mediación o arbitraje a nombre de la comunidad.

V.- CLASES DE MEDIOS ALTERNATIVOS.

La primera clasificación que hemos hecho *ut supra* —que, como dijimos, nuestra Constitución no recoge de forma completa— es por razón de las partes que intervienen: a) negociación directa, cuando sólo intervienen los afectados o directamente interesados; b) mediación, cuando colabora un tercero imparcial ofreciendo sus buenos oficios, pero sin opinar sobre la cuestión de fondo; c) arbitraje, cuando el tercero imparcial da su opinión sobre la cuestión de fondo. Algún autor diferencia la conciliación de la mediación, afirmando que conviene usar el nombre de “conciliación” «cuando el rol del tercero comprenda la facultad otorgada por las partes, por las normas o por la costumbre de dar no sólo su opinión sobre la solución justa de la disputa sino de proponer fórmulas conciliadoras» y el término “mediación” «para designar un proceso no adversarial de resolución de disputas estructurado en etapas secuenciales, en el que el tercero neutral conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento, se abstiene de asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo»³⁰. Nosotros consideramos análogos a ambos términos.

²⁸ Cfr. PÉREZ GUATAMBEL, *Justicia indígena*, 2ª ed. Cuenca, 2010, pág. 511.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ STELLA ÁLVAREZ, “Diferencias entre conciliación y mediación”, en *Resolución alternativa de conflictos*. Quito, 1997, pág. 87.

Según los efectos de lo decidido, el laudo arbitraje puede ser obligatorio o no; la transacción válidamente realizada siempre será exigible. Según la materia los medios alternativos pueden versar sobre temas laborales, de tránsito, familiares, civiles, administrativos, penales, etc. Según el lugar, la mediación o el arbitraje pueden ser nacionales o internacionales³¹.

La mediación aún admite más clasificaciones. Según el contenido transado la mediación puede ser total o parcial. Según la obligatoriedad de acudir a ella, ésta puede ser voluntaria o impuesta por la ley³². Según dónde se incoe puede ser judicial o extrajudicial. Según la especialidad, la mediación puede ser “profesional” o “comunitaria”, siguiendo la terminología adoptada por Pérez Guartambel³³.

La huelga, el paro, los defensores de los derechos como el *ombudsman*, las oficinas de reclamos, las investigaciones, y otros mecanismos de presión no son propiamente medios alternativos de solución de conflictos, al menos en el sentido constitucional del término. Propiamente son instrumentos que pueden forzar o apurar la solución ordinaria o pacífica de un conflicto; sin embargo, no habrá solución del conflicto sino hasta que se arribe a un acuerdo de voluntades, a un laudo arbitral, a una sentencia judicial o hasta que desaparezca la cosa litigiosa. La transacción tampoco es un medio alternativo de resolución de conflictos, sino que es la misma solución, como veremos en el siguiente punto.

VI.- LA NEGOCIACIÓN, LA MEDIACIÓN Y LA TRANSACCIÓN.

La solución de un conflicto realizada a través de la negociación directa o de un mediador presupone siempre un acto de disposición inmediata de las partes sobre sus derechos; ese acto se plasmará en un convenio o acta transaccional. Aquí la transacción no es un medio alternativo de solución de conflictos, sino el instrumento donde se recoge la solución del conflicto.

La transacción «es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa»³⁴. Por ello se reputa nula la transacción que versa sobre un litigio ya sentenciado con sentencia que ha pasado por autoridad de cosa juzgada (Código Civil, Art.

³¹ Cfr. Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 41.

³² Cfr. Código de Procedimiento Civil, Art. 409, y Código de Procedimiento Penal, Art. 373.

³³ PÉREZ GUARTAMBEL, *op. cit.*, págs. 506, 513 y 515.

³⁴ Código Civil, Art. 2348.

2357), a menos que las partes conozcan la sentencia dictada y aun así hayan deseado transigir en algún punto discutido.

La transacción es esencialmente un contrato. Por serlo, puede rescindirse o anularse por los mismos motivos que cualquier negocio jurídico: por carecer de causa, por versar sobre un objeto ilícito, por vicios de error, fuerza o dolo³⁵. Pero no es un negocio jurídico cualquiera, sino uno con efectos jurídicos legalmente blindados, pues «surte el efecto de cosa juzgada en última instancia»³⁶ y «se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía del apremio»³⁷. Recalamos que este apropiado blindaje no tiene fuerza constitucional, ni forma parte de ningún derecho humano o natural primario; es meramente legal. Otra diferencia frente a los fallos judiciales ejecutoriados es que en ciertas ocasiones cabe revisar lo transado (como en los asuntos de menores³⁸).

VII.- EL ARBITRAJE.

Recordamos que el arbitraje puede establecerse en equidad o en derecho. Como se dijo al hablar de los sujetos, según el Art. 190§2 de la Constitución y según varias disposiciones legales, por regla general las entidades públicas están excluidas del arbitraje en equidad (salvo en contratos de deuda externa).

La constitucionalización del arbitraje no ocasiona *in recto* una penetración del ordenamiento jurídico ecuatoriano en la relación negocial arbitrada (el derecho ecuatoriano no se convierte automáticamente en el derecho que regula el negocio jurídico objeto del arbitraje). Si la relación jurídica llega a regirse por el derecho nacional es por razones muy distintas, que a continuación vamos a analizar.

Cuando el arbitraje es en derecho, los árbitros están obligados a fallar según las normas del ordenamiento jurídico al cuál se ha sometido la relación jurídica objeto del análisis, que no necesariamente tiene que ser el ecuatoriano. El derecho de fondo será el *escogido* por las partes y el que *imperare* sobre la cosa (es decir, el que por razones de orden público rija sobre el objeto litigioso), el mismo que puede ser derecho nacional o extranjero. Cuando el derecho escogido o

³⁵ Cfr. Código Civil, Arts. 2355 a 2362.

³⁶ Código Civil, Art. 2362.

³⁷ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 47.

³⁸ Cfr. Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 47.

el que impera sobre la cosa sea ecuatoriano los árbitros en derecho deberán analizar, junto con la regulación secundaria, los fines, principios, valores y disposiciones constitucionales que aplican a la relación.

Cuando se pacta el arbitraje en equidad, los arbitros *a priori* no deben regirse bajo ninguna norma positiva, ni bajo ningún ordenamiento, sino sólo bajo los *postulados de justicia* que le dicte su imparcial razón. No obstante, será “razonable” que en su decisión se tomen en cuenta los fines, principios y valores universales del derecho, y específicamente los fines, principios y valores del ordenamiento jurídico que rige el negocio arbitrado (porque son los que concretan su razón de ser un negocio justo), los mismos que se encuentran de manera eximia en la teleología y en la axiología constitucional. Lo contrario no será “razonable”, sino irracional; no será ecua, sino inicuo, contrario a la equidad. Por eso, bien puede un árbitro en equidad hacer citas en su fallo de la Constitución y de la legislación: es sumamente razonable.

VIII.- EL DEBIDO PROCESO.

La constitucionalización del arbitraje no ha cambiado el derecho de fondo que regula el negocio jurídico arbitrado. En cambio, sí ha trasvasado de forma explícita todas las garantías constitucionales del debido proceso a la mediación y al arbitraje, por tres razones:

- (i) Porque la misma Constitución declara que «estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley»³⁹, la misma que encuentra su fundamento formal en la norma suprema.
- (ii) Porque al estar la Sección 8ª de los medios alternativos dentro del Capítulo IV relativo a la administración de justicia, rigen sobre ellos ciertos «Principios de la administración de justicia» previstos en la Sección 1ª del mismo Capítulo IV. No aplican los principios previstos para la Función Judicial, ni para los servidores públicos, porque los árbitros no son miembros de tal Función, ni menos funcionarios del Estado. Pero sí aplica en su integridad el Art. 169, que dice: «el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades». Los mencionados son

³⁹ Constitución, Art. 190§1.

principios generales del derecho procesal y aplican a todos los medios de solución de conflictos, tradicionales o alternativos.

- (iii) Porque la jurisprudencia constitucional extranjera⁴⁰ y ecuatoriana tienden a ratificarlo. Nuestra Corte parece sobreentender que aplican a la Ley de Arbitraje y Mediación los «principios de celeridad y eficacia en la administración de justicia, como garantizaba el artículo 192 de la Constitución Política de 1998 y el artículo 169 de la Constitución vigente»⁴¹; al examinar si el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil debe inaplicarse al arbitraje por contradecir el principio constitucional de celeridad, el juez constitucional observa que «es verdad que el artículo adjetivo civil en cuestión no es aplicable al caso, pues la Ley de la materia establece un procedimiento especial, pero no porque sea inconstitucional»⁴².

El Art. 169. *in fine* de la Constitución que consagra el debido proceso nos reenvía principalmente a los Arts. 75 a 82, los mismos que deberán aplicarse *mutatis mutandis* a la negociación directa, a la mediación y al arbitraje, tomando en cuenta la naturaleza propia de cada institución. Algunas garantías del debido proceso ordinario que no aplica a los medios alternativos de solución de conflictos, mientras otras siempre aplicarán.

Como los medios alternativos dependen esencialmente de la facultad de disposición que tienen las partes, su forma de tramitarlos y el impulso procesal deben estar sujetos a su voluntad. El proceso alternativo no se mueve de oficio, sino a disposición de parte. En consecuencia, no aplican aquí las disposiciones propias de las acciones públicas (rigidez en las etapas procesales, en la obtención de pruebas, en la aplicación de varias leyes, gratuidad, etc. sobre lo cual las partes pueden decidir otra cosa). Tampoco aplican las normas adjetivas penales sobre la privación de la libertad, ni sobre el tratamiento de bienes indisponibles, por no ser objeto propio de los medios alternativos.

En cambio, sí han de aplicarse todos los principios relacionados con el derecho a la defensa: el derecho a ser notificado de los cargos, a exponer argumentos de descargo, a probar la propia

⁴⁰ Así en Italia se ha fallado que «lo arbitrado constituye un procedimiento previsto y disciplinado por el Código de Procedimiento Civil, Art. para la aplicación objetiva del derecho en el caso concreto, a los fines de la resolución de la controversia, con la garantía de un contradictorio e de una imparcialidad típicas de la jurisdicción civil ordinaria» (Corte costituzionale italiana, Sentencia 376/2001; la traducción es mía).

⁴¹ Cfr. Corte Constitucional para el período de transición, caso 0008-2008-DI, considerando 6º (R.O. Supl. 605 de 4-VI-2009, pág. 39). El fallo deshecha la petición de declaratoria de inconstitucionalidad del Código de Procedimiento Civil, Art. 59.

⁴² *Ibid.*

convicción, a que no sea rechazada la asistencia jurídica optada; el derecho a acceder al expediente y a las pruebas; la presunción de inocencia, cuando corresponda o las partes no hayan decidido otra cosa; el derecho a la tutela efectiva de los derechos, a acudir al juzgador natural (que convencionalmente podrá ser el árbitro) que debe ser imparcial; el derecho a la confesión sin coerción, al silencio cuando se optare por él, el derecho al *non bis in ídem*, a que el proceso se tramite con las garantías que proporcionan las leyes específicas (v. gr. Ley de Arbitraje y Mediación, su reglamento, etc.), a la motivación del laudo en derecho, a la razonabilidad del laudo en equidad, entre otros derechos que marcan los principios básicos del debido proceso.

Nos parece que la jurisprudencia constitucional ha aceptado tácitamente la aplicación *mutatis mutandis* del debido proceso constitucional en estos medios alternativos, cuando ha observado que ciertas normas generales procesales no aplican a los procedimientos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación. En concreto, ha dicho que «la ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el Presidente de la Corte Superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial»⁴³.

IX.- LA FIRMEZA DE LO DECIDIDO FRENTE A LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES

No es imposible que una transacción o un laudo arbitral vulneren derechos constitucionales. Las acciones constitucionales tienen por fin proteger estos derechos, sea contra actos privados, sea contra actos públicos, sea contra actos del ejecutivo, sea contra actos judiciales. Luego, parecería que las decisiones de los medios alternativos pueden ser objeto de las acciones constitucionales, como sucede en el derecho comparado. La jurisprudencia italiana, por ejemplo, ha considerado que las decisiones arbitrales no escapan a la justicia constitucional porque aunque tales tribunales no se encuadran en la organización judicial, desarrollan funciones

⁴³ *Ibid.*

"jurisdiccionales"⁴⁴; la exclusión de estos órganos de naturaleza controversial habría creado zonas francas del juicio de constitucionalidad⁴⁵.

Al respecto, lo primero que debemos dilucidar es cuál es la naturaleza de la decisión que pone fin al conflicto. Hemos visto que la transacción y el laudo arbitral tienen efectos de cosa juzgada (ex Código Civil, Art. 2362) y que se ejecutan «del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía del apremio»⁴⁶. Pero, *stricto sensu* ni la transacción, ni el laudo arbitral, son sentencias judiciales, aunque para ciertos efectos (principalmente de certidumbre, revisabilidad y ejecutabilidad) se los equipare. En el caso de la transacción es claro que estamos ante un contrato que la ley ha blindado. En el del laudo es menos evidente, aunque nadie discute que no hay arbitraje sin que las partes en algún momento lo hayan aceptado; en causa originaria el laudo arbitral siempre dependerá de la voluntad de las partes y de su facultad de disposición sobre los bienes, sin las cuales el laudo resultará nulo.

No siendo propiamente una sentencia judicial, no parece apropiada la interposición directa de una acción extraordinaria de protección contra las transacciones, ni contra los laudos arbitrales. El Art. 94 de la Constitución que habla de «sentencias o autos definitivos» no puede interpretarse extensivamente so pretexto de una mejor garantía de los derechos constitucionales, porque —al menos en teoría— tanta garantía ofrece la acción de protección ordinaria como la extraordinaria. El Art. 94 no puede interpretarse sino a la luz de la norma contrapuesta, el Art. 88 de la Constitución, que admite la acción de protección contra «cualquier autoridad pública no judicial»; luego las «sentencias» de las que habla el Art. 94 sólo pueden ser de «autoridad pública judicial». Y lo dicho aplica también a las decisiones de la justicia indígena "alternativa", cuando tal justicia no emana del pueblo, ni de una autoridad que lo represente. En cambio, eventualmente sí cabría interponer una acción extraordinaria contra la sentencia judicial que declare la nulidad de un laudo.

Lo más probable es que contra las decisiones de los medios alternativos quepa interponer una acción de protección, mientras se cumpla lo previsto en el Art. 88 de la Constitución. Respecto a la transacción, como las partes no pueden beneficiarse de su propio dolo, quienes normalmente interpondrán la acción de protección son los terceros vulnerados por esa transacción (si hubo dolo, las víctimas de la colusión). Respecto a la decisión arbitral, lo natural es que quien lo emita sea una persona particular. Entonces habrá que revisar si el laudo produce la violación de un

⁴⁴ Cfr. Corte costituzionale italiana, Sentencia 83/1966.

⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale italiana, Sentencias 12/1971 y 226/1976.

⁴⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 47.

derecho constitucional que provoca daño grave, o si el árbitro ha discriminado a alguien o dejado en indefensión a alguna parte (acorde a lo dispuesto en el Art. 88 de la Constitución). En cualquier caso, siempre podrá proponerse una acción de protección por inobservancia del debido proceso, según lo visto *ut supra*.

Un comentario particular merece el tema de la violación del derecho a la propiedad sobre un específico bien sobre el que se puede disponer a voluntad o sobre cualquier derecho transigible. Consideramos que la acción de protección tiene poca cabida en este caso, porque la esencia misma de los medios alternativos de solución de conflictos es justamente la de disponer sobre bienes o derechos transigibles. En principio, el juez —ordinario o constitucional— sólo podría intervenir cuando el laudo o transacción ha recaído sobre objetos no transigibles, o no se ha transigido con libertad, pero no podría fallar diciendo que la negociación o transacción no era adecuada o conveniente. Si las partes han dispuesto de lo que es verdaderamente suyo, en principio ningún juez podría anular tal acto. No vemos ninguna razón para que el juez constitucional, dentro de una acción de protección, entre a analizar si *el acta transaccional o el laudo arbitral dado en equidad* violenta el derecho constitucional a la propiedad (bajo el entendido de que se ha verificado que el objeto de la litis arbitral es realmente susceptible de transacción). En cambio, se podría especular si en algún caso puede conocer si un *laudo arbitral dado en derecho* violenta o no el derecho a la propiedad (o a un derecho transable). En tal caso al menos habrían de probarse dos cosas: (i) que el daño producido por el laudo arbitral es sumamente grave, pues es evidente que los daños menores son materia transable; y, (ii) que las partes actuando de buena fe no hubieran esperado, al momento de suscribir la cláusula arbitral en derecho, un laudo de esa naturaleza. Si desde la firma de esta cláusula el vencido hubiera albergado la posibilidad de que el árbitro expidiera un laudo semejante, entonces parece claro que decidió disponer de sus bienes en ese sentido. En buena lógica, ni la Corte Constitucional, ni ningún juez podrían decir que quien ha dispuesto libremente de sus bienes ha sufrido por ese acto de disposición un atentado contra su derecho humano, natural y constitucional de propiedad.

Respecto a la acción constitucional de incumplimiento, ella no procede contra los laudos arbitrales, ni contra la mayoría de transacciones que son fruto de la mediación o de la negociación directa. Según el Art. 93 de la Constitución el objeto de esta acción es doble: garantizar la aplicación de «las normas que integran el sistema jurídico» (normas generales, se entiende) y precautelar «el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos». No hay una triplicidad de objetos, pues las «sentencias» no se consideran autónomamente. La Corte Constitucional ha ratificado esta duplicidad cuando ha

señalado que el objeto de la acción de incumplimiento es: «a) Garantizar la aplicación de las normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza y jerarquía, que integran el sistema jurídico; y, b) Garantizar el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de Derechos Humanos»⁴⁷. En propiedad, los organismos internacionales de derechos humanos no tienen el carácter de árbitros, sino de tribunales o de centros de investigación y fomento, porque los derechos humanos no son materia transigible. En cambio, sí cabe especular acerca de un proceso judicial seguido por el agraviado contra el Estado en una instancia internacional, donde se produzca una transacción sobre las correspondientes indemnizaciones. Sólo en este caso el acta transaccional cumpliría con los requisitos necesarios para ejecutarse por la vía de la acción del incumplimiento.

X.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

ANDRADE UBIDIA, Santiago, "La Función Judicial en la vigente Constitución de la República", en *La nueva Constitución del Ecuador*, Santiago ANDRADE, Agustín GRIJALVA y Claudia STORINI (eds.), Corp. Editora Nacional y UASB, Quito 2009.

PÉREZ GUATAMBEL, Carlos, *Justicia indígena*, 2ª ed., Universidad de Cuenca, Cuenca 2010.

RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona 1997.

STELLA ÁLVAREZ, Gladys, "Diferencias entre conciliación y mediación", en *Resolución alternativa de conflictos*, CLD, Quito 1997.

TORRES, Luis Fernando (ed.), *Debate Constitucional*, Ed. Cevallos, Quito 2010.

Normas citadas:

Código Civil.

Código de la Niñez y Adolescencia.

Código de Procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Penal.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Constitución del Ecuador de 1978 (reformas de 1997), de 1998 y de 2008.

Constitución portuguesa de 1992.

Ley de Arbitraje y Mediación.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia 002-09-SAN-CC, publicada en el R.O. Supl. 566 de 8-IV-2009.

Jurisprudencia citada:

Corte Constitucional ecuatoriana para el período de transición, caso 0008-2008-DI (R.O. Supl. 605 de 4-VI-2009).

Corte Constitucional ecuatoriana, Sentencia 002-09-SAN-CC, publicada en el R.O. Supl. 566 de 8-IV-2009.

Corte costituzionale italiana, Sentencia 2/1963.

Corte costituzionale italiana, Sentencia 376/2001.

Corte costituzionale italiana, Sentencia 83/1966.

Corte costituzionale italiana, Sentencias 12/1971 y 226/1976.

Corte costituzionale italiana, Sentencias 12/1971 y 226/1976.