

# LION V. MÉXICO: UN ESTUDIO SOBRE LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

HÉCTOR ANAYA MONDRAGÓN

---

Counsel en Creel, García-Cuellar, Aiza y Enríquez del Área de Arbitraje y Resolución de Controversias, Doctorado por la Universidad Johann Wolfgang Goethe y Profesor en Derecho y Negocios por la Bucerius Law School y WHU – Otto Beisheim School of Management y del Tecnológico de Monterrey

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1  
Enero – Mayo 2022  
Págs. 143-158

**Resumen:** Los laudos arbitrales no han sido uniformes en cuanto al alcance de la denegación de justicia en el arbitraje de inversión, como una vertiente del trato mínimo y equitativo. En dicho debate, un tribunal arbitral ha emitido recientemente laudo final en contra de México, determinando la responsabilidad del Estado por denegación de justicia conforme al TLCAN. El autor estudia el razonamiento del tribunal y concluye que, si bien resuelve en favor del inversionista, el laudo socava la posibilidad de que exista una denegación de justicia sustantiva en el Derecho internacional de inversiones.

**Palabras clave:** Denegación de justicia – Derecho internacional – arbitraje de inversión – Lion v – México.

**Abstract:** Arbitral awards have not been consistent as to the scope of denial of justice in investment arbitration, as an aspect of the fair and equitable treatment standard. In such discussion, an arbitral tribunal has recently rendered its final award against Mexico, finding it liable for denial of justice under NAFTA. The author analyses the tribunal's reasoning, determining that while it ruled in favor of the investor, it undermines the possibility of a substantive denial of justice in international investment law.

**Keywords:** Denial of justice – Investment arbitration – Lion v – México.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. HECHOS Y ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LION C. MÉXICO. 1. *Contexto de Lion c. México*. 2. *Decisión del tribunal arbitral*. III. ORIGEN DE LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA. 1. *Concepto clásico del acceso a la justicia*. 2. *Responsabilidad estatal por denegación de justicia*. 2.1. Alcance del principio de denegación de justicia en la responsabilidad estatal. 2.2. Agotamiento de los medios de defensa locales para acreditar la responsabilidad del Estado. 2.3. La denegación de justicia como un acto particular o acumulativo. 2.4. Sujeto sobre el que aplica la denegación de justicia. IV. DENEGACIÓN DE JUSTICIA SUSTANTIVA. V. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Las reclamaciones y defensas por vulneraciones del derecho al acceso a la justicia y a una justicia pronta y expedita constituyen un común denominador en la mayoría de los litigios domésticos. Sin embargo, a nivel internacional, los tratados bilaterales de protección a las inversiones y los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio han incorporado, en la mayoría de los casos, el derecho de los inversionistas al acceso a la administración de justicia por parte del Estado receptor, bajo estándares internacionales. La violación de este derecho acarrea, en determinadas circunstancias, la responsabilidad del Estado receptor de la inversión, con la consiguiente compensación al inversionista.

La denegación de justicia como violación por parte de un Estado de los derechos de un inversionista extranjero sigue generando preocupaciones y decisiones polémicas. Recientemente, y casi de manera simultánea, los tribunales arbitrales en *Lion c. México* y en *Ibrahim Abou Khalil c. Senegal*<sup>1</sup> han emitido decisiones antagónicas: en el primero de los casos mencionados, negando categóricamente la posibilidad de que la denegación de justicia pueda surgir por una violación sustantiva; en el segundo, reconociendo una violación sustantiva de la protección frente a la denegación de justicia, al determinar que Senegal era responsable por el proceso que llevó a Khalil a ser encarcelado y también porque la decisión en sí desacreditaba a la corte local que la emitió.

Además, la distinción entre denegación de justicia y denegación de derechos reales o de propiedad no ha sido uniforme en las decisiones arbitrales. Esta distinción no es baladí: en un primer momento, las reclamaciones por vulneración de estándares mínimos internacionales versaban sobre la denega-

1. Vid. la información sobre el procedimiento arbitral en *Ibrahim Abou Khalil c. Senegal*. Sin embargo, según lo reportado por *IA Reporter*, en octubre de 2021, la Corte de Apelación de París confirmó el laudo arbitral derivado de dicho arbitraje de inversión, comenzado conforme al tratado bilateral de inversión entre Francia y Senegal. Según esa información, el tribunal arbitral declaró a Senegal responsable de denegación de justicia procesal y sustantiva, al determinar que un procedimiento de encarcelamiento al Sr. Khalil —el inversionista— había constituido una denegación de justicia, pero además también lo había sido la decisión en sí, la cual «desacreditó» a la corte que emitió la sentencia judicial. Vid. Charlotin, D., «*Paris court of appeal upholds denial of justice award against Senegal, sees no bar against claims by dual nationals in underlying BIT*», en *IA Reporter*, News, 2021.

ción de justicia y personas en custodia, y no tanto sobre afectaciones a bienes<sup>2</sup>. La reunión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) celebrada en 2012, al pronunciarse sobre este tema y estudiando el análisis derivado de la interpretación al estándar mínimo que debe otorgarse en Derecho internacional, consideró que el análisis desarrollado era «precario, por lo general incompleto, vago y disputado»<sup>3</sup>. Hoy en día, en casos como *Lion c. México*, los Estados continúan prevaleciéndose de la ausencia de un estándar uniforme para alegar que la protección es exclusivamente para la inversión, y no para el inversionista en un procedimiento judicial.

Este artículo aborda la problemática en cuatro secciones. Primero [I], se abordan los hechos y el análisis del tribunal arbitral en el caso *Lion c. México*; segundo [II], se debate el contexto histórico del derecho a la interdicción de la denegación de justicia; tercero [III], se analizan los temas polémicos en torno a la denegación de justicia; y cuarto y último [IV], se concluye que la posibilidad de que exista denegación de justicia no permite apelaciones ni debe menoscabar la legitimidad del sistema de inversiones.

## II. HECHOS Y ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN *LION C. MÉXICO*

### 1. CONTEXTO DE *LION C. MÉXICO*

Lion Consolidated L. P. («Lion») es una sociedad canadiense enfocada en realizar inversiones en México, mayoritariamente en el sector inmobiliario. En el curso del negocio se presentó a la compañía don Héctor Cárdenas Curiel, un empresario mexicano que buscaba financiamiento para el desarrollo de dos proyectos inmobiliarios (los «Proyectos»).

Lion otorgó el financiamiento para los Proyectos a las sociedades del Sr. Cárdenas (los «Deudores»), con la garantía hipotecaria de los inmuebles objeto de los Proyectos, y emitiéndose pagarés para la devolución del dinero. La jurisdicción originalmente se planteó en la Ciudad de México, donde radicaban los inmuebles hipotecados. Una vez otorgados los créditos y las garantías correspondientes, el Sr. Cárdenas no cumplió con ninguno de los pagos en los plazos acordados.

Posteriormente al incumplimiento de los créditos y sin el conocimiento de Lion, los Deudores presentaron una demanda de cancelación de las hipote-

2. UNCTAD, «*Fair and equitable treatment*», en *Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 8, disponible en: [unctad.org/system/files/official-document/unctad-diaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/system/files/official-document/unctad-diaeia2011d5_en.pdf).

3. UNCTAD, «*Fair and equitable treatment*», en *Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 9, disponible en: [unctad.org/system/files/official-document/unctad-diaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/system/files/official-document/unctad-diaeia2011d5_en.pdf); Salacuse, J., *The Law of Investment Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 75.

cas sobre la base de un convenio falsificado donde se cancelaban las hipotecas. Para cancelar las mismas, los Deudores ejecutaron una estrategia fraudulenta que consistió en: (i) transferir la jurisdicción sobre las hipotecas de los tribunales de la Ciudad de México a los tribunales en Jalisco; (ii) designar un domicilio falso para notificar a Lion; y (iii) suplantar a un representante legal de Lion para que recibiera la notificación correspondiente<sup>4</sup>. En este sentido, la demanda de cancelación de hipotecas fue presentada ante el Juez Noveno de lo Mercantil.

La defensa principal de México consistió en que el «supuesto fraude a varios niveles» fue tan complejo y sofisticado que su sistema judicial no pudo resistirlo o identificarlo<sup>5</sup>. El actuario del Juez Noveno de lo Mercantil del Estado de Jalisco notificó en el domicilio de Lion que fue proporcionado por los Deudores. Al no estar Lion en dicho domicilio, se le declaró en rebeldía y la demanda correspondiente contestada en sentido negativo<sup>6</sup>. El 27 de junio de 2012, el Juez Noveno de lo Mercantil del Estado de Jalisco emitió sentencia declarando la cancelación de las hipotecas (la «Sentencia de Cancelación»)<sup>7</sup>. La sentencia causó estado –esto es, *res judicata* o cosa juzgada–, al no ser apelable. Asimismo, el Juez Noveno señaló que la sentencia no podía ser apelable porque la cuantía del procedimiento era inferior a 500.000 dólares mexicanos<sup>8</sup>. Y ello a pesar de que las hipotecas rescindidas ascendían a decenas de millones de dólares.

No obstante lo anterior, Lion todavía tenía la posibilidad de presentar un juicio extraordinario en contra de la Sentencia por Cancelación para proteger sus derechos constitucionales, conocido en México como «amparo constitucional». En México, el juicio de amparo permite revertir las vulneraciones de derechos fundamentales que la Constitución Mexicana otorga a nacionales y extranjeros<sup>9</sup>. Para frustrar el procedimiento de amparo, los Deudores presentaron una demanda de amparo fingiendo ser un representante legal de Lion en

4. Laudo Final. *Lion c. México*, pp. 34-35.

5. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 35.

6. Ver, Amparo directo 297/2010. Tesis aislada 163034. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, enero de 2011, página 3251: «La segunda hipótesis se surte en cualquier otro caso, o sea cuando el emplazamiento no se haya entendido personal y directamente con el demandado, su representante o apoderado, y la consecuencia de no contestar es que se tendrá la demanda contestada en sentido negativo».

7. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 39.

8. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 40.

9. Art. 103, fracción I de la Constitución Federal de México: «Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte».

contra de la Sentencia de Cancelación, únicamente para posteriormente abandonar dicho procedimiento<sup>10</sup>. De esta forma, cuando Lion tuvo conocimiento de la Sentencia de Cancelación, se vio impedido de presentar un nuevo juicio de amparo en contra de dicha sentencia, puesto que ya se había interpuesto un juicio por los mismos actos.

Posteriormente, Lion comenzó un juicio hipotecario en contra de los Deudores, con el objetivo de ejecutar las hipotecas. Dicho procedimiento también tuvo complicaciones, incluyendo el intento de emplazar a uno de los Deudores hasta en trece ocasiones<sup>11</sup>. Posteriormente, Lion se percató de algunos de los actos fraudulentos perpetrados por los Deudores<sup>12</sup> y presentó un amparo indirecto en contra de algunas de las decisiones adoptadas en el primer procedimiento de amparo. Durante el juicio de amparo presentado por Lion, no se le permitió subsanar ciertas deficiencias, pese a haber impugnado un convenio falsificado por los Deudores, donde supuestamente acordaron cancelar las hipotecas.

Derivado de la multiplicidad de irregularidades procesales, el 11 de diciembre de 2015, Lion renunció al juicio de amparo y posteriormente comenzó el procedimiento de arbitraje de inversión conforme a las disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

## 2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El tribunal arbitral en Lion<sup>13</sup> debía resolver principalmente dos puntos. Primero, la actualización de una expropiación judicial y administrativa de la inversión. Segundo y subsidiariamente, si había existido una denegación de justicia por parte de México como una falta de trato justo y equitativo<sup>14</sup>.

El tribunal arbitral resolvió que, como regla general, no puede existir expropiación judicial sin denegación de justicia<sup>15</sup>. Al respecto, señaló que la tendencia de los Estados, refiriéndose a las decisiones de Canadá y Estados Unidos como partes no contendientes, consiste en negar la existencia del concepto de «expropiación judicial»<sup>16</sup>, salvo cuando el poder judicial no actúa de forma independiente e imparcial<sup>17</sup>.

10. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 41.

11. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 44.

12. Laudo Final. *Lion c. México*, pp. 47-49.

13. El tribunal arbitral estaba compuesto por Juan Fernández-Armesto (presidente), David J. A. Cairns y Laurence Boisson de Chazournes.

14. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 50.

15. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 58.

16. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 58; Presentación de EE. UU., párr. 20; Presentación de Canadá, párr. 12.

17. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 58; Presentación de EE. UU., párr. 21; Presentación de Canadá, párr. 12.

En su análisis, el tribunal arbitral advirtió que el TLCAN no alude al término «denegación de justicia», pero que dicho principio derivaría del estándar mínimo de trato. Sin embargo, una decisión de la Comisión de Libre de Comercio –vinculante para los tribunales conformados con base en el TLCAN–, al interpretar el art. 1105 del TLCAN, de fecha 31 de julio de 2001, determinó lo siguiente: «los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plena" no exigen un trato adicional o superior al que exige el estándar mínimo de trato a los extranjeros del Derecho internacional consuetudinario»<sup>18</sup>.

En consecuencia, el tribunal arbitral debía determinar el estándar mínimo de trato del Derecho internacional consuetudinario para el tratamiento a los inversores extranjeros que se esperaba de los tribunales de México<sup>19</sup>. Lion alegó que en su caso existía una violación tanto procesal como sustantiva del derecho de acceso a la justicia. Mientras la vulneración procesal deriva únicamente de aquellos actos que impacten en la impartición y administración de justicia, la denegación de justicia sustantiva deriva de una sentencia escandalosa o atroz<sup>20</sup>. Sin embargo, el tribunal arbitral no compartió este punto de vista<sup>21</sup>.

El análisis que realizó el tribunal arbitral para negar la existencia de una denegación de justicia sustantiva se basó principalmente en la opinión académica de Paulsson, contraria al criterio sostenido en algunos de los precedentes arbitrales en los que se ha reconocido una violación sustantiva, incluyendo en *Jan de Nul*<sup>22</sup> y *Oostergetel*<sup>23</sup>, a pesar de que en ninguno de estos casos los inversionistas acreditaron la violación<sup>24</sup>.

18. TLCAN. Notas para la interpretación de ciertas disposiciones del Capítulo 11. Comisión de Libre Comercio del TLCAN (2001), firmado en Washington, D.C. Nótese que el primer punto de la nota interpretativa del art. 1105 del TLCAN refiere a que el mínimo trato que se deberá otorgar conforme al Derecho internacional consuetudinario deberá ser el trato mínimo que se otorgue a las «inversiones» de los inversionistas.

19. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 63.

20. Borchard, E., «*Responsibility of States for Damages Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners*», en *American Journal of International Law*, vol. 23, núm. 2, *Supplement: Codification of International Law* (abril 1929), pp. 131 y ss.

21. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 63.

22. Laudo Final. *Jan de Nul N. V. y Dredging International N. V. c. República de Egipto* (2008). El tribunal arbitral consideró que, para acreditar una denegación de justicia sustantiva, debía de considerarse si la sentencia era «impropia y desacreditable». Para ello, es preciso cerciorarse, en primer lugar, de si incurrió en una decisión «impropia»: *vid.* p. 65 del Laudo Final.

23. Laudo Final. *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República de Eslovaquia* (2012). Ahora bien, en este caso el tribunal arbitral cambió el estándar previamente aplicado en *Jan de Nul*, al considerar que dicho tribunal debía determinar si la decisión en un concurso mercantil era «desacreditable y ofensivo a la propiedad judicial»: *vid.* p. 77 del Laudo Final.

24. El inversionista alegó que una autoridad del Canal de Suez intencionalmente omitió información para que un *joint venture* entrara en un contrato y por lo tanto incurrió en fraude.

Posteriormente, el tribunal arbitral en *Lion c. México*, una vez acotada la aplicación de la protección de denegación de justicia a una violación procesal, estimó que debía aplicarse el estándar propuesto en el caso *Mondev* para entender acreditada una denegación de justicia. Por ello, se consideró que era innecesario que Lion acreditase una actuación de mala fe por parte de México, ya que se podía tratar al inversor de forma injusta y discriminatoria sin necesariamente incurrir en mala fe<sup>25</sup>. Por lo tanto, el tribunal arbitral en *Lion c. México* determinó que «el criterio es objetivo», pues «la denegación de justicia requiere la constatación de una conducta procesal impropia y escandalosa por parte de los tribunales locales (sea o no intencionada), que no cumpla con los estándares básicos internacionalmente aceptados de administración de justicia y debido proceso, y que conmocione o sorprenda el sentido de la corrección judicial».

Por último, el tribunal arbitral concluyó que existió una violación por parte de los tribunales de México a los derechos del inversionista (e. g. un trato justo y equitativo) en contravención al art. 1105 del TLCAN. Las violaciones procesales que identificó el tribunal arbitral fueron las siguientes: (i) el emplazamiento realizado a Lion en el domicilio falso; (ii) por consiguiente, se le declaró en rebeldía impropiamente; (iii) la Sentencia de Cancelación no debió de haber causado *res judicata* y al hacerlo, violó el derecho de Lion a recurrir la decisión; y (iv) se negó a Lion el derecho a alegar y probar que el convenio que cancelaba las hipotecas era falso. Por lo tanto, México había violado el derecho de Lion a un trato mínimo justo y equitativo, y, en particular, al trato justo y equitativo derivado de la interdicción de la denegación de justicia.

### III. ORIGEN DE LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA

#### 1. CONCEPTO CLÁSICO DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Cuando el Profesor Dugard recibió el encargo de Naciones Unidas de codificar la protección diplomática, lo primero que puso de manifiesto es que «codificar es una tarea difícil donde hay poca jurisprudencia sobre el tema en cuestión»<sup>26</sup>. Pese a la existencia de múltiples trabajos académicos sobre el acceso a la justicia, los laudos arbitrales no han sido uniformes sobre el alcance de la denegación de dicho principio. El acceso a la justicia como principio tutelado se desarrolló a través de litigios domésticos. Para tales efectos, dicho concepto es entendido en un sentido amplio, mientras que, en el contexto de responsabilidad estatal, el concepto es entendido en sentido estricto.

25. Laudo Final. *Lion c. México*, p. 79.

26. Dugard, J., «Articles on Diplomatic Protection», en *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2013, p. 1.

El desarrollo práctico y doctrinal del acceso a la justicia interactuó con múltiples instituciones jurídicas, empezando históricamente por la protección diplomática. En este contexto, pronto se cuestionó si el simple acceso de los extranjeros a medios de defensa locales para defender los derechos que les eran propios daba pie a evitar el acceso a la protección diplomática. Ciertamente, esta posición no tuvo suficiente apoyo, puesto que los tribunales locales, al pronunciarse y resolver sobre los medios locales de defensa que se les presenten, podrían incurrir en responsabilidad para el Estado por los daños ocasionados a los particulares<sup>27</sup>. Desde 1900, en la ciudad de Neuchâtel, Suiza, el Instituto de Derecho Internacional expresó que las disposiciones que eximen mutuamente a los Estados de la obligación de prestar su protección diplomática no comprenden los casos de denegación de justicia o de violación evidente de la justicia teniendo en cuenta la práctica jurídica en el siglo XIX<sup>28</sup>.

El estudio del acceso a la justicia en el contexto de la protección diplomática analiza conceptos jurídicos replicables en el arbitraje de inversión. Al respecto, derivado de las terribles consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, se requirió un mecanismo jurídico de defensa frente a los actos de los Estados. Por ello, el desarrollo del Derecho internacional ha permitido que personas físicas y jurídicas sean consideradas, en determinadas circunstancias, sujetos de derechos de orden supranacional y puedan demandar directamente a un Estado ante instancias como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: sujetos que en principio carecen de personalidad jurídica bajo el Derecho internacional público<sup>29</sup>, lo que derivó en considerar que la protección diplomática debía guardarse en «el ático de conceptos viejos»<sup>30</sup>.

27. Una de las circunstancias donde no resulta necesario agotar todos los remedios locales es cuando dichos remedios no se encuentran disponibles. Ver *Affaire des Forêts du Rhodope Central (fond)*, decisión de 29 de marzo de 1933 [UNRIAA, vol. III (Sales 1949, vol. 2), p. 1420], citado por Dugard en el Segundo Reporte sobre Protección Diplomática, DOCUMENTO A/CN.4/514, p. 103.

28. En su sesión de Neuchâtel de 1900, el Instituto de Derecho Internacional opinó que «estas cláusulas son erróneas en la medida en que exoneran a los Estados de su deber de proteger a sus nacionales en el extranjero y de su deber de proteger a los extranjeros en su territorio» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 18, 1900, pp. 253-254). Vid. también Freeman, A. V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Nueva York: Longmans, Green and Co., 1938, pp. 40 y ss.

29. Por ej., los particulares o individuos que en principio no eran partícipes del Derecho público internacional ahora pueden acudir a foros jurisdiccionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos para proteger sus derechos y atribuir responsabilidad a un Estado.

30. Protección diplomática, *lato sensu*, comprende «*political initiatives pursuing the aim to prevent infringements*» además de la protección diplomática *stricto sensu*: vid. Condorelli, L., «*L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*», en Flauss, J.-F., *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, 3, Bruselas: Bruylant, 2003.

Ahora bien, poco después de asumir la presidencia de la Corte Internacional de Justicia, el Hon. Juez Abdulqawi Ahmed Yusuf trazó una distinción que resulta relevante para comprender el valor de la denegación de justicia como fuente del Derecho. En su concepción, y siguiendo el caso *Gulf of Maine*, en el Derecho internacional los «principios» y las «reglas» codificadas son sinónimos<sup>31</sup>. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia encuentra otras definiciones para el término «principios generales del Derecho», incluidos aquellos principios que derivan de sistemas jurídicos locales. En estos sistemas se encuentran, por lo general, reglas procesales que la Corte Internacional de Justicia ha llegado a aplicar en sus propios procedimientos, como la admisibilidad de evidencia, la igualdad de armas y el principio *res judicata*<sup>32</sup>.

En este sentido, la denegación de justicia, como vertiente del trato mínimo y del trato justo y equitativo, queda tutelada con la protección de los principios generales que regulan un procedimiento judicial. De esta forma, el acceso a la justicia, tomando como punto de partida el criterio de la Corte Internacional de Justicia, difícilmente podría derivar en una denegación sustantiva del acceso a la justicia.

## 2. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA

### 2.1. Alcance del principio de denegación de justicia en la responsabilidad estatal

Ahora bien, la mayoría de los arbitrajes de inversión derivan, en cierta medida y bajo la percepción del inversionista, de una denegación de justicia. De esta forma, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) determinó, en 2004, que, en el contexto de una violación al estándar de trato justo y equitativo, el principio de «denegación de justicia» puede ser entendido en tres sentidos<sup>33</sup>.

Primero, puede hacerse una interpretación amplia del término, que se refiere a todo el ámbito de responsabilidad estatal cuando se actúa de forma equivocada en contra de un extranjero. Esta interpretación incluye actos y omisiones de los tres poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial.

31. Traducción *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, pp. 289-290.

32. «Statement of H. E. Mr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, President of the International Court of Justice before the Sixth Committee of the General Assembly New York (United States)», 1 de noviembre de 2019, en *The International Court of Justice and Unwritten Sources of International Law*, p. 7.

33. OECD, «Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law», en *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing, p. 28.

Segundo, cabe proponer una interpretación más estricta, como la sostenida en casos como *Barcelona Traction*<sup>34</sup>, que consiste en entender que la denegación de justicia únicamente se refiere a la negativa de un Estado a otorgar a un extranjero acceso a los tribunales locales, o el fracaso de estos en emitir la sentencia<sup>35</sup>.

Tercero, es posible también propugnar una interpretación *intermedia* entre las dos anteriores –aunque no reconocida por algunos autores–<sup>36</sup>, consistente en la inapropiada administración de justicia a un extranjero, incluidos los casos de denegación de acceso a tribunales locales, procedimientos inadecuados y decisiones injustas<sup>37</sup>.

Esta última y tercera interpretación, al igual que la primera, doctrinalmente permite la inclusión de una denegación sustantiva y no solo una procesal. En este sentido, no se debería comprender la denegación de justicia como una consecuencia del disgusto en la calidad o en la insatisfacción de los procedimientos donde se ventile la reclamación de un extranjero.

## 2.2. Agotamiento de los medios de defensa locales para acreditar la responsabilidad del Estado

Una vez determinados los distintos elementos que constituyen denegación de justicia, se debe determinar la procedencia del reclamo, la cual depende en la mayoría de los casos de la exhaustividad de los medios de defensa locales<sup>38</sup>. Un reclamo sobre la base de denegación de justicia requiere el agotamiento previo de todos los recursos locales. Sin embargo, y retomando el origen de la denegación de justicia en la protección diplomática, dicha condición podrá ser sobrepasada cuándo se acredite que los medios de defensa locales (i) no estaban disponibles, (ii) no son efectivos, o (iii) son medios de defensa inadecuados en el caso particular<sup>39</sup>.

34. *Barcelona Traction Co.* (1962-29) 4 ICJ Pleadings 4.

35. Eagleton, C., «*Denial of Justice in International Law*» en *American Journal of International Law*, vol. 22, Cambridge: Cambridge University Press, 1928, pp. 5 y ss.

36. Vid., por ej., Sattorova, M., «*Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct*», en *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge: Cambridge University Press, enero 2012, vol. 61, núm. 1, p. 224. Se podría considerar que la interpretación media únicamente consiste en decisiones más inclinadas a una posición amplia o a una restrictiva, pero no lo suficientemente distinguible de las otras dos.

37. OECD, «*Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*», en *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing., p. 29.

38. Demirkol, B., Willcocks, A., «*Exhaustion of Local Remedies*», en *Jus Mundi, International Investment Law and Arbitration, Procedural Issues, Jurisdiction*, en *Wiki Notes on arbitration*, 2021.

39. Vid. Resolución núm. 5/2006, *Diplomatic Protection of Persons and Property, The 72nd Conference of the International Law Association in Toronto, Canadá* (4-8 de junio, 2006).

Las circunstancias particulares que actualicen una de las excepciones anteriores pueden ser variadas. Estas pueden incluir, *inter alia*, que el poder judicial se niegue a administrar justicia; que el juzgador no sea independiente ni imparcial; que el remedio local sea irrazonablemente prolongado; o que se emitan decisiones manifiestamente injustas<sup>40</sup>. En cuanto al agotamiento de los recursos locales, el trabajo del *International Institute for Sustainable Development* reconoce, siquiera de forma implícita, que, si un recurso local no requiere ser agotado al obtenerse en instancias inferiores decisiones manifiestamente injustas, entonces posiblemente sea susceptible la denegación de justicia sustantiva<sup>41</sup>.

Además de acreditar una circunstancia de las previamente aludidas, en el Derecho internacional de inversión dicha condición podrá ser contractualmente removida a través del tratado de inversión aplicable, como es el caso en el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) entre Camboya y Croacia<sup>42</sup>. Incluso, la tendencia consiste en comprender que, ante la falta de una disposición que expresamente señale el agotamiento de los recursos locales, dicha condición no es aplicable<sup>43</sup>. Sin embargo, para el caso particular de una reclamación basada en denegación de justicia, la regla se invierte, y la necesidad de agotar los recursos locales deviene condición sustantiva para acreditar la denegación de justicia<sup>44</sup>. De esta forma, y sujeto al tratado o acuerdo de inversión aplicable, los recursos locales deberán ser agotados antes de iniciarse el arbitraje de inversión.

### 2.3. La denegación de justicia como un acto particular o cumulativo

Los precedentes emitidos hasta la fecha carecen de sintonía sobre el acto en el procedimiento judicial que desencadena la denegación de justicia. En

40. Dietrich, M., «*Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*», en *International Institute for Sustainable Development, IISD Best Practices Series*, 2017, p. 6.

41. *Id.*, p. 6.

42. Art. 14 del Borrador de Artículos sobre Protección Diplomática, párrafo (e): «los remedios locales no tendrán que ser agotados previamente cuando [...] el Estado allegadamente responsable ha renunciado el requerimiento de exhaustividad de los remedios locales». *Agreement Between on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Cambodia-Croatia*, art. 10 (2001): «En caso de arbitraje, cada Parte Contratante, por medio de este Acuerdo, consiente irrevocablemente por adelantado, incluso en ausencia de un acuerdo arbitral individual entre la Parte Contratante y el inversor, a someter cualquier controversia a este Centro. Este consentimiento implica la renuncia al requisito de que se agoten los recursos administrativos o judiciales internos».

43. Vid. Porterfield, M. C., «*Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time has Come?*», en *The Yale Journal of International Law Online*, 2015, p. 3: «el requerimiento de exhaustividad, sin embargo, raramente es aplicado en la actual practica de [arbitraje de inversión]. Pocos [tratados bilaterales de inversión] explícitamente rechazan la regla de remedios locales».

44. Dietrich, M., *op. cit.*, p. 14.

este sentido, se pueden considerar dos perspectivas principales. Por un lado, aquellos tribunales, como en *AMTO c. Ucrania*<sup>45</sup>, que optan por una perspectiva «holística», donde se requiere de un estudio sistemático de todos los actos en el procedimiento para determinar si hubo denegación de justicia o no:

§78. El trato dado a un inversor por los tribunales nacionales *debe examinarse en su totalidad para determinar si ha habido o no una denegación de justicia*. En consecuencia, un inversor puede quejarse, como en este caso, de que su trato en de los tribunales nacionales para determinar si se ha producido una denegación de justicia. *Al considerar el trato del inversor en su totalidad*, el tribunal debe tener en cuenta los procedimientos iniciados o disponibles para el inversor. En el presente caso, la participación del demandante en los tribunales ucranianos comenzó con once casos de impago contractual. El demandante tuvo éxito en todos estos casos, y no hay alegaciones relativas a los tribunales ucranianos en relación con estos procedimientos.

En consecuencia, se debe plantear si es susceptible que un solo acto active la denegación de justicia, y no así una violación sistemática y continua. Naturalmente, en aquellas circunstancias donde el órgano judicial superior repara la deficiencia procesal, el acto de la instancia inferior no puede producir la denegación de justicia.

De igual forma, en caso de optar por una denegación de justicia sustantiva, sí podría actualizarse el incumplimiento derivado de un solo acto. Ello se confirma considerando que la denegación sustantiva deriva de una decisión manifiestamente injusta, y por lo tanto es un solo acto administrativo –la decisión judicial–, el que activa la denegación de justicia. Por el contrario, ante una denegación meramente procesal, como la adoptada en *Lion c. México*, la acumulación de afectaciones procesales puede desencadenar el incumplimiento, o en su defecto, un solo acto procesal que amerite por sí mismo una denegación de justicia. Tal sería el caso de impedir el acceso a las cortes locales, lo cual por su propia naturaleza no permite múltiples actos procesales –pues no permitió dar comienzo a un procedimiento judicial–, pero que por sí solo podría constituir una denegación de justicia.

#### 2.4. Sujeto sobre el que aplica la denegación de justicia

Una defensa común entre los Estados demandados por denegación de justicia consiste en alegar que el principio de protección contra la denegación de justicia protege a la inversión y no al inversionista<sup>46</sup>.

45. *AMTO LLC c. Ukraine* (Laudo Final), caso SCC núm. 080/2005 (2008), p. 47.

46. *AMTO LLC c. Ukraine* (Laudo Final), caso SCC núm. 080/2005 (26 marzo 2008), p. 20.

La distinción entre la violación de denegación de justicia sobre el inversionista y la inversión ha sido reiterada por tribunales anteriores, a pesar de no haberse esgrimido la defensa correspondiente. En *Hesahm c. Indonesia*<sup>47</sup>, el tribunal señaló que:

Aunque el Tribunal considera que el juicio y la condena penal del demandante condena penal en ausencia constituye una denegación de justicia y, por lo tanto, una violación del de trato justo y equitativo, el Tribunal no está convencido de que la que la condena penal en rebeldía del Demandante le haya privado de su inversión, ya que (como se discutió anteriormente) Bauk Century estaba en valor negativo y con necesidad de rescate.

La distinción es, pues, relevante. En *Lion c. México*, como fue previamente mencionado, México argumentó que la protección que otorgaba el TLCAN era sobre la inversión y no sobre el inversionista. Por lo cual, el daño procesal en los juicios al inversionista no activa una violación correspondiente a la denegación de justicia. Sin embargo, *Hesahm c. Indonesia* arroja algo de claridad al respecto, al señalar que lo relevante consiste en determinar si el tratamiento judicial al inversionista afectó o no la inversión. De esta forma, si la protección que otorga al tratado es a la inversión, pero el tratamiento de las cortes al inversionista repercute en dicha inversión, entonces efectivamente se puede actualizar un incumplimiento al tratado aplicable.

#### IV. DENEGACIÓN DE JUSTICIA SUSTANTIVA

Los Estados suelen estar interesados en acotar el principio de interdicción de la denegación de justicia de modo que impida a los inversionistas atribuirles responsabilidad jurídica internacional por la calidad de las sentencias locales. En principio, la mayoría de los Estados niegan la posibilidad de una denegación de justicia sustantiva. Sin embargo, en el caso *Barcelona Traction*, ante la Corte Internacional de Justicia, Canadá sostuvo los intereses de la empresa en contra de las decisiones de un tribunal en España. En su determinación, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

75. El propio Gobierno canadiense, que nunca parece haber dudado de su derecho a intervenir en favor de la empresa, ejerció la protección de Barcelona Traction por medio de una representación diplomática durante años, en particular mediante su nota de 27 de marzo de 1948, en la que alegaba que se había cometido una denegación de justicia en relación con las empresas Barcelona Traction,

47. *Hesham c. Indonesia* (Laudo Final), UNCITRAL (1976), p. 194.

Ebro y del Trust Nacional, y solicitaba que la sentencia de quiebra fuera anulada [...]»<sup>48</sup>.

La posición de Canadá, como sostuvo en sus comunicaciones en 1948, fue que los tribunales de España resolvieron de manera equivocada. Esta es la base de la denegación de justicia sustantiva, hoy negada por una amplia mayoría de Estados. Recordado el origen inicialmente estudiado, la denegación de justicia tuvo comienzo en el desarrollo de la protección diplomática, lo cual se reflejó en el comportamiento de Canadá en el caso en cuestión.

En consecuencia, y dado que el comportamiento de los propios Estados varía, no debería descartarse la posibilidad de presentar una denegación de justicia por violación sustantiva. De esta forma, si bien las instancias de tribunales internacionales no operan a modo de tribunal de apelación, existen decisiones locales que constituyen violación del estándar conforme al Derecho internacional, infringiendo las nociones más mínimas de un trato justo y equitativo.

## V. CONCLUSIÓN

Si bien el desarrollo del concepto de la denegación de justicia ha recorrido un camino largo y poco homogéneo, *Lion c. México* aporta un importante criterio y traza una línea clara al respecto de la denegación de justicia procesal. Sin embargo, se requiere aún definir en profundidad el alcance y los límites de la posibilidad de una denegación de justicia sustantiva, ya que, en nuestra opinión, la misma podría configurarse bajo ciertas circunstancias.

En este sentido, los orígenes doctrinarios de la denegación de justicia, así como algunos precedentes aislados, sustentan la aplicación de una denegación de justicia sustantiva. Así, *Lion c. México* se sitúa como un precedente ilustrativo de un análisis metódico en múltiples aspectos de la denegación de justicia, principalmente en cuanto a las circunstancias específicas que detonan dicha denegación, la necesidad de agotar los medios locales de defensa, y la configuración de la violación por un acto particular o un conjunto de actos procesales. La decisión en *Lion c. México* representa un análisis contemporáneo que entiende la denegación de justicia de manera exclusivamente procesal, un precedente que sin duda será citado recurrentemente en el futuro para ilustrar y apoyar las decisiones en casos análogos. Esta situación permitirá sin duda excusar al Estado de potenciales violaciones a la regla sobre la denegación de justicia sustantiva en el Derecho internacional en contra de inversionistas extranjeros. Sin embargo, como se ha manifestado,

---

48. *Barcelona Traction, Light, and Power Co. 1970 International Court of Justice Reports (Second Phase)* 3 (5 de febrero de 1970).

la posibilidad de una denegación sustantiva, desde un punto de vista clásico, puede comprender violaciones sustantivas, por lo que en nuestra opinión hay espacio para, en laudos futuros, reivindicar dicho estándar de tal suerte que se logre diferenciar de lo que pudiera considerarse una instancia más para reexaminar las decisiones adoptadas a través de los medios de defensa locales.