

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

**Una decisión manifiestamente injusta como denegación de justicia en
la costumbre internacional: parámetros para su constatación jurídica**

Mario Navarrete Serrano

Tesis de grado como requisito para la obtención del título de abogado

Director: Dr. Juan Manuel Marchán Maldonado
Quito, 22 de marzo de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**“Una decisión manifiestamente injusta como denegación de justicia en la
costumbre internacional”**

MARIO NAVARRETE SERRANO

Dra. Daniela Salazar
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Manuel Marchán
Director de Tesis

Dr. Xavier Andrade Cadena
Delegado del Decano e Informante

Dr. Fabián Corral
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....
.....
.....
.....

Quito, 27 de Abril de 2012



Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Una decisión manifiestamente injusta como denegación de justicia en la costumbre internacional", presentado por el estudiante, señor Mario Andrés Navarrete Serrano previo a la obtención del título de Abogado.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

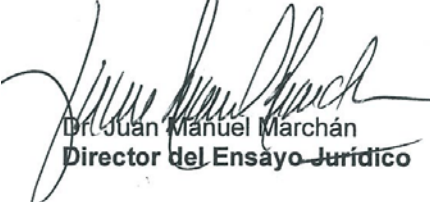
Señora Doctora Daniela Salazar, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Juan Manuel Marchán, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Xavier Andrade Cadena, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.


El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 98.67/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 96/100, da la nota final de Grado de 97.33/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 27 de abril de 2012.


Dra. Daniela Salazar
Presidente del Tribunal


Dr. Xavier Andrade Cadena
Delegado del Decano


Dr. Juan Manuel Marchán
Director del Ensayo Jurídico


Sr. Mario Andrés Navarrete Serrano

Todo el contenido del presente documento intitulado **“Una decisión manifiestamente injusta como denegación de justicia en la costumbre internacional”** corresponde a las opiniones y criterios personales de su autor, al igual que las ponencias vertidas en su disertación oral y defensa pública.

De ninguna manera éstas representan o reflejan el criterio institucional de la Universidad San Francisco de Quito, como tampoco de su Colegio de Jurisprudencia, del Decano, Vicedecano, planta docente y demás funcionarios. La institución no asume responsabilidad alguna sobre información, opiniones o criterios contenidos en él.

El autor se hace responsable por acción de cualquier naturaleza que pueda derivarse del presente documento.

AUTOR: MARIO NAVARRETE SERRANO



FIRMA DE RESPONSABILIDAD

CI: 171093 7261

© Mario Navarrete Serrano, 2012

A los que me hicieron lo que soy

Resumen

Esta investigación pretende abordar uno de los temas que más controversia ha causado en el derecho internacional público: una decisión manifiestamente injusta como denegación de justicia. Desde hace más de tres siglos se ha intentado caracterizar lo manifiestamente injusto, separarlo de lo meramente injusto e identificar conductas que puedan considerarse como tales. Varios tribunales internacionales han abordado el tema y han llegado a conclusiones distintas y muchas veces contradictorias. El panorama es similar en los textos académicos desarrollados al respecto.

A pesar de las diferencias, existen coincidencias conceptuales en varias decisiones y opiniones doctrinarias. 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.

Esta tesina pretende indagar en esos lugares comunes, identificarlos a través de la jurisprudencia y la doctrina, contrastar sus opiniones y sugerir la que, a nuestro parecer, es la más acertada. Si bien no pretendemos dar una solución final al problema, intentamos recoger las propuestas más importantes que se han presentado y avanzar una explicación que sirva de base para profundizar la discusión.

Abstract

This research intends to address one of the most controversial issues in public international law: a manifestly unjust decision as denial of justice. For more than three centuries, efforts have been made to define what *manifestly unfair* means. Several international tribunals have dealt with the issue and reached different and often contradictory conclusions. We find the same contradictions if we turn to scholarly writings.

Despite these differences, there are conceptual similarities in several awards and scholarly writings. In other words, in their attempts of defining what *manifestly unjust* means, tribunals and academics have faced the same problems. This suggests a number of core issues that must be studied to provide an exact meaning of *manifestly unjust*.

This paper tries to investigate this core issues, identifying them in case law and doctrine, commenting contradictory views of the issue and suggesting what most accurately defines *manifestly unjust*. We do not intend to give a final solution to the problem, rather, we are trying to analyze the most precise definitions we can find and provide elements for further discussion.

Contenido

Introducción.....	1
1. La denegación de justicia y la responsabilidad internacional	9
1.1. La responsabilidad internacional	9
1.2. La obligación de administrar justicia adecuada.....	12
1.3. La denegación de justicia: su evolución	15
1.4. La denegación de justicia: su indeterminación	16
1.5. Las Formas de denegación de justicia en la costumbre internacional	24
1.5.1. Impedir a un extranjero el acceso a las cortes	25
1.5.2. Retardo injustificado	31
1.5.2.1. El retardo injustificado en la costumbre internacional.....	31
1.5.2.2. Test del retardo injustificado como forma de denegación de justicia	33
1.5.2.3. El plazo razonable en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	34
1.5.2.4. El plazo razonable en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	37
1.6. Sumario del capítulo uno	39
2. La decisión manifiestamente injusta: reglas de segundo grado	42
2.1. ¿Quién puede reclamar por el cometimiento del ilícito?	42
2.2. ¿Qué agente del estado comete el ilícito?.....	45
2.2.2. La visión reduccionista: solamente las cortes pueden denegar justicia....	50
2.2.3. La visión amplia: cualquier agente del estado puede denegar justicia	54
2.3. Agotamiento de recursos internos: intento razonable en las cortes locales	58
2.4. Estándar violado por el cometimiento del ilícito	66
2.4.1. Estándar de trato nacional	68
2.4.2. Estándar de trato mínimo internacional.....	70
2.5. Intentos previos de codificación	74
2.6. Sumario del capítulo dos.....	81
3. Los parámetros para constatar una decisión manifiestamente injusta: reglas de primer grado	85
3.1. Denegación de justicia adjetiva y sustantiva	85

3.1.1. Denegación adjetiva	86
3.1.2. Denegación sustantiva	90
3.2. Los parámetros actuales	97
3.3. Nueva valoración de lo manifiestamente injusto	100
3.3.1. No puede ser un mero error de valoración	100
3.3.2. Manifiestamente injusto	102
3.3.2.1. Discriminación	104
3.3.2.2. Manifiestamente incompetente	106
3.3.2.3. Pretensión de forma.....	113
3.4. Sumario del capítulo tres	116
4. Conclusiones	118
Bibliografía.....	121
Jurisprudencia.....	125
Plexo normativo.....	129

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. One is impressed with the mental paralysis that seems to follow upon the mere pronunciation of the term 'denial of justice' in a connection with a particular situation.

-FREDERICK SHERWOOD DUNN-

Introducción

Si bien el concepto de denegación de justicia es uno de los más utilizados en el vocabulario del derecho internacional, describirlo de manera precisa mediante una definición o enumeración ha sido una de las tareas más complicadas.

En la actualidad, la doctrina acepta unánimemente que existen tres formas en que este ilícito internacional se configura: (i) retardo o demora injustificada de una decisión, (ii) impedir a un extranjero acceder a las cortes locales; y, (iii) una decisión manifiestamente injusta¹. Sobre la primera forma trataremos en la sección 1.5.2; siendo la que más atención y desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha obtenido, no suscita mayor discusión. Sobre la segunda forma de denegación de justicia trataremos en la sección 1.5.1; este tipo de denegación de justicia no genera demasiado interés porque casi no se presenta en las relaciones jurídicas contemporáneas. La tercera forma de denegación de justicia es la que pretendemos definir en el tercer capítulo de este estudio.

Ahora bien, esta breve explicación resume siglos de avance jurídico, abstracciones, intentos de definición y jurisprudencia contradictoria. En vista de la complejidad del tema que pretendemos abordar, iniciemos realizando precisiones sobre la denegación de justicia en el derecho internacional, señalando las varias interpretaciones de la que ha sido objeto en diferentes momentos históricos. Sin estos antecedentes, resultaría poco ventajoso y bastante confuso utilizar información de inicios y mediados del siglo XX, época de auge de la denegación de justicia.

En un inicio, la denegación de justicia era un concepto político más que jurídico, servía para articular el sistema de venganzas privadas en la Edad Media. Cuando un extranjero se sentía insatisfecho con el trato recibido en otra nación y sus reclamos no eran escuchados, podía acudir a su monarca, quien, si consideraba que se había denegado justicia, extendía una autorización para que se haga justicia por mano propia.

Fueron Vattel y Grocio quienes dotaron de sentido jurídico a la institución y debatieron sobre los elementos que debían conformarla. Las posiciones más extremas, como la de Fitzmaurice², llegaron sostener que la denegación de justicia equivale a todo

¹ Paulsson, Jan. *Denial of Justice in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 65.

² Fitzmaurice, G. G. "The Meaning of the Term Denial of Justice." *13 British Yearbook of International Law* 93 (1932), p. 111.

ilícito internacional³, Otra visión de denegación de justicia intentaba restringir el concepto al mínimo posible, equiparándolo con impedir a un extranjero acceder a las cortes. Este enfoque fue presentado en 1929 por José Gustavo Guerrero en su informe al Comité de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional de la Liga de las Naciones⁴. Es decir, se satisfacía el requisito de ofrecer justicia al extranjero con admitir a trámite una demanda, sin importar lo que la sentencia determine o la forma en que se aplique el derecho. En 1962, durante el Comité Jurídico Interamericano, un grupo de países de Latinoamérica reafirmaron esta postura y señalaron que “los estados no son internacionalmente responsables por decisiones jurídicas que no satisfagan al demandante.”⁵

Otras propuestas planteaban reducir la denegación de justicia solamente a impedir a un extranjero acceder a las cortes locales⁶⁷. Varias codificaciones intentaron desarrollar listas detalladas de conductas específicas⁸ que ahora caerían bajo supuestos de trato

³ Adede, A. “A Fresh Look at the Doctrine of Denial of Justice under International Law.” *Canadian Yearbook of International Law* (1976), p. 74.

⁴ Naciones Unidas. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956.” *Óp. cit.*, p. 218.

⁵ OEA/Ser. I/VI.2, CIJ-61, pg. 8.

⁶ Conclusiones de Gustavo Guerrero a la Comisión de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional e la Liga de las Naciones. “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, página 218.

⁷ El texto propuesto por Guerrero es el siguiente: “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.

⁸ 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, página 117. El texto de esa codificación es el siguiente: “Artículo 4: Denegación de justicia: 1. El Estado es responsable de los daños causados al extranjero por actos u omisiones que importan una denegación de justicia. 2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que ha habido *denegación de justicia* cuando el tribunal u órgano competente del Estado no ha permitido al extranjero el ejercicio de alguno de los derechos previstos en los apartados f), g) y fi) del párrafo 1 del Artículo 6 del presente anteproyecto. 3. A los mismos efectos, también se entenderá que ha habido *denegación de justicia* cuando se ha dictado una sentencia o resolución judicial notoriamente injusta y ésta ha obedecido a la condición de extranjero del particular perjudicado. 4. Los casos de *error*

discriminatorio, expropiación u otros estándares de protección internacional. En estas y otras tantas discusiones no siempre existió consenso, es más, la jurisprudencia y los comentarios académicos esgrimen, la mayoría de veces, posiciones totalmente contradictorias. A continuación repasemos brevemente los puntos axiales donde se centró el debate, donde encontraremos los elementos que definen la denegación de justicia.

Una de las discusiones más importantes giró en torno a quién podía cometer el ilícito ¿solamente las cortes locales, o también el legislativo y el ejecutivo? En los casos *El Triunfo*⁹ y *Brown*¹⁰, por ejemplo, se interpretó que no solo las cortes podían denegar justicia, sino que el legislativo y el ejecutivo también podían hacerlo; en un sentido similar fallaron los árbitros que conformaron el tribunal del caso *Interoceanic Railway of Mexico*¹¹. En el caso *Janes c. México*¹² se adoptó una posición similar, y se hizo responsable al estado porque sus autoridades administrativas fueron negligentes en la investigación y no lograron capturar al asesino de *Laura Janes*. En el caso *Massey c. México*¹³ se llevó esta postura al extremo y se condenó al pago de daños y perjuicios después de verificar que agentes mexicanos de bajo rango cometieron errores en toda la cadena de investigación y custodia. La Convención sobre Responsabilidad Estatal por

judicial, sea cual fuere el carácter de la sentencia o resolución, quedan excluidos en las hipótesis de responsabilidad prevista en este artículo.”

⁹ The Claims Commission of Rosa Gelbrunk and the “Salvador Commercial Company et. al. (El Salvador and United States of America) constituted under Protocol of 19 December 1901. *Claim of the Salvador Commercial Company ("El Triunfo Company")*. (Henry Strong, Don M. Dickinson, José Rosa Pacas, Reports of International Arbitral Awards, Vol. 15 May 8, 1902).

¹⁰ Arbitral Tribunal (Great Britain and United States of America) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910. *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*. (Reports of International Arbitral Awards, Volume VI pp. 120-131. November 23, 1923).

¹¹ British-Mexican Claims Commission (Great Britain and the United Mexican States) constituted under Convention of December 5, 1930. *The Interoceanic Railway of Mexico (Acapulco to Veracruz) (Ltd.), and the Mexican Eastern Railway Company (Ltd.), and the Mexican Southern Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards Vol. V pp. 178-190, June 18, 1931).

¹² General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV p. 82-98, November 16, 1925).

¹³ General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *Gertrude Parker Massey (U.S.A.) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV pp. 155-164, April 15, 1927).

Daños a Extranjeros del *Deutsche Gessellschaft für Völkerrecht*¹⁴, el Proyecto de Protección Diplomática del Instituto Americano de Derecho Internacional¹⁵ y la Reformulación del Instituto Jurídico Americano en 1965¹⁶ se sumaron a esta posición y codificaron el delito de manera tal que podía ser cometido por cualquier rama y agente del estado.

Por el contrario, en el caso de *Antoine Fabiani*¹⁷, donde las cortes locales se negaron a ejecutar una sentencia extranjera aún en presencia de un *exequátur*, el tribunal arbitral sostuvo que la denegación de justicia únicamente podía ser cometida por las cortes, ya que estaba intrínsecamente relacionada con ellas. Los redactores del Borrador de la Facultad de Derecho de Harvard de 1929¹⁸ se sumaron a esta posición. Incluso, en el borrador de los profesores Sohn y Baxter¹⁹ se empleó la frase *denegación de acceso a las cortes y denegación de un juicio justo*, para dejar en claro que el ilícito solamente podía producirse en relación a la actividad judicial. Lo mismo ocurrió con el artículo nueve de las Provisiones adoptadas por el Tercer Comité de la Conferencia de Codificación de la Haya²⁰. Este tema será tratado a profundidad en la sección 2.2.

¹⁴ Artículo III: 3. Tratándose de la aplicación del derecho nacional acorde con el derecho internacional por sus tribunales, únicamente nacerá la responsabilidad del Estado en el caso de una denegación de justicia. Habrá denegación de justicia: 1) Cuando no funcionen los tribunales que existen para la protección de personas y bienes, o no puedan recurrir a ellos los extranjeros, o se prolonguen indebidamente los trámites relacionados con los extranjeros; 2) Cuando la decisión del tribunal sea tan deficiente que no pueda considerarse como la expresión de una resolución judicial concienzuda. Podrá presumirse la ausencia de resolución judicial concienzuda si los tribunales no ofrecen las garantías de independencia que son esenciales para la adecuada administración de justicia o si los tribunales han actuado con dolo hacia los extranjeros en general o las personas que posean la nacionalidad de los extranjeros de que se trate, en: 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, pgs. 150.

¹⁵ Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Óp. cit.*, p. 227.

¹⁶ Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1971." *Documentos correspondientes al octavo periodo de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Vol. II. Nueva York, 1973, p. 195.

¹⁷ Mixed Claims Commission (France and Venezuela) constituted under the Protocol signed at Washington on 27 February, 1903. *Antoine Fabiani Case*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. X pp. 83-139, July 30, 1905).

¹⁸ Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Óp. cit.*, p. 225.

¹⁹ Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1969." *Óp. cit.*, pp. 143 y 144.

²⁰ Citado por Bjorklund, Andrea. "Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims." *Virginia Journal of International Law* 45/4 (2005), p. 834.

La segunda gran discusión trató sobre las formas que la denegación de justicia podía adoptar. En el caso *Interocean Transportation Company of America*²¹, por ejemplo, se discutió si las decisiones manifiestamente injustas eran una forma de denegación de justicia o un delito independiente. El tribunal optó por la segunda opción, y distinguió entre denegación de justicia y actos de notoria injusticia.

El tercer punto de discusión es el estándar que debe usarse para medir si se denegó justicia. ¿Se debe utilizar un estándar nacional o se debe medir el derecho de los extranjeros a acceder a la justicia desde un cariz internacional? En el caso *Martini*²² se presentó un reclamo por denegación de justicia porque la Corte de casación de Venezuela aplicó injustamente el derecho municipal; es decir, se estaba solicitando que se mida la administración de la justicia local contra un estándar mínimo internacional. En el mismo sentido, en el caso *Neer c. México*²³ se argumentó que la denegación de justicia debía medirse contra estándares internacionales y que el trato a un extranjero necesariamente se debía determinar en base al derecho internacional. Así mismo, en el caso *Losinger*²⁴, el representante Suizo dijo que la denegación de justicia necesariamente debía medirse contra un estándar internacional, ya que aplicar un estándar local implicaría reducir su sentido a la definición de cada estado. Nos referiremos a este tema en la sección 2.4.

El cuarto debate trata sobre la importancia de la regla del agotamiento de recursos internos en torno a la denegación de justicia. En los casos *De Caro*²⁵ y *Puerto Cabello*²⁶

²¹ British-Mexican Claims Commission (Great Britain and the United Mexican States) constituted under Convention of December 5, 1930. *The Interoceanic Railway of Mexico (Acapulco to Veracruz) (Ltd.)... Óp. cit.*, pg. 276-278.

²² Claim Commission (Italy and United States of Venezuela) constituted under the Convention of December 21, 1920. *Affaire Martini (Italie contre Venezuela)*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. II pp. 975-1008, May 30, 1930).

²³ 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 pp. 60-66, October 15, 1926).

²⁴ Permanent Court of International Justice. *The Losinger & Co. Case (Switzerland v. Yugoslavia)*. (ser. A/B) No. 67 (PCIJ, June 27, 1936).

²⁵ Mixed Claims Commission (Italy and Venezuela) constituted under the Protocols of 13 February and 7 May 1903. *De Caro Case (of a general nature)*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. X pp. 635-644, 1903).

²⁶ Mixed Claims Commission (Great Britain and Venezuela) constituted under Agreement of 13 February and 7 May, 1903. *Puerto Cabello and Valencia Railway Case (on merits)*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IX pp. 510-533, 1903).

se desestimaron los reclamos porque los extranjeros no habían intentado los recursos disponibles según el ordenamiento interno venezolano, y se resolvió que al tratarse de denegación de justicia, el agotamiento de recursos internos no es un simple requisito de admisibilidad, como tradicionalmente se lo ha entendido, sino que es relevante incluso para los méritos de la disputa. Profundizaremos este punto en la sección 2.3.

Estas y otras son las preguntas centrales que pretendemos responder para poder dotar de contenido preciso al concepto. Sin embargo, hay autores como Paulsson que han llegado a sostener que cualquier intento de definición objetiva de denegación de justicia está destinado al fracaso²⁷. No compartimos esa opinión. Si un concepto es imposible de aprehender intelectualmente deja de ser una construcción útil y se convierte en una mera opinión, condenada a variar eternamente y a ser interpretada de maneja antojadiza. Más bien nos sumamos a lo que sostiene Freeman, que ve en la vaguedad de la expresión *denegación de justicia* las características de "growing, living branches of legal science in formative periods, emanating not exactly from terminological disagreement, but rather from conflicting views touching the very roots of State responsibility itself."²⁸

Tracemos la hoja de ruta que nos guiará en este estudio. En el primer capítulo explicaremos la evolución histórica de la denegación de justicia y las dos formas más comunes que adopta en las relaciones internacionales contemporáneas: retardo injustificado, impedir a los extranjeros acceder a las cortes y los parámetros que se han creado para constatar la verificación de ambos. En el capítulo dos estudiaremos las reglas de segundo nivel que rodean el cometimiento del ilícito internacional y las diferentes posiciones sobre cada uno de estos componentes: (i) el agente del estado que puede cometerlo; (ii) el tipo de normas que pueden violarse en el cometimiento de este ilícito; y, (iii) el agotamiento de recursos internos. Finalizando ese capítulo analizaremos los intentos de codificación más importantes. En el capítulo tres expondremos nuestra posición sobre los requisitos de primer nivel necesarios para que se configure denegación de justicia.

²⁷ Paulsson, Jan. *Denial of Justice in International Law*. *Óp. cit.*

²⁸ Freeman citado por Cançado Trindade, A.A. "Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law." *Philippine Law Journal* 53 (1978), p. 405.

El objetivo principal de esta tesina es aportar elementos objetivos para constatar una decisión manifiestamente injusta como denegación de justicia, lo que brindará seguridad en su futura aplicación. Como Eagleton sostuvo:

The most important thing (...) is the necessity of getting an exact definition of denial of justice, for that effect the statement of the rule of responsibility. If you say that a state is responsible only for a denial of justice, then you have to widen your definition of denial of justice to cover all international illegalities: but if you say that denial of justice refers only to the failure of the courts, the state may be held responsible for more than the mere denial of justice.²⁹

Por último, y después de haber introducido el tema, es preciso resaltar el método investigativo a emplearse, dada la naturaleza eminentemente consuetudinaria de la institución. La forma más común de acreditar la existencia de la costumbre –y los dos elementos que la componen: *opinio iuris* y repetición- es a través de tratados internacionales, comentarios académicos y sentencias internacionales³⁰. Una práctica consciente y constante de incluir cláusulas sobre denegación de justicia en innumerables tratados no solo acredita el elemento “repetición”, sino que logra demostrar el esquivo convencimiento estatal –*opinio iuris*- de que la norma posee mérito en derecho para ser vinculante.

Evidentemente, saldar la investigación solamente con convenciones y tratados internacionales sería insuficiente para lograr un estudio de un tema con árida reputación. Detengámonos un momento en la importancia de la costumbre, la jurisprudencia, las opiniones académicas y su relación con los tratados. Es bastante complicado evaluar la importancia de estas tres fuentes que constituyen solamente parte de las fuentes formales del derecho internacional³¹. Esta tarea se complica aún más si consideramos la

²⁹ Eagleton, Clyde, citado por Hershey, Amos S. "Denial of Justice." *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1927)*, p. 34.

³⁰ Sinha, S. Prakash. "New Nations and the International Custom." *William and Mary Law Review* (1968), p. 802.

³¹ El estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38 señala las 5 fuentes formales del Derecho Internacional: “Artículo 38: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.”

intrincada relación que tiene la jurisprudencia con las otras fuentes del derecho internacional³². La costumbre y la doctrina se alimentan de la jurisprudencia, la que a su vez, se alimenta de ellas. Es decir, existe una relación simbiótica entre la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre. Sin embargo, creemos en el valor de las convenciones y tratados porque casi siempre, todas las instituciones jurídicas, tras madurar en la pluma de académicos y jueces, terminan siendo codificadas en instrumentos internacionales.

A lo largo de esta investigación echaremos mano de todas las fuentes formales del derecho internacional, con especial atención a los tratados y convenciones, sin olvidar que la denegación de justicia se originó en la costumbre internacional y que los esfuerzos jurisprudenciales y académicos por elucidarla, no han encontrado todavía una solución definitiva.

³² Daillier, Patrick en. *The Law of International Responsibility*. Ed. James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 38. (Traducción libre del original)

1. La denegación de justicia y la responsabilidad internacional

Iniciaremos este capítulo explicando brevemente los rasgos salientes de la responsabilidad internacional como fundamento de las relaciones en el derecho internacional (1.1). Después analizaremos de manera específica la obligación general de administrar justicia –que es la obligación perteneciente a la rama del derecho de responsabilidad internacional quebrantada cuando se deniega justicia- (1.2), para concluir repasando la historia de la denegación de justicia y su poco articulado desarrollo (1.3).

1.1. La responsabilidad internacional

El derecho de responsabilidad de los estados tiene una fecunda historia. Alcanzó su apogeo a finales del siglo XIX e inicios del XX, pese a que con anterioridad Emerich de Vattel y Hugo Grocio ya lo habían estudiado largamente³³. La responsabilidad es parte de la esencia del derecho y constituye un pilar fundamental de la comunidad internacional³⁴, interactúa con la noción de soberanía, afecta su definición y es recíprocamente afectada. En otras palabras, la responsabilidad es el corolario del derecho internacional, la mejor prueba de su existencia y la medida más creíble de su efectividad³⁵.

El término responsabilidad internacional abarca la nueva relación legal que nace bajo el derecho internacional en razón del quebrantamiento de una obligación internacional³⁶ imputable a un estado. Esa concepción de responsabilidad no ha cambiado, sin embargo, las condiciones que gobiernan las circunstancias bajo las que esta nueva relación jurídica nace y su contenido, han sido objeto de una re conceptualización radical³⁷. En un inicio, el sistema de responsabilidad internacional poseía características similares a los sistemas civiles y privados; gravitaba alrededor de

³³ Bjorklund, Andrea. “Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims.” *Virginia Journal of International Law* 45/ 4 (2005), p. 818.

³⁴ Reuter, Paul, citado por Pellet, Alain, *Óp.cit.*, p. 3. (Traducción libre del original)

³⁵ Pellet, Alain, *Óp. cit.*, p. 3. (Traducción libre del original)

³⁶ Anzilotti, D., *Ibíd*, p. 8. (Traducción libre del original)

³⁷ Pellet, Alain *Ibíd*, p. 8. (Traducción libre del original)

vínculos obligacionales bilaterales que incluían únicamente al estado que produjo el daño y al afectado.

This strict approach corresponded well to the demands of the ‘Westphalian’ international society, characterized by the presence of competing sovereign States: only they had place in that society, and the conception which they elaborated of their sovereignty (and which was encouraged by the predominantly positivist views of author) excluded anything resembling a criminal punishment, which would necessarily imply some form of constrain. Further, the absence of any form of transfrontier solidarity (or an awareness of the possibility that such solidarity could exist) favored this purely bilateral and inter-persona approach. In this system, other States might have an interest that reparation should be made for the international wrong and the international legal order restored, but they do not have a right to that effect, given that they have suffered no injury.³⁸

Actualmente, la noción de responsabilidad ha sido profundamente transformada como consecuencia de una evolución tripartita que refleja la propia evolución del derecho internacional: (a) ha perdido unidad conceptual como resultado de la eliminación del daño como presupuesto para su cometimiento; (b) reclamar el quebrantamiento de una norma internacional ya no es una posibilidad exclusiva de los estados, y se ha convertido en un atributo de la personalidad de otros sujetos del derecho internacional³⁹; y, (c) el punto de partida que compartía con la responsabilidad civil por actos que no involucraran el quebrantamiento de una norma internacional ha desaparecido⁴⁰. Todos estos avances han permitido un resurgimiento de los reclamos por denegación de justicia y la han convertido, nuevamente, en un tópico de interés.

El primer cambio se refleja, por ejemplo, en el artículo uno y dos de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴¹:

Artículo 1: Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

³⁸ *Id.*, p. 6.

³⁹ Francioni, Francesco. “Access to Justice, Denial of Justice and Investment Law.” *The European Journal of International Law* 20/ 3 (2009), p. 731.

⁴⁰ Pellet, Alain, *Óp. cit.*, p. 6.

⁴¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. “Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.” *Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)*. n° A/RES/56/83. 28 de enero de 2002.

Artículo 2: Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

El cambio más relevante frente a la teoría tradicional de responsabilidad, es que ya no se requiere de un daño específico para que exista responsabilidad. Para que un estado sea internacionalmente responsable es necesario y suficiente que converjan dos elementos: violación de una obligación internacional⁴² y atribución. El rol del daño y la reparación pasan a segundo plano, ya no como elemento constitutivo de la responsabilidad, sino como parte de la nueva relación jurídica que emerge entre el sujeto que sufrió el daño y quien lo irrogó. La reparación es, en el estado actual de cosas, dependiente de la responsabilidad; si no existe la última, jamás emergerá la primera. Hay que tener en cuenta este avance para valorar cuándo se ha denegado justicia; el caso ecuatoriano detallado en la sección 1.5.1 es un gran ejemplo de justicia denegada sin que todavía existan daños específicos.

La Comisión de Derecho Internacional, en los comentarios al artículo citado explicó la omisión del daño como requisito de la responsabilidad:

If we maintain at all costs that ‘damage’ is an element in any internationally wrongful act, we are forced to the conclusion that any breach of an international obligation towards another State involves some kind of ‘injury’ to that other State. But this is tantamount to saying that the ‘damage’ which is inherent in any internationally wrongful act is the damage which is at the same time inherent in any breach of an international obligation.⁴³

Así las cosas, el sistema de responsabilidad internacional pasó de una estructura interestatal con marcados tonos civiles y penales a una perspectiva más objetiva: las obligaciones internacionales deben ser respetadas independientemente de las

⁴² La palabra obligación, en este contexto, posee un sentido amplio y se refiere a ilícitos de acción u omisión, incumplimiento de obligaciones de medio y de resultado, violaciones a obligaciones debidas a la Comunidad Internacional como un todo; e, inclusive, a la responsabilidad de reparar de un sujeto internacional aun en ausencia de un acto internacionalmente ilícito. Al respecto, *vid.* el literal “B” de la Sección I, correspondiente a la Parte III (redactada por Franck Latty), y la Sección II correspondiente también a la Parte III (redactada por Michel Montjoie) en *The Law of International Responsibility*. Editado por James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁴³ International Law Commission. “Commentary to draft: article 3.” *International Law Commission Yearbook*. Vol. II. 1973, p. 183.

consecuencias de una violación⁴⁴. Todo quebrantamiento de una obligación internacional conlleva la responsabilidad de su autor, mientras que el contenido de la responsabilidad y sus efectos concretos varían dependiendo de la conducta ilícita.

1.2. La obligación de administrar justicia adecuada

Una vez explicado que solo se requiere atribución y violación de una norma para que un sujeto internacional sea responsable, analicemos el origen de la obligación de administrar justicia.

Históricamente, la debacle de los sistemas colonialistas y la concomitante aparición de nuevos estados, significó que los derechos de las personas y la propiedad que se encontraban en las nacientes naciones eran sujetos de los nuevos regímenes gubernamentales. Los extranjeros que habitaban esos incipientes estados al momento de su independencia, o que arribaron a ellos poco después, debían ajustarse a las nuevas leyes promulgadas por el poder político. En este punto aparece la interrogante, ¿por qué el estado que recibe a un extranjero está obligado a ofrecerle un sistema de justicia adecuado? El profesor Paulsson inicia su análisis sobre denegación de justicia justamente con esa pregunta:

By what artifice might a state owe a duty to the world at large to maintain an adequate system for the administration of justice? It is one thing for states to assume obligations at their own diplomatic initiative. Few would question that legal duties flow from a treaty by which two states promise each other that their nationals will be afforded a certain standard of treatment if they are accused of crimes in the other country, or a multilateral agreement by which each state promises all other signatories to abide by certain rules for international trade and investment. But by what contrivance is a state to be held responsible for an imperfect judicial system? When did any state make promises to that effect?⁴⁵

Ya para el siglo XVII era aceptado que esta obligación nacía en la costumbre. Por ejemplo 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 justicia⁴⁶. Esta obligación estaba

⁴⁴ Pellet, Alain, *Óp. cit.*, p. 9. (Traducción libre del original)

⁴⁵ Paulsson, Jan, *Óp. cit.*, p 1.

⁴⁶ Pufendorf, Samuel. *Of the Law of Nature and Nations. Eight Books*. 4th edition. Translated by Basil Kennett. The Lawbook Exchange, 2005, p. 403.

profundamente arraigada y no se quedaba en meras especulaciones doctrinarias. El Juez de Visscher, luego de un extenso análisis de las convenciones internacionales del mismo período –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.”⁴⁷

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 emanada de la costumbre internacional. Como ejemplo de los abundantes⁴⁸ instrumentos internacionales que contenían disposiciones en este sentido, valga el artículo IV del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado en 1953 entre Estados Unidos de América y Japón:

Nationals and companies of either Party shall be accorded national treatment and most favored nation treatment with respect to access to the courts of justice and to administrative tribunals and agencies within the territories of the other Party, in all degrees of jurisdiction, both in pursuit and in defense of their rights (...).

Y el Tratado de Paz, Amistad, Navegación y Comercio entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América:

Art. 13. Ambas partes contratantes se comprometen y obligan formalmente a dar su protección especial a las personas y propiedades de los ciudadanos de cada una recíprocamente, transeúntes o habitantes, de todas ocupaciones, en los territorios sujetos a la jurisdicción de una y otra, dejándoles abiertos y libres los tribunales de justicia para sus recursos judiciales, en los mismo término que son de uso y costumbre para los naturales o ciudadanos del país en que residan, para lo cual podrán emplear en defensa de sus derechos aquellos abogados, procuradores, escribanos, agentes o factores que juzguen conveniente, en todos sus asuntos y litigios; y dichos ciudadanos o agentes tendrán la libre facultad de estar presentes en las decisiones y sentencias de los tribunales, en todos los casos que conciernan a aquellos, como igualmente al tomar todos los exámenes y declaraciones que se ofrezcan en los dichos litigios.

⁴⁷ de Visscher, Charles. “Le déni de justice en droit international policy.” *Recueil des cours* 54 (1935), p. 374.

⁴⁸ En el mismo sentido 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.

En la actualidad, el acceso a la justicia forma parte del *ius cogens* y es considerado un derecho fundamental⁴⁹.

Si bien el derecho de acceder a la justicia ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia del sistema universal de derechos humanos (a propósito del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁰, el artículo cinco del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵¹, y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵²) y pareciera que no es relevante para disputas donde únicamente se discuten pérdidas pecuniarias, la lógica expuesta en esos fallos y comentarios académicos es útil para todo el dominio del estudio de la responsabilidad del estado.

Si bien existen diferencias sustanciales entre el estudio de los derechos humanos y las ramas que resuelven disputas sobre pérdidas patrimoniales, existen varias superposiciones prácticas y teóricas entre ellas⁵³; su interacción no solo es probable sino necesaria⁵⁴ y, en última instancia, ambas poseen coincidencias que informan al derecho internacional en un sentido coherente. La obligación de administrar justicia es justamente uno de los lugares comunes, reconocido, como se desprende de las citas, tanto en instrumentos y sentencias de derechos humanos, como en los que se refieren a derechos patrimoniales.

⁴⁹ Voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, sección V: [e]l Acceso a la Justicia y la Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*, dentro del *Caso Trabajadores Cesados 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).

⁵⁰ 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...).

⁵¹ Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. (...)

⁵² *Vid.*, en el mismo sentido el artículo 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵³ Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.*, p. 819.

⁵⁴ Cfr., Romero, Eduardo Silva. "El mito del carácter ilimitado del derecho a la propiedad de los inversionistas." *Texto de la comunicación que el autor dictó en el IV Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello*. Septiembre de 2009.

Así las cosas, no queda duda que el derecho de acceder a la justicia es parte de la costumbre internacional; al denegar justicia se está quebrantando precisamente esta obligación. Pasemos ahora a analizar la denegación de justicia.

1.3. La denegación de justicia: su evolución

Hasta ahora hemos explicado el régimen contemporáneo de responsabilidad internacional y el origen de la obligación de administrar justicia que, al ser quebrantada, activa el régimen de responsabilidad. Ahora concentrémonos en las formas que este ilícito internacional puede adoptar. Iniciemos repasando su historia.

El término *denegatio justitiae* fue incorporado a la terminología del derecho internacional después de una larga evolución histórica cuyos orígenes pueden ser hallados en la temprana Edad Media⁵⁵, estrictamente vinculado a la protección brindada por los monarcas a sus súbditos en el extranjero y al sistema de ajusticiamiento privado. Es justamente en este sistema de retaliaciones privadas donde se encuentran las raíces de la denegación de justicia como un concepto político más que jurídico; fundada en la idea de la responsabilidad colectiva, el rey extendía patentes de corso para asegurar justicia donde había sido denegada⁵⁶.

Para finales del siglo XVI e inicios del XVII, el sistema de ajusticiamiento privado entró en crisis por la aparición del estado moderno, donde la organización política está centralizada y se monopoliza el uso de la fuerza investido en la capacidad para proteger a sus nacionales en el extranjero. Íntimamente relacionado con esta función protectora es que aparece el concepto de denegación de justicia ya en un ámbito internacional⁵⁷.

By the end of the eighteenth-century states as subjects and organs of international law had exclusively assumed the protection of interests of their nationals abroad, and denial of justice came to be used by reference to a failure of protective justice (already detached from the old practice of private reprisals). Private justice became condemned, and the new theory (with a prevailing unitary conception of the State) favored a systematization of the international duties and responsibilities of States; on the other

⁵⁵ Cançado Trindade, *Óp. cit.*, p. 404. (Traducción libre del original)

⁵⁶ Cançado Trindade, A.A. *Óp. cit.*, p. 404. (Traducción libre del original)

⁵⁷ Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, citado por Cançado Trindade, A.A. *Óp. cit.*, p. 405.

hand, however, it presented a certain narrowness attributable to an exaggeration of the notion of sovereignty.⁵⁸

Una vez acuñado el término *denegación de justicia*, dotarlo de signos característicos que lo individualicen se ha convertido en una de las tareas más difíciles para los estudiosos del derecho internacional.

1.4. La denegación de justicia: su indeterminación

Desde que Vattel⁵⁹ llevó a la frase de un sentido puramente emocional y político y lo dotó de sentido jurídico, ha sido objeto de estudio y se han producido tantas definiciones como número de autores abordaron el tema. En un primer momento cualquier injusticia se equiparó a una denegación de justicia, e inclusive llegó a utilizarse como excusa para que potencias intervengan diplomáticamente en disputas de naturaleza privada⁶⁰. Freeman la llamó “una frase de aparente inocencia que, analizada de cerca, despliega su caótica heterogeneidad”⁶¹.

Before a State prefers a claim on behalf of an aggrieved citizen it should appear that the foreign territorial sovereign upon which the demand for redress is made has itself been guilty of a denial of justice. A denial of justice, *in a broad sense*, occurs when a State, through any department or agency, fails to observe, with respect to an alien, any duty imposed by international law or by treaty with his country.⁶²

Otros tantos autores, por su lado, han restringido la definición del término:

In its broadest sense, this term seems to embrace the whole field of state responsibility, and has been applied to all types of wrongful conduct on the part of the State toward aliens. In its narrowest sense, this term has been limited to refusal of a State to grant an alien access to its courts or a failure of a court to pronounce a judgment. In an intermediate sense, the expression ‘denial of justice’ is employed in connection with the improper administration of civil and criminal justice as regards an alien, including denial of access to courts, inadequate procedures, and unjust decisions⁶³.

⁵⁸ Cançado Trindade, A.A. *Óp. cit.*, p. 405.

⁵⁹ Si bien los orígenes de la denegación de justicia se encuentran en la Edad Media, fue el profesor Vattel quien construyó el concepto de denegación de justicia moderno.

⁶⁰ Cfr., Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p.10.

⁶¹ Cfr., Freeman, A.V., citado por Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 10.

⁶² C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, citado por Adede, A. “A Fresh Look at the Doctrine of Denial of Justice under International Law.” *Canadian Yearbook of International Law* (1976), p. 82.

⁶³ Adede, A. *Óp. cit.*, p. 74.

Incluso algunos han propuesto la completa eliminación del término:

About four decades ago, an eminent jurist described the doctrine of denial of justice as 'one of the oldest and one of the most poorly understood of international law'. Another writer, also noting the persistent confusion over the meaning of the doctrine, suggested that the term denial of justice could as well be removed from the language of international law. (...) Even in the most recent writings the doctrine of denial of justice enjoys the title of a much abused concept. Thus, it has not only been least 'understood', but also 'much abused'.⁶⁴

Por último, y dentro de las definiciones reduccionistas, valga apuntar que se propusieron definiciones de denegación de justicia que la equipararon a la privación de la vida o la amenaza inminente de derechos fundamentales. A la luz del desarrollo actual del derecho internacional, esta definición es a todas luces incompleta.

Denial of justice, in the sense of danger to life and liberty, is in our time comparatively rare except in the backward countries, not full-fledged members of the modern society of nations, and as a rule governments are more often confronted with questions of protecting abroad the property rights of their citizens.⁶⁵

Como queda evidenciado, la denegación de justicia es elusiva; es el perfecto ejemplo de un concepto jurídicamente indeterminado; como Spiegel explica, no se puede obtener una definición de las palabras que la componen, y las divergencias sobre su contenido surgen cuando se trata de darle una definición.

The term 'denial of justice' does not convey the innate characteristics of that standard; for the latter is dependent not only upon the person who is responsible for the act in question, but also upon numerous other circumstances, such as the situation of the country as a whole. In fact, it is when one comes to attempts of determination of the *scope* of denial of justice that serious divergences have arisen.⁶⁶

Aun así, las posiciones más moderadas vieron en la denegación de justicia un concepto necesario para el derecho internacional, que venía a ocupar un lugar nuevo en el teatro de la responsabilidad y que no podía simplemente reducirse a un sinónimo de ilícito. Frente a su indeterminación y los extensos debates sobre su significado, se sugirió codificar el término y zanjar la discusión.

⁶⁴ Adede, A. *Óp. cit.*, pp. 73-74.

⁶⁵ Pergler, Charles, citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.*, p. 29.

⁶⁶ Spiegel, Hans. "Origin and Development of Denial of Justice." *The American Journal of International Law* 32/1 (1938), pp. 79-80.

If you formulate a general definition, some international standard, then you are going to have questions of interpretation and questions of adjudication again under the laws of the respective countries. You are going to have, again, the difference, let us say, between the civil law and the common law and a good many other laws. In other words, in order to arrive at this definite criterion, you will pretty nearly have to formulate a definite code.⁶⁷

Irrizari y Puente sostuvo hace varias décadas: “[d]iversity of views on a question which vitally affects the sovereignty of each country should be reduced as much as practicable. The matter, it would seem, is ready for codification as part of the body of Inter-American international law⁶⁸”. De cualquier modo, 80 años y varios intentos más tarde⁶⁹, todavía no existe consenso sobre los caracteres definitorios de la denegación de justicia.

En este camino hacia la abstracción teórica y uniformidad doctrinal, los debates también tenían una importante dosis de interés político. Los países importadores y exportadores de capital sostenían visiones totalmente distintas sobre el alcance y los tipos de denegación de justicia que debían ser sancionados. La posición sudamericana⁷⁰ –y en general, la de los países importadores de capital- era limitar la denegación de justicia únicamente al impedimento de las cortes de tramitar la acción judicial de un extranjero⁷¹. En este punto de la historia tan solo se discutía la existencia de los tipos de la denegación de justicia –o su existencia como delito internacional-, todavía no el contenido de cada uno de ellos.

Frente a la definición absolutista que equiparaba la denegación de justicia a cualquier ilícito internacional⁷², los comentaristas latinoamericanos elaboraron una definición restringida de denegación de justicia en la que únicamente podía cometerse el ilícito cuando un daño había sido causado a un extranjero y no había sido compuesto por el estado. Es decir, se pensaba que la denegación de justicia es una institución que

⁶⁷ Eagleton, Clyde citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.*, p. 35

⁶⁸ Irizarry y Puente, J. "The Concept of Denial of Justice in Latin America." *The Michigan Law Review Association* 43/2 (1944), p. 401.

⁶⁹ *Vid.* la sección 2.5 de esta tesina.

⁷⁰ América del Sur aportó sustancialmente al debate de la Denegación de Justicia, al punto que la doctrina, al estudiar la definición restringida del concepto, la llama “la posición Latinoamericana”. *Vid.* Adede, A. "A Fresh Look at the Doctrine of Denial of Justice under International Law." *Canadian Yearbook of International Law* (1976), p. 77.

⁷¹ Eagleton, Clyde citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.*, p. 34. (Traducción libre del original)

⁷² C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, citado por Adede, *Óp. cit.*, p. 82.

pertenece a las reglas de segundo grado, que únicamente podía verificarse si es que, habiendo un extranjero sufrido un daño, éste no era adecuadamente reparado por la justicia estatal, al impedírsele el acceso a las cortes.

The South-American view-point says that denial of justice is merely the refusal of access to the courts; so that the statement of the rule is closely affected by the definition you give to denial of justice. A state is responsible for any international illegality; and I think that every denial of justice is an international illegality. But not every international illegality is a denial of justice, because if an international illegality has been committed – we are referring to the acts of individuals- the state may have an opportunity to redress it by its own local measures.⁷³

Esta posición restringida no fue bien recibida por un amplio sector de la doctrina, quienes veían en la actitud sudamericana un intento de sabotear el sistema de responsabilidad del Derecho Internacional Público, y abstraer a sus estados de cualquier posible obligación de resarcir un daño.

In their effort to limit the sources of international responsibility and consequently to minimize the application of diplomatic protection of aliens, [the Latin American] states maintained the position that no conduct of a state with respect to aliens engage its international responsibility except that constituting a denial of justice. Logically, therefore, they proceeded to defend a view giving the doctrine its most restricted meaning. (...) Once an alien is granted access to local courts, his case heard and judgment rendered, that is the end of the matter. The decision becomes justice rendered, not justice denied.⁷⁴

Si bien actualmente se acepta que una de las formas de denegar justicia se configura si se impide a un extranjero acceder a la justicia, la definición minimalista que proponía únicamente esta forma de denegación de justicia no primó, y la definición fue finalmente ampliada a la que Vattel propuso⁷⁵.

Para comprender a los autores latinoamericanos y su posición minimalista, se deben poner en contexto sus opiniones. A finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, la época de auge de la denegación de justicia, los estados de América del Sur luchaban para encaminar sus economías y proteger su endeble organización institucional mientras soportaban la carga de las deudas que financiaron las campañas independentistas.

La intervención diplomática se utilizó como patente de corso para justificar el cobro de deudas privadas a través de campañas militares que apuntaban a los estados débiles.

⁷³ Eagleton, Clyde citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.*, p. 34.

⁷⁴ Adede, A. *Óp. cit.*, p. 78.

⁷⁵ Paulsson, Jan. *Óp. cit.*

Como Irizarry y Puente lo describe, esa fue una de las páginas más siniestras del abuso del uso de la fuerza en las relaciones internacionales:

In years gone by, before this principle was adopted, there was no more deplorable page in the relation of Latin America with foreign powers, than that which records the history of diplomatic claims,-branded by the Supreme Court of Brazil, in one case, as the "terrorism of the indemnities", and by the Supreme Court of Peru, as an "unfortunate history", which shows "naught but the constant display of might over weakness." In this exhibition of international lawlessness, all of the great powers, and some of the small ones, too, joined: and the history of this claims constitutes a most sinister chapter in the relations of the strong toward the weak.⁷⁶

Se llegó incluso a acuñar el término *Gunboat Diplomacy* para referirse a esta forma de ejercer la protección diplomática. El caso emblemático de esta dinámica violenta es el que enfrentó a Grecia con Gran Bretaña por los daños materiales sufridos por David Pacifico (conocido como Don Pacifico), sujeto Británico. Según el relato de los hechos, la casa de Don Pacifico fue saqueada y vandalizada por una turba causando daños evaluados en £32000⁷⁷ mientras la policía y militares que presenciaban lo sucedido no actuaron para detener el robo. Don Pacifico, después de agotar los recursos internos en Grecia y no lograr que le reconozcan indemnización alguna, acudió al su gobierno. *Lord Palmerston*, que en ese entonces era el Secretario de Asuntos Exteriores de Gran Bretaña, tomó con gran interés el caso y pronunció un apasionado discurso de cinco horas ante la Cámara de los Loores intentando obtener el beneplácito del gobierno y enviar una expedición militar que exigiera el cobro de la indemnización de Don Pacifico. En ese discurso comparó al imperio británico con el romano, y declamó su famosa frase:

As the Roman, in days of old, held himself free from indignity, when he could say, *Civis Romanus sum* [soy un ciudadano romano], so also a British subject, in whatever land he may be, shall feel confident that the watchful eye and the strong arm of England will protect him from injustice and wrong.⁷⁸

La estrategia de *Palmerston* funcionó, Gran Bretaña envió una flota de la Real Armada para bloquear el Pireo, principal puerto griego.

⁷⁶ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 387. La cita de la Corte Suprema de Brasil corresponde al caso Araujo Góes c. União Federal. La cita de la Corte Suprema de Perú corresponde al caso Herrera c. Saco y Flores.

⁷⁷ Whitten, Dolphus. "The Don Pacifico Affair." *The Historian* 48/2 (1987), pp. 255-257.

⁷⁸ Thomson, Ahmad. "Civis Britannia Sum." *The Muslim Lawyer* 5/1 (2007).

En América la situación era similar. Alemania, Gran Bretaña e Italia, por ejemplo, impusieron un bloqueo a Venezuela porque el presidente Cipriano Castro se negó a pagar indemnizaciones por los daños ocasionados a nacionales de esos tres países.

La influencia de Estados Unidos también era patente; se protegió frontalmente los intereses de compañías americanas como la *United Fruit Company* en países de Centro América, llegando varias veces a acciones militares. El panorama se complementaba con la advertencia que Estados Unidos hizo a las potencias europeas sobre su rol hegemónico en el continente americano a través de la Doctrina Monroe⁷⁹ y el Corolario Roosevelt⁸⁰.

Los países latinoamericanos como consecuencia, buscaron mecanismos que impidan o al menos dificulten el ejercicio de la protección diplomática –que para este punto se proyectaba únicamente a través de la *Gunboat Diplomacy*–, el primero de ellos la Cláusula Calvo que fue endorsada por la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos (1889-90) donde se recomendó su adopción como doctrina y principio del derecho internacional del continente⁸¹.

Además, se celebraron varios tratados donde las partes contratantes reafirmaban la jurisdicción exclusiva de las cortes locales sobre temas comerciales, incluso si un extranjero era parte de la controversia, y renunciaban expresamente a entrometerse en el conflicto. Los impulsores de estos tratados eran las naciones americanas importadoras de capital. Por ejemplo, el artículo VI del tratado firmado en 1940 entre Brasil y Venezuela para el Arreglo Pacífico de Disputas⁸², y el Tratado de no agresión, Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial de disputas celebrado en 1939 entre Colombia y Venezuela, cuyos textos son idénticos:

Article VI

⁷⁹ La Doctrina Monroe, en su parte relevante, impedía que cualquier potencia europea interfiriera en asuntos de países americanos. Íntimamente relacionado con las teorías decimonónicas del Destino Manifiesto pretendía expandir el mercado estadounidense a todo el continente.

⁸⁰ El Corolario Roosevelt reafirmaba que ningún país europeo podía intervenir en América, y añadía que, si algún país del continente atentaba en contra de los derechos del gobierno o de nacionales estadounidenses, era derecho de ese país intervenir diplomática o militarmente para “restaurar” el orden.

⁸¹ Cfr., Adede, A. *Óp. cit.*, p. 79.

⁸² Treaty between Brazil and Venezuela for the Pacific Settlement of Disputes, signed at Caracas on 30 March 1940.

In the case of a dispute, the occasion of which, according to the municipal law of one of the High Contracting Parties, falls within the competence of its national courts, the question shall not be submitted for settlement by the methods laid down in the present Treaty, unless denial of justice is alleged after a decision with final effect has been pronounced within a reasonable time by the competent authority.⁸³

El artículo es claro, las cortes locales tienen jurisdicción excluyente sobre toda controversia de derecho local, excepto en casos de denegación de justicia. La denegación de justicia es la única posibilidad de acudir a tribunales internacionales, es decir, la competencia jurisdiccional del tribunal dependerá del sentido que se le otorgue al término y si se lo define de manera amplia o limitada⁸⁴. Visto así, la definición del término cobra singular relevancia, particularmente porque los tratados donde se la recoge, generalmente, no incluyen una explicación de cómo debe definirse el término⁸⁵. Con estos antecedentes vemos el panorama con claridad. La denegación de justicia se convirtió en la llave para acceder a tribunales internacionales, la definición del término era clave para lograr objetivos políticos y, en última instancia, delimita la responsabilidad de un estado:

Por supuesto, una definición unánime sería útil para definir con mayor claridad la jurisdicción de un tribunal; pero lo realmente importante es que la definición es pertinente para la cuestión última sobre responsabilidad del estado. Las obligaciones de un estado por denegación de justicia estarán sujetas a lo que se incluya y a lo que no como parte del término.⁸⁶

Así las cosas, podemos valorar los intentos por delimitar el concepto e insistir que ellos no han sido en vano, los proyectos que pretendieron dar solución final al problema de la denegación de justicia recogieron las preocupaciones coyunturales de los codificadores, demostrando, primero, que es necesaria una definición amplia que se adapte a los nuevos requerimientos históricos y, segundo, probando que existen caracteres distintivos en su concepción más abstracta. Son esos caracteres los que aseguran un margen razonable de predictibilidad en su aplicación, y brindar seguridad jurídica.

⁸³ Treaty of non-aggression, Conciliation, Arbitration and Judicial Settlement between the Republic of Colombia and the United States of Venezuela, Signed at Bogotá, on 17 December 1939.

⁸⁴ Cfr., Amerasinghe, Chittharanjan Felix. *Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 85.

⁸⁵ *Vid.* modelo de TBI de Estados Unidos de 2004.

⁸⁶ Cfr., Amerasinghe, Chittharanjan Felix. *Óp. cit.*, p. 85.

Frente a este panorama de constante evolución es que nos proponemos otorgar, en el capítulo 3 parámetros de referencia que permitan valorar objetivamente la denegación de justicia en la; elementos comunes a todas las formas de denegación de justicia y, de manera específica en la sección 3.3, intentaremos dar parámetros para calificar a una decisión como manifiestamente injusta.

Caracterizar *a priori* palabras como injusto o manifiesto parece un ejercicio inútil. Sin embargo, como veremos (sección 3.3), existen lugares comunes y suficiente información en jurisprudencia y doctrina para arrojar luz sobre la definición de estos términos. Evidentemente, construir sobre la denegación de justicia un estándar de constatación rígido, universal y que no deje en manos del juzgador un margen importante de valoración es casi imposible. Siempre deberá atenderse a las circunstancias particulares de cada caso para comprobar si se ha configurado.

En cualquier caso, por más maleable que sea la denegación de justicia, tiene características diferenciadoras que la hacen distinguible. No se puede llegar a sostener que es un delito completamente informe imposible de caracterizar porque, en ese caso, la institución perdería su sentido práctico y su utilidad. Solamente si podemos aprehenderla intelectualmente y lograr que se aplique y se replique de manera más o menos uniforme estaremos frente a una verdadera institución jurídica. Como el profesor Hart explica: “[e]l hecho de que las normas sean de textura abierta no es inconsistente con la presencia de un núcleo duro y una definición uniforme que resuelva la mayoría de las preguntas de manera predecible”⁸⁷. Además, recordemos que las violaciones al derecho internacional, para constituirse como tales, deben ser valoradas de manera objetiva⁸⁸ o, al menos, debe otorgarse un marco de referencia que permita verificar el cometimiento del ilícito de acuerdo a circunstancias específicas.

Para terminar, y antes de entrar en las conductas que configuran el ilícito, vale mencionar el lugar del derecho internacional que ocupa la denegación de justicia. Muchos lo consideran un delito independiente que forma parte de la costumbre internacional, y otros, parte del estándar de Trato Justo y Equitativo, que es uno de los más invocados en el derecho de inversiones. No existe una sola definición de Trato este

⁸⁷ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994, citado en Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 4.

⁸⁸ Pellet, Alain *Óp. cit.*, p. 6.

estándar y no es relevante para este trabajo intentar aclarar el tema. Basta con mencionar que se puede reclamar denegación de justicia ya sea como un delito individual o como una proyección de Trato Justo y Equitativo. Esta aclaración es relevante para la sección 2.4, donde desarrollamos el tema del mínimo internacional.

1.5. Las Formas de denegación de justicia en la costumbre internacional

Vistos los antecedentes de la denegación de justicia como un todo, concentrémonos en las tres formas específicas en que sucede. En este acápite analizaremos impedir a un extranjero acceder a las cortes (1.5.1) y el retardo injustificado (1.5.2). Los caracteres de la decisión manifiestamente injusta se analizarán de manera exclusiva en el capítulo 3.

Iniciemos con el aporte a la materia que en 1927 hiciera el profesor Hershey al proponer la siguiente lista de infracciones que equivalían a denegaciones de justicia:

Among denials of justice the following cases or categories haven been enumerated: the arbitrary control of the courts by the government: the inability or unwillingness of the courts to entertain and adjudicate upon the grievances of a foreigner: the use of the courts as instruments to oppress foreigners and deprive them of their just rights: the arbitrary annulment of concession contracts: the seizure or confiscation of property without legal process: unlawful arrest or detention: the execution of an alien without trial: the conduct of a trial with palpable injustice or in violation of settled forms of law, such as the refusal to hear testimony on behalf of the alien defendant.⁸⁹

La definición, si bien recoge conductas que claramente clasificarían como denegaciones de justicia bajo los parámetros contemporáneos, no es lo suficientemente acabada para asegurar que los tribunales y jueces que deban aplicarla encuentren suficiente uniformidad y se otorgue previsibilidad en los siguientes casos en los que emergiera. Por ejemplo, se incluye la confiscación que actualmente no es una forma de denegación de justicia⁹⁰, sino un delito independiente. Esta propuesta de definición podría enredar todavía más el panorama, prestándose para confundir la denegación de justicia con otros ilícitos internacionales y sobre elaborando una lista de conductas, con el riesgo de dejar fuera otras tantas que pudieran encajar en un concepto abstracto.

⁸⁹ Hershey, Amos S. *Óp. cit.*, pp. 28-29.

⁹⁰ *Vid. caso El Triunfo*, donde se alegó que una clara confiscación consistente en el cierre de un puerto que desproveía de sentido la concesión portuaria otorgada a favor de una compañía estadounidense, era denegación de justicia.

Como vemos en este intento de formulación, una lista ejemplificativa no es la mejor solución porque, en primer lugar, tiende a convertirse en exhaustiva, aunque su autor no lo desee. En segundo lugar, porque si las conductas listadas son disímiles, será complicado encontrar los rasgos comunes de todas ellas, y no se podrá elaborar una teoría común o, lo que es peor, se podrían encontrar varias características comunes, sin poder esclarecer el verdadero núcleo del ilícito.

Es por esto que gradualmente los comentaristas y los precedentes jurisprudenciales se inclinaron por una definición más abstracta, que abarque todas las conductas específicas que puedan considerarse como denegación de justicia, permitiendo un grado de adaptabilidad sin caer en definiciones tan amplias que terminen siendo vanas.

Ese proceso culminó, como ya hemos venido señalando, 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 injustificadamente la solución final de un diferendo judicial; y, (iii) que se decida el caso de una forma manifiestamente injusta⁹¹.

Iniciemos el análisis de las formas de denegación de justicia por impedir a un extranjero el acceso a las cortes, que si bien es la forma más evidente de denegar justicia, es ahora la menos usual.

1.5.1. Impedir a un extranjero el acceso a las cortes

Como se argumentó en la sección 1.2, el derecho a acceder a la justicia es fundamental e incontrovertido, y su negativa, la forma más evidente de denegación de justicia⁹². Es la manera menos usual de configurar este delito, consecuentemente, no existe mayor producción académica al respecto. Antiguamente, la protección jurídica podía ser legalmente denegada a los extranjeros. Ahora, incluso el gobierno menos afable con el derecho internacional comprende los beneficios de ser visto como uno que se sujeta al imperio de la ley⁹³. Es por esto que ahora cualquier reclamo de denegación de justicia se fundamentará en las condiciones injustas que fue escuchado un extranjero, pero no en la absoluta prohibición a que accionase frente a una corte o tribunal.

⁹¹ Vattel citado por Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 65.

⁹² Cfr., Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 134. (Traducción libre del original)

⁹³ Cfr., Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 135. (Traducción libre del original)

Cuando la discusión sobre denegación de justicia era más controversial y se polarizaba entre los estados exportadores e importadores de capital, los últimos intentaron restringir el significado del término, únicamente a la negativa de acceso a las cortes. La obligación del estado de administrar justicia se satisfacía con permitir el acceso a las cortes, sin importar el resultado del caso.

Inter-American Judicial Committee on the Principles of International Law that Governs the Responsibility of the States, 1961: The obligation of the State regarding judicial protection shall be considered as having been fulfilled when it places at the disposal of foreigners the national courts and the legal remedies essential to implement their rights. A State cannot initiate diplomatic claims for the protection of its nationals nor bring an action before an international tribunal for this purpose when the means of resorting to the competent courts of the respective State have been made available to the aforementioned nationals. Therefore: (a) There is no denial of justice when aliens have had available the means to place their case before competent domestic courts of the respective States. (b) The State has fulfilled its international obligations when the judicial authority pronounces its decision, even if it disallows the claim, action or appeal brought by the foreigner. (c) The State is not internationally responsible for a judicial decision that is not satisfactory to the claimant.⁹⁴

El caso emblemático de esta forma de denegación de justicia es el que enfrentó a Grecia con el Reino Unido a propósito de la disputa comercial del señor *Nicolas Ambatielos*⁹⁵. Uno de los puntos controvertidos era si el Gobierno del reino Unido había impedido acceder a sus cortes al señor *Ambiatelos*, violando así el artículo 15 del Tratado Anglo-Griego de Comercio y Navegación que dispone:

The dwellings, manufactories, warehouses and shops of the subjects of each of the Contracting Parties in the dominions and possessions of the other, and all premises appertaining thereto destined for purposes of residence or commerce shall be respected.

It shall not be allowable to proceed to make a search of, or a domiciliary visit to, such dwellings and premises, or to examine and inspect books, papers, or accounts, except under the conditions and with the form prescribed by the laws for subjects of the country.

The subjects of each of the two Contracting Parties in the dominions and possessions of the other shall have free access to the Courts of Justice for the prosecution and defense of their rights, without other conditions, restrictions, or taxes beyond those imposed on

⁹⁴ Ago, Roberto. Reportero Especial, *A/CN.4/217 Volumen II*. Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of States, Yearbook of the International Law Commission, 1969.

⁹⁵ Claim Commission (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) constituted under Agreement of 24 February 1955. *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*. Caso único (R. J. Alfaro; A. J. F. Bagge; M. Bourquin; J. Spiropoulos; Gerald A. Thesiger, 6 de Marzo de 1956).

native subjects, and shall, like them, be at liberty to employ, in all causes, their advocates, attorneys or agents, from among the persons admitted to the exercise of those professions according to the laws of the country⁹⁶.

El reclamo del señor Ambatielos se fundamentó en un contrato celebrado con el Reino Unido por la compra de nueve embarcaciones a vapor que no fueron entregadas dentro del plazo convenido. Después de que la disputa del demandante no fuera escuchada ni favorablemente resuelta en las cortes inglesas, el Gobierno Griego la presentó ante la Corte Internacional de Justicia. Esta Corte, en virtud del artículo 29 del Tratado Anglo-Griego de Comercio y Navegación de 26 de julio de 1926, decidió el 19 de mayo de 1953 que el Gobierno del Reino Unido estaba obligado a someter a arbitraje el reclamo presentado por el Real Gobierno Helénico a nombre del señor Nicolas Eustache Ambatielos. En virtud de esta decisión, Grecia y el Reino Unido firmaron el 24 de febrero de 1955, un acuerdo para someter a arbitraje la disputa. Las citas transcritas de este caso son justamente las del tribunal que decidió el fondo del caso.

El concepto de denegación de justicia por impedir el acceso a las cortes se definió en esa época (1956) como el “libre acceso a las cortes” y representaba una reacción contra las prácticas de impedir a un extranjero presentarse ante un tribunal. La definición parece bastante sencilla, sin embargo, el derecho de acceder a las cortes no se agotaba en meros formalismos, sino que, además de ser negada frontal y directamente, puede ser negada de manera indirecta, dificultando irrazonable e injustificadamente tal derecho:

The modern concept of "free access to the Courts" represents a reaction against the practice of obstructing and hindering the appearance of foreigners in Court, a practice which existed in former times and in certain countries, and which constituted an unjust discrimination against foreigners. Hence, the essence of "free access" is adherence to and effectiveness of the principle of non discrimination against foreigners who are in need of seeking justice before the courts of the land for protection and defense of their rights. Thus, when "free access to the Courts" is covenanted by a State in favour of the subjects or citizens of another State, the covenant is that the foreigner shall enjoy full freedom to appear before courts for the protection or defense of his rights. Whether as plaintiff or defendant, to bring any action provided or authorized by law, to deliver any pleading by way of defense, set off or counterclaim; to engage Counsel, to adduce evidence, whether documentary or oral or of any other kind, to apply for bail, to lodge appeals and, in short, to use the Courts fully and to avail himself of any procedural remedies or guarantees

⁹⁶ Artículo 15 del Tratado de Comercio y Navegación entre Grecia y Gran Bretaña del 10 de noviembre de 1886, disponible como primer Anexo a la decisión de *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*. Caso único (R. J. Alfaro; A. J. F. Bagge; M. Bourquin; J. Spiropoulos; Gerald A. Thesiger, 6 de Marzo de 1956), p. 132.

provided by the law of the land in order that justice may be administered on a footing of equality with nationals of the country.

The Commission is of opinion that what was agreed upon in paragraph 3 of Article XV of the Anglo-Greek Treaty of 1886. This clause in effect provides, for the benefits of Greek subjects in the United Kingdom, that they 'shall have free access to the Courts of Justice for the prosecution and defense of their rights, *without other conditions, restrictions or taxes beyond those imposed on native subjects and shall be at liberty to employ, in all cause, their advocates, attorneys or agents...*'.⁹⁷

Para permitir a los extranjeros el ejercicio pleno de acceder libremente a las cortes no bastaría una providencia que admita a trámite la demanda, pero que niegue explícita o implícitamente a darle trámite. De igual manera, la posibilidad de acceder a un tribunal de justicia sujeto a condiciones gravosas como el pago de una tasa judicial innecesariamente elevada, se configuraría en esta forma de denegación de justicia.

Podríamos extraer de las conclusiones del Tribunal que cualquier carga que dificulte irracionalmente la posibilidad de accionar frente a un tribunal de justicia, es internacionalmente ilícito. El estado debe permitir que el extranjero acceda en condiciones razonables a la justicia para cumplir satisfactoriamente su obligación, no solo frente a las obligaciones de instrumentos internacionales, sino a recursos emanados de la Constitución y la ley⁹⁸.

En el caso *Loewen*, el grupo *Loewen*, de origen canadiense, alegó que una condena de US\$ 500 millones dividida entre US\$ 400 millones por daños punitivos, US\$ 75 millones por daño moral y US\$ 25 millones en compensación por el supuesto incumplimiento contractual constituía denegación de justicia. La disputa, tal como se planteó en la demanda, correspondía a un incumplimiento contractual que no superaba los US\$ 980.000. Inclusive, si sumamos el valor de las empresas en disputa (una subsidiaria de *Loewen* y del demandante, O'Keefe), tan solo para lograr una mejor comprensión de lo desproporcionado de la condena, llegamos únicamente a US\$ 8

⁹⁷ Claim Commission (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) constituted under Agreement of 24 February 1955. *Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*. *Óp. cit.*, p. 111.

⁹⁸ *Vid.* párrafo 23 de Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 Y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987: (...) [e]stablece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, *sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.*

millones⁹⁹. Para apelar la decisión de US\$ 500 millones, *Loewen* debía presentar una caución correspondiente al 125% de la condena: US\$ 625 millones. El valor de todo el grupo *Loewen* –incluida su casa matriz y sus subsidiarias, entre ellas la demandada- era de US\$ 700 millones¹⁰⁰. Por más que la Corte Suprema de Mississippi tenía la facultad de suspender el requisito de la caución en atención a las circunstancias y que *Loewen* estaba dispuesto a caucionar el monto por los daños compensatorios consecuencia del incumplimiento, no se le eximió del requisito, y *Loewen* no pudo apelar. Si bien este caso es un paradigma de la denegación de justicia moderna por esta razón y otros incidentes que explicaremos más tarde, sirve perfectamente para demostrar cómo un requisito demasiado gravoso para acceder a la justicia posee un carácter prohibitivo y deniega justicia.

Como anticipamos, en el estado actual de cosas, es muy poco usual que se verifique esta forma de denegación de justicia. De cualquier manera, en Ecuador existen ejemplos recientes. Por ejemplo, el Mandato Constituyente número uno, después de explicar que cualquier decisión de la Asamblea Constituyente supera en rango a cualquier otra norma, en su artículo 2 dispone:

Art. 2.- De las Atribuciones de la Asamblea Constituyente.- La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna.

Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios públicos que incurran o promuevan, por acción u omisión, el desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente.¹⁰¹

⁹⁹ ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America: Final Award*. ARB (AF)/98/3 (Mason, Anthony; Mikva, Abner; Mustill, 26 de June de 2003), para. 3.

¹⁰⁰ *Id.*, pg. 20.

¹⁰¹ Asamblea Constituyente del Ecuador (2007- 2008). "Mandato Constituyente 1: Plenos poderes de la Asamblea Constituyente." *Registro Oficial Suplemento 223*. Noviembre 30, 2007.

Es decir, tanto los nacionales como los extranjeros están impedidos de presentar cualquier acción contra los Mandatos Constituyentes y, en general, contra cualquier decisión emanada de la Asamblea. Esta norma representa un claro ejemplo de denegación de justicia que impide de antemano acercar cualquier reclamo al aparato judicial.

A la luz de lo analizado en el primer capítulo, podemos identificar una violación al Derecho Internacional por la sola promulgación del Mandato; no es necesario que se configure un daño específico para que exista responsabilidad. De cualquier manera, existirán casos de vulneración específicos que harían todavía más evidente la responsabilidad del Estado ecuatoriano. repasemos los artículos relevantes del Mandato Constituyente número 6 para observar cómo se vulneran derechos de propiedad específicos:

Artículo 1.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de todas las concesiones mineras que en la fase de exploración no hayan realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de diciembre del 2007 (...).

Artículo 2.- Se declara la caducidad de las concesiones mineras que no hayan cancelado las patentes de conservación en el plazo establecido en la Ley de Minería (...).

Artículo 3.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de las concesiones mineras otorgadas al interior de áreas naturales protegidas (...).

Artículo 4.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de las concesiones mineras que en número mayor de tres hayan sido otorgadas a una sola persona natural o a su cónyuge; o a personas jurídicas y sus empresas vinculadas, sea a través de la participación directa de la persona jurídica, o de sus accionistas y sus parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (...).

Artículo 5.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de todas las concesiones mineras otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales, Ministerio de Energía y Minas, y Ministerio de Minas y Petróleos, o a sus parientes inmediatos, (...).¹⁰²

En este Mandato, el artículo 12 reitera el impedimento del Mandato número 1:

Artículo 12.- Las disposiciones contenidas en el presente Mandato Constituyente son de obligatorio cumplimiento. En tal virtud este no será susceptible de quejas, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, recurso o cualquier acción administrativa o judicial. Tampoco dará lugar a indemnización alguna.¹⁰³

¹⁰² Asamblea Constituyente del Ecuador (2007- 2008). "Mandato Constituyente 6: Concesiones Mineras." *Registro Oficial Suplemento 321*. Abril 22, 2008, artículos 1-5.

¹⁰³ Asamblea Constituyente del Ecuador (2007- 2008), *Id.*, artículo 12.

Cualquier persona extranjera a quien se confisque una concesión minera y no se le permita el acceso a los tribunales en virtud de las normas citadas, evidentemente, será víctima de esta forma de denegación de justicia –además de poder reclamar la confiscación-. Hay una similitud evidente entre el caso *Brown*¹⁰⁴, y la decisión tomada por la Asamblea Constituyente, demostrando que el Mandato citado es una forma evidente de denegación de justicia.

Hasta aquí hemos explicado la extensión y el significado del derecho, sin embargo debemos notar que su alcance no es absoluto. Si se niega a un extranjero el acceso a una corte fundándose en una razón legal, como obviar algún presupuesto procesal, entonces el estado no es internacionalmente responsable. El estado cumple su obligación y no se puede alegar Denegación de Justicia si es que bajo la legislación aplicable, todos los remedios locales estaban a disposición del extranjero:

There is denial of justice if the courts decline, without adequate legal justification, to entertain an action brought by the alien. There is none, however, if the courts merely decide, as a matter of law, according to the local forms of procedure applicable alike to the citizens and the alien, that the action is inadmissible. The state discharges its duty to the alien the moment the court pass in the question submitted, and the claim of denial of justice cannot be made if the legal remedies which the alien could employ in the courts, under the local legislation, have been available to him¹⁰⁵.

1.5.2. Retardo injustificado

Avancemos a la segunda forma de denegación de justicia: el retardo injustificado. Iniciaremos demostrando que la máxima: justicia retardada es justicia denegada, no es patrimonio de la cultura popular, sino que posee una tradición jurídica de larga data, incluso formando parte de la costumbre internacional (1.5.2.1). Después cifraremos nuestro análisis en el *test* desarrollado para verificar si se retardó injustificadamente justicia (1.5.2.2), para finalizar con ejemplos de la puesta en práctica de ese *test* en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (1.5.2.3) y en el Sistema Interamericano de Derechos humanos (1.5.2.4).

1.5.2.1. El retardo injustificado en la costumbre internacional

¹⁰⁴ Arbitral Tribunal (Great Britain and United States of America) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910. *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*. *Óp. cit.*

¹⁰⁵ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, pp. 383,406.

La primera referencia jurídica verificable aparece en 1297, en la Cláusula 40 de la Carta Magna: “[n]ulli vendemus, nulli negabimus aut differemus rectum aut justiciam”¹⁰⁶. Por supuesto, en la Edad Media este tipo de textos constituyen una rareza, y es solo a partir de la creación del estado moderno -donde los poderes políticos se organizan alrededor de un gobierno que los ejerce bajo el control de la ley- es que encontramos un sinnúmero de ejemplos de estipulaciones convencionales por las que los estados se obligaban a ofrecer justicia pronta para los extranjeros.

Para mediados del siglo XIX eran usuales en Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, en leyes de extranjería y en normas sobre Reclamación Diplomática disposiciones que tipificaban al retardo injustificado como un ilícito internacional.

Por ejemplo, el Tratado Centroamericano de Paz, Amistad y Comercio de 1887, en su artículo 9 dice:

Pueden los Agentes Diplomáticos de una República en cualquiera de las otras, favorecer moralmente con sus buenos oficios la justicia que asista á sus compatriotas en sus asuntos llevados ante la autoridad respectiva; pero no admitirán reclamaciones para entablar una acción diplomática, ni ejercerán ésta, sino cuando agotados en el respectivo juicio todos los recursos que para ante autoridades del país las leyes del mismo franqueen á los naturales, haya habido denegación ó retardo culpable de justicia o injusticia notoria en la resolución.

En el mismo sentido, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Colombia y Alemania de 1869, en su artículo 20 dice:

Las Partes contratantes convienen en conceder recíprocamente a los Enviados, Ministros y Agentes Públicos los mismos privilegios, exenciones e inmunidades de que gozan o gozaren en lo sucesivo los de la nación más favorecida. Igualmente convienen ambas Partes contratantes, animadas del deseo de evitar discusiones que pudiesen alterar sus relaciones amistosas, en que, respecto a las reclamaciones o quejas de individuos particulares en asuntos del orden civil, criminal o administrativo, no intervendrán sus Agentes Diplomáticos, sino por denegación o retardo extraordinario o ilegal de justicia, por falta de ejecución de una sentencia definitiva, o, agotados los recursos legales, por violación expresa de los Tratados existentes entre las Partes contratantes, o de las reglas del Derecho Internacional, tanto público como privado, reconocidas generalmente por las naciones civilizadas. Queda también estipulado entre las dos Partes contratantes que el Gobierno alemán no pretenderá hacer responsable al Gobierno colombiano a menos que hubiere culpa o falta de la debida diligencia por parte de las autoridades colombianas o de sus agentes de los perjuicios, vejámenes o exacciones ocasionados en tiempo de insurrección o de guerra civil a los súbditos alemanes en el territorio de Colombia por

¹⁰⁶ La traducción del texto en latín al inglés moderno –guardando el espíritu de la frase- fue realizada por The British Library Board: “*To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice*”. Traducción disponible en <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/>

parte de los sublevados o causados por las tribus salvajes sustraídas a la obediencia del Gobierno.

En ambos tratados el “retardo extraordinario o ilegal” y el “retardo culpable de justicia” son formas de denegar justicia. Estos son solo dos ejemplos que reflejan una práctica extendida en la época¹⁰⁷. La repetición consciente de una conducta, y su inclusión como norma vinculante de una convención, demuestra que estamos en presencia de una obligación que forma parte de la costumbre internacional. Contemporáneamente, las muestras más acabadas de este tipo de normas son el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁸ que dice: “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable (...)”; y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁹: “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, (...)”.

La frase “plazo razonable” posee el mismo grado de indeterminación que “manifiestamente injusto”, pero la primera ha tenido un desarrollo mucho más profundo en la jurisprudencia y doctrina por el gran número de veces que ha sido alegado en foros internacionales. Ahora analizaremos los parámetros o el *test* que se utiliza para verificar si se ha sobrepasado un plazo razonable.

1.5.2.2. *Test del retardo injustificado como forma de denegación de justicia*

Si bien los parámetros que conforman este *test* son indeterminados, circunscriben la conducta examinada a parámetros determinables que han creado una línea de aplicación

¹⁰⁷ Vid. ejemplos de estas cláusulas en el Decreto sobre Reclamaciones Diplomáticas de Bolivia, mayo de 1871, artículo 2; Decreto No. 32 de Costa Rica, Ley de Extranjería y Naturalización, 1866, artículo 16; Ley sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra el Estado de El Salvador, 1910, artículo 18; Decreto No. 1781 de Guatemala, Ley de extranjería, 1936, artículo 84; Ley de extranjería de Honduras, 1906, artículo 35; Ley de Extranjería y Naturalización de México, 1886, artículo 38 y el Tratado sobre Derecho Internacional Ecuador-Chile-Bolivia. Mayo 16 de 1857, artículo 5.

¹⁰⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con los Protocolos no 11 y 14; completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos 4, 6, 7, 12 y 13, firmado en Roma el 11 de noviembre de 1950, disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf

¹⁰⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

predecible del estándar. Justamente este es el reto que nos proponemos resolver para las decisiones manifiestamente injustas en el capítulo 3.

1.5.2.3. *El plazo razonable en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Existen dos casos paradigmáticos que adelantaron los parámetros que a futuro se constituirían en el *test*, ellos son el caso *Wemhoff*¹¹⁰, resuelto el 27 de junio de 1968, y el caso *Neumeister*¹¹¹ resuelto el 27 de junio de 1968; ambos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el caso *Wemhoff* se discutía la excesiva duración de la prisión preventiva que estaba vinculada con la duración del proceso. La Comisión Europea de Derechos Humanos elevó esta denuncia al Tribunal, y solicitó se pronuncie sobre el alcance de la expresión “razonable” del artículo 6.1 del Convenio. En ese pedido, la Comisión, para ofrecer parámetros tangibles de decisión propuso la doctrina de los siete criterios, a través de los cuales resultaría la razonabilidad o no del plazo. Los primeros tres parámetros propuestos eran relativos a la detención provisional, y los últimos cuatro a la razonabilidad del plazo hasta que se dicte sentencia¹¹². Los parámetros pueden resumirse de la siguiente manera:

- La duración de la detención en sí misma.
- La duración de la prisión preventiva con relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena que debe esperarse en el caso de condena.
- Los efectos personales sobre el detenido.
- La conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso.
- Las dificultades para la investigación del caso.
- La manera en que la investigación ha sido conducida.

¹¹⁰ European Court of Human Rights. *Case of Wemhoff v. Germany*. Application no. 2122/64 (European Court of Human Rights, 27 de Junio de 1968).

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Pástor, Daniel. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2002.

- La conducta de las autoridades judiciales.¹¹³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos los rechazó, afirmando que dejaban abierto un grado demasiado amplio de subjetividad que no guarda coherencia con la intención de las Partes Contratantes del Convenio:

The reasonableness of an accused person's continued detention must be assessed in each case according to its special features. The factors which may be taken into consideration are extremely diverse. Hence, the possibility of wide differences in opinion in the assessment of the reasonableness of a given detention.

With a view to reducing the risk and the extent of such differences and as a measure of intellectual discipline, as the President of the Commission put it in his address to the Court, the Commission has devised an approach which consists in defining a set of seven criteria whose application is said to be suitable for arriving at an assessment, whether favourable or otherwise, of the length of the detention imposed. The examination of the various aspects of the case in the light of these criteria is supposed to produce an evaluation of its features as a whole; the relative importance of each criterion may vary according to the circumstances of the case.

(...)

The Court does not feel able to adopt this method.¹¹⁴

Paralelamente, la Comisión tuvo otra oportunidad para pronunciarse en el caso *Neumeister* y argumentar a favor de su doctrina de los siete criterios. El Tribunal rechazó nuevamente la fórmula tal como la presentó la Comisión, pero avanzó tres de las pautas propuestas para definir lo que se debe entender por razonabilidad del tiempo: (i) se debe observar la complejidad de la causa, (ii) la conducta del procesado y, (iii) la conducta de la autoridad judicial:

The Court does not however consider these various facts sufficient to warrant the conclusion that the reasonable time laid down in Article 6 (1) (art. 6-1) of the Convention was exceeded in the present case.

It is beyond doubt that the *Neumeister* case was of extraordinary complexity by reason of the circumstances mentioned above. It is, for example, not possible to hold the Austrian judicial authorities responsible for the difficulties they encountered abroad in obtaining the execution of their numerous letters rogatory. The need to wait for replies probably explains the delay in closing the investigation, despite the fact that no further measures of investigation remained to be conducted in Austria.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ European Court of Human Rights. *Case of Wemhoff v. Germany*. *Ibid.*, párrafos 10, 11 y 12 de los méritos de la disputa.

The course of the investigation would probably have been accelerated had the Applicant's case been severed from those of his co-accused, but nothing suggests that such a severance would here have been compatible with the good administration of justice.

Neither does the Court believe that the course of the investigation would have been accelerated, if it had been allocated to more than one judge, even supposing that this had been legally possible. It also notes that, although the designated Judge could not in fact be relieved of the financial cases of which he had been seized before 1959, many other cases which would normally have fallen to him after this date were assigned to other judges (arguments of the Government, para. 25).

It should moreover be pointed out that a concern for speed cannot dispense those judges who in the system of criminal procedure in force on the continent of Europe are responsible for the investigation or the conduct of the trial from taking every measure likely to throw light on the truth or falsehood of the charges (*Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschung*).

Finally, it is obvious that the delays in opening and reopening the hearing were in large part caused by the need to give the legal representatives of the parties and also the judges sitting on the case time to acquaint themselves with the case record, which comprised twenty-one volumes of about five hundred pages each as well as a large number of other documents (statement of the facts, para. 19).¹¹⁵

A partir de esa decisión, los parámetros se fueron perfeccionando en los casos *Stögmüller*¹¹⁶, *König*¹¹⁷ y *Eckle*¹¹⁸ donde quedó definitivamente delineado el *test* que después pasaría a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al Sistema Universal de los Derechos Humanos: se debía atender a la complejidad del caso, al comportamiento del demandante y a la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales para determinar si la decisión se tomó en un tiempo razonable. Se decidieron estos tres parámetros, habida cuenta que “it is not feasible to translate this concept into a fixed number of days, weeks, months or years, or into various periods depending on the seriousness of the offence”¹¹⁹.

¹¹⁵ European Court of Human Rights. *Case of Neumeister v. Austria*. Application no. 1936/63 (*European Court of Human Rights*, 27 de Junio de 1968) párrafo 21 de los méritos de la disputa.

¹¹⁶ European Court of Human Rights. *Case of Stögmüller v. Austria*. Application no. 1602/62 (*European Court of Human Rights*, 10 de Noviembre de 1969).

¹¹⁷ European Court of Human Rights. *Case of König v. Germany*. Application no. 6232/73 (*European Court of Human Rights*, 28 de Junio de 1978).

¹¹⁸ European Court of Human Rights. *Case of Eckle v. Germany*. Application no. 8130/78 (*European Court of Human Rights*, 15 de Julio de 1982).

¹¹⁹ European Court of Human Rights. *Case of Stögmüller v. Austria*. *Ibid.*, párrafo 4 de los méritos de la disputa.

1.5.2.4. *El plazo razonable en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

El Sistema Interamericano de Derechos humanos no había tenido la oportunidad de tratar a profundidad los alcances de la expresión “plazo razonable”¹²⁰; la primera incursión en la materia se realizó a propósito de la denuncia presentada en el caso *Firmenich*¹²¹. Si bien el caso se trataba sobre el plazo razonable de la prisión preventiva, la lógica y argumentación de la Comisión es igualmente válida para la duración de todo el proceso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos siguió la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmando que la razonabilidad de un plazo no puede reducirse en “una simple consideración cronológica de años, mese y días”¹²²; sin dejar de precisar que existen parámetros referenciales: “(i) la efectiva duración de la detención; (ii) la naturaleza de las infracciones que han dado lugar a los procesos (...); y, (iii) las dificultades o problemas judiciales para la instrucción de las causas.”¹²³.

Con estos antecedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varios casos¹²⁴ analizó el problema y dejó definitivamente sentados los parámetros que hemos venido repitiendo:

¹²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Firmenich*. 10.037 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 13 de Abril de 1989), párrafo 8, literales “p” y “r”: “Que un segundo aspecto de particular relevancia envuelto en este caso se refiere al concepto de ‘plazo razonable’, previsto en el artículo 7º, inciso 5 de la Convención, ya que ni el Pacto de San José ni la Convención Europea para la Protección de los derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950), cuya relación con el Pacto es, indudablemente, explícita en este concepto (...). Que la práctica en el Sistema Interamericana (con base en el Pacto de San José) no resulta prolífica en este asunto pues la Corte Interamericana no ha incursionado aún en el tratamiento del artículo 7º, 5 de la Convención, y la CIDH sólo lo ha hecho en lo referente a la Declaración Americana y en contextos distintos del que presenta este caso, lo cual hace necesario recabar conceptos en el Sistema Europeo (...).”

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Firmenich. Id.*, conclusiones. En el mismo sentido: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Giménez Informe No. 12/96*. 11.245 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1 de marzo de 1996).

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de Enero de 1997), párrafo 74 y siguientes; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de Noviembre de 1997), párrafos 55, 56, 69 y siguientes; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones

53. El tema del plazo razonable surge también en este caso, como se ha manifestado en muchos otros. Constituye, por cierto, una de las cuestiones más frecuentemente examinadas por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. En ella se aborda el espinoso problema de la duración de la prisión preventiva, amén de la duración misma del proceso en su conjunto. Justicia retardada, dice el sabido aforismo, es justicia denegada. Y más todavía cuando quien aguarda esa justicia, que avanza con reticencia y llega muy tarde, se halla privado de su libertad; peor todavía si la privación es arbitraria.

54. La Corte Interamericana, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los elementos a considerar para establecer, en un caso concreto, que hubo demora inaceptable, esto es, que no se observó la regla del plazo razonable: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta del tribunal (...).¹²⁵

De esta manera se ha esbozado jurisprudencialmente parámetros de aplicación de un concepto jurídico indeterminado.

Explicados el plazo excesivo y la obstaculización indebida de acceder a las cortes como formas de Denegación de Justicia, nos concentraremos en el objeto central de este estudio: la decisión manifiestamente injusta. Como ya anticipamos, esta es la forma más controvertida de denegación de justicia; definir lo injusto y trazar una línea que eleve a lo *manifiestamente* injusto, no es una tarea fácil.

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de Septiembre de 2004), párrafo 53 y siguientes.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de Septiembre de 2004), párrafos 53 y 54.

1.6. Sumario del capítulo uno

Hasta aquí hemos visto los cambios fundamentales al paradigma de la responsabilidad internacional. Ahora los estados, para ser internacionalmente responsables, tan solo necesitan violar una obligación internacional y que esa conducta les sea atribuible. Esta transformación en el sistema de responsabilidad distinguió a la responsabilidad internacional de los sistemas de responsabilidad municipales y, en última instancia, permite una protección más extendida de las obligaciones internacionales, sin que el posible afectado –o la comunidad internacional como un todo, de ser el caso- deba esperar un efecto dañoso de una conducta anti jurídica para poder exigir que cese.

En segundo lugar, analizamos el origen de la obligación de brindar justicia, que se encuentra profundamente arraigado en la costumbre internacional. Prueba de ello son los cientos de tratados, convenciones e instrumentos internacionales que la recogen y consagran desde hace varios siglos. Vimos, brevemente, que la obligación de administrar en la actualidad posee un carácter transversal en el derecho internacional – podemos hallarla en la protección de derechos personales, como en el sistema universal de derechos humanos, hasta en la -. Todos estos argumentos refuerzan la conclusión de que todos los estados deben administrar justicia, y si no lo hacen, están violando una obligación de carácter internacional.

Después, revisamos una de las formas más discutidas de quebrantar la obligación de brindar justicia: la denegación de justicia. Observamos que apareció como un concepto político en un sistema de ajusticiamiento privado, y desde allí pasó a obtener un sentido técnico jurídico ampliamente debatido. Pasó de ser vista como un simple sinónimo de “violación a una obligación internacional” a un concepto necesario dentro del derecho internacional. En la actualidad, se ha abogado por una codificación definitiva de la institución o, por lo menos, de parámetros que la conviertan en un concepto delimitado.

Si atamos las tres ideas, el panorama comienza a tomar forma: la responsabilidad internacional avanza hacia una definición donde el solo cumplimiento de las obligaciones internacionales es suficiente motivo de preocupación para la comunidad internacional. Ya no se puede sostener, como en épocas anteriores, que las obligaciones internacionales están desguarnecidas y dependen únicamente de la mera voluntad de los estados envueltos en una disputa puntual. Es en ese sentido que la obligación de

administrar justicia, una de las más importantes en las relaciones internacionales, forma parte de una conciencia universal y debe ser respetada. Por último, esta obligación puede verse quebrantada cuando se deniega justicia. Para poder verificar que se denegó justicia se requieren de cuantificaciones que otorguen certeza a su definición, cometimiento y condena. Si es que no se logra esa definición se abandona en un estado vulnerable a los sujetos que deban exigir de un estado que se haga justicia.

En la segunda parte de este capítulo, revisamos dos de las formas en que se puede denegar justicia: impedir a un extranjero acceder a una corte y retardar injustificadamente la decisión final en un proceso en el que se decidan derechos. En el caso de impedir el acceso a las cortes, si bien argumentamos que es casi inexistente en la actualidad, tuvimos la oportunidad de repasar un ejemplo contemporáneo en el Ecuador que puede traer consecuencias para el Estado.

En lo que respecta al retardo injustificado, observamos que esta institución tiene una larga y prolifera tradición, apareciendo hace más de siete siglos en la Carta Magna, y alcanzando un gran desarrollo en los siglos XIX y XX. Afortunadamente, el gran número de casos que tratan sobre el retardo injustificado en una decisión han permitido que la jurisprudencia y la doctrina construyan un *test* para verificar su cometimiento, brindando así seguridad en el juzgamiento y sanción de este ilícito. Es justamente esto lo que nos proponemos hacer con la “decisión manifiestamente injusta”.

Resumiendo, este capítulo brinda los suficientes elementos para adentrarnos en el estudio de las decisiones manifiestamente injustas. Como vimos, el adecuado acceso a la justicia por parte de los extranjeros es una de las piedras angulares de la costumbre internacional. Los estados poseen una obligación de brindar justicia anclada en la costumbre. Una de las formas más comunes de infringir esa obligación es denegando justicia.

Con estos antecedentes, consideramos a la siguiente definición la más adecuada para los estándares contemporáneos, al incluir las tres proyecciones del ilícito como formas de denegación de justicia:

The State becomes responsible when there is a pronounced degree of improper administration of justice by the courts. Some notable examples of which are as follows: (a) Refusal to allow foreigners access to tribunals to defend their rights. (b) Decisions of the tribunals irreconcilable with treaty obligations or the international duties of the state. (c) Unconscionable delay on the part of the tribunal. (d) Decisions of the tribunal that are

manifestly discriminatory against foreigners. (e) The use of the tribunal to harass and persecute foreigners. (f) The courts are under the arbitrary control of the executive.¹²⁶

Ahora analizaremos la forma de denegación de justicia más controvertida: una decisión manifiestamente injusta.

¹²⁶ Inter-American Juridical Committee: Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State, Text of 1965 Reflecting the View of the United States of America, citado por Adede, A. "A Fresh Look at the Doctrine of Denial of Justice under International Law." *Canadian Yearbook of International Law* (1976), p. 83.

2. La decisión manifiestamente injusta: reglas de segundo grado

Como hemos insistido hasta ahora, no existe un consenso sobre el contenido de lo manifiestamente injusto, de cualquier manera sí se reconoce que esta es una forma de denegar justicia desde hace décadas. Por ejemplo, ya para 1944, IRRIZARY Y PUENTE justificaba la existencia de este ilícito internacional de la siguiente manera:

Justice is denied if the decision or judgment of the court is notoriously unjust, because the court has misapplied the law to the facts, or the decision or judgment is in evident disregard or violation of a law, a treaty, or the principles of international law.¹²⁷

Con los antecedentes del primer capítulo podemos ahondar en los detalles y repasar la postura doctrinaria y jurisprudencial sobre este instituto. De manera específica desarrollaremos los siguientes tópicos que conforman la esencia del ilícito: quién puede reclamar por la denegación de justicia (2.1) qué agentes del estado pueden cometer el ilícito internacional, y si el deber de administrar justicia se limita al poder judicial o se extiende al legislativo y al ejecutivo (2.2); se deben agotar los recursos internos no solo como un requisito de admisibilidad, sino como parte del reclamo que atañe al fondo de la controversia (2.3); para que una decisión manifiestamente injusta se verifique como un ilícito internacional, se pueden quebrantar normas y principios internacionales y locales (2.4); y, los intentos más importantes de codificación (2.5).

2.1. ¿Quién puede reclamar por el cometimiento del ilícito?

Iniciemos analizando el cambio más trascendental para la denegación de justicia en el Derecho Internacional Público contemporáneo, el *ius standi*.

Según la versión digital del *Yearbook of International Organizations*, existen 65.029 organizaciones internacionales¹²⁸. Los actores en del derecho internacional se han multiplicado considerablemente; existe un gran número de tribunales internacionales donde se pueden presentar quejas por violaciones a normas, principios y costumbres del derecho internacional, y la cantidad de laudos producidos anualmente es inmensa. Justamente, frente a esta realidad, la visión tradicional de que únicamente los estados eran sujetos del derecho internacional ha variado considerablemente. Ahora,

¹²⁷ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.* p. 397.

¹²⁸ Union of International Associations. *Yearbook of International Organizations*. 18 de Noviembre de 2011. <http://www.uia.be/yearbook-international-organizations-online> (acceso: 26 de Diciembre de 2011).

personas individuales y organizaciones no gubernamentales puede presentar reclamos y peticiones ante tribunales internacionales.

Ya para 1968, el Procurador General de Uganda escribió:

The position of the individual as a subject of international law has been greatly obscured by a failure to distinguish between the recognition of rights enuring to the benefit of the individual and the enforceability of those rights at his instance (...).

At the present stage in the development of international law, generally speaking, individuals lack the procedural capacity to espouse their claims before international tribunals and such claims can be entertained only at the instance of the state of which the individual is a national or in certain circumstances by the international institution of which he is a servant. But it is now only 'generally speaking' true to say that individuals lack procedural capacity to bring claims before international tribunals, and that only states of which they are nationals can espouse such claims. A characteristic trend of modern developments of international law is the granting of procedural capacity to individuals for the protection of certain well-defined rights.¹²⁹

Actualmente, esta realidad es incontrovertible. Podemos citar como ejemplo de este cambio el Reglamento de la corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2000 y sus más recientes modificaciones. Caçado Trindade, contextualizando los significativos cambios introducidos en el Reglamento, recuerda que la Asamblea General de la OEA del año 2000 adoptó una resolución acogiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre Derechos Humanos de Representantes de los Cancilleres de los países de la región. Dicha resolución encomendó a la Corte Interamericana que considerara la posibilidad de: a) “permitir la participación directa de la víctima” en el procedimiento ante la Corte (una vez sometido el caso a su competencia), “teniendo en cuenta la necesidad tanto de preservar el equilibrio procesal, como de redefinir el papel de la CIDH en dichos procedimientos;” y b) evitar la “duplicación de procedimientos” (una vez sometido el caso a su competencia), en particular “la producción de la prueba, teniendo en cuenta las diferencias de naturaleza” entre la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³⁰.

¹²⁹ Nkambo Murgerwa, citado por Sorensen, Max (ed.). *Manual of Public International Law*. Londres: Macmillan, 1968, citado por Paulsson, Jan. *Óp. cit.* p. 55.

¹³⁰ Trindade, Antônio Augusto Caçado. *El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Informes presentados por Antônio Augusto Caçado Trindade a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, Washington D.C.: Catálogo de Publicaciones de la OEA, 2001, disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/el%20nuevo%20reglamento%20de%20la%20corte%20interamericana%20de%20dh.htm>

La adopción, por la Corte, de su *cuarto Reglamento*, el del año 2000, debe –me permito insistir en este punto– ser contextualizada, por cuanto se efectuó en el marco de un amplio proceso de reflexión, del cual participaron activamente los órganos de supervisión del sistema de protección, la propia OEA, sus Estados Miembros, así como las entidades de la sociedad civil. Tal y como fue recomendado por la Asamblea General de la OEA, la Corte introdujo en su nuevo Reglamento de 2000 una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in iudicio*) en todas las etapas ante el Tribunal. En perspectiva histórica, es esta la modificación más trascendental del cuarto Reglamento de la Corte, además de un verdadero marco en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en particular, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general. El artículo 23 del nuevo Reglamento de 2000, sobre la “Participación de las Presuntas Víctimas”, dispone que:

“1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.

3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.”

Esta histórica reforma introducida en el Reglamento de la Corte sitúa a los distintos actores en perspectiva correcta; contribuye a una mejor instrucción del proceso; asegura el principio del contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la prevalencia de la justicia bajo la Convención Americana; reconoce ser de la esencia del contencioso internacional de los derechos humanos la contraposición directa entre los individuos demandantes y los Estados demandados; reconoce el derecho positivo de libre expresión de las propias presuntas víctimas, el cual es un imperativo de equidad y transparencia del proceso; y, *last but not least*, garantiza la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) en todo el procedimiento ante la Corte.¹³¹

Si bien el Reglamento atañe al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, refleja las últimas tendencias en el Derecho Internacional Público: permitir a la víctima de un daño presentarse directamente ante el tribunal que decidirá su suerte. A esto debemos sumarle que en Europa, se extinguió la Comisión de Derechos Humanos, al considerarse suficiente los reclamos individuales.

Comprobando la universalidad de esta tendencia están los más de dos mil tratados bilaterales de inversión para el 2003¹³² y los acuerdos de comercio regional como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), que otorgan a personas jurídicas la posibilidad de acudir ante tribunales internacionales

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Para un detalle de todos los Tratados Bilaterales de Inversión en la actualidad, *vid.* las estadísticas de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo al respecto, disponible en: http://www.unctadxi.org/templates/Page_1007.aspx

para reclamar violación de normas de derecho internacional sin que el estado al que pertenecen deba interceder por ellos. Este cambio tiene consecuencias importantes, cuestiona el dogma de que solamente los estados son titulares de derechos internacionales; y más importante todavía, demuestra que cuando los estados intervienen para protegerá sus nacionales, está ejerciendo el derecho de su nacional y no el del gobierno.

Ahora que hemos revisado que el cometimiento de ilícitos internacionales puede ser reclamada por estados, personas jurídicas y personas naturales, analicemos los elementos que lo componen, iniciando por quién puede cometer el ilícito.

2.2. ¿Qué agente del estado comete el ilícito?

En este acápite examinaremos si la decisión manifiestamente injusta puede cometerse únicamente por la función judicial, o también por el ejecutivo o legislativo. Iniciaremos repasando la teoría que sostiene que el estado no puede ser responsable por las decisiones de sus cortes (2.2.1); después examinaremos cómo se intentó limitar a la denegación de justicia por decisión manifiestamente injustas únicamente a las actuaciones de las autoridades judiciales (2.2.2); y, finalizaremos comentando la teoría que prevalece en la actualidad (2.2.3).

2.2.1. La responsabilidad estatal por la conducta judicial

Poder identificar qué agente del estado puede denegar justicia es trascendental para avanzar en el análisis. Estas dos secciones aclararán el panorama sobre la denegación de justicia por una decisión manifiestamente injusta; es más, dependiendo de la posición que se adopte en estos temas, cambia completamente el sentido del ilícito, ampliando o restringiendo su sentido de manera sensible.

Brochard resumió esta dicotomía de la siguiente manera:

In its broader acceptance, it [a denial of justice] signifies any arbitrary or wrongful conduct on the part of anyone of the three departments of government –executive, legislative or judicial. The term includes every positive or negative act of an authority of the government not redressed by the judiciary, which denies to the alien that protection and lawful treatment to which he is duly entitled... These are denials of justice in the broader sense. For example, a wrongful expulsion, false imprisonment, confiscatory breach of contract, wanton pillage by officered government troops, confiscation of property by legislative act or executive decree, failure to punish a criminal offense, all

constitute different forms of denial of justice. In its narrower and more customary sense, the term denotes some misconducts of the judicial branch of the government by which an alien is denied the benefits of due process of law. It involves, therefore, some violation of rights in the administration of justice, or a wrong perpetrated by the abuse of judicial process.¹³³

Uno de los cambios más profundos que el Derecho Internacional Público ha sufrido en las últimas décadas gravita fundamentalmente alrededor la responsabilidad de los estados por sus cortes. Las teorías decimonónicas que no atribuían responsabilidad al estado por las actuaciones de sus jueces y tribunales argumentaban que la independencia de la función judicial se proyectaba en el ámbito internacional, y que no se puede exigir a los gobiernos independencia para las cortes y a la vez hacerlos responsables por sus actuaciones.

Esta postura plantea un error fundamental: el principio de separación de poderes e independencia entre ellos posee un sentido en teoría política: lograr una efectiva fragmentación del poder que logre un sistema de pesos y contrapesos efectivo que derive en fiscalización y en impedir que el poder converja en un solo individuo o institución¹³⁴. Este principio es axial en la concepción de un estado moderno. Cuando se estudia este principio desde un prisma legal se lo hace desde el derecho constitucional, íntimamente ligado a la teoría política, y desde el derecho procesal, para explicar la independencia de los jueces. De manera específica, en la teoría general del proceso se ha elaborado una distinción acerca de la independencia de los jueces y se distingue la independencia externa de la independencia externa de la función judicial¹³⁵. La primera se refiere a que las cortes y tribunales no pueden ser indebidamente influenciados por los otros poderes del estado, mientras que la última enseña que la relación jerárquica dentro del poder jurisdiccional no debe jugar un papel a la hora de emitir sentencia; es decir, los superiores no puede ni deben incluir a los inferiores: los jueces deben ser independientes de los demás jueces.

Ahora bien, todos estos principios de independencia se refieren claramente a la estructura y organización interna del estado, jamás a la responsabilidad frente a la comunidad internacional. No puede sostenerse que esta independencia significa que sus

¹³³ Brochard, "Diplomatic Protection of Citizens Abroad", citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.* p. 28.

¹³⁴ Vid. Day, Sandra. *La importancia de la independencia Judicial*. 15 al 17 de septiembre de 2003. Disponible en: www.enj.org (acceso: 5 de marzo de 2012).

¹³⁵ Vid. Andruet, Armando S. "Un poder Judicial Independiente." *Memorias de la conferencia: Semana de la Ética Judicial*. Buenos Aires, 2007.

actos u omisiones no le son atribuibles al estado. Las cortes y tribunales son parte del estado, al igual que el legislativo y el ejecutivo, y en esa medida están en capacidad de obligarlo internacionalmente¹³⁶. No solo eso, sino que ahora el mero acceso a la justicia no es suficiente, sino que requiere de un contenido mínimo que incluye, al menos, respeto al debido proceso.

“La infracción de cualquier obligación internacional atribuible a un estado puede provenir del legislativo, ejecutivo o judicial. De hecho, el origen de la falta es inmaterial, ya que el estado únicamente existe a través de sus órganos”¹³⁷.

De cualquier manera, este principio ahora claramente establecido, encontró notables detractores. Por ejemplo, el Senado de Hamburgo, mientras decidían el reclamo en contra de Portugal por las pérdidas que sufrió *Yuille, Shortridge & Co* declaró que era totalmente injusto exigir al gobierno portugués responder por la mala conducta de sus cortes, cuando su propia constitución requería que ellas sean totalmente independientes del gobierno¹³⁸.

El reclamo objeto de la disputa se generó por la conducta ilegal de las cortes portuguesas. En primer lugar, un juzgado civil de instancia conoció sobre el caso pese a que un juez de lo mercantil ya había abrogado conocimiento de la causa y dictado sentencia en primera instancia. Después, la Corte Suprema de Portugal, que estaba impedida de conocer casos en contra de mercantes británicos de acuerdo a la Convención celebrada entre Portugal y Gran Bretaña en 1654, decidió declararse competente cuando la parte portuguesa apeló la decisión desfavorable de segunda instancia. Estas dos claras ilegalidades produjeron un serio perjuicio a la parte británica, pero aun así, se realizó la salvedad sobre la responsabilidad de Portugal por la conducta de su aparato judicial.

Estas ideas, sin embargo, no se convirtieron en la mayoritaria, sino en la voz contestataria que representaba a una minoría de estados, principalmente latinoamericanos que, por ese entonces, encontraban en sus mayores exponentes a personalidades de la talla de Calvo y Drago.

¹³⁶ El sentido de obligación en este contexto hace referencia a la capacidad del sistema judicial para crear un vínculo jurídico que obligue a la administración central a reparar un daño cometido contra un extranjero.

¹³⁷ Jiménez de Aréchaga, Eduardo. “International Law in the Past Third of a Century.” *Recueil des course* 159 (1978), p. 278.

¹³⁸ Cfr., Freeman, A.V., citado por Paulsson, Jan. *Óp. cit.* p. 38.

Sin embargo, la opinión mayoritaria a la que nos adherimos, sostiene que el principio de la independencia de los poderes tiene un ámbito de aplicación específico: el derecho local. Las cortes de un estado no deben recibir influencias indebidas de ninguna autoridad –legislativa ejecutiva o incluso judicial- para asegurar un debido proceso y que sus decisiones sean apegadas a derecho, pero esto no significa que crean un espacio de inmunidad donde se puede escapar a las reglas del derecho. El estado tiene la obligación de tener cortes independientes, pero esa obligación no se puede convertir en la excusa para dejar indemne el daño que una decisión manifiestamente injusta le causa a un extranjero. No se puede eludir la responsabilidad de reparar un daño causado en una pretensión de forma.

La Corte Internacional de Justicia, en la Diferencia Relacionada con la Inmunidad de Procesos Legales de un Reporte Especial de la Comisión de Derechos Humanos, dijo: “[a]ccording to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule is of a customary character¹³⁹”.

Visto así, esta distinción es únicamente aplicable al orden interno de una nación y no puede ser invocada en las relaciones entre estados¹⁴⁰. De hecho, “las cortes no pueden ser, desde la perspectiva internacional, independientes al gobierno, porque están obligadas a aplicar derecho local. Si esas normas violan derecho internacional, el delito no puede subsanarse porque se materializan en una sentencia.”¹⁴¹.

Esta controversia ha sido definitivamente zanjada. Por ejemplo, el artículo 4(1) de los Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos¹⁴² dice:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

¹³⁹ International Court of Justice. "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion." *ICJ Reports*. 1999, page 87.

¹⁴⁰ Anzelotti, citado por Gidel, citado por de Visscher, Charles. "Le déni de justice en droit international policy." *Recueil des cours* 54 (1935), p. 370.

¹⁴¹ Paulsson, Jan. *Óp. cit.* pg. 39.

¹⁴² Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Inclusive, debemos anotar que el articulado de la Comisión de Derecho Internacional no es revolucionario en este respecto, simplemente refleja un claro consenso generalizado¹⁴³. En los comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, la Comisión de Derecho Internacional explicó el motivo para dejar sentada la regla:

That the State is responsible for the conduct of its own organs, acting in that capacity, has long been recognized in international judicial decisions. In the Moses case, for example, a decision of a Mexico-United States Mixed Claims Commission, Umpire Lieber said: "An officer or person in authority represents *pro tanto* his government, which in an international sense is the aggregate of all officers and men in authority." There have been many statements of the principle since then.

(...)

The principle of the unity of the State entails that the acts or omissions of all its organs should be regarded as acts or omissions of the State for the purposes of international responsibility. It goes without saying that there is no category of organs specially designated for the commission of internationally wrongful acts, and virtually any State organ may be the author of such an act. The diversity of international obligations does not permit any general distinction between organs which can commit internationally wrongful acts and those which cannot. This is reflected in the closing words of paragraph 1, which clearly reflect the rule of international law in the matter.¹⁴⁴

Actualmente la doctrina pacíficamente reconocer que las decisiones judiciales pueden generar responsabilidad internacional a un estado.

Paulsson lo define nítidamente:

La Denegación de Justicia en el derecho internacional no puede ser equiparada con la noción desarrollada en la mayoría de sistemas municipales, donde tiene el sentido limitado de negar a trámite una acción. Bajo las leyes locales, un litigante decepcionado a quien se otorgó la oportunidad de obtener acceso completo al sistema no puede solicitar más justicia o justicia diferente. Existe cosa juzgada material y formal; el sistema ha puesto a su disposición todo lo que tiene para ofrecer. El derecho internacional, por el contrario, provee estándares mediante los que se puede juzgar a todo el aparato judicial desde fuera. Las cortes nacionales son sin ninguna duda, instrumentalidades del estado cuyas decisiones pueden redundar en la responsabilidad internacional del estado. Para el derecho internacional el estado es una entidad singular. Sería descabellado que la misma parte en contra de quien se presentó el reclamo sea la que decida si se cometió o no el delito.¹⁴⁵

Prueba de este consenso es que ya desde mediados del siglo anterior, cada vez que algún estado ha intentado esgrimir esta excepción, ha sido rechazada. Por ejemplo,

¹⁴³ Paulsson, Jan. *Óp. cit.* p. 40.

¹⁴⁴ Comisión, International Law. "Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (part II)." *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session.* no. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). New York, 2007, p. 40.

¹⁴⁵ Cfr., Paulsson, Jan. *Óp. cit.* p. 4.

Estados Unidos en el caso *Loewen*¹⁴⁶, la República del Perú bajo el mandato de Alberto Fujimori, y el gobierno chileno en el caso *La Última Tentación de Cristo*¹⁴⁷, han visto sus argumentos rechazados.

2.2.2. La visión reduccionista: solamente las cortes pueden denegar justicia

Aceptado por la comunidad internacional que los estados eran responsables por sus cortes, hubo quienes propusieron que únicamente los jueces y tribunales sean quienes hagan responsable al estado por una decisión manifiestamente injusta. Este argumento, al que llamaremos la “visión restringida”, fue sostenido mayoritariamente por países importadores de capital y con especial vehemencia por las altas cortes de América del Sur. Esta tesis se fundamenta en que, en principio, cualquier extranjero posee el derecho de recurrir a los tribunales nacionales en caso de que un daño le haya sido irrogado por el legislativo o la administración. De esta manera, antes de poder alegar denegación de justicia, se debe acudir a las cortes para buscar la corrección y el resarcimiento de cualquier perjuicio; las cortes son las llamadas a enmendar cualquier daño causado por otra rama del gobierno.

Aún más, la denegación de justicia no solo se configuraría por no recurrir a las cortes a buscar reparación, sino que se deben perseguir las acciones hasta la última instancia, ya que de la misma manera que las cortes inferiores corregirían el mal producido por agentes del ejecutivo o legislativo, las cortes superiores debían corregir los posibles errores de los jueces de instancia y apelación¹⁴⁸.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Brasil sostuvo lo siguiente:

The sequestration and bankruptcy, although unjust and injurious to the plaintiff, do not, in any way, give a right of action against the Federal Union, because, in principle, the acts of the Judiciary do not engage the responsibility of the State: the method to redress the wrong which they occasion consisting in recourse to the courts *a quo*, or to the courts of higher jurisdiction; and, in addition to the publicity, the exposition of motives of the

¹⁴⁶ Si bien el caso *Loewen* será tratado a profundidad en el capítulo 3, es suficiente en este punto anunciar que el argumento de Estados Unidos en el sentido de que no podía hacerse responsable por la conducta de sus cortes estatales fue rechazado por el Tribunal Arbitral.

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso la Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

¹⁴⁸ Este tema está íntimamente relacionado con el agotamiento de recursos internos como requisito para poder peticionar por denegación de justicia en un foro internacional, desarrollado en la sección 2.3.

judgments, and the audience of the parties, the latter can join, either in a positive way, or by omission or negligence, so that the damages suffered can be recouped.¹⁴⁹

Desde esta perspectiva, la única posibilidad de denegar justicia es cuando una corte o tribunal no repara integralmente al extranjero que sufrió un daño de cualquier rama del gobierno, incluidos los jueces de instancia. En otras palabras, las cortes se convierten en la última defensa del extranjero y sin su intervención, no puede existir denegación de justicia.

De cualquier manera, incluso los defensores de esta posición admitían que en ciertos casos de notoria e ilegal intervención por parte del ejecutivo y el legislativo en la función judicial, podía entenderse como denegación de justicia:

So it seems to me that we should limit the definition of denial of justice to –I cannot say judicial process alone, because you have to include the interference of the executive, the failure to execute a given decree or the failure of the legislature to give jurisdiction to the court,- but, at any rate, the failure of the court, whether due to itself, the legislature, or the executive, to give redress, and perhaps we should have to extend that to include quasi-judicial methods of redress as well.¹⁵⁰

Si bien esta posibilidad acepta que las otras ramas del poder puedan denegar justicia, no son más que una excepción a la regla general: las cortes y tribunales son los únicos que pueden denegar justicia. Es más, debe notarse que los ejemplos citados por Eagleton son muy particulares y se refieren únicamente a la imposibilidad de ejecutar un fallo judicial. Obviamente, la intervención abusiva de las otras ramas del estado dentro de la función judicial para ocasionar una denegación de justicia, pueden ocurrir dentro de cualquier etapa procesal y no solo en la ejecución, sin embargo, el hecho de que se hayan elegido como ejemplos únicamente intervenciones en la vía de apremio, dice mucho sobre las personas que sostienen la visión restringida.

Entre las voces más sobresalientes que se pronunciaban a favor de esta posición estaban García Amador¹⁵¹ y Cornelis van Vollenhoven. El último, en el caso *Chattin*¹⁵² opinó que si no se limita la denegación de justicia a la actividad judicial, se convertiría,

¹⁴⁹ Cortes Suprema de Brasil en el caso de Nery Lowndes c. Banco de Brasil, citado por Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.* p. 386

¹⁵⁰ Eagleton, Clyde citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.* p. 34

¹⁵¹ Primer Reportero especial sobre Responsabilidad del Estado para la Comisión de Derecho Internacional, su período expiró en 1961 y, hasta ese entonces, no se trabajó en una distinción de las reglas primarias y secundarias del derecho internacional.

¹⁵² 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.* (Van Vollenhoven, Nielsen and Fernandez MacGregor, Reports of International Arbitral Awards, Vol. IV July 23, 1927).

en última instancia, en una suerte de red de seguridad, donde caería cualquier reclamo internacional que no encaje adecuadamente en alguna otra obligación impuesta por la costumbre internacional.

De hecho, los temores del Comisionado se materializaron. En el caso *El Triunfo*¹⁵³, por ejemplo, se utilizó a la denegación de justicia como solución de *ultima ratio*; se la invocó en presencia de hechos que ahora caerían bajo estándares de expropiación o trato justo y equitativo.

El caso El Triunfo enfrentó a Estados Unidos y a El Salvador en 1902. El gobierno de El Salvador otorgó una concesión de navegación exclusiva en el puerto de El Triunfo a una corporación cuyos mayores accionistas eran estadounidenses. El volumen de comercio se incrementó de manera que superaba incluso las predicciones más optimistas y, en 1899, sólo cuatro años después de que el proyecto se puso en marcha, el gobierno decretó el cierre indefinido de El Triunfo, desprovveyendo de cualquier sentido al contrato de concesión.

Los accionistas americanos de El Salvador, antes de solicitar la intervención diplomática de su país, subrayaron que habían agotado las instancias pertinentes en las cortes locales y que se les había denegado justicia¹⁵⁴. Es decir, se utilizó el término denegación de justicia únicamente para invocar la intervención diplomática de Estados Unidos, pero no se lo presentó como un delito independiente. Se utilizó a la denegación de justicia como última posibilidad para permitir la protección diplomática, ya que no existía un tratado individual que permita aducir la violación de una norma internacional. Por supuesto, hoy en día, los hechos del caso El Triunfo encasillan, sin ninguna duda, en expropiación.

El temor de convertir a la denegación de justicia en la forma de evadir las cortes locales y poder reclamar cualquier ilícito en foros internacionales, tenía un fundamento en la realidad. La mayoría de tratados de la época que establecían métodos de solución pacíficas de controversias entre estado, partían de una concepción estricta de soberanía y aceptaban que cualquier disputa que caiga dentro de la jurisdicción de las cortes locales debía ser definitivamente resuelta por ella, sin poder presentar reclamos sobre la misma materia frente a un tribunal internacional, salvo en el caso de denegación de

¹⁵³ The Claims Commission of Rosa Gelbtrunk and the “Salvador Commercial Company et. al. (El Salvador and United States of America) constituted under Protocol of 19 December 1901. *Claim of the Salvador Commercial Company ("El Triunfo Company")*. (Henry Strong, Don M. Dickinson, José Rosa Pacas, Reports of International Arbitral Awards, Vol. 15 May 8, 1902).

¹⁵⁴ Paulsson, Jan. *Óp. cit.* p. 48.

justicia. Por ejemplo, el Tratado No. 195 celebrado entre Brasil y Venezuela para la resolución pacífica de disputas, firmado en Caracas el 30 de marzo de 1940:

Article VI

In the case of a dispute, the occasion of which, according to the municipal law of one of the High Contracting Parties, falls within the competence of its national courts, the question shall not be submitted for settlement by the methods laid down in the present Treaty, unless denial of justice is alleged after a decision with final effect has been pronounced within a reasonable time by the competent authority¹⁵⁵.

Y en un sentido muy similar el artículo II del Tratado de Conciliación, firmado entre Brasil y Polonia el 27 de enero de 1933:

Article II.

Except in the case of an obvious denial of justice; the procedure laid down in the present Treaty shall not apply to disputes between a national of one of the Contracting Parties and the other State, when the judges and courts of the latter are, in virtue of the laws of that State, competent to deal with the disputes in question.¹⁵⁶

Estas reglas limitaban el acceso a los mecanismos internacionales de resolución de controversias pactados por los estados contratantes ya que, como se ha tratado ampliamente en casos CIADI, los mismos hechos sobre los que se funda un reclamo por violación a normas internacionales, pueden representar al mismo tiempo violaciones a normas municipales. Así, los nacionales de los estados contratantes, en un intento de evadir la justicia local, intentaban utilizar la excepción planteada y esgrimían que en su caso se había denegado justicia.

Este tipo de provisiones eran bastante comunes en los tratados de arbitraje de la época¹⁵⁷ y justificaban los temores repasados. En la actualidad ya no existen cláusulas

¹⁵⁵ United Nations Treaty Collection. "Treaty between Brazil and Venezuela for the Pacific Settlement of Disputes." *Treaty Series*. Vol. 51. Caracas, March 30, 1940.

¹⁵⁶ League of Nations Treaty Collection. "Treaty of Conciliation between Brazil and Poland." *Treaty Collection*. Vol. CXLII. no. 3299. Rio de Janeiro, January 27, 1933.

¹⁵⁷ *Vid.* en el mismo sentido, el artículo XIX Tratado de no-agresión, Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial de Disputas firmado en Bogotá el 17 de diciembre de 1939: "[i]n the case of a dispute the object of which, according to the internal legislation of one of the Contracting Parties, falls within the competence of its national courts, the question shall not be submitted for settlement by the methods laid down in this Treaty, unless denial of justice is alleged in a decision with final effect by the competent judicial authority"; y el tratado de Conciliación firmado entre Chile y Dinamarca, firmado el 23 de diciembre de 1931: "Article 2: In questions which, according to the municipal law of one of the Parties, fall within the competence of the national judicial authorities, the defendant Party may oppose the submission of such questions to a procedure of conciliation until a judgment with final effect has been pronounced by the competent national Court, except in the case of a denial of justice. In such a case, the application for conciliation must be made within a period of one year at the latest from the date of the final judgment."

de este tipo, o su número se redujo en gran medida, por lo que el argumento de que la denegación de justicia se usada como último recurso, pierde todavía más sentido.

2.2.3. La visión amplia: cualquier agente del estado puede denegar justicia

Quienes sostienen que la denegación de justicia puede originarse en actos de cualquiera de las tres ramas del estado se apoyan en el principio de personalidad única del estado frente a la comunidad internacional, según el que, para efectos gubernamentales e internacionales, el estado es una unidad y debe responder por todas las actuaciones de sus órganos. Así mismo, argumentan que las violaciones de los derechos de un extranjero por la administración o el legislativo representa una afrenta a la personalidad internacional del estado al que el extranjero pertenece, y que con ello basta para que se origine responsabilidad para el estado infractor:

[The expression should receive] a most liberal construction causing it to embrace all cases where a state fails to furnish the guarantees which it ought to assure to all individual rights. The failure of guarantees does not arise solely from the judicial acts of the state. It results also from the act or omission of other public authorities, legislative, and administrative. When a state legislates in disregard of rights, or when, although they are recognized in its legislation, the administrative or judicial authorities fail to make them effective, in either of these cases the international responsibility of the state arises. In all those cases, inasmuch as it is understood that the laws and the authorities do not assure it the foreigner the necessary protection, there arises contempt for the human personality and disrespect for the sovereign personality of the other state, and, by consequence, a violation of duty of in international character, all of which constitutes for nations a denial of justice.¹⁵⁸

Esta visión, a la que llamaremos “amplia”, cree que “[s]i la justicia ha sido denegada por oficiales cuya conducta le es imputable al estado, no tiene sentido excluir la responsabilidad únicamente porque esos oficiales no tienen un título particular dentro de las regulaciones nacionales”¹⁵⁹. Si se logra establecer ante un tribunal internacional que un estado denegó justicia, no importa el origen de la infracción.

El caso *Brown*¹⁶⁰, hace ya más de un siglo, es un gran ejemplo para sostener la visión amplia. El tribunal arbitral encontró que, sin importar el origen de la denegación de justicia, ella existía cuando se configuraban sus presupuestos de hecho. Al señor

¹⁵⁸ Da Cunha, Gãstao, citado por Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 384.

¹⁵⁹ Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 44.

¹⁶⁰ Arbitral Tribunal (Great Britain and United States of America) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910. *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain. Óp. cit.*

Brown, un nacional estadounidense, se le adjudicó la exploración y explotación de oro en la República de Sudáfrica¹⁶¹, de acuerdo a un sistema de regalías establecido por el ejecutivo. Seis días después de que se adjudicara el proyecto, el legislativo sudafricano aprobó una resolución retirando la proclamación ejecutiva, y declaró que nadie que haya sufrido daño sería recompensado. En este punto, Robert Brown recurre a las cortes locales donde se reconoce su derecho en última instancia y se le exhorta a demandar a las autoridades que, ilegalmente, habían revocado su concesión. A partir de ese momento, el ejecutivo inicia una pugna con el poder judicial que concluye en la destitución del Presidente de la Corte Suprema y el reemplazo de la mayoría de los magistrados con personas más condescendientes con los deseos presidenciales. El juicio, que para entonces solo requería liquidar los daños, fue nuevamente conocido en la Corte Suprema y, basándose en un tecnicismo, se desechó la demanda.

Cuando el caso llegó a arbitraje, el Tribunal reconoció que la demanda contenía elementos de hecho incontestables, pero no se ordenó el pago de daños y perjuicios a favor de *Brown* porque el reclamo debía presentarse contra Sudáfrica y no Gran Bretaña, ya que Gran Bretaña anexó a Sudáfrica en 1902, mientras que los hechos objeto de la disputa acaecieron entre 1895 y 1898.

De cualquier manera, la conclusión relevante en este caso es que no importaba si la denegación de justicia había provenido de la resolución legislativa o la posterior injerencia ejecutiva, la violación se había configurado por un agente del estado, y el estado era responsable.

Además, la regla de que cualquier agente del estado está en capacidad de obligarlo a reparar, no se constriñe el concepto de denegación de justicia. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al debido proceso, ha sostenido reiteradamente:

El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna (...) Tal como ya ha señalado este Tribunal, el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías

¹⁶¹ En ese entonces Sudáfrica era protectorado británico; en consecuencia, el reclamo se presentó ante Gran Bretaña.

mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'.¹⁶²

La lógica expuesta por la Corte en el fragmento transcrito de la Opinión Consultiva es aplicable a este análisis: las obligaciones internacionales de los estados deben ser respetadas por todos sus agentes y cualquier violación a las normas sustantivas, no importa de dónde provenga, generará responsabilidad para el estado infractor. En palabras de Irizarry y Puente: “el propósito de la [denegación de justicia] es asegurarse que los estados no la administren de una manera notoriamente injusta”¹⁶³; no es necesario caracterizar la violación con criterio de origen alguno.

En la sentencia del 29 de julio de 2008 del caso CIADI *Rumeli Telekom*, el tribunal se fundó en la construcción lógica del caso *Amco* para sostener que cualquier rama de un estado puede denegar justicia y que no existe norma en la costumbre internacional en contrario:

First, Courts are not the only State organs the conduct of which can amount to a denial of justice. Administrative organs can also engage the State's international responsibility by denying justice. This was confirmed in the *Amco I* decision where the tribunal found that ‘the mere lack of due process would have been an insuperable obstacle to the lawfulness of the revocation.’ The *Amco II* tribunal also found that ‘the whole approach to the issue of revocation of the license was tainted by bad faith, reflected in events and procedures’ and that therefore, even if substantive grounds existed for the revocation of the license, the circumstances surrounding the decision made it unlawful. It pointed out that there is ‘no provision of international law that makes impossible a denial of justice by an administrative body.’¹⁶⁴

En base a este consenso prácticamente universal, tratados contemporáneos que incluyen artículos sobre denegación de justicia, prevén la posibilidad que se origine en cualquier rama del gobierno. Por ejemplo, el artículo 5(2)(a) del modelo de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos redactado en 2004 incluye a la denegación de justicia como una proyección del estándar de Trato Justo y Equitativo que puede ser cometida en procesos administrativos, criminales o civiles¹⁶⁵: “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative

¹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafos 122, 123 y 124.

¹⁶³ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 406.

¹⁶⁴ ICSID case. *Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan*. ICSID Case No. ARB/05/16 (Stewart Boyd, Marc Lalonde and Bernard Hanotiau, July 29, 2008), paragraph 623.

¹⁶⁵ Schreuer, Christoph. "Interaction of International Tribunals And Domestic Courts In Investment Law." In *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2010)*, by A. W. Rovine (Ed.), 71-94. Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 89.

adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world”¹⁶⁶.

Debemos detenernos en este punto y realizar una precisión. Si bien la regla, tal como la hemos expuesto, parece sugerir que una vez configurada la denegación se puede acudir directamente a un tribunal internacional, debemos advertir que de hecho se requiere la intervención de las cortes para perfeccionar la responsabilidad de un estado por este delito internacional. La denegación puede originarse ya sea por actuaciones judiciales, administrativas o legislativas, pero requiere de la intervención de las cortes y su incapacidad de otorgar un remedio al daño causado, lo que perfecciona su cometimiento. Esto no es consecuencia de la regla tradicional del agotamiento de recursos internos sino de una particularidad de la denegación de justicia, y su naturaleza intrínsecamente vinculada con su origen en la insuficiencia de las reparaciones judiciales.

Volviendo al tema que estábamos tratando, si ponderamos los beneficios y riesgos de las dos opciones, encontramos que si aceptamos la visión restringida, otorgamos a los estados la posibilidad de escudarse frente a un tecnicismo, y argumentar que mientras no sea la función judicial la que deniegue justicia, no se puede atribuir responsabilidad. Si nos sumamos a la posición amplia, nos arriesgamos a que sea mal utilizada, y sea utilizada como sinónimo de ilícito, con un sentido tan amplio que la convierte en un instrumento poco técnico, y en última instancia, inútil. Creemos que frente a estas dos opciones, la última implica un peligro menor que puede ser adecuadamente corregido por los tribunales que deban conocer un reclamo de este tipo.

No solo eso, sino que optar por la otra opción sería negar la capacidad de discernimiento de un juez o arbitro en foros internacionales, y otorgar una inadmisibles salida ultra técnica que sacrifica la justicia en aras de las formas, y permitiría que se deniegue justicia de manera impune. Como Irrizary y Puente lo define, la obligación de brindar justicia no es una cuestión departamental:

The expression ‘denial of justice’, should be defined with amplitude to include the acts or omissions of all the departments of government: executive, legislative and judicial. The concept cannot be restricted to the actions or omissions of any one department. The administration of justice is not a departmental matter; it is a governmental, and includes these elements: (1) the availability of applicable legislation; (2) its application by the courts; and (3) its enforcement by the executive. To give the

¹⁶⁶ United States 2004 Bilateral Investment Treaty Model, article 5(2)(a), available at: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

concept a merely departmental meaning –usually, judicial- is to license the legislative and executive branches of the government to deny justice to the alien, and to take away from him the right to the protection of his government for its acts or omissions.¹⁶⁷

Para concluir, el corolario de esta explicación es que los estados están obligados a mantener un sistema donde no se deniegue justicia. Esto no quiere decir que los estados deben asegurar que nunca, ningún juez o tribunal cometa un error en la decisión de un caso. La denegación de justicia requiere el escrutinio de todo un sistema de justicia, no de una corte individualizada. Mientras existan recursos disponibles no hay denegación de justicia, inclusive si se violó el estándar en primera instancia.

Es labor de los jueces y tribunales internacionales que conozcan reclamos por denegación de justicia extender lo suficiente el concepto sin convertirlo en una solución de *última ratio*. Actualmente, el Derecho Internacional Público es suficientemente sofisticado para que no se deba emplear a la denegación de justicia como un comodín, y cualquier intento de hacerlo debe ser firmemente rechazado.

2.3. Agotamiento de recursos internos: intento razonable en las cortes locales

El agotamiento de recursos internos es considerado un requisito formal o jurisdiccional en el derecho internacional. Antes de recurrir a mecanismo internacionales de adjudicación, cualquier extranjero debe buscar arreglo en las cortes locales al daño causado, y otorgar al estado que lo perjudicó la oportunidad de enderezar su conducta.

Ahora bien, muchas veces se utilizó la regla del agotamiento de recursos internos para empantanar un proceso en las cortes locales y complicar el acceso de un extranjero a un foro internacional. Por esto, varios países han optado por firmar Tratados Bilaterales de Inversión en el que eximen al actor de agotar los recursos locales. Por ejemplo, el artículo 24 del Tratado Bilateral de Inversión modelo de Estados Unidos, publicado en 2004, posee una cláusula en ese tenor:

Article 24: Submission of a Claim to Arbitration: (1) In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation: (a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim¹⁶⁸

¹⁶⁷ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 402.

¹⁶⁸ United States 2004 Bilateral Investment Treaty Model, article 24. *Óp. cit.*

La decisión de dispensar el requisito fue realizada de manera consciente y en consideración a buenas razones. Lo que se pretende es otorgar dinamismo a la resolución de disputas en un foro independiente. Recientemente se ha sostenido que pese a las estipulaciones que eximen de este requisito a los extranjeros, la violación de varios estándares de protección requiere de un agotamiento de recursos internos¹⁶⁹. Para el profesor Schreuer la reintroducción de la regla en el derecho de las inversiones a través de este argumento no cumple ningún propósito útil, excepto en un caso: la denegación de justicia.

The decision to dispense with the requirement to exhaust local remedies was made consciously and for good reasons. It is doubtful whether the reintroduction of a requirement to use local remedies through the back door of an element attached to the substantive standards of protection serves any useful purpose. Once it is accepted that the investor must make an attempt at local remedies it is only a small step to require that the attempt should not stop at the level of the lowest court but should be exhaustive. It is better to leave the rule intact that in investment arbitration there is no need to exhaust local remedies. The only accepted exception from this principle is a claim for denial of justice.¹⁷⁰

La denegación de justicia posee un elemento indisoluble de su esencia: el ilícito se refiere a la deficiencia de los remedios *judiciales* que ofrece un estado; el agotamiento de recursos internos forma parte del fondo de la controversia. La denegación de justicia es un ilícito sistémico; se deben intentar todos los recursos no solamente para dar una oportunidad al estado corregir, sino porque es en la decisión judicial local donde se origina el ilícito o se configura de manera definitiva.

En el laudo provisional dictado en el arbitraje del caso *Chevron* contra Ecuador, el tribunal reafirmó que según la costumbre internacional y la opinión académica mayoritaria, la denegación de justicia requiere del agotamiento de recursos internos como requisito de fondo para que el reclamo prospere y se haga responsable a un estado:

This exhaustion requirement can be viewed as a necessary element both for a denial of justice under customary international law and for the breach of a substantive BIT obligation such as “fair and equitable treatment.” However, in both cases, the question concerns the substance of the claims put before the Tribunal. Despite couching its objection in the language of ripeness and admissibility, what the Respondent raises is an issue affecting liability. Exhaustion of local remedies in this context is therefore an issue of the merits, not jurisdiction. There is consensus in this regard between the authorities

¹⁶⁹ Schreuer, Christoph. *Óp. cit.*, p. 76.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 76.

put forward by the Parties. The Respondent cites the following passage by Paulsson on the subject:

“National responsibility for denial of justice occurs only when the system as a whole has been tested and the initial delict has remained uncorrected. [...] [T]he very definition of ... denial of justice encompasses the notion of exhaustion of remedies. There can be no denial of justice before exhaustion.”

The Tribunal agrees with Paulsson that exhaustion of local remedies is a required substantive element of a claim for denial of justice.¹⁷¹

Fundado en estos motivos, el tribunal decidió posponer el análisis definitivo de la cuestión para el laudo sobre el fondo.

Aun así, este tema ha traído tanta controversia como el que acabamos de tratar en el acápite anterior y, nuevamente, son países latinoamericanos los que están profundamente envueltos en la discusión. Como repasamos en la sección 1.5, las reclamaciones por vía diplomática se convirtieron en excusas para utilizar la fuerza en disputas internacionales. Para mantener a raya o dificultar las reclamaciones diplomáticas por disputas pecuniarias –en la época de lo que llegó a llamar el terrorismo de las indemnizaciones- los estados importadores de capital, además de la cláusula Calvo, exigían el agotamiento de recursos internos. Por ejemplo, El Salvador, en la exposición de motivos de la Ley sobre Reclamaciones pecuniarias de Extranjeros de 1910, reafirmó que tan solo se puede recurrir a la protección diplomática o a cualquier medio de resolución de disputas internacional, después de agotar los recursos locales:

Nadie puede reclamar indemnización de un estado por actos de autoridad, antes que dicha indemnización haya sido discutida y resuelta de antemano en un tribunal local competente, en un proceso contradictorio entre el reclamante y el gobierno al que se le pretende atribuir responsabilidad. Demandar indemnización por otros medios que no sean judiciales, es infligir una injuria a los derechos soberanos del estado ante los que se está presentando el reclamo.¹⁷²

En el mismo sentido se pronunció el que en ese entonces era Fiscal General de Chile, Manuel Montt, señalando la forma en que debían proceder todas las naciones, y a la que Chile se adhería:

El gobierno de Chile, en su deseo por mantener sus relaciones internacionales, de manera especial con naciones con las que comparte orígenes y límites fronterizos, en pie

¹⁷¹ UNCITRAL ad-hoc tribunal. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation vs. The Republic of Ecuador*. Interim Award (Böckstiegel, Karl-Heinz; Brower, Charles; Jan van den Berg, Albert, December 1, 2008), para. 233, 234 and 235.

¹⁷² *Exposición de motivos de la Ley sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación*. D.O. N° 128, Tomo 68 (Asamblea Nacional Legislativa de la República de El Salvador, 10 de Mayo de 1910).

de igualdad y con el más alto sentido de justicia y equidad en mente, solo extenderá su protección a los reclamos debidamente verificados de sus nacionales, que hayan sido iniciados después de agotar los remedios locales que la legislación del país donde el reclamo se originó permita.¹⁷³

La disputa sobre el agotamiento de recursos internos solo recrudecía cuando la denegación de justicia se añadía a la fórmula. Varios tratados consignaban de manera expresa una excepción a la regla del agotamiento de recursos internos: la denegación de justicia. Es decir, se debían agotar los recursos, a menos que el daño reclamado sea justicia denegada. De esta manera, la denegación de justicia también se empleó como un atajo, una vía rápida para evitarse las cortes locales.

Esta explicación completa el panorama y permite comprender por qué la denegación de justicia se utilizó de tantas maneras y fue objeto de interpretaciones disímiles. Mientras más se expanda la definición de denegación de justicia –quién la puede cometer, qué clase de normas se violan, etc.-, más sencillo resultará acudir a arbitrajes internacionales sin tener que presentar el reclamo en foros locales; en sentido contrario, si se estrecha su definición, los casos que pueden conocerse directamente por los mecanismos pactados en un tratado serán muchos menos. El Tratado General de Arbitraje celebrado entre los Países Bajos e Italia, firmado en Roma el 20 de noviembre de 1909, por ejemplo, demuestra lo que hemos explicado: la denegación de justicia es la excepción a la regla del agotamiento de recursos internos.

Art. 6. - In questions which are within the jurisdiction of the national judicial authorities under municipal law the Contracting Parties shall have the right not to submit the dispute to arbitration until the competent national judiciary has given a final judgment, except in cases of denial of justice.

Ahora, la definición que estamos intentando de denegación de justicia se compone de varios elementos que corresponden a reglas primarias y secundarias de responsabilidad del derecho internacional. Creemos que aplicando la definición integral que proponemos en la conclusión, ya no se podrá tergiversar el sentido de una institución jurídica para hacerla coherente con un capricho político. Por ahora concentrémonos en el agotamiento de recursos internos como un elemento distintivo de la denegación.

La posición minoritaria sobre los recursos internos es que simplemente se trata de un requisito de admisibilidad para que un extranjero pueda presentar reclamos frente a

¹⁷³ Montt, en los Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de Chile, citado por Irizarry y Puente, *Óp. cit.*, p. 388.

un tribunal internacional¹⁷⁴. No obstante, cuando se trata de reclamos por denegación de justicia, el agotamiento de recursos deja de ser un mero requisito de admisibilidad y se convierte en un elemento sustantivo que está intrínsecamente relacionado con el cometimiento del ilícito. Uno de los aportes más importantes de Eagleton al estudio de la denegación de justicia fue su clarificación de la relación que existe entre denegación de justicia y el agotamiento de recursos internos. “A denial of justice can only appear in those cases in which the rule of local redress applies. The two rules are interlocking and inseparable: local remedies must be sought until a denial of justice appears; a denial of justice is a failure in local remedies.”¹⁷⁵

La íntima relación entre la denegación de justicia y el agotamiento de recursos internos se apoya en dos premisas: la concepción original del ilícito y la arquitectura del estado moderno. En la concepción del ilícito, porque de la práctica estatal se desprende que en la mayoría de tratados donde se utiliza la frase *denegación de justicia* (véase la sección 2.5), se lo hacía en relación a la denegación de remedios *judiciales*¹⁷⁶. Es decir, la concepción de justicia denegada se vinculaba con la intervención de las cortes y la decisión final de ellas. Sobre la arquitectura del estado moderno porque, en todos los países donde se recoge el modelo republicano de separación de poderes, se reconoce la facultad de las cortes de conocer y decidir en última instancia los actos emanados de la administración o del legislativo. Es decir, las cortes tienen la última palabra en cualquier controversia que un particular tenga con un estado, y no recurrir a ellas antes de acudir a foros internacionales, es privarle al estado la posibilidad de corregir un daño a través de un sistema previsto para tal efecto.

Nuevamente, la opinión de Irizarry y Puente es esclarecedora, quien eleva el agotamiento de recursos internos a una norma de costumbre internacional:

That the alien has exhausted the judicial and administrative recourses available to him under the local law, to enforce his rights and redress the wrongs of which he complains. This has now acquired the authority of a general principle in international law. A government which presses a claim in disregard of this condition is guilty of a serious offense against the sovereignty of the local state, since it presupposes that the state cannot, or will not, recognize its obligations or do justice, without foreign interference.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Adede, A. *Óp. cit.*, p. 77.

¹⁷⁵ Eagleton, Clyde. "Denial of Justice in International Law." *The American Journal of international Law* 22/3 (1928), p. 536.

¹⁷⁶ Cançado Trindade, A.A. "Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law." *Óp. cit.*, p. 417.

¹⁷⁷ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 386.

Visto desde esta perspectiva, el agotamiento de recursos internos sirve dos propósitos: si se agotan satisfactoriamente los recursos internos y se repara el daño causado a un extranjero, pondrá fin a la controversia; pero si las cortes no enmiendan el perjuicio cometido, entonces se origina o se perfecciona el ilícito internacional y emerge la denegación de justicia¹⁷⁸. El ilícito y su cometimiento no es un asunto meramente departamental, alegar que un estado violó la obligación de brindar justicia implica acusar fallas sistémicas que trascienden meros errores de aplicación de la ley en sede administrativa¹⁷⁹. Implica que las cortes, diseñadas de manera especializada, vertical y escalonada para corregir errores de otros agentes del estado o inclusive de las cortes inferiores, no pudieron realizar una valoración coherente del derecho local, un tratado o normas internacionales y, actuaron de manera tal, que su decisión final no puede si quiera aceptarse como el producto de un tribunal de expertos en derecho. La denegación de justicia responde a un criterio de unicidad: es atribuible cuando el sistema, como un todo, fracasó.

Varios tribunales internacionales se han enfrentado al problema del agotamiento de recursos internos en relación a la denegación de justicia, y han concluido que no solamente se constituye como un requisito de admisibilidad, sino que el ilícito se configura o emerge en las cortes locales. En el caso *Barcelona Traction*¹⁸⁰, en donde se reclamaba frente a la Corte Internacional de Justicia que España había denegación de justicia, el gobierno español alegó que los ciudadanos belgas a nombre de quien se estaba realizando el reclamo, no habían agotado los recursos internos. En la decisión sobre excepciones preliminares de 1964, la Corte decidió incluir a los méritos del caso la decisión sobre el agotamiento de recursos internos, al estar ambos evidentemente vinculados:

As regards the fourth Preliminary Objection, the foregoing considerations apply a *fortiori* for the purpose of requiring it to be joined to the merits; for this is not a case where the allegation of failure to exhaust local remedies stands out as a clear-cut issue of a preliminary character that can be determined on its own. It is inextricably interwoven with the issues of denial of justice which constitute the major part of the merits. The objection of the Respondent that local remedies were not exhausted is met all along the line with the Applicant's contention that it was, *inter alia*, precisely in the attempt to

¹⁷⁸ Cançado Trindade, A.A. "Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law." *Óp. cit.*, p. 417.

¹⁷⁹ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 397.

¹⁸⁰ International Court of Justice. *The Barcelona Traction, Light, and Power Company Ltd. (Belgium vs. Spain)*. Judgment. February 5, 1970.

exhaust local remedies that the alleged denials of justice were suffered. This is so obvious on the face of the pleadings, both written and oral, that the Court does not think it necessary to justify it further at this stage, by any statement or consideration of the events in question, which can be left until the merits are heard.¹⁸¹

Como vemos, la denegación de justicia y el agotamiento de recursos internos están indeleblemente atados¹⁸²; acudir a las cortes no solamente otorga la oportunidad para que el sistema local de justicia corrija un error, sino que el origen o el perfeccionamiento del ilícito se da en las cortes.

Recientemente, Jan Paulsson actuando como árbitro único en el caso *Pantechniki*, decidió que el reclamo en contra de Albania por denegación de justicia no podía prosperar porque el demandante había decidido voluntariamente, en su propio detrimento y colaborando con el daño producido, abandonar el proceso y no continuar apelando hasta llegar a la Corte Suprema. “I am not sure that I truly understand why the Claimant did not stay the course before de Albanian courts. But it is inevitable that its failure to take the final step in the straight line to the Supreme Court is fatal to its claim of denial of justice.”¹⁸³

Otros tribunales CIADI se han pronunciado en el mismo sentido. Por ejemplo, en el caso *Vivendi c. Argentina*, sentencia de 21 de noviembre de 2000:

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.¹⁸⁴

¹⁸¹ International Court of Justice. *The Barcelona Traction, Light, and Power Company Ltd. (Belgium vs. Spain) Preliminary Objections*. July 24, 1964. p. 44.

¹⁸² Eagleton, Clyde citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.*, p. 34.

¹⁸³ ICSID Case. *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania*. No. ARB/07/21 (Jan Paulsson (sole arbitrator), July 30, 2009), pp. 24, 25.

¹⁸⁴ Caso CIADI. *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina*. ARB/97/3 (Francisco Rezek, Thomas Buergenthal y Peter D. Trooboff, 21 de November de 2000), paragraph 80.

En el caso *Rompetrol c. Rumania*, en el laudo de 18 de abril de 2008 que resuelve las objeciones se volvió a discutir el tema y se reafirmó que la denegación de justicia requiere del agotamiento de remedios locales. Además, se sostuvo que el agotamiento de recursos internos, en casos de denegación de justicia, no es un requisito procedimental sino sustantivo, consecuentemente, debe ser decidido en el laudo de méritos de la disputa:

The Respondent further submits that the Claimant's claims must be characterized in international terms as a claim for denial of justice (*déni de justice*) since they are essentially about the conduct of the Romanian prosecutors. A claim for denial of justice cannot however be brought before an international tribunal until local remedies have been exhausted.

As originally formulated by the Respondent in its Answer to the Request, the grounds of inadmissibility and abuse of process were run together, on the basis that: "The Claimant's claims have been brought for the sole purpose of seeking to place undue pressure on the Romanian Government in order to force it to terminate the pending criminal proceedings against Mr. Patriciu and other managers of the Rompetrol group of companies. The principal remedy that the Claimant is seeking is that the Arbitral Tribunal 'order Respondent to cease conducting the GPO investigation'." Subsequently, the inadmissibility argument was refined into a preliminary objection in its own right, to the effect that the Claimant's claim in these proceedings is in substance a disguised claim for denial of justice and as such inadmissible *ratione temporis* so long as local remedies have not been exhausted. This is accordingly the essence of what the Tribunal refers to above as the Respondent's admissibility objection.

In these particular circumstances, the Tribunal finds itself unable to proceed to a decision on the admissibility objection as a preliminary question at this stage of the proceedings. This is irrespective of whether the objection is or is not properly to be classified as one of admissibility. To the extent that the objection retains its force in the light of the Pleadings as they develop, the decision on it is joined to the merits under Rule 41(4) of the Arbitration Rules. It should however be emphasized that this does not imply any decision by the Tribunal, one way or another, as to whether the claims advanced by the Claimant are or are not properly to be considered as tantamount to claims for a denial of justice, or as to whether such claims are or are not subject to the exhaustion of local remedies.¹⁸⁵

Para concluir, otro de los efectos de la denegación de justicia en relación con el agotamiento de los recursos internos se pueden colegir de lo que hemos venido explicando. Primero, el mero hecho de que una decisión no sea favorable al actor, nunca puede ser suficiente para que exista denegación de justicia¹⁸⁶. Y en segundo lugar, el agotamiento de recursos internos debe ser perseguido hasta un lugar razonable. No se

¹⁸⁵ ICSID case. *The Rompetrol Group N.V. c. Romania - Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility*. ARB/06/3 (Franklin Berman, Donald Francis Donovan and Marc Lalonde, 18 de April de 2008), paragraphs 58,111 and 114.

¹⁸⁶ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 397.

deben intentar absolutamente cada recurso existente en la legislación nacional si es que ellos tienen una relación incidental en las posibilidades de lograr la reparación deseada. El corolario de esta explicación es que no la valoración de los recursos que se deben agotar antes de recurrir a un mecanismo internacional de solución de controversias deberá valorarse caso por caso:

Denial of justice does not arise until a reasonable opportunity to correct aberrant judicial conduct has been given to the system as a whole. This does not mean that remedies must be pursued beyond a point of reasonableness. It may not be necessary to initiate actions which exist on the books but are never in fact used. Oblique or indirect applications to parallel jurisdictions (e.g. an administrative appeal to remove a foot-dragging judge) may similarly be held unnecessary. Such determinations must perforce be made on a case-by-case basis.¹⁸⁷

Esta excepción, además de haberse desarrollado a profundidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, ha sido recogida por tribunales CIADI, como en el caso *Jan de Nul*:

The Tribunal considers that the respondent State must be put in a position to redress the wrongdoings of its judiciary. In other words, it cannot be held liable unless “*the system as a whole has been tested and the initial delict remained uncorrected*”. An exception to this rule may be made when there is no effective remedy or “*no reasonable prospect of success*”, which was not argued by the Claimants.¹⁸⁸

Contamos con otro elemento de la denegación de justicia: se deben agotar recursos internos, solamente entonces se perfeccionará el cometimiento del ilícito, ya sea que se haya originado en otra rama del estado o resulta del trato recibido en los tribunales.

2.4. Estándar violentado por el cometimiento del ilícito

En este capítulo analizaremos una discusión de larga data que se resume en si la denegación de justicia debe medirse contra estándares locales o contra un mínimo internacional. Esta tensión de dos doctrinas opuestas se resume por Adede de la siguiente manera:

In customary international law, ‘responsibility of states for damages or injuries done in their territory to the person or property of aliens’ was essentially designed to provide

¹⁸⁷ ICSID case. *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania*. *Óp. cit.*, p. 24, 25.

¹⁸⁸ ICSID Case. *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* *Óp. cit.*, para. 258.

adequate protection for the aliens so as to encourage and facilitate travel, trade and other forms of intercourse. The law became bound up with opposing doctrines: the principle of 'international standard of justice' expounded by the capital-exporting nations and the doctrine of the 'equality of treatment' advanced by the capital-importing nations. The law is now unsettled and the International Law Commission has been in the process of studying since 1956.¹⁸⁹

En el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional se describe la discusión que pretendemos abordar de manera clara:

Sin perjuicio de la enumeración de los actos y omisiones que contemplan estas codificaciones, su característica más sobresaliente radica en la concepción general y básica a que responden. En las codificaciones que hemos citado anteriormente, la actuación de los organismos judiciales se califica, expresa o tácitamente, conforme a la norma internacional de justicia (*international standard of justice*), en el sentido de que, aun cuando no se haya infringido el derecho interno, el Estado incurre en responsabilidad si el acto u omisión supone el desconocimiento de una *norma* generalmente aceptada en materia de organización judicial, sustantiva o del procedimiento.

En las codificaciones interamericanas, en cambio, al menos en lo que se refiere a los casos de denegación de justicia y de retardo anormal, la calificación del acto u omisión para los efectos de determinar la responsabilidad internacional, depende exclusivamente del derecho interno. En todas ellas hallamos otros artículos que aplican específicamente el principio de la igualdad de nacionales extranjeros a estas hipótesis de responsabilidad.

Es aquí donde radica la cuestión fundamental cuando se trata de calificar, para los efectos de la responsabilidad, la actuación de los organismos judiciales: esto es, si se juzgara el acto u omisión que ha ocasionado el daño conforme a un *standard* internacional o al propio derecho interno. Este problema, como se verá en el capítulo siguiente, ya no puede ni debe plantearse en los términos de una oposición irreductible, como se ha planteado en el pasado. Aludimos, naturalmente, a los actos y omisiones que violan derechos humanos *esenciales*. Los que violan otros derechos, o están previstos en el propio artículo 4, o están comprendidos en otras disposiciones del anteproyecto.¹⁹⁰

El Estándar de Trato Mínimo está ligado con el de denegación de justicia, HUGO Grocio y Emeric de Vattel lo adoptaron como parte del derecho de las naciones, que fue visto durante el siglo XVII y XVIII como una derivación del derecho natural. Durante el siglo XIX, esta visión fue suplantada por la versión moderna: positivismo aplicado al derecho de las naciones. De acuerdo a ella, el derecho de las naciones se basa en el consentimiento implícito que se demuestra a través de la práctica consuetudinaria. Sin embargo, a pesar del crecimiento del análisis positivista, la doctrina de la denegación de

¹⁸⁹ Adede, A. *Óp. cit.* p. 75.

¹⁹⁰ Cfr., Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Óp. cit.*, p. 181 y siguientes.

justicia entró al derecho internacional del siglo XX como un legado del derecho natural vinculado al derecho de las naciones¹⁹¹.

Tradicionalmente se sostuvo que el cometimiento de denegación de justicia debía verse desde una perspectiva local, por lo que empezaremos nuestro análisis desde ese punto (2.4.1). Después veremos la posición contemporánea, a la que nos adherimos: debe existir un estándar mínimo internacional contra el que se mide el trato que un estado propicia a un extranjero (2.4.2).

2.4.1. Estándar de trato nacional

Durante mucho tiempo, era prácticamente indiscutido que los estados únicamente estaban obligados a brindar a los extranjeros el mismo trato que ofrecían a sus nacionales. El exponente más importante de esta tesis fue Carlos Calvo, que fundado en los principios de soberanía estatal e igualdad ante la ley, declaró que los extranjeros debían resolver sus disputas en tribunales locales y en la misma posición que un nacional. La Cláusula Calvo fue positivizada en las constituciones de los estados de América del Sur y hasta se la incluyó en los contratos comerciales y de inversión más importantes que firmaban los estados¹⁹².

Todos los intentos de codificación del derecho internacional en el siglo XX encontraron en los países latinos esta posición, quienes, veían en la tesis del mínimo internacional una nueva época de intromisión militar de las potencias exportadoras de capital. Por ejemplo, en la Liga de las Naciones y en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, los países importadores de capital abogaron por esta postura, tal como lo recoge el Directorado de la OECD:

This tension had implications in several sectors, for example the League of Nations and the UN International Law Commission was unable to reach agreement on a codification of the law of State responsibility for injury to aliens. The work of the UN centre and Commission on Transnational Corporation was equally impaired by the fundamental differences on issues related to the treatment of foreign property. With their

¹⁹¹ Mussi, Adriana Sánchez. "International Minimum Standard of Treatment." Disponible en: asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf, pg. 2.

¹⁹² *Vid.* como ejemplo el Contrato de Participación celebrado entre la República del Ecuador y Perenco que, después de ser terminado por el Ecuador, fue objeto de un arbitraje CIADI.

overwhelming majority within the UN General Assembly, the developing countries were able to assert the principle of national treatment as the rule in the case of expropriation.¹⁹³

Habiendo encontrado tantos defensores, se convirtió en la posición mayoritaria y en un principio de aplicación general, incluso defendido por autores como Hershey, que participó en el grupo de negociaciones de paz de la Primera Guerra Mundial en representación de Estados Unidos:

The general principle governing the responsibility of states for acts injurious to foreigners within their own jurisdiction is that a state is bound to furnish the same degree and kind of protection to foreigners and provide the same means of redress or measures of justice that it grants to its own nationals: but that ordinarily foreigners are not entitled to a greater degree of protection or better guarantees of justice than are afforded to a state's own citizens or subjects.¹⁹⁴

Irizarry y Puente sostenía que juzgar a un extranjero según otro estándar que no sea el mismo aplicable a los nacionales equivale a romper el principio de igualdad civil, y que este principio no se quedaba en una mera opinión académica, sino que formaba parte del derecho internacional interamericano:

This juridical equality yields the following corollaries: (1) The alien can claim indemnity from the state only in the cases and form in which the citizens can do it. The alien can demand no greater remedial rights against the state, and no more favorable procedure to enforce them, than the local legislation gives the citizen. To grant the alien a preferential position in this regard would go far toward nullify the principle of civil equality. (2) The property, rights and acts of the alien are subject to the same judicial or administrative authorities as those of the citizens. 'Foreigners', said the Argentine foreign minister on one occasion, 'from the moment they got into a country, are subject to its laws and authorities. Those laws are not alike everywhere, but be as they may, whether favorable or not to a foreigner, they bind him equally. Consequently, the foreigner, for the exercise of his rights, as for the civil or criminal complaints to which he may be entitled, must have recourse, as the citizens, to those authorities, invoke those laws, and wait for and accept their decisions.' (...) These views have ceased to be mere expressions of national policy: they have now become part of the Inter-American International Law. (3) The alien, in the actions he may institute, cannot invoke other recourses than the laws grant to the citizens...¹⁹⁵

Por último, como testimonio de la amplia aceptación de esta doctrina, está la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados de 1910, que en su artículo nueve declara: "los nacionales y los extranjeros se hallan bajo la misma

¹⁹³ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Working Papers on International Investment. Number 2004/3. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. September 2004, p. 8.

¹⁹⁴ Hershey, Amos S. *Óp. cit.* p. 27.

¹⁹⁵ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.* pp. 389-390.

protección de la legislación y de las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes, ni más extensos que los de los nacionales.”

Como explicamos en la sección 1.5, se defendió esta postura porque Estados Unidos y varias naciones europeas abusaron del principio de protección diplomática que, sumado al estándar de trato mínimo internacional, justificaba el uso de la fuerza para resolver disputas privadas.

2.4.2. Estándar de trato mínimo internacional

El profesor Wallace Jr., cuando trata sobre el origen de la denegación de justicia y el trato mínimo internacional lo vincula con el sistema de venganza privada que explicamos en la sección 1.3; explica que en la edad media, a falta de un poder político central que pueda otorgar protección a comerciantes extranjeros, apelaban a su príncipe para que sean ellos quienes reclamen por el daño perpetrado. Si no existía respuesta favorable, se autorizaba al extranjero a tomar represalias¹⁹⁶. Este método de resolución de disputas se desarrolló en las instituciones del derecho consuetudinario internacional, transformándose en la práctica de la protección diplomática y la idea de que era necesario un estándar mínimo en contra del que se debe juzgar las actuaciones de un estado¹⁹⁷.

Como dijimos, varias codificaciones sobre responsabilidad del estado han abordado este tema, iniciando por los intentos de la Liga de las Naciones en 1920 y la Conferencia de la Haya para la Codificación del derecho internacional de 1930. En ninguna de ellas se logró un acuerdo en temas fundamentales, el punto más sensible seguía siendo la postura de los países recientemente independizados a aceptar un estándar de trato mínimo propuesto por los países exportadores de capital.¹⁹⁸

En la actualidad la denegación de justicia muchas veces es incluida dentro del estándar de Trato Justo y Equitativo. Estudiemos ahora tres casos paradigmáticos del siglo XX donde se discute sobre denegación de justicia vinculada al trato justo y

¹⁹⁶ Don Wallace 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*. Cameron May (2005) p. 672.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.* p. 834.

Equitativo, todo en referencia al mínimo internacional. Dos de ellos, el caso *Neer*¹⁹⁹ y el caso *Roberts*²⁰⁰, se resolvieron por la Comisión Mixta de Reclamaciones creada mediante convención de 8 de septiembre de 1923 para decidir casos de daños sufridos por estadounidenses en la época revolucionaria de México.²⁰¹

Paul Neer, nacional estadounidense, fue asesinado mientras regresaba de una mina. Su esposa presentó un reclamo asegurando que el gobierno mexicano actuó de manera negligente durante la investigación y sanción del asesinato. La Comisión dijo que aunque las autoridades podían haber actuado de manera más eficiente, no era cuestión de un tribunal internacional decidir si es que los agentes del gobierno debían haber tomado medidas diferentes a las tomadas. Encontró que lo sucedido no volaba el estándar mínimo de trato a extranjeros, en lo que se convertiría en un pronunciamiento clásico²⁰².

The propriety of governmental acts should be put to the test of international standards. The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether this insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.²⁰³

Como vemos, para este tribunal se debe medir las actuaciones del estado contra un mínimo internacional de difícil alcance. En un segundo caso, *Harry Roberts* fue confinado a prisión en una pequeña celda junto con otros 35 reos sin acceso a un baño o la posibilidad de ejercitarse. La Comisión señaló que la igualdad no es el test contra el que se debe medir el trato a un extranjero según el derecho internacional, sino el trato del extranjero a la luz de los estándares de la civilización. Se aplicó el test del caso *Neer* que requiere de una conducta equiparable a un ultraje, con evidente mala fe, a la

¹⁹⁹ 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. Óp. cit.*

²⁰⁰ General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States.* (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV pp. 77-81, 2 November, 1926).

²⁰¹ Mussi, Adriana Sánchez. *Óp. cit.* p. 2.

²⁰² *Id.*, p. 5.

²⁰³ 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. Óp. cit.* pp. 61, 62 and 63.

negligencia deliberada del deber o una insuficiencia gubernamental patente que cualquier persona razonable e imparcial fácilmente reconocería²⁰⁴.

En el caso *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*²⁰⁵, Estados Unidos accionó contra Italia frente a la Corte Internacional de Justicia por violación a los artículos II, III, V y VII del Tratado de Amistad, comercio y Navegación entre los dos países de 1948. El caso trata sobre la toma administrativa de la compañía ELSI por parte del gobierno italiano con el afán de evitar despidos y el abandono de las instalaciones. En la sentencia de 1989 la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la Protección y Seguridad Plenas debían medirse acorde a un estándar internacional mínimo, y que según ese estándar, 16 meses de retraso en un proceso judicial no constituía una violación.

Contemporáneamente, varios instrumentos internacionales, sobre todo los modelos de Tratados Bilaterales de Inversión de Francia, Japón y Reino Unido, han adoptado el estándar de Trato Justo y Equitativo como parte de un mínimo internacional²⁰⁶. De acuerdo a los comentarios al artículo uno del Borrador de Convención para la Protección de Propiedad Extranjera de la OECD, el Comité responsable de redactarlo señaló que:

The phrase “fair and equitable treatment”, customary in relevant bilateral agreements, indicates the standard set by international law for the treatment due by each State with regard to the property of foreign nationals. The standard requires that –subject to essential security interests- protection afforded under the Convention shall be that generally accorded by the Party concerned to its own nationals, but, being set by international law, the standard may be more exacting where rules of national law or national administrative practices fall short of the requirements of international law. The standard required conforms in effect to the “minimum standard” which forms part of customary international law”.²⁰⁷

En el mismo sentido, Mussi:

This view has also been sustained by the Swiss Foreign office in a statement issued in 1979 by which was articulated that the fair and equitable treatment refers to a classic principle of international law according to which the states have to provide to foreigners

²⁰⁴ Mussi, Adriana Sánchez. *Óp. cit.* p. 5.

²⁰⁵ International Court of Justice (ad hoc chamber). *Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v Italy*. Final award. July 20, 1989.

²⁰⁶ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Working Papers on International Investment. Number 2004/3. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. September 2004.

²⁰⁷ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. Working Papers on International Investment Number 2004/3. September 2004, p. 10.

who are in their territory, and their property, the benefit of an international minimum standard, that is a minimum of personal, procedural and economic rights.²⁰⁸

En su evolución histórica, el acceso a la justicia es inseparable del estándar mínimo de buen trato a los extranjeros, por eso tanto el Trato Justo y Equitativo como la denegación de justicia deben medirse contra un mínimo internacional. Esto está confirmado por la regla consuetudinaria que requiere el agotamiento de los remedios locales como un prerrequisito de la protección diplomática. Esta regla presupone la obligación internacional de cada estado de asegurar el acceso de extranjeros a las cortes, y de administrar justicia dentro de estándares mínimos y debido proceso.²⁰⁹

The capital exporting nations, in their practice of diplomatic protection of nationals abroad, have maintained the position that while every state has the right to treat its own nationals as it pleases, international law imposes upon the state certain obligations, which, under the sanctions of responsibility to the international community, the state is compelled to fulfill with regard to aliens. With certain amount of dogmatism, the capital exporting states have asserted that there exists a minimum standard of international justice which a state must observe with respect to aliens *qua* aliens. The application of the minimum standard principle was to prevent a state from depriving aliens to the right to life, liberty, and security; the right to acquire property, to engage in economic activities, and the right of full protection by all local means of dispensing justice.²¹⁰

En la actualidad, la regla del mínimo internacional se ha convertido en la más aceptada, con sus defensores argumentando que la teoría del trato local corresponde a épocas menos avanzadas del derecho internacional:

Why, to talk about justice in international relations as being the law of the land where the particular person is residing or has invested his property, belongs to the seventeenth, or, at best, the eighteenth century. (...) I think we have reached a point where we have to attempt to formulate a constructive rule of international law, that due process of law as applied to foreigners resident in a country and owning property and developing it therein is something that must be determined internationally, and that we have got to draw up a general rule which will protect them more, it may be, than that particular state protects its own citizens.²¹¹

Consideramos que es necesaria la existencia de un mínimo internacional en lugar de un estándar local, al menos cuando se trata de denegación de justicia. En el sistema universal de derechos humanos, por ejemplo, es inadmisibles una excepción sobre trato nacional. Es cierto que las reclamaciones pecuniarias no son equiparables a las de derechos humanos, pero desde el punto de vista del derecho internacional, permitir que

²⁰⁸ Cfr., Mussi, Adriana Sánchez. *Óp. cit.* p. 5.

²⁰⁹ Francioni, Francesco. Mussi, Adriana Sánchez. *Óp. cit.* p. 731.

²¹⁰ Adede, A. *Óp. cit.* p. 82.

²¹¹ Fenwick, Charles citado por Hershey, Amos S. *Óp. cit.* p. 31.

sean los estándares locales los que rijan el trato al que un extranjero debe sujetarse sería destruir el avance de las últimas décadas y los logros en homologar y aportar predictibilidad al sistema de responsabilidad estatal.

De cualquier manera, la denegación de justicia, como veremos en la sección 3.1, posee dos caras: la sustantiva y la adjetiva. La adjetiva se refiere al proceso justo y necesariamente a las cláusulas de debido proceso que han sido extensamente desarrolladas por las cortes internacionales de derechos humanos²¹².

El punto a debate no es el abuso al que se sometió a las naciones por el empleo malintencionado de la protección diplomática, sino la forma en que mejor se protegen los derechos de los extranjeros frente a abusos. Con esto, anotamos un rasgo distintivo más a la denegación de justicia: es un estándar que se debe medir contra un mínimo internacional.

2.5. Intentos previos de codificación

Después de revisar las distintas aproximaciones doctrinarias y jurisprudenciales, centrémonos en los intentos más importantes de codificación. Con ellos podremos ver las diferentes perspectivas del delito y las opiniones de quienes las redactaron, utilizando las explicaciones que hemos dado hasta este punto como antecedentes para su mejor comprensión.

Como dijimos en la sección 1.3, a veces se ha entendido a la denegación de justicia en un sentido lato, para incluir en ella todos los actos y omisiones capaces de originar la responsabilidad internacional del estado por daños causados a la persona o bienes de los extranjeros, independientemente del órgano que lo haya cometido. Naturalmente, por regla general se la entiende en un sentido más estricto, comprendiendo la expresión únicamente los actos y omisiones del poder judicial a los de cualquier organismo o funcionario del estado que tenga que ver con la administración de justicia, y a veces sólo algunos de estos actos y omisiones²¹³. Aun dentro de esta noción, tampoco hay uniformidad de criterio en cuanto a qué actos y omisiones son los que realmente originan la responsabilidad. O dicho de otra manera, en qué condiciones y

²¹² Hershey, Amos S. *Óp. cit.* pg. 33.

²¹³ *Ibidem.*

circunstancias la actuación del poder judicial del estado respecto a los extranjeros entraña su responsabilidad internacional.

El examen de la jurisprudencia internacional más bien conduce a la confusión sobre este particular. No se trata solamente de las marcadas contradicciones que se advierten en las decisiones de los tribunales de arbitraje y las comisiones de reclamaciones, sino también de que, cuando se las examina en su conjunto, no hallamos criterios de carácter objetivo y general aplicables a las situaciones que se presentan en la realidad²¹⁴. En ellas se advierten prácticamente todas estas situaciones, así como la forma en que han sido calificadas, pero no criterios definidos con arreglo a los cuales se ha considerado el acto u omisión capaz o no de originar la responsabilidad del Estado. Y estos criterios son, precisamente, los que interesa conocer, al menos para los fines de la codificación²¹⁵. A este respecto los proyectos de codificación que hemos venido examinando nos ofrecen elementos de juicio de mucha mayor precisión. Como podrá apreciarse en seguida, aunque no siempre coinciden en la calificación de los actos y omisiones que originan la responsabilidad, pero en general presentan marcadas coincidencias en cuanto a los aspectos fundamentales²¹⁶.

Iniciemos con el Reporte de José Gustavo Guerrero al Comité de Expertos²¹⁷ para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Liga de las Naciones, 1926²¹⁸:

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:

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ A continuación la nota explicativa original que Gustavo Guerrero acompañó al proyecto y elucida 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, fomentaríamos 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.”

²¹⁸ Naciones Unidas. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956.” *Óp. cit.*, p. 218.

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 inadmisibles 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.²¹⁹

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, 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 injustas²²⁰.

Esta es una de las definiciones más restringidas, en donde solamente se hace responsables a los estados por negar el acceso a las cortes; tampoco existiría, según esta opinión, la posibilidad de demandar denegación de justicia sustantiva. 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 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 1932²²¹:

Artículo 7

²¹⁹ 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.

²²⁰ Cfr., Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Óp. cit.*, p. 182 y siguientes.

²²¹ Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1969." *Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956."* *Óp. cit.*, p. 159.

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 1927²²²:

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 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 revelan criterios más severos en la calificación de los actos u omisiones que pueden originar responsabilidad. 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 trata como infracciones distintas a la denegación de justicia de una decisión manifiestamente injusta:

Artículo V

El Estado es responsable del cargo de denegación de justicia:

1. Cuando no existen o no funcionan los tribunales indispensables para asegurar la protección de los extranjeros.
2. Cuando los tribunales no son accesibles a los extranjeros.
3. Cuando los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para asegurar una buena administración de justicia.

Artículo VI

El Estado es asimismo responsable si el procedimiento o la sentencia constituyen una injusticia notoria, especialmente si se han inspirado en la mala voluntad hacia los extranjeros, como tales o como nacionales de un Estado determinado.²²³

²²² *Id.*, p. 158.

²²³ Naciones Unidas. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956.” *Óp. cit.*, p. 224.

En el proyecto en efecto la denegación de justicia no consiste únicamente en privar a los extranjeros del acceso a los tribunales de justicia, sino que comprende también el mero hecho de que no existan o funcionen los tribunales “indispensables para asegurar la protección de los extranjeros” o de que los tribunales no ofrezcan las garantías necesarias “para asegurar una buena administración de justicia”.

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 en 1929 es esencialmente del mismo tenor:

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.²²⁴

Otras codificaciones han seguido una orientación parecida aunque bastante menos severa. Aludimos a la base de discusión N.º 5 elaborada por el Comité Preparatorio y al texto aprobado por la Comisión III de la Conferencia de La Haya. Conforme a la primera:

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de que:

Base de discusión No. 5

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de que:

1. Se le rehúse el acceso a los tribunales para defender sus derechos;
2. Una decisión judicial definitiva e inapelable sea incompatible con las obligaciones dimanantes de los tratados o con otras obligaciones internacionales del Estado;
3. Haya habido demoras injustificables por parte de los tribunales;
4. El contenido de la decisión judicial esté manifiestamente inspirado por la mala voluntad hacia los extranjeros como tales o como nacionales de un determinado Estado.²²⁵

Las hipótesis previstas en los apartados 1, 3 y 4 figuraban en algunos de los proyectos citados con anterioridad, en iguales o parecidos términos. En cambio, la que se contempla en el apartado 2 no se encuentra en ese caso y presupone una situación un

²²⁴ *Id.*, p. 225.

²²⁵ *Id.*, p. 219.

tanto imprecisa, que el Comité Preparatorio se abstuvo de explicar en sus observaciones a la Conferencia. Sin embargo, las respuestas de los Gobiernos que sirvieron de base al Comité y de algunas decisiones arbitrales que se han referido a esta cuestión, pudiera interpretarse el mencionado apartado 2 en el sentido de que una sentencia judicial, aunque se conforme al derecho interno, entraña responsabilidad si resulta incompatible con alguna obligación internacional del Estado. Si esta interpretación de la base de discusión es correcta, no hay duda de que se trata de un criterio que en ciertos casos puede tener un considerable alcance²²⁶.

Por último, los artículos del Segundo informe de F. V. García Amador, Relator Especial sobre Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes extranjeros, reflejan mayor apertura en la definición, incluyendo más conductas como generadoras de responsabilidad, pero detallándolas lo más posible para intentar otorgar seguridad en su aplicación:

Artículo 4

Denegación de justicia

1. El Estado es responsable de los daños causados al extranjero por actos u omisiones que importan una denegación de justicia.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que ha habido “denegación de justicia” cuando el tribunal u órgano competente del Estado no ha permitido al extranjero el ejercicio de alguno de los derechos previstos en los apartados f), g) y fi) del párrafo 1 del Artículo 6 del presente anteproyecto.

3. A los mismos efectos, también se entenderá que ha habido “denegación de justicia” cuando se ha dictado una sentencia o resolución judicial notoriamente injusta y ésta ha obedecido a la condición de extranjero del particular perjudicado.

4. Los casos de “error judicial”, sea cual fuere el carácter de la sentencia o resolución, quedan excluidos en las hipótesis de responsabilidad prevista en este artículo.²²⁷

En las codificaciones interamericanas se advierte otra orientación. La Convención relativa a los Derechos de Extranjería, suscrita en la Segunda Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en México, 1902, establece que no podrá reclamarse por la vía diplomática “sino en los casos en que haya habido, de parte de ese tribunal,

²²⁶ Cfr., Naciones Unidas. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956.” *Óp. cit.*, p. 181 y siguientes.

²²⁷ Naciones Unidas. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1957.” *Óp. cit.*, p. 117.

manifiesta denegación de justicia, o retardo anormal, o violación evidente de los principios del derecho internacional”.

La resolución sobre “Responsabilidad Internacional del Estado”, aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana de Montevideo, 1933, reduce a dos las hipótesis de responsabilidad: los casos de manifiesta denegación de justicia o de retardo inmotivado de justicia. Y agrega que estos casos “serán siempre interpretados restrictivamente, esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se haya suscitado la disidencia”. En el proyecto sobre “Protección Diplomática” que había preparado en 1925 el Instituto Americano de Derecho Internacional se contemplaban las tres hipótesis de la Convención de 1902 pero además se formulaba en el artículo IV la siguiente definición de:

Denegación de justicia:

Existe denegación de justicia:

- a) Cuando las autoridades de un país donde la reclamación ha sido hecha ponen obstáculos no autorizados por la ley al ejercicio por el extranjero de los derechos que alega.
- b) Cuando las autoridades del país al que ha recurrido el extranjero no han tomado en cuenta sus derechos, sin razón legal, o por motivo contrario a los principios del derecho.
- c) Cuando las reglas fundamentales del procedimiento en vigor en el país han sido violadas y sin ulterior recurso posible.²²⁸

²²⁸ Proyecto sobre “Protección Diplomática” preparado en 1925 por Instituto Americano de Derecho Internacional, disponible como documento A/CN.4/96, apéndice 7 del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956. *Óp. cit.*

2.6. Sumario del capítulo dos

En este capítulo analizamos las reglas que configuran la denegación de justicia por una decisión manifiestamente injusta, una vez que el delito original ha sido cometido. Son los elementos que la doctrina denomina, muchas veces de manera arbitraria, reglas de segund nivel.

La distinción entre reglas de primer y de segundo nivel muchas veces es artificiosa y arbitraria, pero la adoptamos porque facilita el estudios de los diferentes puntos jurídicos relevantes. Tal vez alguna de las reglas que consideramos de segundo nivel, sean en realidad de primero y viceversa; sin embargo su calificación en este trabajo no afecta el desarrollo del fondo de la cuestión, por lo que sigue siendo válido el análisis, indistintamente del lugar en dónde se realice.

En el inicio de este capítulo revisamos los agentes del estado que pueden cometer el ilícito. Primero nos detuvimos en las posiciones reduccionistas, que abogan porque únicamente los estados pueden reclamar el cometimiento de denegación de justicia. Esta teoría está anclada en las concepciones tradicionales del derecho internacional, y no toman en consideración los avances de las últimas décadas que los instrumentos de derechos humanos y los arbitrajes de inversiones han traído.

Actualmente, se considera que las personas individuales poseen *ius standi* y están en derecho de reclamar directamente a los estados y demás actores del derecho internacional público la violación de normas internacionales. Si bien este privilegio se originó princippalmente en Tratados Bilaterales de Inversión y Convenciones sobre Derechos Humanos, la doctrina se inclina cada vez más a considerar que el acceso individual al sistema internacional garantiza una mejor dinámica en la resolución de conflictos a nivel internacional.

Después vimos las dos posiciones sobre quién puede cometer el ilícito: la visión latinomericana, alimentada por el temos del uso de la fuerza militar, sostenía que únicamente los jueces podían denegar justicia, mientras que los países exportadores de capital creían que cualquier agente del estado, actuando con suficiente poder, podía hacerlo.

En este punto adoptamos una posición ecléctica. Si bien consideramos que la denegación de justicia puede originarse en actos ejecutivos, legislativos o judiciales, creemos que se requiere de la intervención de las cortes nacionales para perfeccionar su cometimiento.

Este punto está íntimamente relacionado con el tercero: la regla del agotamiento de los recursos internos; tradicionalmente se la consideró como una oportunidad para que el estado componga el daño que le había causado a un extranjero, antes de poder hacerlo responsable en la esfera internacional. Sin embargo, una ola de Tratados Bilaterales de Inversión y acuerdo regionales de libre comercio, incluyeron provisiones específicas que limitan la amplitud de la regla y permiten a los inversionistas llevar sus reclamos sin buscar antes una solución final por parte de las cortes locales.

Esta excepción no se aplica a casos de denegación de justicia. En el caso del ilícito en estudio, la regla de los recursos internos no posee la misma motivación filosófica u origen. No se trata de darle al estado la oportunidad de corregir sus errores antes de que sea acusado en foros internacionales, sino que la denegación de justicia no se refiere al cometimiento de un error en la función judicial, sino a una falla sistémica y una violación general a la obligación internacional de proveer justicia a los extranjeros.

Es decir, la obligación de tener un aparato judicial efectivo para que los extranjeros puedan acceder a él, no equivale a decir que los estados se comprometen a que nunca, ninguna de sus cortes cometan un error. En este orden de cosas, el error cometido en una instancia puede ser corregido por la superior, hasta llegar a una decisión final. La denegación de justicia es justamente acusar al sistema de funcionar de manera equivocada, y no endilgar la responsabilidad internacional a un error judicial específico. Esto es así no solamente por los motivos que acabamos de dar, sino porque la organización estatal moderna y, de manera específica, la función judicial, están creadas asumiendo que existen errores, pero que esos errores se pueden corregir en una cadena de apelaciones e incluso casación.

En suma, la denegación de justicia puede originarse en cualquier rama del estado, pero para perfeccionarse, requiere de la intervención de la función judicial, ya sea cometiendo el error inicial, o no corrigiendo su error o el de otra rama mediante una decisión definitiva.

El penúltimo punto de este capítulo fue la denegación de justicia contra un mínimo internacional y contra un estándar de trato local para conocer cuál debía utilizarse. En nuestra investigación descubrimos que la concepción del estándar internacional se dio, justamente, a la luz de la denegación de justicia en una época que se utilizaba la frase para reclamar por cualquier trato injusto contra un extranjero. Evidentemente, si se habría utilizado un estándar local en la codificación y aplicación de la denegación de

justicia, su utilidad práctica en los reclamos intentados durante la edad media, habría sido nula.

Si bien existen doctrinas contrarias a la medida internacional de la denegación de justicia, la mayoría de ellas están soportadas en el temor de los abusos perpetrados durante mediados del siglo XIX y XX. En la actualidad, la denegación de justicia también está asociada al Trato Justo y Equitativo que, a su vez, es donde más discusión se ha suscitado sobre este tema. La conclusión a la que arribamos es que necesariamente se deberá media la conducta estatal contra un mínimo internacional porque la tendencia mundial demuestra que es la solución más favorable, y porque la justicia lo requiere.

En materia de Derechos Humanos, por ejemplo, no se admiten excepciones de tratos violatorios a las normas del *corpus iuris universal* alegando trato nacional; los derechos de las personas no vienen dados por la voluntad o capacidad de un estado de cumplirlos, sino por el respeto al ser humano. No existen argumentos suficientes para dividir el derecho internacional en dos, y considerar que el trato en materia de derechos humanos debe ser medida contra un mínimo internacional, pero que al tratarse de derechos patrimoniales, debe verse el estándar nacional. Esta distinción implica un verdadero retroceso en el derecho internacional. Además, y para concluir este punto, debemos recordar que la denegación de justicia posee un cariz de derecho fundamental: el acceso a la justicia y el aseguramiento del debido proceso. Por estos motivos, es imposible usar un estándar de trato local.

Para concluir el capítulo, revisamos los intentos previos de codificación del término “denegación de justicia” en el que se puede observar las tendencias que explicamos anteriormente: desde las visiones minimalistas alimentadas por los temores de guerra hasta las concepciones amplias que pretendían equiparar la denegación a cualquier incumplimiento de una norma internacional, que intentaba otorgar protección a los extranjeros que sufrían tratos discriminatorios pero que no encontraban protección en ningún tratado o norma consuetudinaria.

Con estos antecedentes pasemos al tercer y último capítulo de esta tesis: las reglas de primer nivel. Aquí ya no interesa quién puede cometer el ilícito, quién puede reclamarlo o si se deben intentar todos los recursos disponibles en el derecho local antes de acudir a foros internacionales; ahora analizaremos cómo se configura la denegación de justicia, cuáles son las conductas que debe cometer un estado y no remediarlas para que pueda ser sancionado ante tribunales internacionales. En el tercer capítulo recurriremos mayoritariamente a jurisprudencia internacional que ha intentado avanzar

el estándar de definición para, al final, otorgar lo que, según nuestra opinión, deberían ser estos estándares.

3. Los parámetros para constatar una decisión manifiestamente injusta: reglas de primer grado

En este capítulo examinaremos las reglas y estándares de primer grado. Las reglas analizadas en el capítulo anterior estaban relacionadas a los elementos que deben concurrir para que una decisión manifiestamente injusta conlleve responsabilidad internacional, en este capítulo veremos qué constituye una decisión manifiestamente injusta.

Iniciemos insistiendo que proteger a un extranjero de injusticias procedimentales por sí solo no es suficiente para asegurarse de que reciba justicia adecuada. El acceso a las cortes no significa mucho si los jueces son corruptos o las sentencias no están fundamentadas en normas relevantes. Si es que limitamos la denegación de justicia a su proyección adjetiva, cualquier estado podría librarse de responsabilidad admitiendo una demanda a trámite, cumpliendo todos los requisitos procedimentales, y después negando la pretensión sin dar razones para hacerlo²²⁹, o más grave todavía, con la intención de causarle daño al extranjero. Por estos motivos, y como explicaremos a profundidad en la sección 3.1, es necesario un estándar sustantivo de denegación de justicia, que se configura a través de una decisión *manifiestamente injusta*. En este último capítulo propondremos los elementos que configuran como manifiestamente injusta a una decisión.

Iniciaremos con la discusión sobre denegación de justicia adjetiva y sustantiva (3.1), fundamental para comprender la importancia de lo manifiestamente injusto como una conducta atentatoria al orden internacional. Después veremos los parámetros que hasta ahora la jurisprudencia y doctrina han desarrollado para comprobar si se ha cometido una injusticia manifiesta (3.2), para terminar con los parámetros que deben complementar a los ya existentes (3.3).

3.1. Denegación de justicia adjetiva y sustantiva

Este es, quizás, el punto más controvertido sobre la denegación de justicia. La discusión se origina en la relación que existe entre las cortes locales y los tribunales internacionales y el hecho de que las últimas no pueden actuar como cortes de apelación de las primeras.

²²⁹ Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.*, p. 846.

El hecho de que los tribunales internacionales no pueden realizar las veces de cortes de apelación ni modificar el contenido de una decisión local, es un principio firmemente establecido en el derecho internacional. Es más, para respetar este principio, el tribunal del caso *Loewen*, por citar un ejemplo representativo, llegó al extremo de negarse a conocer reclamos específicos de las partes o a señalar conductas puntuales de las cortes locales que habrían configurado denegación de justicia, por más de haber calificado al proceso en las cortes de Mississippi como la antítesis del debido proceso²³⁰, y una verdadera desgracia²³¹. Es decir, el tribunal se negó si quiera a individualizar conductas erradas de las cortes estadounidenses una porque hacerlo se aproximaría demasiado a actuar como corte de apelación.

Una de las visiones sobre este problema, a la que Paulsson en su reciente obra se adhiere, entiende que los tribunales internacionales no pueden abrogarse funciones de cortes de apelación, y que no podrían entrar a conocer temas de derecho municipal sustantivo, por lo que la denegación de justicia se limita a una esfera procedimental. La segunda propuesta sostiene que la denegación de justicia sustantiva es fundamental para darle sentido al ilícito. En otras palabras, la aplicación manifiestamente injusta de normas sustantivas también es denegación de justicia.

Para verificar el cometimiento de denegación de justicia sustantiva los tribunales arbitrales deberán conocer la lógica de los jueces que motivó la aplicación del derecho municipal en tal o cual sentido, sin embargo ello no significa que de alguna manera se puedan modificar las sentencias o que se interfiera con la soberanía del estado. Dividiremos nuestro estudio entre la posición restringida, que solamente limita la denegación de justicia a errores procedimentales (3.1.1), para después explicar por qué optamos por la opción que considera posible que se deniegue justicia por violaciones tanto a derecho adjetivo como sustantivo (3.1.2).

3.1.1. Denegación adjetiva

Esta discusión origina parcialmente en la multitud de intentos de codificación y las diferentes definiciones aportadas. Para el momento histórico en que más interés suscitó

²³⁰ ICSID case (under NAFTA). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America: Final Award*. ARB (AF)/98/3 (Mason, Anthony; Mikva, Abner; Mustill, 26 de June de 2003), para. 122.

²³¹ *Id*, para. 119.

la denegación de justicia –finales del siglo XIX e inicios del XX- se llegó a separar y a analizar como estándares autónomos por un lado a las decisiones manifiestamente injustas y a la denegación de justicia, por otro. 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 es un buen ejemplo de esta concepción dualista:

Artículo 5

El Estado es responsable del cargo de denegación de justicia:

1. Cuando no existen o no funcionan los tribunales indispensables para asegurar la protección de los extranjeros.
2. Cuando los tribunales no son accesibles a los extranjeros.
3. Cuando los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para asegurar una buena administración de justicia.

Artículo 6

El Estado es asimismo responsable si el procedimiento o la sentencia constituyen una injusticia notoria, especialmente si se han inspirado en la mala voluntad hacia los extranjeros, como tales o como nacionales de un Estado determinado.²³²

Esta separación encuentra explicación en la postura de los países importadores de capital, que intentaron restringir la denegación de justicia, y sostuvieron que ella únicamente ocurría cuando se negaba al extranjero el acceso a las cortes locales (*Vid.* sección 1.5.1). De esta manera, el estándar era simplemente adjetivo: las cortes locales negaban su jurisdicción de manera infundada y se configuraba el delito, como nunca se llegaba a tratar el fondo del asunto, jamás podía existir una aplicación equivocada del derecho sustantivo. En sentido contrario, para la posición latinoamericana, cuando un juez local conoce sobre el fondo del asunto, ya es imposible que exista denegación de justicia, al habersele permitido al extranjero el acceso a las cortes. La posición latinoamericana en síntesis: “*denial of justice* is defined as the refusal to a foreigner of a free access to the tribunals of the country. This definition deals solely with procedural matters, and ignores defects of substantive law”²³³.

Otro motivo por el que se redujo la posibilidad de denegar justicia a errores adjetivos, era que aceptar lo contrario, es decir, permitir que exista denegación de justicia sustantiva implica que cuando ella sea alegada, las cortes y tribunales internacionales deberían analizar la aplicación del derecho municipal por tribunales

²³² Naciones Unidas. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956.” *Óp. cit.*, p. 224.

²³³ Irizarry y Puente, J *Óp. cit.*, p. 383.

locales, lo que era demasiado cercano a constituir las en instancias de apelación, y en última instancia, usurpación de soberanía de los países²³⁴.

Concerns about infringing on sovereign prerogatives pervade denial of justice jurisprudence. Difficult questions arise with respect to what kind of authority national governments actually conferred on the international tribunals, and the ways in which the tribunals should exercise jurisdiction consistently with their mandate. Investor's ability to challenge domestic court decisions has provoked a strong reaction from members of civil society, the media, and even from judges themselves about the prospect of holding U.S. courts to international standard.²³⁵

El Reporte de José Gustavo Guerrero al Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Liga de las Naciones de 1926²³⁶ insiste en que la denegación únicamente es adjetiva, y que está vedado analizar las decisiones de las cortes locales en foros internacionales. En su propuesta de definición de denegación de justicia, el ilícito solamente tiene una arista procedimental o adjetiva; las sentencias nacionales eran absolutamente soberanas y no podía ser internacionalmente cuestionadas, no importa en qué se fundamente un reclamo²³⁷. Es decir, el principio de cosa juzgada se llevó hasta la última consecuencia, transformando a cualquier providencia que pusiera fin al proceso en un documento inexpugnable. Veamos el artículo:

(...)

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 inadmisibles 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;²³⁸

²³⁴ Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.*, p. 813.

²³⁵ Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.*, p. 813.

²³⁶ Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956." *Óp. cit.*, p. 218.

²³⁷ Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 39.

²³⁸ 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. Algunas opiniones académicas que no comparten las conclusiones del informe han llegado a calificarlo de infame. No compartimos la opinión que ve en la posición de Guerrero una excusa cínica para justificar las conductas de las naciones de América del Sur. A continuación una nota introducida por el propio Gustavo

El texto es claro. No importa la gravedad del error o inclusive la mala fe con la que se aplique una norma local a una situación determinada, la sentencia no puede ser conocida por un tribunal internacional. Este postulado no encuentra excepciones en el informe; la obligación de administrar justicia se cumple inclusive con una providencia que niegue admitir la demanda a trámite. La conclusión de este análisis: la denegación de justicia es únicamente procedimental, jamás sustantiva.

Irizarry y Puente compartía la misma opinión, sosteniendo que la única posibilidad de un extranjero para buscar compensación por el daño instrumentado a través de una sentencia nacional eran acciones civiles y penales en contra de los magistrados que la dictaron. Para hacer más gráfico su punto, el autor dijo que la intervención o revisión de una sentencia local en foros internacionales era tan escandaloso como ver al presidente de un gobierno exigir una resolución determinada de un juez mediante decreto:

It can occur to no one to ask the Executive Power, for instance, that he assume the authority to declare, by means of a decree, that a judgment of the Supreme Court is unjust, illegal or unconstitutional, even though there be some basis for the imputation and complaint, and ask him to exercise the power to disregard it. If the judgment is unjust, illegal or unconstitutional, there can be against it no human remedy, aside from revision, except that which may come from accusing the magistrates before some other Public Power, in order to establish the civil and criminal responsibilities. But, even in this case, the unjust or illegal judgment cannot be revoked; the judge can be civilly responsible for the results of the decision and condemn them to the payment of damages, but it cannot alter the situation created by the decision itself between the civil parties.²³⁹

Por último, Paulsson ha sostenido que la responsabilidad del estado por denegación de justicia está justificada para satisfacer el requerimiento internacional de que los estados provean protección efectiva a los derechos de extranjeros, ya sea que esos derechos hayan sido adquiridos mediante normas nacionales o principios internacionales. Es decir, un extranjero siempre tiene derecho a justicia procesal medida por estándares internacionales; esta es la *raison d'être* de la noción de denegación de

Guerrero antes de presentar sus hallazgos: [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, fomentaríamos 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.

²³⁹ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 395.

justicia²⁴⁰. En consecuencia, la doctrina de la denegación de justicia no requiere proteger los derechos sustantivos bajo el derecho internacional, por la simple razón de que las cortes locales no tienen la última palabra respecto esos derechos; las cortes y tribunales internacionales llamadas a aplicar derecho internacional simplemente corregirán el error cometido por los tribunales locales. Los derechos sustantivos bajo el derecho nacional, por otro lado, son creados por el estado, y son objeto de autoridad soberana para legislar e interpretar. Por esto, un reclamo denegado ante una autoridad nacional debidamente constituida, sin importar la correcta o equivocada aplicación del derecho local, no da lugar a un delito internacional, a menos que se trate de una violación del debido proceso según los estándares internacionales.²⁴¹

Examinemos ahora la posición contraria.

3.1.2. Denegación sustantiva

Nuestra opinión es que limitar el espectro de la denegación de justicia a errores de procedimiento lo equipararía a violaciones de debido proceso, restándole individualidad y utilidad. Este estándar debe existir como una forma de protección para no permitir ataques a extranjeros disfrazados tras un barniz de legalidad, el temor de interferencia directa por parte de tribunales internacionales en las decisiones locales y en la soberanía de los países no es suficiente como para privar a un extranjero de una acción en contra de decisiones manifiestamente injustas.

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 inversión²⁴² o de un derecho humano²⁴³, 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 cambien las decisiones

²⁴⁰ Paulsson, Jan. *Óp. cit.*

²⁴¹ Paulsson, Jan. *Óp. cit.*

²⁴² *Vid.* UNCITRAL ad-hoc tribunal, caso *Chevron v. Ecuador* por violaciones al artículo 2(7) del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Estados Unidos y Ecuador, tratado en el capítulo 3 de esta tesina.

²⁴³ *Vid.* caso *Osman v. United Kingdom* decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 2003.

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 jurídico²⁴⁴, 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 violentaron normas internacionales. Ya para 1871, varios tribunales internacionales conocieron decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos²⁴⁵. 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 c. Panamá*²⁴⁶, sin hacer referencia al estándar internacional contra el que media la conducta de las cortes panameñas, llegó a la conclusión que el 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 prisión²⁴⁷. 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

²⁴⁴ Aguilar, Juan Panlo. “Sobre las materias arbitrables en el Derecho Administrativo”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 1 (2009).

²⁴⁵ Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.*, p. 813.

²⁴⁶ 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).

²⁴⁷ General Claims Commission (United States and Panama) constituted under the Claims Convention of July 28, 1926. *Abraham Solomon (United States) v. Panama*. *Óp. cit.*, pp. 370-372.

Unidos y Panamá²⁴⁸, 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 emplearse²⁴⁹, 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 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.

En el caso *Mondev*²⁵⁰, pese a las declaraciones del tribunal reiterando que su función no es la de una corte de apelación²⁵¹, 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 t 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 sin, a la luz del

²⁴⁸ "General Claims Commission - United States and Panama constituted under the Claims Convention." July 28, 1926.

²⁴⁹ Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.*, p. 871.

²⁵⁰ 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).

²⁵¹ 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."

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.

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 casos similares, pero de ninguna manera justifican la exclusión de la denegación de justicia sustantiva del derecho de responsabilidad internacional. No pretendemos sostener que los tribunales internacionales deberían tener el poder de modificar las decisiones locales, únicamente sostenemos que, en muchos casos, para que los estándares internacionales de protección tengan sentido, se requiere de un análisis profundo de los hechos de un caso y la aplicación del derecho local. Los tribunales internacionales no podrán modificar el contenido de una decisión, pero deben tener poder suficiente para condenar a un país por las consecuencias o los efectos que sus decisiones producen.

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 Trato Justo y Equitativo, Protección y Seguridad Plenas y, particularmente, denegación de justicia²⁵². Varios tribunales CIADI han llegado a conocer la aplicación del derecho local para determinar si existió una violación en los estándares mencionados²⁵³. 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 domésticas²⁵⁴.

²⁵² Schreuer, Christoph. *Óp. cit.*, p. 89.

²⁵³ 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).

²⁵⁴ Schreuer, Christoph. *Óp. cit.*, p. 90.

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 escasa²⁵⁵.

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 between refusal to hear complaints of an alien and an unjust judgment, which is evident and unmistakable”²⁵⁶. 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 fuerza²⁵⁷,

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.²⁵⁸

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.²⁵⁹

En la jurisprudencia arbitral moderna, el caso *Cottesworth and Powell*²⁶⁰ 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

²⁵⁵ Adede, A. *Óp. cit.*, p. 75.

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 87

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 75.

²⁵⁸ Freeman, Alwyn. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. New York: Periodicals Service Co., 1938.

²⁵⁹ Adede, A. *Óp. cit.*, p. 75.

²⁶⁰ *Cottesworth and Powell case (Great Britain vs. Colombia)*, *Óp. cit.*

forms of 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.²⁶¹

Como ya explicamos y en esta cita se demuestra, durante vario tiempo se diferenci6 la denegaci6n de justicia de una decisi6n manifiestamente injusta. Sin embargo, el hecho de que exista la calificaci6n de “actos de notoria injusticia” como delito individual, demuestra que s3 es posible la revisi6n internacional del fondo de una controversia para determinar su cometimiento²⁶². Es imposible conocer si un extranjero sufri6 una injusticia si no se conoce el trato al que fue cometido. En el caso Vivendi I tambi6n se traz6 dicha distinci6n:

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 Tucum6n ante sus tribunales administrativos, cualquiera reclamaci6n en contra de la Rep6blica Argentina puede surgir s6lo si se les denegara a las demandantes acceso a los tribunales de Tucum6n para intentar sus acciones bajo la cl6usula 16.4 o si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegaci6n de justicia procesal) o si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegaci6n de justicia material) o se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores franceses bajo el TBI por la Rep6blica Argentina. Sin embargo, ya que las demandantes dejaron de intentar acciones ante los tribunales administrativos de Tucum6n 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 Rep6blica Argentina bajo el TBI.²⁶³

Si es que negamos la posibilidad de que exista una denegaci6n de justicia sustantiva, estamos ignorando uno de los elementos m6s importante del derecho: alcanzar una soluci6n adecuada. La administraci6n de justicia se compone de normas procedimentales y sustantivas, las normas procedimentales existen con el prop6sito 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 asegurarse un resultado donde se aplique correctamente normas sustantivas, esta es la raz6n para que varios ordenamientos, incluido el ecuatoriano, no permitan sacrificar la justicia a favor de

²⁶¹ Vattel, *Le Droit des Gens*, citado por Adede, A. *6p. cit.*, p. 87

²⁶² Cfr., Adede, A. *6p. cit.*, p. 87.

²⁶³ Caso CIADI. *Compa1a de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie G6n6rale des Eaux c. Rep6blica Argentina. 6p. cit.*

meras formalidades²⁶⁴. 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 Irizarry 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.²⁶⁵

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 condeno 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.

De igual manera, la arista procedimental dejaría indemne el daño producido en el caso *Massey*²⁶⁶, donde el presunto culpable del asesinato de un sujeto estadounidense huyó de la cárcel con complicidad del carcelero. De haberse intentado los procedimientos en contra del carcelero, aún sin llegar a una sanción civil, administrativa o penal, se habría satisfecho el estándar procedimental de la denegación de justicia. Sin embargo, circunstancias como estas requieren de una condena al estado, por actuar de manera dolosa y cómplice en el escape, que solo son posibles a través de una denegación de justicia sustantiva.

²⁶⁴ 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. *Vid.* 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.”

²⁶⁵ Irizarry y Puente, J. *Óp. cit.*, p. 404.

²⁶⁶ General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *Gertrude Parker Massey (U.S.A.) v. United Mexican States*. *Óp. cit.*

Para finalizar, debemos mencionar que al igual que otros estándares de protección o, en general, institución jurídica, su aplicación dependerá de los hechos 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 it 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.²⁶⁷

Este es otro elemento para construir una definición: la denegación de justicia puede ser procedimental o sustantiva. Analicemos ahora qué es lo manifiestamente injusto.

3.2. Los parámetros actuales

Actualmente contamos con varias medidas para calificar de manifiestamente injusta una decisión, sin embargo, la mayoría de ellas son demasiado abiertas y remiten la definición a valoraciones subjetivas. Por ejemplo, Hershey dice que el aparato judicial de un estado y la decisión final que produjo deben contar con la aprobación general de los estados civilizados para no generar responsabilidad internacional²⁶⁸.

La jurisprudencia no aporta mayores elementos. Los tribunales de Comisiones de Reclamaciones Mixtas aportaron definiciones circulares que simplemente llevaban la discusión de un concepto jurídico indeterminado a otro. En el caso *Chattin*²⁶⁹ y en el caso *Neer* se sostuvo lo siguiente:

The controversial questions that arise between nations from time to time with respect to complaints of denial of justice are numerous and varied. But it is probably not so very difficult to formulate a practicable and sound standard by which to test the propriety of intervention or the right of a nation to claim pecuniary reparation in any given case.

It may perhaps be said with a reasonable degree of precision that the propriety of governmental acts should be determined according to ordinary standards of civilization, even though standards differ considerably among members of the family of nations, equal under the law. And it seems to be possible to indicate with still further precision the broad, general ground upon which a demand for redress based on a denial of justice may be made by one nation upon another. It has been said that such a demand is justified when

²⁶⁷ Irizarry y Puente, *Óp. cit.* p. 404.

²⁶⁸ Hershey, Amos S. *Óp. cit.*, p. 28.

²⁶⁹ 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. Óp. cit.*

the treatment of an alien reveals an obvious error in the administration of justice, or fraud, or a clear outrage.²⁷⁰

El Comisionado Bertinatti en el caso *Medina* bajo la Convención de 2 de Julio de 1860 entre Costa Rica y Estados Unidos:

Only a formal denial of justice, the dishonesty or *prevaricatio* of a judge legally proved, the case of torture, the denial of the means of defense at the trial, or gross injustice, *in re minime dubia*, (...) may justify a government in extending further its protection.²⁷¹

En el caso *Ida Robinson Smith Putnam* el Comisionado Fernandez MacGregor sostuvo que la decisión final tomada por las cortes locales estaba revestida de una presunción de legalidad y que debía probarse una notoria injusticia fácilmente reconocible para saber que estamos en presencia de una decisión manifiestamente injusta:

The Commission, following well-established international precedents, has already asserted the respect that is due to the decisions of the highest courts of a civilized country (case of *Margaret Roper*, Docket No. 183, paragraph 8). A question which has been passed on in courts of different jurisdiction by the local judges, subject to protective proceedings, must be presumed to have been fairly determined. Only a clear and notorious injustice, visible, to put it thus, at a mere glance, could furnish ground for an international arbitral tribunal of the character of the present, to put aside a nation.²⁷²

En el caso *Cotesworth & Powell* se adoptó una solución similar:

The judiciary of a nation should be respected as well by other nations as by foreigners resident or doing business in the country. Therefore, every definite sentence of a tribunal, regularly pronounced, should be esteemed just and executed as such. As a rule, when a cause in which foreigners are interested has been decided in due form, the nation of the defendants cannot hear their complaints. It is only in cases when: justice is refused, or palpable or evident injustice is committed, or when rules and forms have been openly violated, or when odious distinctions have been made against its subjects that the government of the foreigner can interfere.

(...)

No demand can be founded, as a rule, upon more objectionable *forms* of procedure or the *mode* of administering justice in the courts of a country; because strangers are presumed to consider these before entering into transactions therein. Still, a plain violation of the substance of natural justice, as, for example, refusing to hear the party interested, or to allow him opportunity to produce proofs, amounts to the same thing as an absolute denial of justice

(...)

²⁷⁰ 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*. *Óp. cit.*, p. 65.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² *Id.*, p. 66.

Nations are responsible to those of strangers, under the conditions above enumerated, *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 the complainant, made according to the established forms of 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.²⁷³

Si tomamos estas decisiones como parámetros, lo manifiestamente injusto se puede resumir en: “fraude manifiesto o ultraje evidente en la administración de justicia”; una injusticia “clara, notoria, reconocible a simple vista”, “palpable o evidente”. O en su defecto, cuando una sentencia es “pronunciada y ejecutadas en abierta violación de la ley”; “las reglas y formas se han violado abiertamente o cuando se han hecho distinciones odiosas en contra de del extranjero”. Ninguno de los adjetivos utilizados - evidente, claro, notorio, fácilmente reconocible o palpable- permiten definir qué es injusto; en realidad todos son otras formas de decir “manifiesto”.

Decisiones contemporáneas intentaron definir un estándar mucho más preciso. El tribunal del caso *Mondev* tomó como punto de partida el caso *ELSI*, pero al momento determinar el estándar fue un paso más allá, y sostuvo que:

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 without 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.²⁷⁴

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ ICSID case (additional facility). *Mondev International v. United States of America*. ARB(AF)/99/2 *Óp. cit.*, para. 127.

En el caso *Barcelona Traction* giraba en torno a la expropiación de una planta de generación eléctrica por parte del gobierno de España. El caso no superó la etapa de jurisdicción, donde fue desechado en consideración a la nacionalidad de las personas que habían sufrido el daño. Sin embargo, el juez Tanaka en su opinión separada llegó a elaborar varios puntos referentes al fondo del asunto en un espíritu de contribución académica. Cuando trata sobre denegación de justicia substantiva o decisión manifiestamente injustas, provee la siguiente definición:

[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'.²⁷⁵

Este estándar tampoco aporta un significado concreto, pero señala algo importante: las decisiones manifiestamente injustas no son meros errores de valoración, o inclusive decisiones injustas, se necesita algo más.

3.3. Nueva valoración de lo manifiestamente injusto

En este último acápite empezaremos explicando elementos periféricos de lo manifiestamente injusto. Iniciaremos por los meros errores de valoración o aplicación equivocada de la ley (3.3.1). Después veremos cómo se configura lo manifiestamente injusto (3.3.2).

3.3.1. 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.

[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

²⁷⁵ 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.

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.²⁷⁶

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 manifiestamente 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 estado²⁷⁷. En el mismo sentido se ha pronunciado la retórica de la jurisprudencia arbitral internacional es que un estado deniega justicia únicamente en casos extremos: meros errores al juzgar no implican responsabilidad^{278 279}.

Aquí se traza la diferencia entre lo manifiestamente 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. En la siguiente sección tratamos las conductas que constituyen lo manifiestamente injusto.

Para concluir, 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 mandaba: “[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:

²⁷⁶ Fitzmaurice, G. G. *Óp. cit.*, pp. 110-111.

²⁷⁷ Hershey, Amos S *Óp. cit.*, p. 29.

²⁷⁸ Bjorklund, Andrea *Óp. cit.*, p. 813.

²⁷⁹ Adede, A. *Óp. 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.²⁸⁰

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.

Con este antecedente podemos analizar qué es lo manifiestamente injusto.

Por último, en el Caso *Chevron II*, la corte utilizó nuevamente el estándar de “shock” propuesto en el caso *ELSI* para juzgar si es que existía denegación de justicia.

En definitiva, el estándar que existe hasta el día de hoy, no es suficientemente certero o acabado para brindar seguridad en su aplicación.

3.3.2. Manifiestamente injusto

Como anunciamos en su momento, 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 manifiestamente injusto de lo meramente injusto no siempre es clara²⁸¹. Es por esto que proponemos los siguientes estándares de aplicación para distinguirlos (i) que exista trato discriminatorio, (ii) que la decisión sea arbitraria, (iii) que se evidencie corrupción determinante en el proceso judicial o administrativa, (iv) que haya evidencia directa o indirecta de mala fe; y (v) que se demuestre incompetencia manifiesta del tribunal.

Además de esos cinco parámetros debe cumplirse unos más: que no se trate de un mero error de valoración.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ Cfr., Bjorklund, Andrea. *Óp. cit.*, p. 814.

Una advertencia preliminar: la división de criterios para esta calificación puede parecer caprichosa o arbitraria, pero se realizó en consideración a las agrupaciones realizadas por otros autores y por intentar 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.

Incitemos 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.”²⁸²

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 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.²⁸³

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.

Por más de que esta cita implica un avance significativo a la hora de tratar de definir lo manifiestamente injusto, creemos que obvia algunos temas necesarios en su concepción. A continuación analizaremos todos ellos.

²⁸² Adede, A. *Óp. cit.*, p. 89.

²⁸³ Adede, A. O., *Óp. cit.*, p. 82.

3.3.2.1. Discriminación

La discriminación puede adoptar dos caras: 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.²⁸⁴

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 los antecedentes de las partes, el demandado era un héroe de guerra, y el demandante un canadiense que formaba parte de una millonaria corporación. Después habló del financiamiento del grupo *Loewen*, proveniente de algunos bancos asiáticos, como dinero japonés que ahora es empleado 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 form 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.²⁸⁵

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.

²⁸⁴ 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.

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 2.

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. Veamos el caso Camaroneras Rey que describe perfectamente este trato.

En la década de 1990, una serie de camarones del golfo de Guayaquil vieron como la tasas de mortalidad de sus camarones se disparó de un momento a otro. Después de realizar pruebas de laboratorio, se descubrió que la causa principal era la contaminación del agua con pesticidas utilizados en fincas bananeras que colindaban con las piscinas. Un grupo de empresarios ecuatoriano presentó una demanda por daños y perjuicios en las cortes de Florida en contra de *BASF* y otras empresas, todas ellas productoras del pesticida que había producido los daños. En primera instancia, el juez Franza decidió que las cortes de Florida tenían jurisdicción pero, en apelación, el Cuarto Distrito reformó la sentencia del juez de instancia en aplicación de la teoría del *forum non conveniens* sosteniendo que las cortes ecuatorianas eran el foro más conveniente para que se ventile la causa²⁸⁶. La decisión de las cortes de Florida, sin embargo, poseían una condición: los demandados debían someterse a la jurisdicción de las cortes ecuatorianas, caso contrario, el caso podía ser llevado de vuelta al conocimiento de jueces en Estados Unidos

Después de esa decisión, los demandantes presentaron 29 demandas en Ecuador, en febrero de 1998. Sin embargo, justo antes de que se presenten los casos, el Congreso ecuatoriano, el 27 de enero de 1998 adoptó la Ley 55. El artículo uno de la Ley 55 dice:

Los artículos 28, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil, sin importar su tenor literal, serán interpretados de manera tal que, al tratarse de jurisdicción internacional concurrente el demandante puede elegir libremente entre presentar su reclamo en Ecuador o en el extranjero, con la excepción de aquellos casos donde la ley explícitamente requiera que se conozca ante cortes ecuatorianas, como el divorcio de una ecuatoriano celebrado en Ecuador. En el evento de que el reclamo sea presentado fuera de Ecuador, la jurisdicción nacional queda terminada, igual que la jurisdicción de los jueces ecuatorianos.²⁸⁷

Fundándose en esta ley, el Juzgado 28 de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, mediante providencia de 11 de febrero de 1998, se declaró incompetente. De esta manera, el efecto práctico de los impulsores de la ley fue logrado; como se había

²⁸⁶ Fourth Judicial Circuit of the State of Florida. *Ciba-Geigy Limited, BASF A.G. v. The Fish Peddler, Inc.* 961 So. 2d 111 Fla. 4th DCA - rev. denied, 699 So. 2d 1372 (Fla. 1997). October 7, 1997.

²⁸⁷ Circuit Court of the 17th Judicial Circuit of Broward County, Florida. *Ecuadorian shrimp case.* September 24, 1999, p. 5.

presentado la demanda primero en Estados Unidos, los jueces ecuatorianos ya no eran competentes y forzosamente el caso debía regresar a Florida.

Cuando se presentó nuevamente el caso en las cortes estadounidenses, los demandados pusieron en evidencia la conducta de los demandantes, quienes habían diseñado una estrategia para que sus demandas fueran rechazadas. La estrategia consistía en: (1) demorar la presentación de las demandas durante cuatro meses mientras se presionaba al Congreso de Ecuador para expedir la Ley 55; (2) redactar las demandas de manera que los jueces necesariamente apliquen la Ley; (3) apelar las decisiones de los jueces que aceptaban a trámite la demanda; (4) no presentar apelaciones en ninguno de los casos que se desechó la demanda; y, (5) en el caso de un juez que aceptó a trámite la demanda, intentaron sobornarlo, y cuando se negó a aceptar el dinero, se presentaron demandas penales en su contra.

Los demandantes buscaban el foro estadounidense porque en él podían acceder a rubros indemnizatorios no reconocidos en la ley ecuatoriana, como daños punitivos. La Corte Suprema de Florida puso en evidencia que la Ley 55 pretendía defraudar el sistema jurídico americano y obligarles a conocer el caso, y en decisión de 24 de septiembre de 1999 rechazó declararse competente.

Si es que los demandantes habrían logrado el objetivo de ir a las cortes estadounidenses para beneficiarse de rubros indemnizatorios inexistentes en nuestra legislación, utilizando al Congreso ecuatoriano como medio para pervertir la justicia, sin duda, los demandados habrían podido reclamar denegación de justicia de las cortes ecuatorianas que dirigieron una reforma para dejar a una serie de personas sin foro competente.

3.3.2.2. *Manifiestamente incompetente*

El segundo parámetro que proponemos y es recurrentemente mencionado en literatura especializada es la incompetencia manifiesta; este estándar se materializa en arbitrariedad, corrupción o mala fe. Iniciemos explicando qué constituye una conducta arbitraria.

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.²⁸⁸

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.²⁸⁹

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.

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

²⁸⁸ ICSID case. *Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan*. Óp. cit., para. 653.

²⁸⁹ International Court of Justice (ad hoc chamber). *Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v Italy*. Óp. cit., para. 128.

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 proceeds of the confiscation.

A judge who would thus, two weeks in advance of a trial and before the testimony was examined, pledge 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.²⁹⁰

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

²⁹⁰ *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.

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 exigimos 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.²⁹¹

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 opinion 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'.²⁹²

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 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.²⁹³

²⁹¹ UNCITRAL ad-hoc tribunal. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador. Under UNCITRAL Rules*. Partial Award on the Merits *Óp. cit.*, pg. 98.

²⁹² 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.

²⁹³ Lord Hoffman, Court of appeal Civil Division. Private parties, In Re B [2008] UKHL 35.

Este sistema de valoración de los hechos no es completamente rígido, y debe interpretarse a la luz de las probabilidades de que un hecho suceda; Lord Nicholls, en otro caso de familia, dijo:

The balance of probability standard means that a court is satisfied an event occurred if the court considers that, on the evidence, the occurrence of the event was more likely than not. When assessing the probabilities the court will have in mind as a factor, to whatever extent is appropriate in the particular case, that the more serious the allegation the less likely it is that the event occurred and, hence, the stronger should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the balance of probability. Fraud is usually less likely than negligence. Deliberate physical injury is usually less likely than accidental physical injury (...). Built into the preponderance of probability standard is a generous degree of flexibility in respect of the seriousness of the allegation. Although the result is much the same, this does not mean that where a serious allegation is in issue the standard of proof required is higher. It means only that the inherent probability or improbability of an event is itself a matter to be taken into account when weighing the probabilities and deciding whether, on balance, the event occurred. The more improbable the event, the stronger must be the evidence that it did occur before, on the balance of probability, its occurrence will be established.²⁹⁴

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.

²⁹⁴Lord Hoffman, Court of appeal Civil Division. *Private parties, In re H (Minors)* [1996] AC 563 at 586.

Ahora que la explicación está completa, miremos cómo podría ser aplicado a la realidad con el caso *Chevron III*. La compañía *Chevron* acusa al Ecuador de haber actuado de manera corrupta en la investigación y producción de informes periciales en que sustentan los daños ambientales en el caso por daño ambiental seguido en Lago Agrio, ante la corte Superior de Sucumbíos. Resumiendo brevemente los hechos del caso: Varios campos en Sucumbíos fueron explotados desde 1962 a través del consorcio Tex-Pet, que reunió a Texaco con CEPE (Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana). Después de más de 25 años de operación, el Consorcio se disolvió, el estado ecuatoriano creó Petroecuador y tomó la totalidad de la producción de los campos. Poco tiempo después de terminar sus operaciones, Texaco firmó un acuerdo de remediación ambiental con el gobierno ecuatoriano; el acuerdo reconocía que *Texaco* había invertido cerca de US\$ 40 millones en tareas de limpieza de piscinas de producción y deslindaba a *Texaco* de cualquier posible responsabilidad a futuro. Poco tiempo después, *Texaco* fue adquirida por *Chevron*.

Poco tiempo después de esta reparación, se descubrió, según alegan los demandantes, varias piscinas de producción que no habían sido tratadas de manera adecuada, además de una serie de prácticas perjudiciales para el medio ambiente que podrían haber sido evitadas. La práctica más escandalosa: verter 18 mil millones de galones de agua de producción -rica en metales pesados- en fuentes de agua de la Amazonía. El juicio inició en las cortes de Nueva York donde, a pedido de *Chevron*, la demanda fue reenviada a Ecuador. En las cortes ecuatorianas *Chevron* acusa una serie de irregularidades que, a su criterio, demuestran corrupción y mala fe que, lo que equivale a denegación de justicia por una decisión manifiestamente injusta en la costumbre internacional. Es en base a estos hechos que se inició un arbitraje bajo reglas UNCITRAL ante la Corte Permanente de Arbitraje.

La discusión jurídica gira en torno a la validez del Convenio de Remediación, la legalidad de que el estado disponga del derecho de los afectados a recibir compensaciones por daños personales, la responsabilidad compartida del consorcio y no solo de *Texaco*, la sanción por daños punitivos, la aplicación retroactiva de la ley, entre otros. Estos puntos son solo referenciales para nuestro análisis, lo que en verdad interesa son las alegaciones sobre corrupción y mala fe. Las pruebas que sustentan las afirmaciones de *Chevron* son: un video en el que aparece el perito experto nombrado por la Corte Suprema de Sucumbíos reunido con los abogados que presentaron la demanda por daños ambientales y la aplicación retorcida del derecho ecuatoriano –se

condenó el pago de daños punitivos y se dobló el monto a indemnizar porque *Chevron* no pidió disculpas públicas; ninguna de las dos figuras existen en el derecho ecuatoriano y son un claro rompimiento con principios elementales de nuestro sistema de responsabilidad civil-. La posición de *Chevron* se resume de la siguiente manera:

[L]a sentencia se fundamenta ilegítimamente en evidencia fraudulenta y sin fundamento científico, además que se basa ilegalmente en la aplicación retroactiva de la ley, ignora la liberación de responsabilidades otorgada a Texaco Petroleum Company (antecesor de *Chevron*) por el gobierno ecuatoriano luego de la remediación realizada en los años noventa, y concede indemnizaciones punitivas y otros daños nunca pedidos en el reclamo de los demandantes y no autorizados por la ley nacional.²⁹⁵

Recientemente, la Corte Permanente de Arbitraje consideró adecuado emitir medidas cautelares para la suspensión de la ejecución del fallo de la Corte Suprema de Sucumbíos, contra una garantía otorgada por *Chevron*. Frente a este pedido de medidas cautelares, las cortes ecuatorianas respondieron:

Un simple laudo arbitral, aunque resulte vinculante para Ecuador no puede obligar a sus jueces a violentar derechos humanos de nuestros ciudadanos; aquello sería no sólo atentar contra los derechos garantizados en nuestra Constitución, sino también contra las más importantes obligaciones internacionales asumidas por el Ecuador en materia de Derechos Humanos²⁹⁶

Con estos antecedentes es insuficiente otorgar una respuesta definitiva, pero si *Chevron* logra probar dos puntos sustanciales que argumenta: la sentencia no fue redactada por los jueces sino por los demandantes y se otorgaron daños punitivos, tiene grandes probabilidades de éxito. No basta elucubrar o realizar conjeturas distantes de los hechos; debemos insistir, y esto es fundamental, las cortes internacionales no son cortes de apelación:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado.* Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una

²⁹⁵ Fajardo, Pablo. A *Chevron* no le perdonamos ni un centavo. Disponible en: <http://solnacimiento.blogspot.com/2012/02/pablo-fajardo-chevron-no-perdonaremos.html> (acceso: 19 de marzo de 2012)

²⁹⁶ Fajardo, Pablo. A *Chevron* no le perdonamos ni un centavo. Disponible en: <http://solnacimiento.blogspot.com/2012/02/pablo-fajardo-chevron-no-perdonaremos.html> (acceso: 19 de marzo de 2012)

denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito.²⁹⁷

Para concluir, es importante mencionar que la decisión manifiestamente injusta como ilícito debe entenderse dentro de las limitaciones propias de los sistemas de adjudicación internacional y no permitir que se convierta en una forma de abuso o violación a la soberanía nacional o de intervención estatal en litigios meramente privados donde no se constituyan violaciones internacionales. Como en la carta que José Daniel Amado dirigió al Secretario General de las Naciones Unidas, a propósito del caso *Chevron*, se señaló:

Es ampliamente reconocido que el sistema internacional de tratados sobre inversión busca promover la inversión transnacional y, como tal, proteger los derechos de inversionistas extranjeros frente a actos estatales discriminatorios y, en general, injustos. Al convertir la Orden en un Laudo Arbitral, la aplicación de del tratado por parte del tribunal se aparta del sistema internacional de tratados de inversión, permitiendo e incluso incentivando a las partes desfavorecidas en un proceso judicial interno al uso de tales tratados con la finalidad de anular decisiones judiciales internas o retrasar sus efectos de manera significativa.²⁹⁸

3.3.2.3. Pretensión de forma

Este es el último no es un elemento que propiamente configura la denegación de justicia, 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 desarrollara 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

²⁹⁷ ICSID Case. *Azinian, Davitian and Baca v. Mexico. Award on jurisdiction and merits*. ICSID No. ARB (AF) /97/2 (Jan Paulsson, Claus von Wobeser and Benjamin R. Civiletti, October 18, 1999).

²⁹⁸ Carta enviada por José Daniel Amado V. al Secretario General de las Naciones Unidas el primero de febrero de 2012 a propósito del arbitraje de inversiones CNUDMI entre Chevron Corporation y la República del Ecuador.

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 cínica²⁹⁹.

Un ejemplo reciente de una decisión que oculta las verdaderas intenciones de los magistrados tras una pretensión forma es la sentencia de 24 de enero de 2012 a las 17h00, de la causa N° 977-2011 de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana. El abogado defensor de los procesados, ex empleados bancarios interpone un recurso argumentando que se interpretó y aplicó equivocadamente disposiciones del Código Penal de Ecuador, específicamente las que se refieren al peculado. El argumento del abogado interponiendo el recurso es bastante simple. El artículo 257 del Código Penal ecuatoriano se encuentra bajo el título “Peculado”, dentro del Capítulo V: “de la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad”; en ningún lugar del Código o del artículo existe referencia alguna al “peculado bancario”, *ergo*, no se puede sancionar a un funcionario bancario por este delito, al no existir tipo penal que lo sancione.

La Primera Sala de lo Penal acepta el argumento de la defensa, añadiendo que el peculado es un delito reservado para funcionarios públicos. En última instancia se casa la sentencia y se reduce la condena a cuatro años, ya no en base al peculado, sino al delito de apropiación ilícita.

²⁹⁹ Paulsson, Jan. *Óp. cit.*, p. 202.

Sería un ejercicio inútil revisar la abundante doctrina nacional e internacional que reconocen al peculado bancario como una modalidad comprendida dentro del género “peculado”, o si quiera decisiones de la ex Corte suprema de Justicia, es suficiente para demostrar la aberrante aplicación del derecho, citar el inciso tercero del artículo 257 del código penal dice:

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Y el séptimo inciso del mismo artículo:

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Otro ejemplo de pretensión de forma, o de utilización aparentemente legal de una figura para lograr objetivos injustos, es el caso de las Camaroneras Rey donde el Congreso de Ecuador, en uso de sus prerrogativas constitucionalmente reconocidas, decidió interpretar el Código de Procedimiento para que en casos de jurisdicción internacional concurrente, sea la primera corte que conozca el caso quien adquiera jurisdicción privativa, sobre todo si la primera corte en conocerlo es una extranjera.

No hay nada de ilegal en esa interpretación, lo ilegal es forzar un sistema jurídico para permitir que las demandas que deberían presentarse en Ecuador terminen en tribunales donde se otorgarán montos indemnizatorios más altos.

3.4. Sumario del capítulo tres

En este capítulo definimos el que debería ser el estándar de medición para comprobar cuándo estamos frente a una decisión manifiestamente injusta.

En primer lugar definimos las diferencias entre las denegaciones adjetivas y sustantivas. Las primeras se refieren únicamente a la violación de normas de debido proceso o, en un sentido más amplio, a normas de procedimiento que sean trascendentales en la toma de decisiones de un tribunal. La segunda se refiere a la errónea aplicación del derecho local. La decisión manifiestamente injusta es un tipo de denegación de justicia sustantiva. Si bien algunos autores se han pronunciado en contra de la existencia de una categoría sustantiva del delito, no compartimos esa opinión. Para que la protección a los extranjeros tenga verdadero sentido, se debe cuidar no solo que la forma del juicio sea la adecuada, sino que no exista una aplicación adecuada del derecho de fondo. Si es que no se sanciona las decisiones que aplican el derecho de manera manifiestamente equivocada o sesgada, estaríamos admitiendo que en el proceso de administrar justicia, es más importante para la comunidad internacional la forma que el fondo. Estaríamos permitiendo la posibilidad de que el derecho se convierta en un ejercicio fútil.

Después revisamos los estándares actuales que existen para medir lo que es una decisión manifiestamente injusta. Estos estándares son valoraciones subjetivas como “shock a la conciencia” y “judicialmente impropio”; definiciones de tan amplio significado no colaboran a delimitar la frontera del delito. En base a estas consideraciones, y después de revisar doctrina, jurisprudencia e intentos previos de codificación al respecto, creemos que los siguientes deben ser los parámetros.

Primero, no debe tratarse de un mero error de valoración. Las cortes y tribunales internacionales no pueden actuar como cortes de apelación o de instancia, por lo que la equivocación en la aplicación del derecho no constituye denegación de justicia. Si se permiten reclamos por meros errores, las cortes estarían inundadas de reclamos de litigantes insatisfechos por el resultado, pervirtiendo el sistema de adjudicación internacional y restando soberanía a las decisiones locales.

En segundo lugar, debe ser manifiestamente injusto. Lo manifiestamente injusto se cristaliza en trato discriminatorio o manifiesta incompetencia. A su vez, el trato discriminatorio puede adoptar la forma de prejuicio o legislación dirigida. El caso *Loewen* es el ejemplar perfecto de prejuicio como trato discriminatorio, al haberse

usado elementos completamente irrelevantes al caso –condición de extranjero- para decidir un diferendo judicial. La legislación dirigida viola el principio de igualdad y genera un daño al promover normas específicas que crean una distinción injustificada e irrazonable entre nacionales y extranjeros.

La manifiesta incompetencia, por otro lado, se proyecta en arbitrariedad, corrupción o mala fe. La arbitrariedad no es equivalente a la falta de motivación, sino a la imposibilidad de que se aplica una solución jurídica a un caso determinado, o como el tribunal del caso ELSI lo definió, una conducta opuesta al imperio de la ley. La corrupción o mala fe implica una demostración directa o indirecta de que el caso se decidió con la intención de perjudicar al extranjero.

Todos estos elementos pueden disfrazarse detrás de una pretensión de forma que no es más que un barniz de legalidad tras el cual se intentará disfrazar los efectos dañosos de una decisión manifiestamente injusta, por este motivo, es necesario conocer el fondo del caso y no quedarse apreciando las meras formalidades para conocer si se denegó justicia.

4. Conclusiones

Del estudio realizado podemos concluir que, en el estado actual, la denegación de justicia es no solo útil sino necesaria en el derecho internacional público. Si no existiera este ilícito, varias conductas intolerables quedarían en la impunidad, y la justicia podría ser fácilmente manipulada por los estados que deseen causar perjuicios a un extranjero.

Si bien el término *denegación de justicia* ha sufrido un profundo desarrollo desde su génesis como un concepto político y fue objeto de grandes debates sobre cada elemento que lo constituye, en la actualidad posee claros límites. Como vimos en el primer y segundo capítulo, el concepto actual de denegación de justicia incluye: una decisión manifiestamente injusta, retardo injustificado e impedir el acceso a las cortes a un extranjero. La última forma de denegación de justicia no presenta mayores retos porque no se comete con regularidad en las relaciones internacionales contemporáneas; de cualquier manera, la doctrina pacíficamente acepta que impedir el acceso a las cortes a un extranjero no solamente puede ocurrir cuando se rechaza frontalmente su petición, sino cuando se imponen condiciones demasiado gravosas para el ejercicio de su derecho. El retardo injustificado ha sido objeto de extenso estudio en jurisprudencia de derechos humanos, y para verificar su cometimiento se han desarrollado tres parámetros: complejidad de la causa, la conducta del procesado y la conducta de la autoridad judicial. Desafortunadamente, no existe un estándar adecuado para calificar a una decisión manifiestamente injusta.

En el segundo capítulo centramos nuestro esfuerzo en las reglas de segundo nivel, y concluimos que una decisión manifiestamente injusta puede (i) ser reclamada por cualquier sujeto de derecho internacional público, ya sea estado, organización no gubernamental, corporación o persona natural; (ii) puede ser cometido por cualquier agente del estado, sin embargo, se requiere que se intenten recursos judiciales contra el hecho que causó el daño para configurarla plenamente. Es decir, si bien puede ser cometido por cualquier agente del estado, siempre debe otorgarse la oportunidad a la función judicial de corregir el error; (iii) se deben intentar, de manera razonable, los recursos internos disponibles al extranjero. Este requisito no se origina en la regla tradicional del agotamiento de los recursos internos, sino que acusar a un estado de denegación de justicia no implica hacerlo responsable por un error específico de un juez, sino achacar un error de todo el sistema de justicia; y, (iv) el estándar con el que se deben medir la denegación de justicia es uno internacional. Esta posición es

consecuente con las soluciones desarrolladas en materia de derechos humanos, y aceptar lo contrario implicaría una deconstrucción del derecho internacional público, se aplicaría a situaciones similares conclusiones distintas, en otras palabras, se estaría creando una distinción sin diferencia. Con estos antecedentes, miremos las conclusiones del último capítulo.

En el capítulo tercero nos concentramos en describir las reglas de primer grado, es decir, las conductas que califican como manifiestamente injustas a la luz del derecho internacional. Hasta ahora, el estándar de lo manifiestamente injusto era un “shock a la consciencia”, o el sentimiento de algo “jurídicamente impropio”. Frases tan amplias son insuficientes ya que no aportan un parámetro verificable. Por esto, y en base al estudio de jurisprudencia y comentarios académicos, proponemos el siguiente estándar: lo manifiestamente injusto se configura a través de un trato discriminatorio o manifiesta incompetencia.

La discriminación puede adoptar la forma de legislación dirigida o trato discriminatorio. El trato discriminatorio es de difícil alcance, requiere que se aplique de manera excepcional y perjudicial una norma general, en consideración a las circunstancias del extranjero. En cambio la legislación dirigida implica la creación de normas que afectan únicamente los derechos de los extranjeros. Evidentemente, no se requiere que el texto de la norma explícitamente señale al extranjero, es suficiente que los efectos prácticos logren el daño.

La incompetencia manifiesta se materializa en arbitrariedad, corrupción o mala fe. La arbitrariedad, para constituirse como denegación de justicia por una decisión manifiestamente injusta, no solo requiere que una decisión no esté motivada, sino que la conclusión jurídica a la que se arriba sea jurídicamente insostenible. Esto quiere decir que, a la luz de los hechos y las normas aplicadas, la conclusión a la que arriban las cortes locales, sea imposible.

Por último, la pretensión de forma no es en sí una decisión manifiestamente injusta, sino un vehículo mediante el que se intentará disfrazar las violaciones de derecho internacional público. Evidentemente, cuando se cause un grave daño a un extranjero a través de una decisión judicial, se intentará disimularla tras un velo de legalidad, por ello, siempre será necesario conocer el fondo de la decisión para saber si estamos frente a una decisión manifiestamente injusta, y no dejar el análisis en temas superfluos.

En conclusión, la definición que proponemos es: una decisión manifiestamente injusta según los estándares del derecho internacional, se configura como denegación de

justicia cuando la conducta estatal refleje arbitrariedad o manifiesta incompetencia. Para accionar en contra del estado infractor se deberán agotar los recursos internos de cada nación hasta un punto razonable.

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.

Ago, Roberto, "Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of States", *Yearbook of the International Law Commission, A/CN.4/217 volume II*. New York, 1969.

Amerasinghe, Chittharanjan Felix. *Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Andruet, Armando S. "Un poder Judicial Independiente." *Memorias de la conferencia: Semana de la Ética Judicial*. Buenos Aires, 2007.

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.

Cançado Trindade, A.A. "Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law." *Philippine Law Journal* 53 (1978), pp. 404-420.

Cançado Trindade, Antônio Augusto. "El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos." *Informes presentados por Antônio Augusto Cançado Trindade a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA*. Washington D.C.: Catálogo de Publicaciones de la OEA, 2001.

Chichester, Lindsay. "National Iranian Oil Co. v. Israel: France Reinterprets its Code to Prevent Denial of Justice, leaving Israel Between Iran and a Hard Place." *Tulane Journal of International and Comparative Law* (2003), pp. 1-16.

de Visscher, Charles. "Le déni de justice en droit international policy." *Recueil des cours* 54 (1935).

Diaz Paniagua, Carlos Fernando. "The Denial of Justice in International Law According to the Decisions of the International Tribunals." *Hermeneutics* 7-8 (1995), pp. 31-62.

Eagleton, Clyde. "Denial of Justice in International Law." *The American Journal of international Law* 22/3 (1928), pp. 538-539.

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

Francioni, Francesco. "Access to Justice, Denial of Justice and Investment Law." *The European Journal of International Law* 20/3 (2009), pp. 729-748.

Freeman, Alwyn. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. New York: Periodicals Service Co., 1938.

Gathright, Bradford K. "A step in the wrong direction: The Loewen case finality requirement and the local remedies rule in NAFTA Chapter Eleven." *Emory Law Journal* 54 (2005), pp. 1093-1138.

Hershey, Amos S. "Denial of Justice." Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1927), pp. 27-38.

Hyde, Charles Cheney. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*. Vol. 3. Boston: Little, Brown and Company, 1983.

International Court of Justice. "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion." *ICJ Reports*, 1999.

International Law Commission. "Commentary to draft: article 3." *International Law Commission Yearbook*. Vol. II, 1973.

International Law Commission. "Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session. no. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)." *Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (part II)*. New York, 2007.

Irizarry y Puente, J. "The Concept of Denial of Justice in Latin America." *The Michigan Law Review Association* 43/2 (1944), pp. 383-406.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo. "International Law in the Past Third of a Century." *Recueil des course* 159 (1978), pp. 1-34.

Kurtz, Jurgen. "Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law: A Reply to Francesco Francioni." *European Journal of International Law* (2009), pp. 1077-1085.

Lissitzyn, Oliver. "The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law." *American Society of International Law* 30/4 (1936), pp. 632-646.

Mussi, Adriana Sánchez. "International Minimum Standard of Treatment." disponible en: asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf (acceso: 26 de diciembre de 2011).

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.

Pástor, Daniel. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2002.

Paulsson, Jan. *Denial of Justice in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2005.

Paust, Jordan J. "The Judge Edward D. distinguished lecture series symposium on Human Rights before domestic courts: After Alvarez-Machain: Abductions, standing, denial of justice, and unaddressed Human Rights claim." *St. John's Law Review* (1993), pp. 1-20.

Pellet, Alain. *The Law of International Responsibility*. Ed. por James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Pufendorf, Samuel. *Of the Law of Nature and Nations. Eight Books*. 4ta ed. Traducido por Basil Kennett. The Lawbook Exchange, 2005.

Romero, Eduardo Silva. "El mito del carácter ilimitado del derecho a la propiedad de los inversionistas." *Texto de la comunicación que el autor dictó en el IV Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello*, 2009.

Sattorova, Mavluda. "Judicial Expropriation or Denial of Justice? A note on Saipem v. Bangladesh." *International Arbitration Law Review* 2/35 (2010).

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.

Sinha, S. Prakash. "New Nations and the International Custom." *William and Mary Law Review* (1968), pp. 788 - 803.

Sorensen, Max (ed.). *Manual of Public International Law*. Londres: Macmillan, 1968.

Spiegel, Hans. "Origin and Development of Denial of Justice." *The American Journal of International Law* 32/1 (1938), pp. 63-81.

Thomson, Ahmad. "Civis Britannia Sum." *The Muslim Lawyer* 5/1 (2007).

Union of International Associations. *Yearbook of International Organizations*. Novembre 16, 2011. <http://www.uia.be/yearbook-international-organizations-online> (acceso: 26 de diciembre de 2011).

Wallace, Don Jr. "Arbitration under NAFTA Chapter Eleven: State Responsibility for Denial of Substantive and Procedural Justice under NAFTA Chapter Eleven." *Hastings International and Comparative Law Review* 393 (2000), pp. 1-8.

Wallace, Don Jr. "Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen v. US and Chittin 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.

Whitten, Dolphus. "The Don Pacifico Affair." *The Historian* 48/2 (1987), pp. 255-267.

Jurisprudencia

Arbitral Tribunal (Great Britain and United States of America) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910. *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*. (Reports of International Arbitral Awards, Volume VI pp. 120-131. November 23, 1923).

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (under the Energy Charter Treaty). *Limited Liability Company Amtó v. Ukraine*. ARB/080/2005. Final Award. March 26, 2008.

British-Mexican Claims Commission (Great Britain and the United Mexican States) constituted under Convention of December 5, 1930. *The Interoceanic Railway of Mexico (Acapulco to Veracruz) (Ltd.), and the Mexican Eastern Railway Company (Ltd.), and the Mexican Southern Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards Vol. V pp. 178-190, June 18, 1931).

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

Claim Commission (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) constituted under Agreement of 24 February 1955. *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*. Only case. March 6, 1956.

Claim Commission (Italy and United States of Venezuela) constituted under the Convention of December 21, 1920. *Affaire Martini (Italie contre Venezuela)*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. II pp. 975-1008). May 30, 1930.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Firmenich*. Informe 10.037 de 13 de Abril de 1989.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Giménez*. Informe 11.245 de 1 de marzo de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de Noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de Septiembre de 2004.

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.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 Y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987.

European Court of Human Rights *Case of Wemhoff v. Germany*. Application no. 2122/64, June 27, 1968.

European Court of Human Rights. *Case of Eckle v. Germany*. Application no. 8130/78, July 15, 1982.

European Court of Human Rights. *Case of König v. Germany*. Application no. 6232/73, June 28, 1978.

European Court of Human Rights. *Case of Neumeister v. Austria*. Application no. 1936/63, June 27, 1968.

European Court of Human Rights. *Case of Stögmüller v. Austria*. Application no. 1602/62, November 10, 1969

Fourth Judicial Circuit of the State of Florida. *Ciba-Geigy Limited, BASF A.G. v. The Fish Peddler, Inc.* 961 So. 2d 111 Fla. 4th DCA - rev. denied, 699 So. 2d 1372 (Fla. 1997). Decision issued on October 7, 1997.

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.

General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *Gertrude Parker Massey (U.S.A.) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV pp. 155-164, April 15, 1927).

General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *Harry Roberts (United States of America) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV pp. 77-81, 2 November, 1926).

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 pp. 60-66, 15 de October de 1926).

General Claims Commission (United Mexican States and United States of America) constituted under Convention of September 8, 1923. *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IV p. 82-98, November 16, 1925).

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 Cristopher 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. *Azinian, Davitian and Baca v. Mexico*. Award on jurisdiction and merits. October 18, 1999. No. ARB (AF) /97/2.

ICSID Case. *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. vs. Arab Republic of Egypt*. ARB/04/13. Decision on Merits. November 6, 2008.

ICSID Case. *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania*. No. ARB/07/21. Final award. July 30, 2009.

ICSID case. *Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan*. No. ARB/05/16. Final award. July 29, 2008).

ICSID case. *The Rompetrol Group N.V. c. Romania*. Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility. ARB/06/3. April 18, 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). Judgment. February 5, 1970.

International Court of Justice. *The Barcelona Traction, Light, and Power Company Ltd. (Belgium vs. Spain)*. Preliminary Objections. July 24, 1964.

International Court of Justice. *The Barcelona Traction, Light, and Power Company Ltd. (Belgium vs. Spain)*. Separate opinion of Judge Tanaka. February 3, 1970.

Mixed Claims Commission (France and Venezuela) constituted under the Protocol signed at Washington on 27 February, 1903. *Antoine Fabiani Case*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. X pp. 83-139). July 30, 1905.

Mixed Claims Commission (Great Britain and Venezuela) constituted under Agreement of 13 February and 7 May, 1903. *Puerto Cabello and Valencia Railway Case (on merits)*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. IX pp. 510-533, 1903).

Mixed Claims Commission (Italy and Venezuela) constituted under the Protocols of 13 February and 7 May 1903. *De Caro Case (of a general nature)*. (Reports of International Arbitral Awards. Vol. X pp. 635-644, 1903).

Permanent Court of International Justice. *The Losinger & Co. Case (Switzerland v. Yugoslavia)*. Ser. A/B No. 67. June 27, 1936.

The Claims Commission of Rosa Gelbtrunk and the "Salvador Commercial Company et. al. (El Salvador and United States of America) constituted under Protocol of 19 December 1901. *Claim of the Salvador Commercial Company ("El Triunfo Company")*. (Henry Strong, Don M. Dickinson, José Rosa Pacas, Reports of International Arbitral Awards, Vol. 15 May 8, 1902).

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).

UNCITRAL ad-hoc tribunal. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation vs. The Republic of Ecuador*. Interim Award. December 1, 2008).

Plexo normativo

Asamblea Constituyente del Ecuador (2007- 2008). "Mandato Constituyente 1: Plenos poderes de la Asamblea Constituyente." *Registro Oficial Suplemento 223*. 30 de noviembre de 2007.

Asamblea Constituyente del Ecuador (2007- 2008). "Mandato Constituyente 6: Concesiones Mineras." *Registro Oficial Suplemento 321*. 22 de Abril de 2008.

Asamblea General de las Naciones Unidas. "Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. " *Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)*. n° A/RES/56/83. 28 de Enero de 2002.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, el 27 de julio de 1981.

Código de Procedimiento Civil de Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Decreto sobre Reclamaciones Diplomáticas de Bolivia. Mayo de 1871.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, adoptado en la Resolución relativa al establecimiento de una Corte Permanente de Justicia Internacional. Aprobada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones en Ginebra, el 13 de diciembre de 1920.

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

League of Nations. "Treaty of Conciliation between Brazil and Poland." *Treaty Collection*. Vol. CXLII. n° 3299. Signed at Rio de Janeiro, January 28, 1933.

Ley 55 interpretativa de los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 247 del 30 de enero de 1998.

Ley de extranjería de Guatemala. Promulgada mediante Decreto No. 1781. 1936.

Ley de extranjería de Honduras. 1906.

Ley de Extranjería y Naturalización de Costa Rica. Promulgada mediante Decreto No. 32. 1866

Ley de Extranjería y Naturalización de México. 1886

Ley sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación. D.O. N° 128, Tomo 68. Asamblea Nacional Legislativa de la República de El Salvador, 10 de Mayo de 1910.

Ley sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra el Estado de El Salvador. 1910.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Protocolo del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado entre Estados Unidos de América y Japón. 1953.

Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre las Provincias Unidas del Río de la Plata y su Majestad Británica. 1825.

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.

Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado entre Estados Unidos de América y Japón. 1953.

Tratado de Comercio y Navegación firmado entre Grecia y Gran Bretaña. 10 de noviembre de 1886.

Tratado de Conciliación firmado entre Chile y Dinamarca. 23 de diciembre de 1931.

Tratado de paz, amistad, comercio y navegación firmado entre la República de Chile y la Confederación Argentina. 1856

Tratado General de Arbitraje firmado entre los Países Bajos e Italia el 20 de noviembre de 1909.

Tratado sobre Derecho Internacional firmado entre Ecuador, Chile y Bolivia. Mayo 16 de 1857.

Treaty of non-aggression, Conciliation, Arbitration and Judicial Settlement of Disputes between the Republic of Colombia and the United States of Venezuela. Signed at Bogotá, December 17, 1939.

United Nations Treaty Collection. "Treaty between Brazil and Venezuela for the Pacific Settlement of Disputes." *Treaty Series*. Vol. Vol. 51. Caracas, March 30, 1940.

United States 2004 Bilateral Investment Treaty Model, available at: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>