

¿Qué es lo manifiestamente injusto? Una mirada a través de la denegación de justicia

Mario Navarrete Serrano

Denial of justice is perhaps the most frequently used term in the whole vocabulary of the law of diplomatic protection, and one that is least understood. The high emotional content that the word 'justice' carries seems to shut off all conscious intellectual process of dealing with the term.

«FREDERICK SHERWOOD DUNN»

Sumario

1. Aproximación al problema. 2. Intentos previos de codificación. 3. Los parámetros jurisprudenciales 4. Definición contemporánea de lo manifiestamente injusto. 4.1 Meros errores de valoración. 4.2 Denegación adjetiva y sustantiva. 4.3 Manifiesta injusticia. 4.4 Manifiesta incompetencia. 4.5 Pretensión de forma. 5. Conclusiones.

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

¿Qué es denegación de justicia? En un sentido estricto, la denegación de justicia es una proyección de la responsabilidad internacional que emerge por el quebrantamiento de la obligación de administrar justicia *adecuada*. Esta definición no nos lleva muy lejos porque inmediatamente surge la pregunta, ¿qué es justicia

adecuada? Desde que el término denegación de justicia fue acuñado en el medioevo para justificar el sistema de venganzas privadas, describirla de manera precisa mediante una definición o enumeración ha sido una de las tareas más complicadas. El problema se hace todavía más grande cuando consideramos que se ha desarrollado de manera distinta en diversas ramas del derecho. Por ejemplo, no es lo mismo considerar la denegación de justicia medida contra un estándar nacional, frente a una corte local, que en el ámbito de los Derechos Humanos. Recientemente la comunidad jurídica ha vuelto a interesarse en este tópico¹. Esta discusión tiene especial relevancia para Ecuador, que a propósito de recientes arbitrajes internacionales, ha pasado a ubicarse en el centro de la discusión.

Por motivos de interés práctico circunscribiremos este análisis únicamente a la denegación de justicia en el ámbito de la responsabilidad estatal como parte del derecho internacional público, y más específicamente a las reclamaciones por daños pecuniarios en arbitrajes de inversión y de comercio internacional². Esto a su vez implica que, para efectos de este estudio, presuponemos una reclamación fundada en el daño irrogado a un extranjero.

Durante siglos se propusieron un sinnúmero de definiciones para la denegación de justicia, desde la posibilidad de eliminarla completamente hasta convertirla en sinónimo de responsabilidad internacional. Sin embargo, para que una institución jurídica sea realmente útil, debe poseer al menos ciertos límites que permitan diferenciarla de otros ilícitos similares y que no la conviertan en un comodín bajo el que puede ampararse cualquier reclamo que no encuentre mérito suficiente para ser presentado como una pretensión independiente. Ese proceso culminó en la abstracción de las formas de denegación de justicia a tres: (i) impedir el acceso de un extranjero al aparato judicial del estado, (ii) retardar injus-

1. Si bien el último estudio detallado sobre la materia fue publicado por el profesor Jan Paulsson en 2005, el libro que inmediatamente le antecede es el de Alwyn Freeman, publicado en 1938.
2. El hecho de que distingamos la aplicación de la denegación de justicia entre el derecho internacional de las inversiones, el derecho local y los Derechos Humanos no quiere decir que no existan coincidencias ocasionales o inclusive necesarias. De hecho, una gran parte del desarrollo doctrinario moderno de la denegación de justicia hecha mano de los fallos de los tribunales de reclamaciones de finales del siglo XIX e inicios del XX, donde se trataban temas que, en el estado actual del derecho, serían resueltas a la luz del *corpus iuris* universal de los Derechos Humanos.

tificadamente la solución final de un diferendo judicial; y, (iii) que se decida el caso de una forma manifiestamente injusta³.

Para llegar a este punto de desarrollo se sucedieron una serie de debates académicos, un sinnúmero de definiciones y codificaciones, y varias aproximaciones jurisprudenciales. El concepto de justicia es de una importancia suprema para aparatar las relaciones interestatales, y posee importantes proyecciones políticas, económicas e incluso emocionales. Es por eso muchas veces fue definida de acuerdo a la necesidad política de un estado en lugar de una valoración jurídicamente objetiva. Afortunadamente a través de los años se a logrado definir de manera acabada la denegación de justicia por un retardo injustificado y por impedir el acceso a las cortes a un extranjero. Sin embargo, la tercera forma de denegar justicia –una decisión manifiestamente injusta– todavía genera controversias y es justamente esta la que llama nuestra atención en este breve análisis.

Iniciemos identificando el contenido de la denegación de justicia, y para lograr aquello necesitamos hacernos la misma pregunta que se hace el profesor PAULSSON, ¿por qué artificio un estado debe a toda la comunidad internacional la obligación de administrar justicia?⁴ La respuesta se encuentra en la costumbre internacional; ya para el siglo XVII este principio formaba parte integral del derecho de las naciones. En 1688 PUFENDORF sostenía que el solo acto de un extranjero de entrar a un país diferente que el suyo, implica una aceptación tácita de someterse a sus leyes y que el estado, a cambio, acepta ofrecerle seguridad personal y justicia⁵. Esta obligación estaba profundamente arraigada y no se quedaba en meras especulaciones doctrinarias. DE VISSCHER, por ejemplo, luego de un extenso análisis de las convenciones internacionales de los siglos XVI y XVII, concluyó que “los numerosos tratados que estipulan un pronto acceso a la justicia no hacen más que confirmar un principio cuya autoridad es independiente de cualquier convención.”⁶

3. Vattel citado por Paulsson, Jan. *Denial of Justice in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 65.
4. PAULSSON, JAN, *Op. cit.*, p 1.
5. PUFENDORF, SAMUEL. *Of the Law of Nature and Nations. Eight Books*. 4th edition. Traducción de Basil Kennett. The Lawbook Exchange, 2005, p. 403.

Para el siglo XVIII, XIX e inicios del XX, el acceso a la justicia era un punto central de las relaciones internacionales entre estados e indiscutiblemente era una norma vinculante. Los ejemplos son abundantes⁷ y en la actualidad el acceso a la justicia forma parte del *ius cogens* y es considerado un derecho fundamental⁸. Y es justamente al violarse esta obligación es que un estado era responsable por los daños ocasionados bajo denegación de justicia. Pero, ¿qué quiere decir o cómo se califica una decisión judicial como manifiestamente injusta? Iniciemos revisando las enunciaciones actuales que, desafortunadamente, son demasiado abiertas y remiten la definición a valoraciones subjetivas⁹.

2. INTENTOS PREVIOS DE CODIFICACIÓN

El ejemplo más claro de una definición que sin lugar a duda buscaba un beneficio político se encuentra en el Reporte de JOSÉ GUSTAVO GUERRERO al Comité de Expertos¹⁰ para la Codificación

6. DE VISSCHER, CHARLES. "Le déni de justice en droit international policy." *Recueil des cours* 54 (1935), p. 374.
7. Como ejemplos valgan el artículo IV Tratado de paz, amistad, comercio y navegación entre la República de Chile y la Confederación Argentina; el artículo 9 Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre las Provincias Unidas del Río de la Plata y su Majestad Británica en 1825; el artículo V del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre la República de Nicaragua y los Estados Unidos de América; el artículo VI del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre los Estados Unidos de América y la República Federal de Alemania de 1954.
8. Voto disidente del Juez A.A. CANÇADO TRINDADE, sección V: [e] Acceso a la Justicia y la Ampliación del Contenido Material del *Ius Cogens*, dentro del *Caso Trabajadores Casados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*. Solicitud de interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2007).
9. Como ejemplo véase a HERSHEY, AMOS S. "Denial of Justice." *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1927)*, p. 28, que define la denegación de justicia como el producto de una decisión razonada que es avalada por las naciones civilizadas.
10. A continuación la nota explicativa original que Gustavo Guerrero acompañó al proyecto y clucida los motivos para constreñir la definición: "[l]as conclusiones que formularemos a continuación se desprenden lógicamente de los principios en que invariablemente nos hemos inspirado al preparar este informe y que, opinamos, constituyen el único fundamento posible para la elaboración de normas capaces de obtener la aprobación de todos los Estados. Si nos apartásemos de estos principios rectores, si procurásemos codificar los principios respecto de los cuales la voluntad colectiva es incierta o está efectivamente dividida, nuestros esfuerzos serían estériles; ciertamente, fomentariamos el establecimiento de una serie de sistemas continentales y de codificaciones de leyes —que ya comienzan a apuntar— que no serían sino motivo constante de conflictos. No debemos olvidar que el objeto de nuestra tarea es formular normas que puedan incorporarse en convenciones internacionales, ni que dichas convenciones, para ser eficaces, han de tener la aceptación de todos o casi todos los países del mundo."

Progresiva del Derecho Internacional de la Liga de las Naciones de 1926¹¹, que intentó codificar la denegación de justicia de la siguiente manera:

6. El deber del Estado respecto de la protección judicial debe considerarse cumplido si ha permitido a los extranjeros acudir a los tribunales nacionales y ejercitar las acciones necesarias cada vez que han necesitado defender sus derechos.

De donde resulta:

a) Que un Estado ha cumplido su deber internacional desde el momento que la autoridad judicial ha pronunciado su decisión, aunque ésta se limite a declarar inadmisibile la petición, demanda o recurso interpuestos por el extranjero;

b) Que una resolución judicial, sea cual fuere su índole, aunque esté viciada por un error o una injusticia, no entraña responsabilidad internacional del Estado;

7. En cambio, el Estado es responsable del daño causado a los extranjeros cuando es culpable de una denegación de justicia. La denegación de justicia consiste en rehusar a los extranjeros la posibilidad de acudir libremente a los tribunales para defender los derechos que les reconocen las leyes nacionales. Hay también denegación de justicia cuando el juez competente se niega a ejercer su jurisdicción.¹²

Las conclusiones formulan algunos criterios precisos. Uno de ellos enuncia un principio general: el de que no hay lugar a la responsabilidad si el extranjero ha tenido el libre acceso a los tribunales de justicia y se le ha permitido ejercer las acciones procesales previstas en el derecho interno. Cuando no ocurra así habrá denegación de justicia y, consiguientemente, responsabilidad internacional para el estado. Fuera de esta hipótesis concreta,

11. Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Documentos correspondientes al octavo periodo de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II. Nueva York, 1957. p. 218.

12. En el texto que aquí se reproduce, las conclusiones del informe contienen las enmiendas introducidas por el Sr. Guerrero después de las deliberaciones en el Comité de Expertos.

la actuación del poder judicial no origina responsabilidad. En consecuencia, quedan expresamente excluidos del concepto de denegación de justicia o de actos y omisiones judiciales que entrañen responsabilidad internacional, la declaración de inadmisibilidad de las acciones, el error judicial y las sentencias injustas¹³. Las falencias de este artículo son obvias, pero son el reflejo de la época donde se abusó del término para justificar el uso de la fuerza, en la era del *Gunboat Diplomacy*.

En un tenor similar se redactó el Proyecto de Convención sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales, preparado por el profesor ROTH en 1932¹⁴:

Artículo 7

El Estado sólo es responsable de sus órganos judiciales en casos de tergiversación o de denegación de justicia. Habrá denegación de justicia:

1. Si el Estado no establece los tribunales necesarios para la protección de los extranjeros;
2. Si los tribunales existentes no actúan en forma correcta;
3. Si se niega a los extranjeros el acceso a los tribunales, en violación de las obligaciones existentes.

Y el Proyecto de Tratado sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, preparado por el profesor STRUPP en 1927¹⁵:

Artículo 6

Los Estados únicamente serán responsables de sus tribunales cuando éstos sean culpables de una denegación o demora intencionales de justicia. Habrá denegación de justicia cuando

13. Cfr., Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Op. cit.*, p. 182 y siguientes.
14. Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1969." *Documentos del vigésimo primer periodo de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II, Nueva York, 1970. p. 159.
15. *Id.*, p. 158.

se niegue a los extranjeros el acceso a los tribunales o cuando, en contravención de las obligaciones internacionales existentes, se haga depender dicho acceso de condiciones especiales.

Otras codificaciones demuestran lo esquivo que resulta la naturaleza de lo manifiestamente injusto. Por ejemplo, el Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Daños Causados en su Territorio a Personas o Bienes de los Extranjeros preparado por el *Institut de Droit International* en 1927 habla de denegación de justicia cuando "la sentencia constituye una injusticia notoria, especialmente si se han inspirado en la mala voluntad hacia los extranjeros, como tales o como nacionales de un Estado determinado"^{16, 17}. Otros ejemplos que dejan un amplio margen de indeterminación y subjetividad son las bases de la discusión N.º 5 elaborada por el Comité Preparatorio y el texto aprobado por la Comisión III de la Conferencia de La Haya¹⁸; los artículos del Segundo informe de GARCÍA AMADOR, Relator Especial sobre Responsabilidad del Estado por Daños Causados en su Territorio a la Persona o bienes Extranjeros¹⁹.

Si es que analizamos los aportes jurisprudenciales encontraremos un grado similar de indeterminación.

16. Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Op. cit.*, p. 224.
17. En el mismo sentido se redactó el Proyecto de Convención sobre "Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros" preparado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard de 1929: Artículo 9.- el Estado es responsable si el daño causado a un extranjero proviene de una denegación de justicia. Hay denegación de justicia en caso de que se niegue el acceso a los tribunales, de que ese acceso esté sujeto a demoras u obstrucción injustificadas, de graves defectos en la substanciación de los procedimientos judiciales o de los recursos, de ausencia de las garantías que generalmente se consideran indispensables para una buena administración de justicia, o de sentencia notoriamente injusta. El error de un tribunal nacional que no ocasiona una injusticia manifiesta no es denegación de justicia. *Id.*, p. 225.
18. Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Op. cit.*, pp. 181 y siguientes.
19. Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1957." *Documentos correspondientes al octavo período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II. Nueva York, 1958. p. 117.

3. LOS PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES

La mayoría de los tribunales de Comisiones de Reclamaciones Mixtas que abordaron el tema a inicios del siglo XX aportaron definiciones que llevaban la discusión de un concepto jurídico indeterminado a otro. En los casos *Chattin*²⁰ y *Neer*²¹ se lo definió como un “fraude manifiesto o ultraje evidente en la administración de justicia”, que equivalía a la “deshonestidad judicial probada o donde, al menos, no quede un ápice de duda de que se actuó con mala fe”. Una injusticia “clara, notoria, reconocible a simple vista”, requiriendo una conducta “palpable o evidente(mente)” injusta. De igual manera, se calificó de manifiestamente injusta a una sentencia “pronunciada y ejecutada en abierta violación de la ley”, o cuando “las reglas y formas se han violado abiertamente o cuando se han hecho distinciones odiosas en contra del extranjero”²².

Como se puede ver de los ejemplos citados, las definiciones no aportan una referencia objetiva para medir al ilícito. Afortunadamente, para la década de 1950 se avanzó en la definición y, aunque todavía no se definió lo manifiestamente injusto de manera suficientemente clara, varios tribunales enfrentados al problema de su definición colaboraron en la elucidación del panorama. La definición contemporánea viene del tribunal del caso *Mondev* que, a su vez, tomó como punto de partida el fallo del tribunal del caso *ELSI*:

In the *ELSI* case, a Chamber of the Court described as arbitrary conduct that which displays “a willful disregard of due process of law, (...) which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety”. It is true that the question there was whether certain administrative conduct was “arbitrary”, contrary to the provisions of an FCN treaty. Nonetheless (and wi-

20. General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Agreement of September 8, 1923. *B. E. Chattin (United States.) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV). July 23, 1927.

21. General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV). October 15, 1926. p. 65.

22. *Ibidem*.

thout otherwise commenting on the soundness of the decision itself) the Tribunal regards the Chamber's criterion as useful also in the context of denial of justice, and it has been applied in that context, as the Claimant pointed out. The Tribunal would stress that the word "surprises" does not occur in isolation.

The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection. In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment. This is admittedly a somewhat open-ended standard, but it may be that in practice no more precise formula can be offered to cover the range of possibilities.^{23, 24}

Si bien de las codificaciones y los laudos arbitrales no podemos obtener una definición certera de los manifiestamente injusto, al menos nos acercan a un núcleo que pueda abarcar todas las hipótesis de denegación de justicia.

23. ICSID case (additional facility). *Mondev International v. United States of America*. ARB(AF)/99/2. Final Award. October 11, 2002. para. 127.
24. International Court of Justice. *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belg. v. Spain)*. Separate opinion of Judge TANAKA (International Court of Justice, February 3, 1970), p. 145. El juez TANAKA, en su opinión separada y fundándose en el caso *ELSI* redactó lo siguiente: [I]t remains to examine whether behind the alleged errors and irregularities of the Spanish judiciary some grave circumstances do not exist which may justify the charge of a denial of justice. Conspicuous examples thereof would be 'corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it'... We may sum up these circumstances under the single head of bad faith'.

4. LA DEFINICIÓN DE LO INJUSTO

Muchos problemas se originan al momento de definir un estándar tan maleable que incluso corre el peligro de convertirse en inútil. La línea que divide lo manifestamente injusto de lo meramente injusto no siempre es clara²⁵. Es por esto que proponemos los siguientes estándares de aplicación para distinguirlos (i) no puede ser un error de mera valoración, (ii) puede referirse al fondo o a la forma de la controversia (denegación de justicia sustantiva y adjetiva), (iii) que se evidencie discriminación; y/o (iv) que exista evidencia de manifiesta incompetencia.

Una advertencia preliminar: la división de criterios para esta calificación puede parecer caprichosa o arbitraria, pero se fundamenta en las agrupaciones realizadas por otros autores mientras intenta simplificar en la medida de lo posible el estándar. Puede que muchas conductas de un estado no encuadren en un solo parámetro, sino que se confundan en varios de ellos. Por supuesto, esto no implica mayor complicación o revela fallas en el sistema de calificación, lo único que prueba es que la realidad es compleja e intrincada y no se contiene a un simple intento de abstracción intelectual.

Iniciemos recordando el insuficiente estándar actual de "propiedad judicial" y "shock": "[n]o court which was both competent and honest could have given it; no reasonable judge properly instructed as to the law could have render it."²⁶ Hemos visto que una definición tan amplia es perjudicial, por lo que debemos encontrar algo más concreto, alguna definición más precisa. ADEDE, por ejemplo, propuso la siguiente:

A decision or judgment of a tribunal or an administrative authority rendered in a proceeding involving the determination of the civil rights or obligations of an alien or of any criminal charges against

25. Cfr., BJORKLUND, ANDREA. "Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims." *Virginia Journal of International Law* 45, no. 4 (2005), p. 814.

26. ADEDE, A. "A Fresh Look at the Doctrine of Denial of Justice under International Law." *Canadian Yearbook of International Law* (1976), p. 89.

*him, and either denying him recovery in whole or in part or granting recovery against him or imposing a penalty, whether civil or criminal, upon him is wrongful: (a) if it is a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned; (b) if it unreasonably departs from the principles of justice recognized by the principal legal systems of the world; or (c) if it otherwise involves a violation by the state of a treaty.*²⁷

Aquí podemos distinguir tres trazos más precisos: arbitrariedad, un alejamiento injustificado de los principios de derecho local o internacional o la violación de un tratado. Coincidimos en el primero como un rasgo distintivo de la decisión manifiestamente injusto; el segundo creemos que sigue siendo demasiado amplio, por lo que, en su lugar, proponemos: incompetencia manifiesta; y, el último creemos innecesario, porque equipara la violación de todo tratado a una decisión manifiestamente injusta, sin otorgarle individualidad y abriendo demasiado las posibilidades.

4.1 No puede ser un mero error de valoración

El estándar de denegación de justicia es uno estricto y de difícil alcance. No es suficiente para que se cometa denegación de justicia un error en la valoración o aplicación equivocada de la ley; sostener lo contrario implica ampliar el ilícito de manera peligrosa y convertirlo en la escapatoria para cualquier litigante decepcionado con un resultado frente a una corte local.

*[T]he rule may be stated that the merely erroneous or unjust decision of a court, even though it may involve what amounts to a miscarriage of justice, is not a denial of justice, and, moreover, does not involve the responsibility of the state. To involve the responsibility of the state the element of bad faith must be present, and it must be clear that the court was actuated by bias, by fraud, or by external pressure, or was not impartial; or the judgment must be such as no court which was both honest and competent could have delivered.*²⁸

27. ADEDE, A. O., *Op. cit.*, p. 82.

28. FITZMAURICE, G. G. "The Meaning of the Term Denial of Justice." *British Yearbook of International Law* 13/93 (1932). pp. 110-111.

Virtualmente en todos los casos contenciosos, existen dos posiciones sobre las normas relevantes que deben aplicarse a los hechos. La una parte pretenderá la aplicación de una serie de principios plasmadas en reglas y excepciones, y su contraparte hará justamente lo mismo. Es tarea del juez llegar a una resolución final, valorando cuál es la decisión final más justa, y dando primacía a una opinión o, en algunos casos, a ninguna. Si los meros errores calificarían como denegación de justicia, todos los casos poseerían material suficiente para argumentar que se produjo una decisión manifestamente injusta.

Por esto es que el Departamento de Estado estadounidense ha expresado reiteradamente su visión de que los errores por parte de una corte no hacen responsable internacionalmente al estado²⁹. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia arbitral internacional que un estado deniega justicia únicamente en casos extremos: meros errores al juzgar no implican responsabilidad^{30, 31}. Aquí se traza la diferencia entre lo manifestamente injusto y lo simplemente injusto. Para constituirse en manifiesto, no basta con que exista un error en la aplicación del derecho que otorgue la razón y a quien no la posee, sino que exista arbitrariedad, mala fe, pretensión de forma o discriminación.

Vale la pena graficar la distinción con el caso *Chevron c. Ecuador*, donde se demandó al Estado por el retraso injustificado en varios casos ante tribunales de justicia ecuatorianos que, según el demandante violaban tanto el artículo II (7) del Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos como el estándar de denegación de justicia en la costumbre internacional. El artículo II (7) del TBI manda: “[e]ach Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorizations.” El tribunal, en la decisión parcial sobre los méritos sostuvo:

29. HERSHEY, AMOS S. *Op. cit.*, p. 29.

30. BJORKLUND, ANDREA. *Op. cit.*, p. 813.

31. ADEDE, A. *Op. cit.*, p. 70.

In view of the above considerations and the language of Article II (7), the Tribunal agrees with the Claimants that a distinct and potentially less-demanding test is applicable under this provision as compared to denial of justice under customary international law. The test for establishing a denial of justice sets, as the Respondent has argued, a high threshold. While the standard is objective and does not require an overt showing of bad faith, it nevertheless requires the demonstration of “a particularly serious shortcoming” and egregious conduct that “shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety”. By contrast, under Article II (7), a failure of domestic courts to enforce rights “effectively” will constitute a violation of Article II (7), which may not always be sufficient to find a denial of justice under customary international law. Given the related genesis of the two standards, the interpretation and application of Article II (7) is informed by the law on denial of justice. However, the Tribunal emphasizes that its role is to interpret and apply Article II (7) as it appears in the present BIT.³²

En este caso, el retraso de más de siete años en la decisión de varias causas, por más de que en muchas de ellas se había dictado autos para sentencia, no era suficiente para satisfacer el estándar de denegación de justicia, sino únicamente para violar el artículo II(7), al no haber provisto medios “efectivos” para la resolución de conflictos.

4.2 Denegación sustantiva

La denegación de justicia ha intentado ser equiparada como una mera falla procedimental o adjetiva, un ilícito que se comete cuando no se cumplen las formas en el proceso. Esa definición implica que la denegación de justicia pierde un sentido práctico y nos llevaría, en última instancia, a sostener que el derecho internacional público y los estándares mínimos internacionales de justicia existen solamente para vigilar las formas, pero no para juzgar a una nación por la aplicación manifiestamente injusta de

32. UNCITRAL ad-hoc tribunal. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador*. Partial Award on the Merits (Böckstiegel, Karl-Heinz; Browe, Charles; Jan van den Berg, Albert, March 30, 2010), para. 244.

sus leyes. Quienes defienden una concepción reduccionista de la denegación de justicia y la remiten únicamente al socorro de normas de procedimiento, explican que los sistemas de adjudicación internacional no son cortes de instancias y que si se les permite conocer el fondo del caso, llegarían a usurpar deberes y facultades que de manera excluyente y soberana le pertenecen a los estados.

De hecho, la retórica que esgrime el argumento de soberanía y no interferencia, era común en el siglo XIX, cuando se daba un lugar estelar a la territorialidad en el derecho internacional público. En la actualidad, varios son los tribunales que para poder decidir sobre la violación de un estándar de inversión o de un derecho humano³³, han debido conocer de cerca los hechos de un caso, el derecho de un país, y cómo las cortes nacionales ataron disposiciones normativas a situaciones específicas. De ninguna manera estamos abogando porque los tribunales internacionales interfieran en las decisiones tomadas localmente, simplemente reconocemos la tendencia actual que, para otorgar sentido a los estándares de protección del derecho internacional, se deben arbitrar los efectos de un acto jurídico³⁴, conocer el fondo del caso, pero dejando intacta la determinación que tomó la corte local. De hecho, no es nuevo que los tribunales internacionales lleguen a conocer lo actuado en un proceso local para decidir si se violaron normas internacionales. Ya para 1871, varios tribunales internacionales conocieron decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos³⁵. Es verdad que han existido casos que han superado el umbral de *intervención* permitida en un foro internacional, pero estos errores no deben impedir que se conozcan reclamos por denegación de justicia sustantiva. Analicemos algunos de estos casos.

Por ejemplo, el tribunal que conoció el caso *Solomon*³⁶, sin hacer referencia al estándar internacional contra el que media la conducta de las cortes panameñas, llegó a la conclusión que el

33. Vid. caso *Osman v. United Kingdom* decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 2003.

34. AGUILAR, JUAN PABLO. "Sobre las materias arbitrables en el Derecho Administrativo". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 1 (2009).

35. BJORKLUND, ANDREA. *Óp. cit.*, p. 813.

señor *Solomon*, nacional de Estados Unidos, fue acusado y procesado bajo un tipo penal erróneo y, que de habersele juzgado bajo la norma adecuada, habría sido condenado al pago de una multa en lugar de prisión³⁷. En este caso, el señor *Solomon*, un ex soldado de Estados Unidos, trabajaba en la Hacienda San Juan en la provincia de Chiriquí, Panamá, donde capturó a Villamonte, un cazador furtivo que se había escabullido a la hacienda pese a varias advertencias por parte de *Solomon*. *Solomon* condujo a Villamonte a la casa de hacienda, donde lo puso bajo vigilancia de un soldado estadounidense. El día siguiente *Solomon* planeaba llevar a Villamonte a la ciudad de David, donde lo entregaría a las autoridades. Sin embargo, Villamonte escapó la mañana antes de que pudieran emprender el viaje. Las cortes panameñas que conocieron el caso aplicaron el artículo 488 del Código Penal panameño de la época, que castigaba con reclusión de dos a tres años a cualquier persona que privara a otra de su libertad. Sin embargo, el tribunal arbitral constituido bajo la Convención General de Reclamaciones celebrada el 28 de julio de 1926 entre Estados Unidos y Panamá³⁸, decidió que los hechos del caso indicaban que el artículo a aplicarse era el 490, que sancionaba con una multa a las personas que privaran de libertad a otras con el propósito de ponerlas a disposición de las autoridades.

La doctrina analiza este fallo como un ejemplo de denegación de justicia, y un caso donde el tribunal arbitral fue más allá de sus prerrogativas. En el voto disidente, el Comisionado de Panamá insistió en vano en el estándar que debía emplearse³⁹, y que la decisión invadía una esfera de actuación que le correspondía únicamente a las cortes panameñas. No se debía llegar a determinar qué artículo del Código Penal debía aplicarse, sino estudiar a profundidad la motivación política de los jueces panameños para condenar a *Solomon*, valorar el peso que tuvo en la decisión

36. General Claims Commission (United States and Panama) constituted under the Claims Convention of July 28, 1926. *Abraham Solomon (United States) v. Panama*. (Reports of International Arbitral Awards June 1933, 29).

37. General Claims Commission (United States and Panama) constituted under the Claims Convention of July 28, 1926. *Abraham Solomon (United States) v. Panama*. *Op. cit.*, pp. 370-372.

38. "General Claims Commission - United States and Panama constituted under the Claims Convention." July 28, 1926.

39. BJORKLUND, ANDREA. *Op. cit.*, p. 871.

el ambiente anti americano que había producido la gran cantidad de militares estacionados en el país. Si se lograba juntar suficiente evidencia en este sentido, se podría haber declarado el cometimiento de denegación de justicia a través de una decisión manifiestamente injusta sin llegar a interferir en la aplicación del derecho local.

En el caso *Mondev*⁴⁰, pese a las declaraciones del tribunal reiterando que su función no es la de una corte de apelación⁴¹, sucedió algo similar. Este reclamo tiene su origen en una disputa entre la ciudad de Boston, la Autoridad de Desarrollo de Boston y *Lafayette Place Associates*, una compañía perteneciente al grupo canadiense *Modev International Ltd.* La Autoridad de Desarrollo de Boston negó un permiso fundamental para que la ciudad de Boston pueda cumplir un contrato con *Lafayette Place Associates*. Cuando *Lafayette Place Associates* demandó el incumplimiento de contrato, el jurado decidió que la Autoridad era inmune a reclamaciones de incumplimiento contractual y extracontractual, según las leyes de Estados Unidos. La decisión se mantuvo pues la Corte Suprema de Massachusetts ratificó las decisiones de instancia. El tribunal arbitral que conoció el caso, en busca del cometimiento de una denegación de justicia, llegó a cuestionar si la Corte Suprema se había alejado de precedentes jurisprudenciales vinculantes para decidir el caso, cuando en realidad debió analizarse si, a la luz del derecho internacional es permisible que una norma de derecho municipal exima de responsabilidad a un ente administrativo. La denegación de justicia no debía medirse en relación a la aplicación de un precedente local, sino en la legalidad de que un estado ampare su incumplimiento bajo un régimen de irresponsabilidad creado por el mismo estado. Sin duda, al analizar el caso desde esa perspectiva, se habría encontrado una denegación de justicia.

40. ICSID case (additional facility). *Mondev International v. United States of America*. ARB(AF)/99/2 (Ninian Stephen, James Crawford and Stephen M. Schwebel, October 11, 2002).

41. ICSID case (additional facility). *Mondev International v. United States of America*: "Under NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do so and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal."

Estos ejemplos ilustran las diferencias que existen entre la teoría de la no interferencia y la práctica. Es cierto que constituyen excesos, pero de ellos se deben extraer conclusiones para aplicarlas en situaciones similares, pero de ninguna manera justifican la exclusión de la denegación de justicia sustantiva –o de fondo– del derecho de responsabilidad internacional.

Para el profesor SCHREUER el examen de las decisiones nacionales en foros internacionales no solo es usual sino necesario para conocer la violación de estándares internacionales como FET y, particularmente, denegación de justicia⁴². Varios tribunales CIADI han llegado a conocer la aplicación del derecho local para determinar si existió una violación en los estándares mencionados⁴³. La conclusión es evidente, los tribunales internacionales pueden hacer responsable a un estado por las violaciones cometidas a estándares internacionales, y para llegar a tal determinación es necesario analizar la legalidad de la decisión de las cortes domésticas⁴⁴.

Ahora que hemos argumentado a favor de la posibilidad que poseen los tribunales internacionales para revisar cuestiones de fondo de una decisión, podemos elaborar sobre la arista sustantiva de la denegación de justicia. Lamentablemente, la producción académica sobre este tema es escasa⁴⁵.

Iniciemos por la primera distinción entre violaciones adjetivas y sustantivas. *“The origins of the concept of substantive denial of justice may be traced back to Emmeric de Vattel, who drew a distinction*

42. SCHREUER, CHRISTOPH. “Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law.” *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (2010). p. 89.

43. El profesor SCHREUER da como ejemplos de casos donde se conoció las decisiones nacionales para verificar si existió trato injusto e inequitativo, las siguientes: *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Award, 12 April 2002, 7 ICSID Reports 178, para. 143; *Loewen v. United States of America*, Award, 26 June 2003, 7 ICSID Reports 442, paras. 119-137; *Waste Management v. Mexico*, Award, 30 April 2004, 11 ICSID Reports 362, paras. 118-132; *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, Award, 29 March 2005, 13 ICSID Reports 387, sec. VIII. 8. Para ejemplos de Protección y Seguridad Plena, ver: C. Schreuer, Full Protection and Security, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 2 (2010).

44. SCHREUER, CHRISTOPH. *Op. cit.*, p. 90.

45. ADEDE, A. *Op. cit.*, p. 75.

between refusal to hear complaints of an alien and an unjust judgment, which is evident and unmistakable"⁴⁶. Desde la publicación del libro de FREEMAN en 1938 –uno de los grandes trabajos que analizan a profundidad el tema– la idea de incluir denegaciones sustantivas tomó fuerza⁴⁷,

*The obligations of the State with reference to its nationals, and their mutual rights in court are one thing; the duties posited by international law with respect to the judicial protection of the ressortissants of other States are quite another. Denial of justice in the international sphere has an importance considerably larger than the concept in municipal law, being designed [...] to guarantee and to safeguard the rights of aliens. It should therefore be found necessary to modify the traditional procedural definition.*⁴⁸

ADEDE es uno de los grandes exponentes a favor de las denegaciones sustantivas, reclamando una actualización del término que ya no podía agotarse solamente en la forma:

*[C]ertain views have emerged warranting the taking of a new look at the meaning of the doctrine. The fresh look will essentially centre on the examination of the content of 'substantive denial of justice,' which unfortunately has not engaged the attention of international lawyers in their doctrinal writings except in recent codifications of the law of state responsibility for injuries to aliens.*⁴⁹

En la jurisprudencia arbitral moderna, el caso *Cottesworth and Powell* es uno de los primeros donde se puede encontrar un ejemplo de un tribunal trazando una distinción entre la denegación de justicia sustantiva y procedimental:

Nations are responsible to those of strangers... first, for denials of justice: and second, for acts of notorious injustice. The first occurs when the tribunals refuse to hear the complaint, or to decide upon petitions of complaint, made according to the established forms of

46. *Ibid.*, p. 87.

47. *Ibid.*, p. 75.

48. FREEMAN, ALWYN. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. New York: Periodicals Service Co., 1938.

49. ADEDE, A. *Op. cit.*, p. 75.

*procedure, or when undue and inexcusable delays occur in rendering judgment. The second takes place when sentences are pronounced and executed in open violation of law, or which are manifestly iniquitous.*⁵⁰

En el caso Vivendi I también se trazó dicha distinción:

Debido a que el Tribunal ha determinado que, sobre la base de los hechos que se han presentado, las demandantes debieron primero haber objetado las acciones de las autoridades de Tucumán ante sus tribunales administrativos, cualquiera reclamación en contra de la República Argentina puede surgir sólo si se les denegara a las demandantes acceso a los tribunales de Tucumán para intentar sus acciones bajo la cláusula 16.4 o si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal) o si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegación de justicia material) o se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores franceses bajo el TBI por la República Argentina. Sin embargo, ya que las demandantes dejaron de intentar acciones ante los tribunales administrativos de Tucumán y ya que no hay prueba ante este Tribunal que dichos tribunales les hubieran denegado a las demandantes justicia procesal o material, no hay base sobre este fundamento para hallar que existe responsabilidad de la República Argentina bajo el TBI.⁵¹

Si es que negamos la posibilidad de que exista una denegación de justicia sustantiva, estamos ignorando uno de los elementos más importante del derecho: alcanzar una solución adecuada. La administración de justicia se compone de normas procedimentales y sustantivas, las normas procedimentales existen con el propósito de asegurar que un proceso se conduzca de manera justa y que las partes puedan exponer sus puntos en derecho. Es decir, las normas adjetivas procuran igualdad de condiciones entre los litigantes para que la justicia se logre. Las normas procedimentales son, desde esa perspectiva, instrumentales. Son una forma de

50. VITTEL, *Le Droit des Gens*, citado por Adede, A. *Op. cit.*, p. 87.

51. Caso CIADI. *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina*. Fondo. Sentencia de 21 de noviembre de 2000.

asegurarse un resultado donde se aplique correctamente normas sustantivas, esta es la razón para que varios ordenamientos, incluido el ecuatoriano, no permitan sacrificar la justicia a favor de meras formalidades⁵². Si es que no se condenan decisiones que maliciosamente aplican erróneamente normas sustantivas, estaríamos aceptando de manera implícita que el derecho de acceder a la justicia se agota en un trámite formal y no va vinculado a un resultado justo. En palabras de IRRIZARY Y PUENTE:

*The administration of justice, judicially regarded, involves two ingredients: it must be a good administration, according to the established rules of procedure; and, it must represent a correct interpretation of the law. The absence of either ingredient would make the decision or judgment of the court, presumptively, at least, unjust.*⁵³

Si es que optamos por limitar la denegación de justicia a su proyección adjetiva, casos como los de *Solomon* y *Mondev* no podrían ser conocidos por tribunales internacionales. Es más, casos tan dramáticos como *Loewen*, donde se condenó a un inversor canadiense en base a un discurso incendiario plagado de xenofobia y clasismo, no encontrarían sanción. En este caso, procedimentalmente no se cometió un error, se permitió el acceso del inversionista a las cortes y se negó la apelación de su recurso por no haberse caucionado en 125% de la sentencia; el problema, evidentemente está en cómo se formó la decisión del jurado de instancia que, por un discutible incumplimiento contractual que no superaba los cien mil dólares, mandó a pagar US\$ 625 millones.

Para finalizar, debemos mencionar que al igual que otros estándares de protección o, en general, institución jurídica, su apli-

52. Evidentemente las normas procedimentales que aseguran la igualdad, la contradicción, el derecho a la defensa y a ser oído, son fundamentales para lograr justicia. Es por eso que nos referimos únicamente a las meras formalidades como instrumentos, y no a todas las normas de procedimiento. *Ibid.* el artículo 169 de la Constitución ecuatoriana: "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."

53. IRRIZARY Y PUENTE, J. "The Concept of Denial of Justice in Latin America." *The Michigan Law Review Association* 43/2 (1944). p. 404.

cación dependerá de los bemoles de una situación particular. No todos los errores de aplicación de derecho interno configuran una denegación de justicia:

Of course, not every unjust judgment is objectionable from the point of view of international law. To be so, its gravity must be such as to render it notoriously unjust; and to be thus, neither fraud nor corruption need enter into in necessarily. It may be so, even without these vices, when the rules of procedure have been openly ignored to the manifest prejudice of the alien, or the law has been interpreted in a way that constitutes a plain corruption of its terms.⁵⁴

4.3 Discriminación

La discriminación puede adoptar dos caras como catalizador de una decisión manifiestamente injusta: el trato discriminatorio o prejuicio, y legislación dirigida. El caso *Loewen* es el ejemplo perfecto de trato discriminatorio o prejuicio por parte de la autoridad judicial. En la opinión de GREENWOOD:

Indeed, my opinion is that no appellate court acting in good conscience could have affirmed the O'Keefe verdict. I would not have wanted to associate myself, as a judge, with allowing such travesty of justice, and it is difficult for me to imagine that any majority of Mississippi Supreme Court Justices would have disagreed with that evaluation.⁵⁵

El juez de instancia permitió que el abogado demandante haga una serie de observaciones completamente impertinentes sobre el origen étnico, socioeconómico y nacional del demandante y del demandado. Presentó el caso como una lucha entre el bien y el mal. Primero habló sobre antecedentes impertinentes de las partes: el demandado era un héroe de guerra, y el demandante un canadiense que formaba parte de una millonaria corporación.

54. IRIZARRY Y PUENTE, *Op. cit.* p. 404.

55. ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. The United State of America: Opinion of Professor Cristopher Greenwood*. ICSID (AF)/98/3 (Mason, Anthony; Mikva, Abner; Mustill, 26 de March de 2001), p. 18.

Después se refirió al financiamiento del grupo *Loewen* –que provenía de algunos bancos asiáticos– en términos de dinero japonés usado en contra de un héroe de la Segunda Guerra Mundial, para finalizar señalando las diferencias étnicas de las partes, y señalando frente a un jurado predominantemente afro descendiente que *Loewen* había abusado de su comunidad al sentirse superior por su color de piel.

Como GREENWOOD los resume:

The evidence and argument submitted by the plaintiffs and allowed by the trial judge was a tissue of prejudicial, irrelevant and inflammatory materials; and the amount of damages awarded so great it is difficult to believe it really happened

(...)

I do give random samplings from what to me is the worst trial record I ever encountered. The description either I, these gentleman, or anyone else attempts to make of this record, however, can never suffice. This record must be read to be believed.⁵⁶

Como vemos, los hechos representan una clara denegación de justicia que se origina en el señalamiento de elementos irrelevantes que perjudican al extranjero. Este caso constituye una decisión manifiestamente injusta. La segunda posibilidad de discriminación puede ocurrir cuando se crea legislación dirigida en contra de un extranjero. Este tipo de legislación puede ser redactada en contra de todos los extranjeros, o de manera especial para uno de ellos.

4.4 Manifiestamente incompetente

El cuarto parámetro que proponemos y es recurrentemente mencionado en literatura especializada es la incompetencia manifiesta; este estándar se materializa en arbitrariedad, corrupción o mala fe.

56. *Ibid.* p. 2.

La arbitrariedad, según los estándares internacionales de difícil alcance y no es equiparable a la mera falta de motivación.

The Arbitral Tribunal does not think that there is a major difference in the parties' understanding of the concept. The standard is indeed of a procedural nature. In that sense, a court procedure which does not comply with due process is in breach of the duty. On the other hand, as pointed out by Respondent, the substance of a decision may be relevant in the sense that a breach of the standard can also be found when the decision is so patently arbitrary, unjust or idiosyncratic that it demonstrates bad faith.⁵⁷

La Corte Internacional de Justicia en el caso *Elettronica Sicula (ELSI)* decidió el sentido de "arbitrariedad" bajo el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre Italia y Estados Unidos de la siguiente manera:

Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the Asylum case, when it spoke of "arbitrary action" being "substituted for the rule of law" (Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 284). It is a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety. Nothing in the decision of the Prefect, or in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, conveys any indication that the requisition order of the Mayor was to be regarded in that light.⁵⁸

El caso se originó después de que el Alcalde de Palermo tomara control administrativo de las instalaciones de la fábrica *ELSI* para evitar su cierre definitivo. La compañía pertenecía a accionistas americanos que, después de corroborar su insostenible situación financiera, decidieron liquidarla. La medida del Alcalde pretendía evitar que 800 trabajadores queden en el desempleo y de esta manera se afecte el orden público.

57. ICSID case. *Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan*. *Op. cit.*, para. 653.

58. International Court of Justice (ad hoc chamber). *Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, *United States v Italy*. Merits. July 20, 1989. para. 128.

El tribunal encontró que Italia no era internacionalmente responsable por la actuación del alcalde; pese a que se reconoció administrativa y judicialmente que no existía norma que justifique la toma de la compañía, el estándar de arbitrariedad no era satisfecho. Estados Unidos argumentó que la decisión del Alcalde era un ejercicio caprichoso de su autoridad, pero el Tribunal consideró el estado de Palermo en ese momento y las circunstancias jurídicas de la decisión. Primero se consideró el riesgo de que 800 personas queden desempleadas de improviso, después se analizó el acto administrativo de requisición y se comprobó que en él se recitan las razones y las normas legales en que se fundamenta la decisión; si bien esta orden fue posteriormente anulada por el Prefecto de Palermo por defectos de forma, el Alcalde de Palermo sí poseía la facultad bajo la ley italiana. Por último, si bien la Corte de Apelaciones de Palermo declaró que el acto administrativo fue un exceso de poder, no se encontró arbitraria a la decisión justamente porque se tomó dentro de un sistema administrativo y judicial que contaba con recursos disponibles, y que fueron utilizados para revertir la orden del Alcalde. Es decir, no puede ser arbitrario el acto que es anulado por una instancia administrativa y judicial superior.

Como vemos, el estándar es alto para considerar una conducta como arbitraria. Un caso donde es clara la arbitrariedad, es el caso *Orient*:

The decision of the court confiscating the vessel and cargo was thus founded on a fact ascertained to exist only on testimony of a single witness, while it was expressly denied by four others, having an equal opportunity of knowing the truth and equally entitled to credit. A decision thus given in direct opposition to so strong a preponderance of the testimony cannot be entitled to respect. It indicates strongly premeditation on the part of the judge to confiscate the property without reference to the testimony. This opinion is strengthened by the fact that fourteen days before the decision was made the judge had agreed to pay certain expenses out of the proceed of the confiscation.

*A judge who would thus, two weeks in advance of a trial and before the testimony was examined, pledges himself to make a particular decision, would not be likely to be very scrupulous in the examination of the evidence, and certainly could claim no very great degree of respect for his decision.*⁵⁹

Las mercancías de un extranjero, como se desprende de la cita, fueron confiscadas simplemente porque los documentos de origen de los bienes no estaban en español. Esa conducta arbitraria fue el origen de la decisión manifiestamente injusta, y se configuró definitivamente en juicio, cuando el juez de la causa prevaricó públicamente y decidió dar crédito a un testimonio por sobre cuatro sin explicar sus razones.

Aquí la denegación es clara y se origina de un acto que no tiene fundamento en la ley y responde al simple capricho de un agente estatal, encubierto más tarde mediante la función judicial.

La segunda conducta que califica como incompetencia manifiesta es la corrupción o mala fe. Los actos de corrupción o de mala fe, bajo los estándares internacionales, requieren de elementos más estrictos que en el derecho local.

El primer elemento que distingue la corrupción o mala fe en el derecho internacional es que se puede acreditar su existencia a través de pruebas circunstanciales. En vista de que los tribunales internacionales no poseen facultades coercitivas o policiales para lograr investigaciones que arrojen elementos de incriminación directos, se puede acusar de que las cortes locales las cometieron si se acredita evidencia suficiente, como aberrantes incoherencias en el proceso o la aplicación insostenible de una norma jurídica. Es decir, si bien el estándar de corrupción y mala fe para el derecho internacional es de difícil alcance, se puede obtener su prueba de hechos que rodean el caso. Si sostendríamos lo contrario y exi-

59. *The Orient (United States of America vs. Mexico)* (United States and international arbitration. April 11, 1839), citado en Paulsson, Jan. *Denial of Justice in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 202.

gimos pruebas directas, la mayoría de veces serán imposibles de obtener, y las conductas podrían quedar impunes.

Esta posición ha sido adoptada en el Caso *Chevron*, por ejemplo:

The Claimants cite Paulsson and Azinian v. Mexico, to the effect that direct proof of bad faith is not necessary. A denial of justice can be found from a 'clear and malicious misapplication of the law'. They further cite Jacob Idler v. Venezuela, Bronner v. Mexico, and the Orient case among others as examples where denials of justice were found under this standard.⁶⁰

Y es a esa posición a la que nos sumamos. Por supuesto, definir corrupción y mala fe desde un estándar internacional puede ser igual de complicado que definir "manifiestamente injusto". Veamos la opinión disidente del juez TANAKA:

[I]t remains to examine whether behind the alleged errors and irregularities of the Spanish judiciary some grave circumstances do not exist which may justify the charge of a denial of justice. Conspicuous examples thereof would be 'corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it'. We may sum up these circumstances under the single head of bad faith'.⁶¹

El test que proponemos para verificar mala fe o corrupción es el balance de probabilidades o *balance of probabilities* en inglés. En un reciente caso sobre derecho de familia en el Reino Unido, LORD HOFFMAN describió el test de la siguiente manera:

If a legal rule requires a fact to be proved (a 'fact in issue'), a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary

60. UNCITRAL ad-hoc tribunal. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador. Under UNCITRAL Rules. Partial Award on the Merits Op. cit.*, p. 98.

61. International Court of Justice. *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgium. v. Spain)*. Separate opinion of Judge TANAKA (International Court of Justice, February 3, 1970), p. 158.

*system in which the only values are 0 and 1. The fact either happened or it did not. If the tribunal is left in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of 0 is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it, a value of 1 is returned and the fact is treated as having happened.*⁶²

Visto de esta manera, el test debe considerar no solo la posibilidad de que un hecho suceda, sino las probabilidades de que un determinado resultado haya sucedido en atención a las circunstancias. La consecuencia lógica del test es que se requiere de pruebas –directas o circunstanciales– más abundantes y concluyentes, cuando la conducta acusada es más grave. De igual manera, mientras más alto sea el cargo público que ostente un funcionario acusado de corrupción, más alto es el estándar que deben demostrar las partes para que el tribunal pueda llegar al convencimiento pleno de que se actuó con mala fe o mediante corrupción.

Estas consecuencias se desprenden del espíritu del propio test. Es menos probable que un funcionario público decida traficar armas a que infle sus gastos de consumo mensual que reporta al estado. De la misma manera, es más probable que un funcionario de bajo rango ceda frente a una coima, a que lo haga un presidente o sus ministros de estado.

Para concluir, si bien este estándar impone una gran carga subjetiva a ser resuelta por el juez, es más conveniente que una explicación circular donde la definición de corrupción o mala fe sea un sinónimo de estas palabras, y por eso lo preferimos frente a los que hemos repasado hasta este momento.

4.5 Pretensión de forma

Este es el último no es un elemento que propiamente configura la denegación de justicia o una decisión manifiestamente in-

62. LORD HOFFMAN, Court of appeal Civil Division. Private parties, In Re B [2008] UKHL 35.

justa, sino que es relevante porque es el vehículo utilizado para intentar justificar un abuso perpetrado en contra de un extranjero. Toda corte intentará dar visos de legalidad a sus decisiones, y no encontraremos una sentencia que frontalmente acepte la corrupción en la producción de las pruebas, la valoración equivocada del derecho en perjuicio del extranjero o un trato discriminatorio.

El ejemplo clásico de la pretensión de forma es el caso *Brown*. *Robert E. Brown*, nacional estadounidense, consiguió una concesión para desarrollar actividades de explotación y extracción minera en Sudáfrica, poco después el Congreso sudafricano decretó que todas las concesiones extendidas a extranjeros serían revocadas sin derecho a compensación alguna. Robert Brown intentó todas las acciones judiciales a su disposición y, en última instancia logró el reconocimiento de sus derechos. La Corte Suprema de Sudáfrica no solo revirtió la orden legislativa y restituyó la concesión, sino que exhortó a que se demandara los daños y perjuicios que se habían ocasionado a Brown.

Pocos días después de este fallo, el Presidente sudafricano removió a todos los ministros de la Corte por la fuerza, nombrando a personas aquiescentes con los deseos presidenciales. La nueva Corte tomó el caso Brown en la fase de ejecución, y fundándose en normas procedimentales, desechó la demanda.

Técnicamente, la decisión de desechar la demanda poseía fundamentos, discutibles eso sí, pero fundamentos legales al fin. Sin embargo, las circunstancias demuestran que la aplicación de la norma no se hizo en consideración a la justicia, sino para librarse de un problema. No solo eso, sino que a la luz de la flagrante intromisión en la función judicial, es innegable que se tergiversaron los propósitos de las normas adjetivas para lograr un resultado sustantivo. Es esencial que los jueces y árbitros internacionales vayan al fondo de formalidades vacías y no se permita la violación de estándares internacionales a través de la obra de inteligencia cínica⁶³.

63. PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, p. 202.

5. CONCLUSIONES

A pesar de las diferencias, existen coincidencias conceptuales en varias decisiones y opiniones doctrinarias alrededor de la denegación de justicia. Es decir, al menos podemos identificar lugares comunes en el acervo académico disponible, lo que sugiere la existencia de elementos centrales que deben concurrir para configurar una decisión manifiestamente injusta como denegación de justicia.

El problema más grande al que se enfrenta la denegación de justicia no es su uso constante sino su falta de determinación. Si bien esta definición no es exhaustiva, pretende acercarse al problema de la denegación de justicia desde una perspectiva reciente, tomando en consideración su disímil desarrollo doctrinario y jurisprudencial, e intentando construir un núcleo común que apare su desarrollo. Es por eso que como conclusión de este trabajo sugerimos definir lo manifiestamente injusto como un ilícito que: i) no puede ser un error de mera valoración, (ii) puede referirse al fondo o a la forma de la controversia (denegación de justicia sustantiva y adjetiva), (iii) que se evidencie discriminación; y/o (iv) que exista evidencia de manifiesta incompetencia.

Bibliografía

- Adede, A. "A Fresh Look at the Doctrine of Denial of Justice under International Law." *Canadian Yearbook of International Law* (1976), pp. 73-96.
- Bjorklund, Andrea. "Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims." *Virginia Journal of International Law* 45, no. 4 (2005), pp. 810-895.
- de Visscher, Charles. "Le déni de justice en droit international policy." *Recueil des cours* 54 (1935).
- Fitzmaurice, G. G. "The Meaning of the Term Denial of Justice." *British Yearbook of International Law* 13/93 (1932), pp. 110-111.
- Freeman, Alwyn. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. New York: Periodicals Service Co., 1938.
- Hershey, Amos S. "Denial of Justice." *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting* (1927), pp. 27-38.
- Irizarry y Puente, J. "The Concept of Denial of Justice in Latin America." *The Michigan Law Review Association* 43/2 (1944), pp. 383-406.
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Documentos correspondientes al octavo período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II. Nueva York, 1957.
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1957." *Documentos correspondientes al octavo período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II. Nueva York, 1958.
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1969." *Documentos del vigésimo primer período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II. Nueva York, 1970.
- Pufendorf, Samuel. *Of the Law of Nature and Nations. Eight Books*. 4ta ed. Traducido por Basil Kennett. The Lawbook Exchange, 2005.
- Schreuer, Christoph. "Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law." *Contemporary Issues in*

International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2010), pp. 71-94.

Wallace, Don Jr. "Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen v. US and Chattin v. Mexico." *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Ed. Todd Weiler, London: TJI International, 2005, pp. 669-698.

Jurisprudencia

Caso CIADI. *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina*. Fondo. Sentencia de 21 de noviembre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*. Solicitud de interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007.

General Claims Commission (United States and Panama) constituted under the Claims Convention of July 28, 1926. *Abraham Solomon (United States) v. Panama*. (Reports of International Arbitral Awards). June 29, 1933.

ICSID case (additional facility). *Mondev International v. United States of America*. ARB(AF)/99/2. Final award. October 11, 2002.

ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America*. Opinion of Armis E. Hawkins, former Mississippi's Supreme Court Justice. ICSID (AF)/98/3. June 6, 2001.

ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America*. Opinion of Professor Christopher Greenwood. ICSID (AF)/98/3. March 26, 2001.

ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America*. Opinion of Professor Richard B. Bilder. ICSID (AF)/98/3. March 16, 2001.

ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America*. Opinion of Professor Robert A. Clifford. ICSID (AF)/98/3. March 9, 2001.

- ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*. Final Award. ARB (AF)/98/3. June 26, 2003.
- ICSID case. *Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan*. No. ARB/05/16. Final award. July 29, 2008).
- International Court of Justice (ad hoc chamber). *Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v Italy*. Merits. July 20, 1989.
- International Court of Justice. *The Barcelona Traction, Light, and Power Company Ltd. (Belgium vs. Spain)*. Separate opinion of Judge Tanaka. February 3, 1970.
- The Orient (United States of America vs. Mexico)*. United States and international arbitration. April 11, 1839.
- UNCITRAL ad-hoc tribunal. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*. Partial Award on the Merits. March 30, 2010).

Plexo normativo

- Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre la República de Nicaragua y los Estados Unidos de América. 17 de Junio de 1958.
- Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre los Estados Unidos de América y la República Federal de Alemania. 1954.