

# EL ABUSO DE PROCESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

GABRIEL BOTTINI

---

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2  
Junio – Diciembre 2021  
Págs. 159-

**Resumen:** La prohibición del abuso de derecho es un principio importante del Derecho internacional. El concepto de abuso de proceso, que deriva de dicho principio, también ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia y por otros tribunales internacionales, en particular los tribunales de inversiones. Este concepto se aplica a la iniciación abusiva de un proceso legal o de los incidentes procesales principales, como una solicitud de medidas provisionales. Existen todavía incertidumbres respecto a las razones por las que el ejercicio de un derecho o el comienzo de un procedimiento legal pueden ser abusivos. Sin perjuicio de ello, el abuso de proceso es un concepto necesario para proteger los valores fundamentales en los que se basa la integridad de la justicia internacional.

**Palabras clave:** Abuso de derecho – Abuso de proceso – Principio de buena fe – Mala fe – Doctrina clean hands – Arbitraje de inversiones – Poder inherente – Convenio CIADI – Procedimientos paralelos – Reestructuraciones corporativas.

**Abstract:** The prohibition of abuse of rights is a key principle of international law. The concept of abuse of process, which derives from it, has also been recognised by the International Court of Justice and other international tribunals, in particular investment tribunals. This concept applies to the abusive initiation of legal proceedings or of the main incidental proceedings, such as provisional measures requests. Uncertainties remain as to what constitutes an abusive exercise of a right or initiation of legal proceedings. However, the abuse of process principle is essential to protecting the fundamental values that underpin the integrity of international justice.

**Keywords:** Abuse of law – Abuse of process – Good faith principle – Bad faith – Clean hands doctrine – Investment arbitration – Inherent power – ICSID Convention – Parallel proceedings – Corporate restructuring.

SUMARIO: I. EL ABUSO DE DERECHO Y DE PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. 1. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*. 2. *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase)*. 3. *Fisheries Case*. 4. *Ambatielos*. 5. *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v France)*. 6. *Certain Iranian Assets*. 7. *Jadhav Case*. II. EL ABUSO DE PROCESO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES. III. LA IDEA DEL ABUSO DE PROCESO. IV. CONCLUSIÓN.

La idea del abuso de derecho se ha terminado afirmando en el Derecho Internacional, aunque no sin encontrar críticas considerables durante buena parte del siglo XX. En realidad, no son del todo sorprendentes las resistencias a admitir la posibilidad de que el ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico pueda ser considerado, en ciertas circunstancias, un accionar antijurídico<sup>1</sup>. El abuso requiere además la invocación de un límite difuso, pues si el acto en cuestión viola un límite jurídico preciso no se estará en presencia del ejercicio de un derecho y por tanto la posibilidad del abuso, al menos conceptualmente, no se plantea.

Esta falta de precisión implícita en el concepto de abuso de derecho se relaciona también con la discusión acerca de la fuente de las normas que delimitan el ejercicio legítimo de un derecho. Por un lado, previstas o no de manera expresa en el ordenamiento jurídico de que se trate, se tratará en principio de normas o principios generales, que sin embargo serán aplicados en ciertos casos para censurar el ejercicio de un derecho reconocido expresamente por el derecho positivo. Por otro lado, en particular en el Derecho internacional, la invocación de límites al ejercicio de los derechos ha sido criticada por el supuesto carácter metajurídico de dichos límites y su pertenencia al campo de la moral más que del Derecho<sup>2</sup>.

Si bien las incertidumbres que plantea el concepto mismo de abuso de derecho no han impedido finalmente su aceptación en el Derecho internacional, sus fundamentos teóricos y jurídicos no son descritos de manera consistente por la doctrina. La jurisprudencia tampoco ha contribuido de manera notable para esclarecerlos. Puede discutirse si sería deseable un desarrollo detallado de dichos fundamentos por los tribunales internacionales, dada la flexibilidad inherente al concepto de abuso de derecho que permite su aplicación según los hechos específicos de cada caso. Sin embargo, la falta de certeza respecto de los fundamentos del abuso de derecho puede suscitar dudas en relación con su significado y el tipo de conductas que pueden considerarse abusivas.

Entre las primeras discusiones doctrinales sobre el abuso de derecho en el Derecho internacional Politis sostenía que, además de las fronteras objetivas

1. Vid. Lemey, M., *Labus de droit en Droit International Public*, París: LGDJ, 2021, p. 5.

2. Vid. en general Cavaglieri, A., *Nuovi Studi sull' Intervento*, Roma: Soc. Anónima Edit., 1928, pp. 42-52.

de la ley, hay que tener en cuenta la intención del autor del acto<sup>3</sup>. Un derecho ejercido dolosa o imprudentemente, para dañar a otro, constituye un ilícito que genera responsabilidad<sup>4</sup>. Refiriéndose en particular al Derecho internacional, Politis afirmaba que los Estados deben ejercer sus derechos conforme al destino social de estos últimos<sup>5</sup>. En cambio, el ejercicio de un derecho será abusivo si perjudica a la comunidad internacional por el hecho de que el interés más fuerte de otros Estados se ve sacrificado por el interés más débil representado por el acto realizado<sup>6</sup>.

Para Hersch Lauterpacht, la comunidad, que es quien confiere los derechos, no puede aprobar su ejercicio anti-social<sup>7</sup>. El ejercicio de un derecho es abusivo y por tanto anti-jurídico cuando, en términos similares a los que utilizaba Politis, el interés general de la comunidad se ve afectado como resultado del sacrificio de un interés social o individual importante a expensas de un interés que, aunque reconocido como un derecho, es menos importante<sup>8</sup>. Sin embargo, para Lauterpacht, a diferencia de Politis, la intención del autor del acto no siempre es relevante<sup>9</sup>. De hecho, el ejercicio de un derecho puede devenir abusivo sin que medie ninguna intención reprochable de su titular y como resultado de cambios sociales que, aunque sin verse reflejados en cambios en el Derecho positivo, tornan intolerable dicho ejercicio<sup>10</sup>.

Bin Cheng consideraba a la teoría del abuso de derecho meramente como una aplicación del principio de buena fe<sup>11</sup>. Este principio requiere que los derechos sean ejercidos honesta y lealmente<sup>12</sup>. Cualquier ejercicio «ficticio» de un derecho con el objetivo de evadir una disposición legal o una obligación

---

3. Politis, N., «*Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*», RCADI, 1925, vol. 6, p. 78.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*, p. 86.

6. *Ibid.*

7. Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 286.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, pp. 286-287.

11. Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987, p. 121. Gerald Fitzmaurice también vinculaba estrechamente al abuso de derecho con el principio de buena fe, aunque el abuso incluía acciones que, si bien estrictamente no eran ilegales, eran sin embargo arbitrarias, intencionalmente discriminatorias, xenófobas, intervencionistas o motivadas por propósitos distintos al propósito declarado. Fitzmaurice, G., «*The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law*», 92 RCADI (1957-II), pp. 54, 58. Ver también Taylor, G. D. S., «*The Content of the Rule against Abuse of Rights in International Law*», 46 BRIT. Y. B. INT'L L. 323 (1972-1973), pp. 333-336.

12. Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, cit. (cita 11), p. 123.

contractual constituirá un abuso de derecho prohibido por la ley<sup>13</sup>. Un tribunal internacional debe considerar si el ejercicio de un derecho persiguió el interés legítimo protegido por ese derecho o si, en cambio, buscó perjudicar los derechos y los intereses legítimos de otra parte<sup>14</sup>. Cheng ponía énfasis en el respeto de las obligaciones, tanto generales como particulares, de quien ejerce el derecho<sup>15</sup>. En su visión, este era el criterio fundamental, a la vez que rechazaba la idea del abuso como un ejercicio anti-social o desviado de la función o propósito social de un derecho<sup>16</sup>.

Más recientemente, Taylor, basándose en la jurisprudencia internacional, sostuvo que en el Derecho internacional el abuso de derecho prohíbe el ejercicio de una atribución por una razón, real o inferida, contraria al propósito o propósitos contemplados por el Derecho internacional para el ejercicio de esa atribución<sup>17</sup>. Alexandre Kiss se refirió al abuso de derecho en el Derecho internacional como el ejercicio arbitrario del derecho<sup>18</sup>, sin una motivación aceptable, cuando este ejercicio perjudica a otro Estado<sup>19</sup>. Otras definiciones clásicas se enfocan también en la modalidad del ejercicio del derecho, que es perjudicial para un tercero<sup>20</sup>. Por su parte, ya en este siglo, Michael Byers observó que el principio del abuso de derecho complementa al principio de

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*, pp. 128-129.

15. *Ibid.*, pp. 128-131.

16. *Ibid.*, p. 131. Cheng se distanciaba así explícitamente de las posiciones que, en el marco del Derecho internacional, habían expresado Politis, Lauterpacht y Seale, entre otros. Ver *ibid.* La posición de Cheng en este punto es también distinta de la doctrina y jurisprudencia francesas clásicas, para quien los derechos están limitados por su finalidad, son conferidos a los individuos como miembros de la comunidad, y deben ejercerse por motivos legítimos y que no sean contrarios a la sociedad o al Derecho mismo. *Vid.* el comentario de Louis Jossierand en Cour de Cassation, 1924 RECUEIL PERIODIQUE & CRITIQUE 5 (1924), p. 97. *Vid.* también en general Jossierand, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l'Abus des Droits*, París: Dalloz, 1927.

17. Taylor, G. D. S., «The Content of the Rule against Abuse of Rights in International Law», *cit.* (cita 11), p. 352.

18. En el contexto del Derecho monetario internacional, Mann también relacionaba el abuso de derecho con la arbitrariedad y el ejercicio de una competencia de una manera o con propósitos inconsistentes o distintos a la función aceptada de la competencia en cuestión. Mann, F. A., «Money in Public International Law» (1959) 96 RCADI 1, p. 92.

19. Kiss, A., *Droit international de l'environnement*, París: Pedone, 1989, p. 72. En su obra clásica sobre el abuso de derecho Kiss refería a instancias en las que el ejercicio de una competencia por un Estado interfería con las competencias de otro Estado, el ejercicio una competencia con un objetivo distinto al que fue tenido en miras para atribuir la competencia al Estado, y al ejercicio arbitrario de poderes discrecionales. Kiss, A., *Labus de droit en droit international*, París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953, pp. 184-187. La referencia al objetivo de dañar a otro como un ejercicio abusivo del derecho estaba presente también, por ejemplo, en la obra de Guggenheim. *Vid.* Guggenheim, P., «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux» (1949) 74 RCADI 195, p. 250.

20. Salmon, J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruselas: Bruylant, 2001, p. 4.

buena fe, pues el abuso no requiere que se pruebe la malicia o la mala fe de quien ejerce el derecho<sup>21</sup>.

En general, la doctrina clásica del Derecho internacional sobre abuso de derecho no trataba al abuso de proceso como una categoría separada. La utilización más frecuente en los últimos años, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, del concepto de abuso de proceso plantea el interrogante de si efectivamente, en el marco del Derecho internacional, es una categoría distinta del abuso de derecho. Adicionalmente, asumiendo que la distinción entre ambas categorías no es una mera diferencia terminológica sino que está basada en razones sustantivas, ¿cuáles son las condiciones para la aplicación de la idea del abuso de proceso? ¿A qué tipo de derechos puede aplicarse el abuso de proceso?

La segunda parte de este artículo analiza la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional («CPJI») y de la Corte Internacional de Justicia («CIJ») sobre abuso de derecho y de proceso, en el marco del Derecho internacional general. La tercera parte se enfoca en el Derecho internacional de las inversiones internacionales y considera el tratamiento que los conceptos de abuso de derecho y de proceso han tenido en la jurisprudencia arbitral en ese campo. En la cuarta parte, se ofrece una respuesta al interrogante relativo a la función del abuso de proceso. La quinta parte contiene la conclusión de este artículo.

## I. EL ABUSO DE DERECHO Y DE PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Tanto la CPJI como la CIJ han invocado la idea del abuso, incorporando primero el concepto de abuso de derecho y más recientemente el de abuso de proceso. Se trató de una incorporación tímida al comienzo, para culminar con un reconocimiento contundente en las decisiones más recientes. Sin embargo, este reconocimiento, finalmente expreso y claro, no ha venido acompañado, ni en las decisiones de la CPJI ni de la CIJ, de un desarrollo de los fundamentos teóricos del abuso.

### 1. CERTAIN GERMAN INTERESTS IN POLISH UPPER SILESIA (MERITS)

En el bien conocido caso *Certain German Interests*, la CPJI debía decidir una reclamación de Alemania contra Polonia en relación con una ley polaca

---

Vid. también Titi, C., *The function of equity in international law*, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 179.

21. Byers, M., «*Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age*», *McGill Law Journal*, 2002, pp. 411-412.

que disponía la cancelación en los registros de propiedad sobre tierras, entre otras, de la titularidad que tenía una sociedad alemana sobre tierras en la ciudad polaca de Chorzów y su sustitución en los registros por el Tesoro polaco, y la toma de posesión por el gobierno polaco de una fábrica de nitrato en la misma ciudad y de los bienes muebles, patentes y otros activos de otra sociedad alemana. La reclamación alemana se refería también a una notificación del gobierno polaco a ciertos propietarios de grandes terrenos agrícolas de su intención de expropiarles esos terrenos<sup>22</sup>.

Según el gobierno alemán, la ley polaca constituía una medida de «liquidación» en los términos y prohibida por la Convención de Ginebra del 15 de mayo de 1922<sup>23</sup>. La Convención de Ginebra tenía por objeto, entre otras cosas, mantener en vigor, por un cierto tiempo y bajo determinadas condiciones, el Derecho alemán en la parte polaca del territorio sujeto a plebiscito, asegurar la protección de ciertos derechos adquiridos, y establecer el derecho de Polonia a expropiar en la Alta Silesia polaca ciertos bienes de nacionales alemanes o de sociedades controladas por alemanes<sup>24</sup>.

Para la CPJI, la ley polaca en cuestión tenía por efecto automático que toda transferencia o constitución de derechos reales realizada por autoridades alemanas en la Alta Silesia con posterioridad al 11 de noviembre de 1918 era nula e inválida, y todo contrato concluido por alguna de esas autoridades otorgando a un tercero un derecho sobre un inmueble podía ser anulado por la sola voluntad del Fisco polaco<sup>25</sup>. No se preveía ningún recurso legal ni indemnización en favor de las personas afectadas<sup>26</sup>. Por ello, la aplicación de la ley polaca era contraria a la Convención de Ginebra<sup>27</sup>.

Además, esta violación no podía justificarse por la renuncia de Alemania a la soberanía sobre los territorios en cuestión a través del art. 88 del Tratado de Versalles, pues hasta la transferencia de soberanía Alemania conservaba el derecho de disponer de sus bienes muebles e inmuebles<sup>28</sup>. Solo un abuso de este derecho o una violación del principio de buena fe podían convertir a un acto de disposición en una violación del Tratado de Versalles, abuso que no se presume y que debe ser probado por quien lo alega<sup>29</sup>.

22. Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment of 25 May 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 5.

23. *Ibid.*, p. 12.

24. *Ibid.*, pp. 20-21.

25. *Ibid.*, p. 24

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*, p. 23.

28. *Ibid.*, p. 30.

29. *Ibid.*

## 2. FREE ZONES OF UPPER SAVOY AND THE DISTRICT OF GEX (SECOND PHASE)

En *Free Zones*, Francia y Suiza, mediante un compromiso, habían sometido a la CPJI una diferencia de interpretación acerca de si el párrafo 2 del artículo 435 del Tratado de Versalles, con sus anexos, había derogado una serie de disposiciones contenidas en instrumentos internacionales vigentes entre ambos países, relativas a la estructura aduanera y económica de las zonas francas de la Alta Saboya y el *Pays de Gex*<sup>30</sup>. En sus deliberaciones, la CPJI concluyó que no se había producido tal derogación<sup>31</sup> y que por lo tanto Suiza gozaba de los derechos derivados del régimen de zonas francas regulado en dichas disposiciones, sin que ese régimen pudiese ser abolido en ausencia del consentimiento de Suiza<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de ello, la CPJI también observó que la soberanía de Francia sobre los territorios en cuestión era plena y debía ser respetada, dejando a salvo las limitaciones derivadas de los tratados en cuestión y otras obligaciones a las que Francia pudiese consentir<sup>33</sup>. Si bien Francia no podía prevalerse de su legislación interna para limitar sus obligaciones internacionales, también era cierto que la legislación fiscal francesa se aplicaba en el territorio de las zonas francas como en el resto del territorio francés<sup>34</sup>.

En consecuencia, la CPJI rechazó un argumento de Suiza relativo a que Francia no podía imponer derechos e impuestos que se aplicasen igualmente a los mismos artículos fabricados en Francia, dado que esa limitación no se derivaba necesariamente de los instrumentos relativos a las zonas francas<sup>35</sup>. Sin embargo, la CPJI destacó que debía realizarse una reserva respecto de un supuesto de abuso de derecho, abuso que sin embargo no podía presumirse<sup>36</sup>.

## 3. FISHERIES CASE

El caso *Fisheries* tenía por objeto una reclamación del Reino Unido contra la validez en el marco del Derecho internacional de un decreto dictado por Noruega en 1935, modificado por otro decreto de 1937, que establecía líneas

30. Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase), Order made on 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24, pp. 4-5.

31. *Ibid.*, p. 9. La CPJI ya había informado a las partes de esta conclusión en una orden anterior en el mismo caso. Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order made on 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 20.

32. Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase), Order made on 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24, p. 11.

33. *Ibid.*, p. 12.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

de delimitación de una zona de pesquerías<sup>37</sup>. La CIJ observó que, si bien los decretos no se referían al mar territorial, la zona que delimitaban era realmente lo que Noruega consideraba era su mar territorial en las latitudes cubiertas por los decretos<sup>38</sup>.

Ambas partes estaban de acuerdo en que la anchura del mar territorial debía ser de cuatro millas, pero no respecto de cuál era la línea de base desde la cual medir esa extensión<sup>39</sup>. En particular, si bien ambas partes también aceptaban que debía considerarse la línea de bajamar, la CIJ debía decidir si la línea de bajamar relevante era aquella de tierra firme o la correspondiente al *skjærgaard*<sup>40</sup>. El *skjærgaard* consiste en todas las islas, islotes, rocas y arrecifes presentes en la costa noruega al norte del círculo polar ártico, que configuran una costa muy accidentada y con grandes escotaduras que ingresan tierra adentro por distancias considerables<sup>41</sup>.

La CIJ sostuvo que debía considerarse la línea exterior del *skjærgaard*, que constituía un todo con la tierra firme, y que esta solución estaba dictada por realidades geográficas<sup>42</sup>. Una costa tan accidentada no permitía que la línea de base siguiese la línea de bajamar en toda sus sinuosidad<sup>43</sup>. Sobre esta base, la CIJ concluyó que el decreto noruego de 1935 no violaba el Derecho internacional<sup>44</sup>. Sin perjuicio de ello, al rechazar un argumento del Reino Unido que en una zona en particular la delimitación noruega no seguía la dirección general de la costa, la CIJ observó que no correspondía concentrarse en un sector de la costa solamente, excepto en un supuesto de abuso manifiesto<sup>45</sup>.

#### 4. AMBATIELOS

Después de resolver que tenía jurisdicción para decidir si el Reino Unido estaba obligada a someter a arbitraje la reclamación de Grecia relativa a los derechos del nacional griego Nicolas Eustache Ambatielos<sup>46</sup>, en la decisión

37. Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, p. 118.

38. *Ibid.*, p. 125.

39. *Ibid.*, p. 128.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*, p. 127.

42. *Ibid.*, p. 128.

43. *Ibid.*, p. 129.

44. *Ibid.*, p. 132.

45. *Ibid.*, pp. 141-142. En su opinión individual, el Juez Álvarez observó que el Derecho internacional moderno condena el abuso de derecho, y que la delimitación de un mar territorial desproporcionadamente grande en relación con el territorio terrestre y las necesidades de la población o la fijación de líneas de base arbitrarias constituirían un abuso de derecho. Sin embargo, en su visión este no era el caso del decreto noruego de 1935. *Ibid.*, Opinión Individual de M. Alvarez, pp. 149-150, 153.

46. Ambatielos case (jurisdiction), Judgment of July 1st, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 28.

sobre el fondo en el caso *Ambatielos* la CIJ tenía que decidir si los argumentos de Grecia respecto de ciertas disposiciones de un tratado de comercio de 1886 entre Grecia y el Reino Unido eran lo suficientemente plausibles para concluir que la reclamación griega estaba basada en dicho tratado<sup>47</sup>. La CIJ respondió afirmativamente a esta pregunta, y por tanto el Reino Unido tenía la obligación de cooperar con Grecia para la formación de la comisión de arbitraje que resolvería el fondo de la disputa<sup>48</sup>.

Sin embargo, la CIJ debía pronunciarse también respecto de algunos argumentos adicionales del Reino Unido, incluyendo si había mediado retardo injustificado y abuso de proceso, dado que el recurso a la CIJ para Grecia era posible desde el 10 de diciembre de 1926 y recién había sido presentado el 9 de abril de 1951<sup>49</sup>. Con relación al alegado abuso de proceso, la CIJ se limitó a decir que Grecia no había hecho nada impropio al iniciar los procedimientos contra el Reino Unido, de conformidad con el Estatuto y el Reglamento de la CIJ<sup>50</sup>.

## 5. IMMUNITIES AND CRIMINAL PROCEEDINGS (EQUATORIAL GUINEA V FRANCE)

En 2016, Guinea Ecuatorial demandó a Francia ante la CIJ en relación con ciertos procedimientos penales en curso en Francia que, según Guinea Ecuatorial, afectaban la inmunidad de jurisdicción penal de su vicepresidente segundo a cargo de la defensa y la seguridad del Estado, así como el estatus jurídico del inmueble que alojaba a su embajada, tanto con respecto a su condición de misión diplomática como de propiedad del Estado<sup>51</sup>. En su decisión sobre las objeciones preliminares interpuestas por Francia, la CIJ aceptó la objeción relativa a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>52</sup> y rechazó la objeción relativa a la aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas<sup>53</sup>.

Francia había presentado una tercera excepción preliminar alegando que la demanda de Guinea Ecuatorial constituía un abuso de proceso y de derecho,

47. *Ambatielos* case (merits: obligation to arbitrate), Judgment of May 19th, 1953: I.C.J. Reports 1953, p. 10, p. 18.

48. *Ibid.*, p. 22.

49. *Ibid.*, pp. 22-23.

50. *Ibid.*, p. 23. Sin referirse expresamente al abuso de proceso, la CIJ ha reconocido que aun en ausencia de disposición convencional aplicable el retraso del Estado demandante en iniciar la demanda puede tornarla inadmisibile. *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 240, pp. 253-254.

51. *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 292, párr. 49.

52. *Ibid.*, párrs. 74-119.

53. *Ibid.*, párrs. 120-138.

ambos corolarios necesarios del principio de buena fe<sup>54</sup>. Respecto del abuso de derecho, Francia refería a incoherencias en la correspondencia y en las declaraciones de Guinea Ecuatorial y a que supuestamente se buscaba sustraer al funcionario y al inmueble en cuestión de los procedimientos penales en curso<sup>55</sup>. En relación con el abuso de proceso, Francia alegaba que Guinea Ecuatorial había presentado la demanda ante la CIJ ante la ausencia manifiesta de todo recurso legal y con el objeto de cubrir los abusos de derecho cometidos por la demandante<sup>56</sup>.

La CIJ calificó a esta última excepción como una objeción de admisibilidad<sup>57</sup>. Asimismo, sostuvo que tanto en su propia jurisprudencia como en la de la CPJI se había establecido una distinción entre el abuso de derecho y el abuso de proceso<sup>58</sup>. Si bien la noción fundamental de abuso era probablemente la misma, las consecuencias de cada concepto pueden variar<sup>59</sup>. El abuso de proceso se relaciona con el procedimiento frente a una corte o tribunal y puede ser examinado en la etapa preliminar de ese procedimiento<sup>60</sup>. Sin embargo, la CIJ consideró que solo circunstancias excepcionales pueden justificar el rechazo por abuso de proceso de una demanda fundada en una base de competencia válida, circunstancias que no se encontraban presentes en la demanda iniciada por Guinea Ecuatorial<sup>61</sup>. En cuanto al abuso de derecho invocado por Francia, la CIJ entendió que no podía ser invocado como causa de inadmisibilidad cuando el derecho en cuestión corresponde al fondo del caso<sup>62</sup>. En consecuencia, rechazó la excepción preliminar de Francia basada en abuso de proceso y abuso de derecho<sup>63</sup>.

En su opinión disidente, la jueza Donoghue observó que las nociones de abuso de proceso y abuso de derecho no tenían hasta ese momento una definición aceptada en el contexto de la justicia internacional<sup>64</sup>. Criticó además las definiciones adoptadas por la CIJ por considerar, por un lado, que implicaban que el abuso de proceso puede ser considerado como una objeción preliminar de admisibilidad, pero solo con referencia al procedimiento delante de la CIJ<sup>65</sup>. Por otro lado, significaban que una alegación de abuso de derecho no puede afectar la admisibilidad de una reclamación y solo puede ser considerada en

54. *Ibid.*, párr. 139.

55. *Ibid.*, párr. 140.

56. *Ibid.*, párr. 141.

57. *Ibid.*, párr. 145.

58. *Ibid.*, párr. 146.

59. *Ibid.*

60. *Ibid.*, párr. 150.

61. *Ibid.*

62. *Ibid.*, párr. 151.

63. *Ibid.*, párr. 152.

64. *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, párr. 3.

65. *Ibid.*, párr. 4.

la fase de fondo, al momento de decidir si los derechos invocados han sido probados<sup>66</sup>. Para la jueza Donoghue, la consecuencia de las interpretaciones adoptadas por la CIJ era que la conducta de un demandante fuera del procedimiento ante la CIJ no afecta la admisibilidad de su reclamación, con independencia de cuán abusiva pueda ser<sup>67</sup>.

## 6. CERTAIN IRANIAN ASSETS

En *Certain Iranian Assets*, Irán demandó a los Estados Unidos de América invocando violaciones de este último del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares suscripto entre ambos países en 1955<sup>68</sup>. Las violaciones se referían a una serie de medidas adoptadas por Estados Unidos de combate al terrorismo que afectaban la posibilidad de Irán y de algunas entidades iraníes, incluyendo el Banco Central iraní, de ejercer sus derechos de propiedad sobre activos ubicados fuera del territorio de Irán<sup>69</sup>.

Estados Unidos interpuso dos objeciones a la admisibilidad de la demanda iraní, una de las cuales alegaba que Irán incurría en un abuso de derecho al basar la jurisdicción de la CIJ en el tratado antes mencionado<sup>70</sup>. Posteriormente, Estados Unidos clarificó que dicha objeción en realidad estaba basada en un abuso de proceso y no de derecho, y que su otra objeción de admisibilidad, referida a la doctrina de *clean hands* o manos limpias, también involucraba un abuso de proceso por parte de Irán<sup>71</sup>. En particular, la objeción de abuso de proceso estaba basada principalmente en que las condiciones fundamentales en la que se había basado el Tratado de Amistad ya no existían y que Irán no buscaba reivindicar intereses protegidos por dicho tratado, sino que estaba intentando involucrar a la CIJ en una disputa estratégica más amplia<sup>72</sup>.

66. *Ibid.*

67. *Ibid.* Es cierto que los conceptos de abuso de proceso y de derecho adoptados por la CIJ en este caso no son absolutamente precisos y mucho menos exhaustivos. Sin embargo, la lectura de la Jueza Donoghue de las interpretaciones de la CIJ es discutible. Respecto del abuso de proceso, la definición de la CIJ admite que, como mínimo, el abuso puede haber ocurrido, total o parcialmente, en un procedimiento distinto del procedimiento donde posteriormente se lo invoca como objeción de admisibilidad. Con relación al abuso de derecho, la CIJ no cierra totalmente la puerta a que este tipo de abuso pueda afectar la admisibilidad de una reclamación. Por ejemplo, si se trata de un derecho que debe establecerse para afirmar la jurisdicción de un tribunal el abuso del mismo podría, según la concepción utilizada por la CIJ, invocarse para cuestionar la admisibilidad de una reclamación.

68. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019, p. 7, párr. 1.

69. *Ibid.*, párrs. 18-33.

70. *Ibid.*, párr. 100.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*, párr. 107.

Después de reafirmar la posición adoptada sobre abuso de proceso en *Immunities and Criminal Proceedings*<sup>73</sup>, reseñada *supra*, la CIJ ratificó que solo en circunstancias excepcionales podía rechazar una reclamación basada en un título válido de jurisdicción sobre la base de un abuso de proceso<sup>74</sup>. Para ello, debía existir evidencia clara que la conducta del demandante constituía un abuso de proceso<sup>75</sup>. Dado que en el caso el Tratado de Amistad estaba en vigor entre las partes al momento del inicio del procedimiento y que el mismo incluía una cláusula compromisoria, la CIJ concluyó que no mediaban circunstancias excepcionales que permitiesen rechazar la reclamación de Irán sobre la base de un abuso de proceso<sup>76</sup>.

## 7. JADHAV CASE

El caso *Jadhav* constituye una de las varias disputas que la CIJ ha debido considerar en donde se alegaban violaciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963<sup>77</sup>. India demandó a Pakistán por supuestamente haber violado dicho tratado al no informarle de la detención de un ciudadano indio, al no informar a este último de sus derechos en virtud del artículo 36 de ese mismo tratado, y al no permitir el contacto de la persona detenida con funcionarios consulares indios ni disponer lo necesario para su representación legal<sup>78</sup>.

Entre otras objeciones preliminares, Pakistán objetó la admisibilidad de la reclamación de la India invocando un abuso de proceso por esta última<sup>79</sup>. El abuso de proceso de la India supuestamente consistía en haber solicitado medidas provisionales a la CIJ sin informar de la existencia de un derecho constitucional de interponer una petición de clemencia después de dictada la pena de muerte contra el ciudadano indio, y en no haber dado consideración

73. *Ibid.*, párr. 103.

74. *Ibid.*, párr. 113.

75. *Ibid.* La CIJ se apoyó también en su decisión sobre objeciones preliminares en *Certain Phosphate Lands in Nauru*. En esa decisión, la CIJ observó que la demanda había sido presentada en el marco de los remedios disponibles para Nauru, y que la conducta de este Estado en relación con los méritos del caso no constituía un abuso de proceso. *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 240, párr. 38.

76. *Ibid.*, párr. 114. Al rechazar la objeción de admisibilidad basada en la doctrina de *clean hands*, la CIJ no volvió a referirse al abuso de proceso alegado.

77. *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment, I.C.J. Reports 2019, p. 418, párr. 1.

78. *Ibid.*, párrs. 1-18.

79. *Ibid.*, párr. 40. Pakistán alegó también un abuso de derecho para objetar tanto la admisibilidad como los méritos de la reclamación de la India. La CIJ rechazó ambas objeciones aunque sin negar que, según las circunstancias, un abuso de derecho del demandante podía afectar tanto la admisibilidad como el fondo del caso. *Ibid.*, párrs. 51-42, 121-124.

a otros medios de solución de disputas previstos en el Protocolo Opcional de la Convención de Viena<sup>80</sup>.

Respecto del primer argumento, la CIJ observó que en la orden sobre medidas provisionales ya había tenido en cuenta las posibles consecuencias derivadas de la existencia de recursos en virtud del Derecho pakistaní, incluyendo la petición de clemencia antes mencionada<sup>81</sup>. En consecuencia, concluyó que no existía base para concluir que la India había abusado sus derechos procesales al solicitar medidas provisionales<sup>82</sup>.

Con relación al segundo argumento, la CIJ tomó nota que ninguna de las disposiciones del Protocolo Opcional antes mencionado establecía precondiciones al ejercicio por la CIJ de su jurisdicción<sup>83</sup> y que la India no tenía obligación alguna de considerar otros mecanismos de resolución de controversias antes de recurrir a la CIJ<sup>84</sup>. Por ende, y basándose en lo establecido en los casos *Immunities and Criminal Proceedings* y *Certain Iranian Assets*, la CIJ también rechazó este segundo argumento por considerar que no existían circunstancias excepcionales que permitiesen rechazar las reclamaciones de la India, que estaban basadas en un título válido de jurisdicción<sup>85</sup>.

## II. EL ABUSO DE PROCESO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

En el arbitraje de inversiones, tanto el abuso de derecho como el abuso de proceso son frecuentemente alegados por las partes y considerados por los tribunales arbitrales<sup>86</sup>. Ello contrasta con la práctica observada ante la CIJ y otras instancias interestatales, donde la aplicación de estos conceptos es esporádica (aunque, a juzgar por la jurisprudencia de la CIJ reseñada en la sección anterior, parece estarse acelerando). Se sugiere que la razón de este contraste es que el número de arbitrajes de inversiones es mucho más elevado que el de los procedimientos interestatales, y que el hecho de que en los primeros los demandantes son partes privadas involucra un mayor riesgo de abuso, o en todo caso una mayor propensión de los tribunales internacionales a imputarles a esas partes privadas conductas abusivas que cuando deben imputárselas a Estados soberanos<sup>87</sup>. A estas razones puede agregarse el carácter heterogéneo del Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones, compuesto por normas

80. *Ibid.*, párrs. 41-42.

81. *Ibid.*, párr. 44.

82. *Ibid.*, párr. 44.

83. *Ibid.*, párr. 45.

84. *Ibid.*, párr. 48.

85. *Ibid.*, párrs. 48-49.

86. *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 («Abaclat et al v. Argentina»), párr. 646.

87. Lemey, M., *Labus de droit en Droit International Public*, op. cit. (cita 1), pp. 304-305.

de Derecho nacional e internacional, que puede generar mayor incertidumbre sobre la existencia de un derecho determinado y a la vez proveer fuentes adicionales para caracterizar de abusivo el ejercicio de un derecho.

En los comienzos del arbitraje de inversiones moderno, el tribunal en *Waste Management II* se preguntaba si los tribunales arbitrales constituidos en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte («TLCAN») tenían el poder inherente de rechazar reclamaciones por abuso de proceso, dado que ninguna disposición del TLCAN les confería específicamente esa facultad<sup>88</sup>. Dicho tribunal sugería que, de existir, esa facultad solo podía ser ejercida para proteger la integridad del procedimiento o frente a reclamaciones genuinamente sin ningún fundamento serio<sup>89</sup>. Sin embargo, tempranamente también los tribunales de inversión simplemente asumieron, sin dar razones, que tenían el poder de rechazar una demanda con motivo de un abuso de proceso del demandante<sup>90</sup>. Tampoco se observa en la jurisprudencia de los tribunales de inversiones mayor desarrollo conceptual respecto de la definición del abuso, ya sea de derecho o de proceso. A pesar de ello, el tribunal en el caso *Orascom c. Argelia* sostuvo que la doctrina del abuso de derecho, que es un principio general aplicable tanto en el Derecho nacional como en el internacional (con cita de H. Lauterpacht), prohíbe el ejercicio de un derecho para propósitos distintos a los que se tuvieron en miras para otorgar ese derecho<sup>91</sup>.

Asimismo, no siempre se distinguía entre abuso de derecho y abuso de proceso<sup>92</sup>, aun cuando el abuso estuviese directamente relacionado con medi-

88. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decisión del Tribunal sobre Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, 26 de junio de 2002, párr. 49.

89. *Ibid.*

90. *Vid.*, entre otros, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, párr. 96; *Consortium Groupement L.E.S.I.– DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, Laudo, 10 de enero de 2005, párr. 19(ii); *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, párr. 25; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 de noviembre de 2005, párrs. 169-173; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 de noviembre de 2008, párr. 281. Sin embargo, el tribunal en *Caratube v. Kazakhstan* afirmó que la aplicación de la doctrina del abuso de proceso puede basarse en los poderes del Tribunal de resolver sobre la conducción del procedimiento y en la obligación general de las partes de participar de buena fe en los procedimientos y no abusar de los derechos que se les confieren. *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Laudo, 27 de septiembre de 2017 («*Caratube v. Kazakhstan*»), párr. 376.

91. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/35, Laudo Final, 31 de mayo de 2017 («*Orascom v. Algeria*»), párrs. 540-541.

92. Ver sin embargo *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indo-*

das adoptadas para habilitar la jurisdicción arbitral<sup>93</sup>. Por ejemplo, en *Phoenix c. República Checa* el tribunal consideró que una operación económica realizada con el solo propósito de obtener las ventajas del sistema del Convenio CIADI y de un tratado de protección de inversiones constituye un abuso de ese sistema<sup>94</sup>. El tribunal relacionó la idea del abuso del sistema con el principio de buena fe y con el abuso de derecho<sup>95</sup>. Respecto de los hechos, concluyó que el proyecto de inversión en cuestión había sido realizado simplemente para presentar una reclamación en virtud del tratado de inversiones aplicable<sup>96</sup>. Ello no constituía ni una transacción *bona fide* ni una inversión protegida por el sistema CIADI, sino un abuso de derecho<sup>97</sup> que privaba de jurisdicción al tribunal<sup>98</sup>. Sin embargo, el tribunal en *Phoenix* no calificó explícitamente el abuso del sistema CIADI de arbitraje de inversiones como un abuso de proceso<sup>99</sup>.

Los primeros tribunales de inversiones en tratar defensas de abuso de proceso no siempre definían si debían ser consideradas como objeciones de jurisdicción o de admisibilidad, más allá de cómo la había caracterizado la parte

---

nesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Laudo, 6 de diciembre de 2016 («Churchill Mining v. Indonesia»), párr. 492 (afirmando que la teoría del abuso de proceso es una variación de la prohibición del abuso de derecho y, como esta última, una emanación del principio de buena fe). Ver también *Orascom v. Algeria*, cit. (cita 91), párr. 547 (tratando al abuso de derecho y al abuso de proceso como términos intercambiables); *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 de diciembre de 2015 («Philip Morris v. Australia»), párr. 554 (aparentemente tratando a ambos términos como sinónimos, aunque agregando que en el caso de abuso de proceso los derechos abusados son de naturaleza procesal).

93. Como señala Paulsson, los tribunales de inversiones también utilizan la palabra abuso en conjunción con términos distintos a derecho y proceso. Paulsson, J., *The Unruly Notion of Abuse of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 96. Sin embargo, según el contexto, las expresiones adicionales a abuso de derecho y abuso de proceso puede estar siendo aplicadas a supuestos similares a los que se aplican estas últimas expresiones. En relación con la utilización de la expresión «abuso de tratado» ver por ejemplo *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decisión sobre la Jurisdicción, 8 de febrero de 2013 («Tidewater Jurisdicción»), párr. 146; *ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B. V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, 3 de septiembre de 2013, párr. 280; *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/13/2, Decisión sobre Jurisdicción («Cervin v. Costa Rica»), 15 de diciembre de 2014, párr. 309.
94. *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 («Phoenix v. Czech Republic»), párr. 93.
95. *Ibid.*, párrs. 107, 113.
96. *Ibid.*, párr. 138.
97. *Ibid.*, párrs. 142-143.
98. *Ibid.*, párr. 145.
99. *Vid. ibid.*, párr. 144.

demandada<sup>100</sup>. Algunas de las decisiones iniciales trataban las alegaciones de abuso como obstáculos a la jurisdicción<sup>101</sup>. Por su parte, el tribunal del caso *Abaclat et al c. Argentina* sostuvo que el abuso del derecho «es una expresión del principio más general de la buena fe» y distinguió entre la buena fe sustancial, relativa al «contexto y de la forma en que se realizó la inversión», y la buena fe procesal, relacionada con el «contexto y de la forma en que una parte, generalmente el inversor, inicia su reclamación en el marco de un tratado»<sup>102</sup>. Finalmente, dado que entendió que el abuso alegado no afectaba ni el consentimiento de la demandada ni por ende su jurisdicción, trató el abuso del proceso CIADI que se invocaba como una cuestión de admisibilidad<sup>103</sup>. Con posterioridad, se ha confirmado por algunos tribunales que un abuso de proceso no afecta la jurisdicción en sí misma sino que puede obstar a su ejercicio en un caso determinado<sup>104</sup>, lo que en esencia constituye un problema de admisibilidad<sup>105</sup>. Como ya se explicó, la CIJ ha clasificado al abuso del proceso como una cuestión de admisibilidad.

Los tribunales de inversiones también han adoptado una visión similar a la CIJ en relación con el estándar de prueba para establecer un abuso de proceso<sup>106</sup>. En tanto se trata potencialmente de no permitir que el titular de

100. *Vid. e.g. Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 de marzo de 2007, párrs. 154-158 (rechazando una objeción de admisibilidad por abuso de proceso); *Cementownia «Nowa Huta» S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Laudo, 17 de septiembre de 2009, párrs. 159, 179 (calificando la reclamación como un abuso de proceso y como fraudulenta y rechazándola totalmente, sin aclarar si el rechazo era por razones de jurisdicción, admisibilidad o fondo); *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Interim Award, 1 de diciembre de 2008 («Chevron v. Ecuador»), párr. 137.

101. *Phoenix v. Czech Republic*, cit. (cita 94), párr. 145; *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de agosto de 2009, párrs. 175-176.

102. *Abaclat et al. v. Argentina*, cit. (cita 86), párrs. 646-647.

103. *Ibid.*, párrs. 654-655.

104. *Ver Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. The Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Laudo, 2 de junio de 2016 («Transglobal v. Panamá»), párr. 100; *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections, 13 de diciembre de 2017 («Bridgestone v. Panamá»), párr. 323. *Ver también*, aparentemente en el mismo sentido, aunque sugiriendo que en el caso la distinción entre obstáculos a la jurisdicción y obstáculos al ejercicio de la jurisdicción era irrelevante: *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 de junio de 2012 («Pac Rim Jurisdicción»), párr. 2.10; *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, Laudo, 9 de enero de 2015 («Levy y Gremcitel v. Perú»), párr. 181.

105. *Ver Churchill Mining v. Indonesia*, cit. (cita 92), párr. 528 (afirmando expresamente que un abuso de proceso da lugar a la inadmisibilidad de la reclamación). *Ver también Orascom v. Algeria*, cit. (cita 91), párr. 545.

106. No está controvertido que la carga de la prueba de una conducta abusiva corresponde a

un derecho lo ejerza, considerando todas las circunstancias del caso<sup>107</sup>, deben acreditarse circunstancias excepcionales para que se acepte que media un abuso de proceso, que no cabe presumir<sup>108</sup>. Se observa además en ocasiones que este alto umbral probatorio<sup>109</sup> resulta también de la seriedad que reviste una imputación de mala fe que alcance para configurar un abuso de proceso<sup>110</sup>. En este sentido, los tribunales de inversiones suelen vincular estrechamente al abuso de proceso con el principio de buena fe<sup>111</sup>, afirmando inclusive que el abuso de proceso deriva de este último principio<sup>112</sup> o que la prohibición del abuso es una aplicación del principio de buena fe<sup>113</sup>. Sin perjuicio de ello, se ha sostenido también que la noción de abuso no requiere una demostración de mala fe<sup>114</sup>.

Con respecto a las posibles causales de abuso de proceso, la más frecuentemente considerada se refiere a la estructuración o reestructuración de inversiones para obtener la protección de un tratado de inversiones y el acceso a la jurisdicción de un tribunal de inversiones<sup>115</sup>. Un buen número de tribu-

---

quien la alega. Ver e.g. *Chevron v. Ecuador*, cit. (cita 100), párr. 139; *Cervin v. Costa Rica*, cit. (cita 93), párr. 295; *Bridgestone v. Panama*, cit. (cita 104), párr. 324; *Clorox Spain S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. No. 2015-30, Laudo, 20 de mayo de 2019, párr. 785.

107. *Transglobal v. Panamá*, cit. (cita 104), párr. 103; *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, Laudo, 12 de julio de 2016, párr. 698; *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. v. Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/15/18, Laudo, 22 de junio de 2017, párr. 365.

108. *Levy y Grencitel v. Perú*, cit. (cita 104), párr. 186; *Caratube v. Kazakhstan*, cit. (cita 90), párr. 378.

109. *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Laudo, 15 de junio de 2018 («Infrastructure v. Spain»), párr. 317.

110. *Chevron v. Ecuador*, cit. (cita 100), párr. 143.

111. *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 de abril de 2015, párr. 261; *Photovoltaic Knopf Betriebs GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-21, Laudo, 15 de mayo de 2019, párr. 255.

112. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, párrs. 226, 298; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, párr. 127.

113. *Infrastructure v. Spain*, cit. (cita 109), párr. 316.

114. *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ADHOC/15/1, 4 de marzo de 2020, Partial Award on Jurisdiction («Strabag v. Poland»), párr. 6.9; *Philip Morris v. Australia*, cit. (cita 92), párr. 539.

115. El presente artículo no profundiza sobre ninguna posible causal de abuso en particular, sino sobre el concepto de abuso de proceso en sí mismo. Respecto de las reestructuraciones corporativas con el objeto de obtener protección de tratados de inversiones y su tratamiento por los tribunales de inversiones ver en general Baumgartner, J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016; Valasek, M. J. y Dumberry, P., «Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes» (2011) 26 ICSID Review – Foreign Investment Law

nales de inversiones han considerado que, según las circunstancias, dichas estructuraciones o reestructuraciones pueden en algunos casos ser abusivas y obstar al ejercicio de la jurisdicción<sup>116</sup>. En particular, se ha sugerido en varias decisiones, aunque no siempre utilizando los mismos términos, que si bien las medidas que adopte un inversor de planificación de su inversión respecto de disputas futuras en principio son perfectamente legítimas<sup>117</sup>, puede configurarse un abuso de proceso cuando la reestructuración tiene lugar una vez que el inversor puede prever una disputa específica con un alto grado de probabilidad<sup>118</sup> o está en conocimiento de eventos que han afectado negativamente su inversión y pueden conducir a un arbitraje<sup>119</sup>. En cambio, si la reestructuración o cambio de nacionalidad se produce después de que la disputa efectivamente surgió se plantea un problema no de abuso de proceso sino de falta de jurisdicción *ratione temporis*<sup>120</sup>.

Otra causal de abuso de proceso que han invocado los Estados demandados se relaciona con el inicio por el mismo inversor o por entidades relacionadas al inversor de procedimientos paralelos al arbitraje de inversiones, derivados esencialmente de los mismos hechos. Algunos tribunales de inversiones han considerado que en ciertas circunstancias dichos procedimientos paralelos pueden constituir un abuso de proceso<sup>121</sup>, por ejemplo cuando se impulsa antes dos tribunales la misma reclamación en circunstancias en las que la cuestión jurisdicción ya ha quedado resuelta<sup>122</sup>. Sin embargo, se ha ob-

---

Journal 73; Topcan, U., «*Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration*» (2014) 29 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 627; Watson, D. y Brebner, T., «*Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework*» (2018) 33 ICSID Rev/FILJ 302.

116. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 de septiembre de 2001, párr. 126; *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, párr. 190; *Pac Rim Jurisdicción*, cit. (cita 104), párr. 2.45.

117. *Tidewater Jurisdicción*, cit. (cita 93), párr. 184; *Levy y Grencitel v. Perú*, cit. (cita 104), párr. 184.

118. *Pac Rim Jurisdicción*, cit. (cita 104), párr. 2.99; *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, Award, 16 de julio de 2012, párr. 403; *Levy y Grencitel v. Perú*, cit. (cita 104), párr. 185. *Vid.* también *Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/31, Laudo, 15 de junio de 2015, párr. 179 (refiriendo a que la disputa fuese previsible al momento de la adquisición de la inversión).

119. *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 de febrero de 2014 («*Lao Holdings v. Laos*»), párr. 70. Ver también *Strabag v. Poland*, cit. (cita 114), párr. 7.25.

120. *Lao Holdings v. Laos*, cit. (cita 119), párrs. 74-83; *Philip Morris v. Australia*, cit. (cita 92), párr. 539. *Vid.* también *Levy y Grencitel v. Perú*, cit. (cita 104), párr. 182 (no refiriéndose a la aparición de la disputa sino a la adquisición de la inversión «luego de la fecha en que ocurrió el hecho controvertido»).

121. *Fleming DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland*, UNCITRAL, Laudo, 12 de agosto de 2016, párr. 347; *Orascom v. Algeria*, cit. (cita 91), párrs. 542-543.

122. *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decisión de Jurisdicción, 1 de febrero de 2016, párrs. 328-331.

servado que el mero hecho de iniciar múltiples procedimientos no constituye un abuso de proceso, sino el carácter inherentemente perturbador del procedimiento en cuestión<sup>123</sup>. También se ha considerado un abuso de proceso iniciar una reclamación sobre la base de documentos falsificados<sup>124</sup>. Finalmente, se ha alegado abuso de proceso en relación con estrategias procesales abusivas durante la tramitación del arbitraje, como por ejemplo la búsqueda continua de demorar el procedimiento<sup>125</sup>, y con respecto al financiamiento del arbitraje por un tercero<sup>126</sup>.

### III. LA IDEA DEL ABUSO DE PROCESO

En el año 2004, un Comité de la Asociación de Derecho Internacional observaba que el Derecho internacional reconocía una doctrina de abuso de proceso, pero que su aplicación era extremadamente rara<sup>127</sup>. Esta situación ha cambiado debido, entre otras cosas, a las decisiones de la CIJ y de tribunales arbitrales de inversiones referidas en las dos secciones anteriores.

Es ya muy tarde para negar que el Derecho internacional prohíbe el ejercicio abusivo de derechos pues, primero, la CIJ lo ha establecido en varios pronunciamientos de manera clara y explícita. Es cierto que la jurisprudencia, ni siquiera del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, no es una fuente creadora de Derecho internacional. Sin perjuicio de ello, el reconocimiento expreso y reiterado del principio por la principal autoridad judicial internacional implica un cambio fundamental del escenario legal que no puede ser

123. *Caratube v. Kazakhstan*, cit. (cita 90), párrs. 378-379 (con cita de Vaughan Lowe). Ver también *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, párrs. 167-180; *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, párr. 412; *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, 13 de diciembre de 2013, párr. 367; *Strabag v. Poland*, cit. (cita 114), párr. 6.13; *Ivan Peter Busta and James Peter Busta v. Czech Republic*, SCC Case No. V 2015/014, Laudo Final, 10 de marzo de 2017, párr. 226; *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2017-15, Laudo Final, 11 de mayo de 2020, párrs. 488-490 (negando que iniciar un arbitraje de inversiones reclamando el mismo daño económico que se discute en procedimientos locales constituya un abuso de proceso).

124. *Churchill Mining v. Indonesia*, cit. (cita 92), párr. 528.

125. *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 de julio de 2013, párr. 406.

126. *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes FI., Ahorro Corporación Eurofondo FI., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, Laudo, 20 de julio de 2012, párr. 31.

127. *Vid. Filip De Ly, (Chairman), Audley Sheppard, (Rapporteur), IIA Interim Report on Res Judicata and Arbitration, Arbitration International, Volume 25, Issue 1, 1 March 2009, p. 60.*

soslayado. La evolución es notoria inclusive respecto de la posición de la CPJI, la antecesora de la CIJ, que era mucho más cautelosa en su aproximación a la idea del abuso.

Segundo, y aún más importante, si se consideran solamente las decisiones internacionales referidas en el presente artículo resulta que al menos los siguientes Estados han invocado distintas modalidades del principio que prohíbe el abuso de derechos: Estados Unidos, Francia, España, Rusia, Australia, Pakistán, Bulgaria, Italia, Polonia, Kazajistán, Camerún, Argelia, Panamá, Perú, Laos, El Salvador, Jordania, Granada, Venezuela, Turquía, República Checa, Rumanía, Egipto, Pakistán, Bolivia, Argentina y México. Si se incluye en el análisis otras áreas especializadas del Derecho internacional, como la protección de los derechos humanos, la lista de países que invocan el concepto de abuso se amplía<sup>128</sup>. Se trata de una práctica estatal suficiente para configurar el elemento material de la costumbre internacional, sobre todo si se tiene en cuenta que incluye a Estados cuyos intereses están especialmente afectados por tratarse de partes demandadas en procedimientos internacionales<sup>129</sup>. La posición adoptada por dichos Estados en los procedimientos mencionados constituye también evidencia del elemento subjetivo de la costumbre internacional u *opinio juris*<sup>130</sup>, en particular dado que debe concluirse que los Estados que invocan la prohibición del abuso se consideran también obligados por esa prohibición<sup>131</sup>.

Frente a este reconocimiento por la práctica de los Estados, puede pensarse que la famosa crítica de Planiol al concepto de abuso de derecho mantiene, en el Derecho internacional, un interés esencialmente académico. Como es bien sabido, para Planiol no cabía hablar de abuso de derecho: el derecho termina donde comienza el abuso, en tanto un mismo acto no puede ser al mis-

128. Respecto de la aplicación del concepto de abuso de proceso por organismos de protección de los derechos humanos vid. Lemey, M., *Abus de droit en Droit International Public*, cit. (cita 1), pp. 262-266. Vid. también, por ejemplo, el reconocimiento de ciertos Estados del concepto de abuso de derecho en la negociación de la disposición que se convertiría en el artículo 300 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en procedimientos frente al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (incluyendo Chile, China y Uruguay). Paulsson, J., *The Unruly Notion...*, cit. (cita 93), pp. 70-72.

129. Respecto del concepto de Estados cuyos intereses están especialmente afectados en relación con la costumbre internacional vid. *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, párr. 74.

130. Sobre la posibilidad de que las posiciones de los Estados ante tribunales internacionales constituyan práctica estatal y evidencia de *opinio juris* a los efectos de la formación de la costumbre internacional vid., e. g., Mendelson, M. H., *The formation of customary international law* (1998) 272 RCADI 155, 204; Roberts, A., *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, (2010) 104 AJIL 179.

131. Vid. sin embargo la postura de Paulsson contraria al reconocimiento de la prohibición del abuso como una norma consuetudinaria. Paulsson, J., *The Unruly Notion...*, cit. (cita 93), pp. 74-75.

mo tiempo conforme y contrario al derecho<sup>132</sup>. Paulsson sostiene que si bien los derechos pueden ser abusados y que esta conducta no debe ser tolerada, el concepto de abuso de derecho no es útil como regla de decisión, en particular en el Derecho internacional<sup>133</sup>. Existen demasiados criterios propuestos para determinar si una conducta es o no abusiva, sin que exista acuerdo al respecto, lo que en definitiva se traduce en hacer depender esa determinación de las preferencias subjetivas del decisor, con la consecuente inseguridad jurídica<sup>134</sup>. Además, el concepto de abuso de derecho es redundante, ya que el ejercicio abusivo de un derecho será inválido en virtud de otras normas de decisión<sup>135</sup>.

El abuso de derecho prohíbe ciertos ejercicios de un derecho que, en supuestos excepcionales, infringen límites no explicitados en el título que otorga el derecho en cuestión. Normalmente, esos límites podrán relacionarse con otras normas del ordenamiento jurídico, como el principio de buena fe o la prohibición de la arbitrariedad en el caso del Derecho internacional general<sup>136</sup>. Aquí es donde las críticas de Paulsson, y antes de Schwarzenberger<sup>137</sup>, sobre la redundancia del concepto de abuso de derecho en el Derecho internacional parecen adquirir sentido. Sin embargo, el concepto de abuso describe adecuadamente el supuesto en que el ejercicio de un derecho ha devenido inaceptable para el ordenamiento jurídico, no porque viole un límite normativo claro y explícito sino porque, en las circunstancias del caso, violenta uno o más principios jurídicos generales. Estos principios no niegan la existencia del derecho, sino que impiden a su titular oponerlo en el caso concreto. La diferencia no es irrelevante, pues si se parte de la existencia del derecho (y no de su inexistencia *à la* Planiol) deben concurrir circunstancias excepcionales para que no se tolere su ejercicio.

Pero más allá de las distinciones conceptuales, lo fundamental sigue siendo la observación general realizada por Politis y Lauterpacht en las primeras décadas del siglo pasado, referida al comienzo de este artículo. El Derecho internacional, como cualquier otro ordenamiento jurídico, no puede tolerar el ejercicio de derechos que, en supuestos excepcionales, afecte seriamente valores fundamentales de la comunidad internacional. El hecho de que cada una de esas afectaciones pueda ser descrita con otras categorías jurídicas no es importante.

---

132. Vid. Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, París: LGDJ, 1989, pp. 160-161. Vid. también Chapus, R., *Droit administratif général*, París: Montchrestien, 13e ed., 1999, T. 1, p. 391.

133. Paulsson, J., *The Unruly Notion...*, cit. (cita 93), p. 42.

134. *Ibid.*, pp. 36-41, 95-96.

135. *Ibid.*, p. 95.

136. Sobre la definición de arbitrariedad en Derecho internacional general vid. Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, párr. 128.

137. Vid. Schwarzenberger, G., *Uses and Abuses of the «Abuse of Rights» in International Law*, 42 Transactions of the Grotious Society (1956), pp. 153-155.

Lo importante es el reconocimiento del principio general de que el límite al ejercicio de los derechos es la protección de dichos valores, que en definitiva son los que permiten el goce efectivo de todos los derechos. Desde sus orígenes, el abuso de derecho está íntimamente ligado, no exclusivamente pero en última instancia, al control jurisdiccional del ejercicio de los derechos<sup>138</sup>. Las cortes y tribunales internacionales, aun los *ad hoc* (aunque con responsabilidades más circunscritas), actúan como agentes de la comunidad internacional para la resolución de disputas y la aplicación del Derecho internacional. En el cumplimiento de esa función, tienen el deber de proteger los valores fundamentales del ordenamiento que los regula y de no permitir el ejercicio de derechos que contraríen esos valores, como un aspecto intrínseco de la función judicial<sup>139</sup>. Esta observación, que era válida en los tiempos de Politis y Lauterpacht, es por lo menos igual de válida en nuestros días, con una comunidad internacional más institucionalizada y donde han proliferado las jurisdicciones internacionales.

Ahora bien, en la práctica de los Estados, en las decisiones judiciales y arbitrales, y en la doctrina se observan distintos criterios para determinar cuándo el ejercicio de un derecho es abusivo<sup>140</sup>. Ciertas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, como las que afirman, en línea con razonamientos tradicionales que ya sugería entre otros Jossierand, que el abuso se verifica cuando el ejercicio del derecho es contrario a los propósitos para los cuales el derecho fue conferido<sup>141</sup>, son conceptualmente atractivas. Sin embargo, no tienen todavía un reconocimiento suficiente por alguna fuente del Derecho internacional para que pueda afirmarse que integran, *per se* y con criterio general, el principio que prohíbe el abuso de derecho<sup>142</sup>. Aun así, las incertidumbres derivadas de la falta de reconocimiento de un criterio único para una determinación de abuso no justifican la negación del principio. Tampoco es claro que las incertidumbres y la discreción judicial asociada serían notoriamente menores si pretendiésemos que el abuso de derecho no forma parte del Derecho internacional, y que las jurisdicciones internacionales se encuentran en cambio «limitadas» por otros principios generales<sup>143</sup>.

138. Con relación al Derecho internacional vid. inter alia Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, cit. (cita 7), pp. 286-287.

139. Respecto de la «función judicial» en el Derecho internacional, vid. Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963, p. 15, 37.

140. Vid. por ejemplo la enumeración de distintos criterios en Paulsson, J., *The Unruly Notion...*, cit. (cita 93), pp. 36-39.

141. Vid., e.g., Lemey, M., *Abus de droit...*, cit. (cita 1), p. 98; Orascom v. Algeria, cit. (cita 91), párr. 547.

142. Sin perjuicio de que puedan ser tenidos en cuenta en la aplicación del principio de abuso, como conceptos «intersticiales» que contribuyen al razonamiento de los tribunales. Vid. Lowe, V., «The Politics of Law-making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?», en Byers, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 212-21

143. Tal vez debiéramos concentrarnos sobre todo en elegir a los mejores jueces y árbitros, y

Específicamente en relación con el abuso de proceso, como ya se analizó en la sección 1 de este artículo, la CIJ lo califica como un problema de admisibilidad<sup>144</sup> y lo distingue del abuso de derecho<sup>145</sup>. El concepto de abuso es el mismo pero las consecuencias pueden ser distintas<sup>146</sup>, en particular porque el abuso de proceso se relaciona con un procedimiento jurisdiccional y puede ser examinado como una cuestión preliminar<sup>147</sup>. Afirmar que el abuso de proceso puede afectar la admisibilidad de una reclamación es la calificación adecuada<sup>148</sup>, en razón de que en principio no afecta la existencia de consentimiento a la jurisdicción ni su alcance, sino que se refiere a razones legales relativas a la reclamación o al demandante por las que la reclamación no debe ser considerada<sup>149</sup>. Más allá de esto y de la relación del abuso de proceso con un procedimiento, tratándose del mismo concepto de abuso la indeterminación que afecta el contenido del abuso de derecho afecta también al abuso de proceso. ¿Tiene sentido entonces distinguir entre abuso de derecho y abuso de proceso? ¿El abuso de proceso es simplemente un abuso de derechos procesales o derechos relacionados con un proceso? Estos interrogantes probablemente no tengan una respuesta clara y evidente.

En todo caso, cabe preguntarse qué puede ser un abuso de proceso y qué no lo es. Por un lado, no parece apropiado utilizar la categoría de abuso de proceso para comportamientos impropios que las partes puedan tener durante un procedimiento<sup>150</sup>, como la presentación tardía de gran cantidad de documentos para perjudicar la defensa de la otra parte<sup>151</sup> o inclusive conductas aún más graves como la presentación de documentos falsificados<sup>152</sup>. Sin perjuicio de que puedan ser descritas como abusivas, en general estas conductas simplemente configurarían una violación de normas procesales o en casos graves un fraude en los términos del Derecho aplicable<sup>153</sup>. Por otro lado, se ha definido

---

no en cómo limitar cada vez más su discreción en la aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos de cada caso.

144. *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 292, párr. 145.

145. *Ibid.*, párr. 146.

146. *Ibid.*

147. *Ibid.*, párr. 150.

148. Ascensio, H., «*Abuse of Process in International Investment Arbitration*» (2014) 13 *Chinese Journal of International Law* 763, p. 784.

149. *Vid.* *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177, párr. 48; Bottini, G., *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 44-55.

150. *Cementownia «Nowa Huta» S.A. v. Republic of Turkey*, cit. (cita 100), párr 159 (distinguiendo entre abuso de proceso e inconductas procesales).

151. Gaillard, E., «*Abuse of Process in International Arbitration*» (2017) 32 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 17, p. 18.

152. Paulsson, J., *The Unruly Notion of Abuse of Rights*, op. cit. (cita 93), p. 41.

153. Gaillard, E., «*Abuse of Process in International Arbitration*», op. cit. (cita 149), p. 18;

al abuso de proceso como la utilización de instrumentos o derechos procesales para propósitos distintos de aquellos para los que los derechos procesales fueron establecidos,<sup>154</sup> como una divergencia seria entre el ejercicio de un derecho procesal y los objetivos generales del sistema de resolución de controversias en cuestión<sup>155</sup>, o simplemente como el ejercicio impropio de derechos procesales<sup>156</sup>.

Sin embargo, asumiendo que en general pueda adecuadamente distinguirse entre derechos procesales y derechos sustantivos, aun así no es clara la necesidad de hacer una distinción entre abuso de derecho y abuso de proceso, más allá de una razón semántica relativa al tipo de derecho abusado. En cambio, la distinción parece tener más sentido si se aplica la expresión abuso de proceso (o en español, tal vez mejor abuso del proceso) para la iniciación abusiva de un proceso o al menos de alguno de los incidentes procesales fundamentales dentro del proceso, como una solicitud de medidas provisionales. Esta interpretación permite capturar muchas de las actuales aplicaciones del abuso de proceso, como las relacionadas con reestructuraciones corporativas en determinadas circunstancias, procedimientos paralelos o intentos de desconocer una cosa juzgada, sin el riesgo de diluir el concepto al aplicarlo a inconductas procesales o a otras situaciones que no llegan a constituir un abuso de proceso<sup>157</sup>. A la vez, calificar de abuso de proceso a instancias abusivas de inicios de procedimientos y distinguir las de otros abusos de derecho puede tener el efecto práctico de señalar que, siempre que sea posible, deben ser resueltas como cuestiones preliminares, como lo sugirió la CIJ<sup>158</sup>. Al menos por razones de economía procesal, debe intentar evitarse tener que analizar los méritos de una reclamación cuando el inicio mismo de la acción violenta valores importantes protegidos por el Derecho internacional, tornando la reclamación inadmisibile.

---

Ascensio, H., «Abuse of Process in International Investment Arbitration», op. cit. (cita 148), p. 767.

154. Kolb, R., en A. Zimmermann *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 904; De Brabandere, E., «“Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims», (2012) 3 *Journal of International Dispute Settlement* 609, p. 619.

155. Ascensio, H., «Abuse of Process in International Investment Arbitration», *cit.* (cita 148), p. 765.

156. Branson, J. D., «The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration», *Journal of International Arbitration* 38, no. 2 (2021): 187-214, p. 187.

157. Por ejemplo, una reestructuración corporativa puede ser cuestionable por alguna razón en virtud del Derecho o Derechos a la que está sujeta, pero si finalmente no da lugar al inicio de un procedimiento no tiene sentido calificarla como un abuso de proceso.

158. *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 292, párr. 150.

#### IV. CONCLUSIÓN

El Derecho internacional moderno no tolera el ejercicio abusivo de derechos. Para evitarlo, ha consagrado el principio que lo prohíbe. Sin embargo, este reconocimiento es todavía una tarea inconclusa e imperfecta (como tantas en el Derecho internacional), pues todavía no han quedado establecidos de manera clara y unánime cuáles son los criterios para determinar cuándo el ejercicio de un derecho es abusivo. Algunos consensos básicos parecen estar emergiendo, como que no es necesario probar la mala fe (o la intención siniestra de la que hablaba Lauterpacht) para establecer un abuso, pero no mucho más. Sin embargo, estas indefiniciones no impiden que rutinariamente partes en procedimientos y jurisdicciones internacionales invoquen y apliquen distintas manifestaciones del abuso de derecho.

Del abuso de derecho ha nacido el abuso de proceso, como una manifestación particular relacionada con un procedimiento. De aplicarse, el abuso de proceso implica que la reclamación presentada es inadmisibile, lo que priva al reclamante del acceso a la justicia, al menos en el procedimiento en cuestión. Por ello y especialmente dado que, como en el caso del abuso de derecho, no están absolutamente claros los criterios de aplicación, el abuso de proceso solo debe aplicarse en supuestos excepcionales donde existe evidencia clara de un uso inapropiado de un mecanismo de solución de controversias. Aplicado con esta cautela, que los tribunales internacionales hasta el momento en general han observado, el abuso de proceso aparece como un principio necesario para proteger la integridad de la justicia internacional.