

LA RESPONSABILIDAD ARBITRAL INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTUACIONES IRREGULARES DE SUS JUECES Y TRIBUNALES

Bernardo M. Cremades

Cuando el Estado comete alguna tropelía a través de su poder ejecutivo, judicial o legislativo cabe sin duda una protección judicial, especialmente a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se produce una actuación irregular en el plano internacional, especialmente de sus jueces y tribunales, el recurso a la protección judicial queda en cierta forma en entredicho. De ahí el interés de analizar las diferentes posibilidades de reacción para poner en marcha el ejercicio de la responsabilidad internacional, con especial atención a las posibilidades de hacerlo por vía arbitral.

En la mente de todos se encuentra como punto de partida al respecto lo establecido por los convenios internacionales de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el Convenio Europeo de derechos humanos (convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales), firmado en Roma el 4 de noviembre del año 1950, señala en su Art. 6º que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...”. En parecidos términos se expresa el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, cuyo Art. 14, párrafo 1º, indica que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, ...”. O la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, del 22 de noviembre de 1969, cuyo Art. 8º regula las garantías judiciales: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...”.

En el plano internacional, la responsabilidad del Estado por actuaciones irregulares de sus jueces y tribunales se puede articular por la vía tradicional de la protección diplomática y más recientemente por el arbitraje establecido en los tratados sobre protección de inversiones.

La protección diplomática

Indica el proyecto de artículos sobre protección diplomática adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58 periodo de sesiones en el año 2006 y presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas como parte del informe de la Comisión que cubre su tarea (A-61-10). En su Art. 1º define la protección diplomática en los siguientes términos: “la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante

la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad”. En su Art. 2º establece que “Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática”. Está claro que el Estado actúa no en defensa de los intereses de los particulares afectados sino de los intereses del propio Estado por la perturbación realizada a dichos particulares. El control, pues, de la protección diplomática es un control estatal de los procedimientos que pueda interponer. Así queda reflejado en las diferentes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del primer protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos en protección de la pacífica posesión de la propiedad.

El famoso pleito de la Barcelona Traction en el Tribunal Internacional de Justicia cuestionaba la situación altamente irregular planteada por un tribunal de justicia español en perjuicio de unos intereses extranjeros. La discusión se fundamentaba en base a un tratado hispano-belga de 1927 y se decidió precisamente por carecer los accionistas perjudicados de legitimación indirecta para reclamar al Estado español. Con cierta razón manifestaban algunos magistrados disidentes de la sentencia que en el procedimiento se probó la mala fe en la conducta del ejecutivo español que ocasionara la situación de quiebra y consecuente privación de los derechos de propiedad de los ciudadanos objeto de la protección diplomática.

La jurisprudencia de nuestros más altos tribunales españoles ha dejado bien claro que en la protección diplomática el *dominus litis* es el Estado español y no los particulares perjudicados. Así se desprende de las reclamaciones como consecuencia de las expropiaciones de propiedades españolas en la República de Cuba o en el caso de la muerte en Irak del periodista José Couso por las tropas de Estados Unidos.

El arbitraje de protección de inversiones

Las circunstancias pueden haber cambiado con ocasión de los tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones. En dichos tratados se protegen las inversiones por la garantía que se establece a través de conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, de trato justo y equitativo o la recriminación de la expropiación que pueda ser considerada como ilícita, ya se trate de una expropiación directa o indirecta en los términos que jurisprudencialmente se han ido estableciendo. La protección de dichas inversiones se realiza precisamente por el arbitraje de forma que los árbitros determinan en concreto si efectivamente una reclamación de un particular puede acogerse a la determinación que efectúa en cada caso el tribunal arbitral de esos conceptos jurídicos indeterminados.

En dichos tratados, los Estados realizan una oferta pública de someterse a arbitraje en el caso de que así lo solicitaran las personas que se consideraran agraviadas por el Estado receptor de la inversión. En dicha oferta pública de aceptación del arbitraje el Estado

manifiesta expresa renuncia a interponer en su momento excepción de inmunidad de jurisdicción y de esta forma se conforma el convenio de arbitraje por el intercambio de la oferta pública y la demanda concreta que interponga el ciudadano perjudicado.

Todo ello ha supuesto una verdadera revolución en el moderno derecho internacional económico. En efecto se ha producido una ampliación de la legitimación activa para proceder contra los Estados soberanos. Por la personación en el derecho internacional de las personas física o jurídicas en defensa directa de sus intereses, los Estados han dejado de ser el protagonista exclusivo del derecho internacional económico. Además, los tribunales arbitrales internacionales han ido estableciendo la doctrina de que los accionistas, y no sólo la sociedad, son considerados inversores internacionalmente protegidos a diferencia de lo que ocurre con la protección diplomática.

Además, no sólo ha cambiado la legitimación activa, sino también la legitimación pasiva en estos arbitrajes de protección de inversiones. La Comisión de Derecho Internacional, en sus artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (texto adaptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 56/83, de 12 de diciembre del año 2001), ha introducido el principio de atribución al Estado de la responsabilidad derivada de la actuación de todo órgano del Estado, cualquiera que sea la función que ejerza o pertenezca al gobierno central o a una división territorial del Estado.

El hecho ilícito internacional

La Comisión de Derecho Internacional en su Art. 4, al regular el comportamiento de los Estados, indica que: “se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

En su Art. 1º delimita la responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos: “Todo hecho internacional ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Continúa en su Art. 2º estableciendo los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado: “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando su comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado según el derecho internacional y b) constituye una violación de una obligación del Estado”. En la idea de que, conforme indica su Art. 3º, “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

El hecho ilícito internacional de los jueces y tribunales

Cuando el Estado ejerce funciones judiciales puede cometer un hecho ilícito internacional. Además, es atribuible al Estado en virtud del principio de atribución antes señalado. En la idea de que una violación de una obligación establecida por los tratados y en concreto por los tratados de protección de inversión puede ser objeto de un ilícito internacional.

Con razón señalaba FRITZMAURICE al caracterizar el ilícito internacional de los jueces y tribunales con la siguiente pregunta y respuesta: “¿Se trata de un error de tal carácter que ningún juez competente lo podría haber cometido? Si la contestación es afirmativa, la conclusión es que el juez era deshonesto, en cuyo caso el Estado es claramente responsable, o era incompetente, en cuyo caso la responsabilidad se debe a la falta por haber errado en su deber de proveer jueces competentes”. (“The Meaning of the Term Denial of Justice”, British Yearbook of International Law 13 BYIL 93, págs. 113-114).

La jurisprudencia arbitral internacional ha ido modulando lo indicado al respecto. La sentencia MONDEV INTERNATIONAL v. USA, de 11 de octubre del año 2002, establece que “un Estado puede haber tratado de forma no equitativa y no apropiada a la inversión extranjera sin necesidad de haber actuado de mala fe”. Es decir, que en la base del hecho ilícito no está la culpabilidad, sino que basta el hecho objetivo que supone una violación a juicio de los árbitros de la protección estatal debida al inversor por los tratados de protección de inversión.

Denegación de justicia

La denegación de justicia como violación de los tratados de protección de inversión es una manifestación jurisprudencial del concepto jurídico indeterminado que obliga al Estado receptor de la inversión a un tratamiento justo y equitativo. Es frecuente encontrar cláusulas en los tratados de protección de inversión similares en la que por ejemplo aparece en el tratado bilateral entre la República de Colombia y el Reino de España: “las inversiones realizadas por inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante recibirán un trato justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones”. La jurisprudencia de los tribunales de arbitraje internacional ha incluido la denegación de justicia como violación del debido tratamiento justo y equitativo.

Ahora bien, la denegación de justicia implica un standard que evoluciona. El tribunal de arbitraje de AZINIAN v. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS en su laudo de 1999, párrafo 99 indica que “una denegación de justicia puede ser alegada si los tribunales rehúsan conducir un pleito, si lo someten a un retraso indebido, o se administran justicia

con una seria manera inadecuada... Existe también una cuarta forma de denegación de justicia cuando se realiza una clara y maliciosa aplicación errónea de la ley”. El laudo arbitral en el caso ELSI v. ITALIA, indica en su párrafo 128 que la denegación de justicia es la “conducta arbitraria que manifiesta desprecio del debido proceso legal... que choca, o al menos sorprende al sentido de la corrección judicial.

JAN PAULSSON, en su trabajo *Denial of Justice in International Law*, página 205 establece que “uno puede decir que la denegación de justicia aparece cuando procedimientos se realizan de forma tan defectuosa que excluyen toda expectativa normal de obtener una decisión razonable... como puede suceder cuando se producen retrasos no justificables, decisiones dictadas políticamente, corrupción, intimidación, violaciones graves del debido proceso, y decisiones tan extrañas que sólo se pueden entender como manifestaciones de arbitrariedad o gran incompetencia”.

El laudo del arbitraje GRAMMERCY v. PERÚ, establece en su párrafo 1077 la delimitación que puede tener la influencia del ejecutivo sobre decisiones del Tribunal Constitucional del Perú: “en el presente caso el tribunal tiene que decidir si los demandantes han podido probar que el gobierno ha influenciado de forma ilegal en los jueces del Tribunal Constitucional para adoptar la Resolución TC julio del año 2013”. El Ministro de Economía declaró como testigo: “usualmente las reuniones que yo mantenía con este tipo de autoridades eran para discutir pliegos presupuestales, como es natural siendo el Ministro de Economía quien administraba la hacienda pública”.

La jurisprudencia ha dejado bien claro que la aplicación errónea de la legislación nacional no puede, en sí misma, ser considerada como denegación de justicia internacional. El tribunal de arbitraje no es una corte de apelación de las decisiones de jueces y tribunales domésticos, pues sólo debe interesarse en posibles violaciones internacionales.

Expropiación indirecta de propiedad extranjera

La expropiación, tanto directa o indirecta, puede constituir un ilícito internacional.

En ocasiones resulta difícil encontrar la línea delimitatoria entre lo que puede ser una legítima regulación por el Estado y una expropiación indirecta. Caracteriza DOLZER (*Indirect Expropriation of Alien Property*, ICSID Review 1986, pág. 44) la expropiación indirecta de la siguiente forma: “Reconoce el derecho internacional que medidas tomadas por un Estado pueden interferir con el derecho de propiedad hasta el punto de que tales medidas convierten en inutilizable como si hubieran sido expropiadas, aunque el Estado no las haya expropiado y el título de propiedad se mantenga en los titulares originales”. El caso suele ser frecuente en los supuestos de inversión inmobiliaria cuando se produzca un cambio drástico en su posible utilización. En tal circunstancia se encuentra por supuesto la medida adoptada por un Estado limitando el derecho de construcción en función de las exigencias del medio ambiente.

El tribunal determina en cada caso si debe realizarse un adecuado balance entre las exigencias del interés general de la comunidad y de las de protección de los derechos fundamentales de los individuos. Es decir, establecer los límites entre lo que puede ser considerado como regulación legítima y expropiación indirecta de los derechos del inversor.

Expropiación judicial

Suele ser frecuente encontrar en los tratados de protección de inversión cláusulas como la siguiente en el acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones, en su Art. 4, párrafo 1: “las inversiones de inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier medida de efectos similares excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva”.

Es claro que toda decisión judicial supone un “taking” de la propiedad de al menos uno de los contendientes, el que ha perdido en la contienda judicial. ¿Cabe hablar de expropiación judicial? Así lo entienden numerosas sentencias arbitrales cuando ese “taking” judicial puede ser entendido como un ilícito internacional, que en consecuencia debe ser atribuido al Estado a cuyo servicio se encuentra el juez o tribunal en cuestión. Se dará el caso cuando la decisión judicial no responda a los criterios establecidos por la cláusula prohibitiva del tratado de las expropiaciones. El caso se ha planteado sobre todo en los supuestos de privación de la propiedad como consecuencia de una subasta exigida tras un procedimiento de quiebra.

Normalmente la jurisprudencia arbitral ha venido caracterizando la expropiación judicial en los supuestos en los que haya mediado denegación de justicia, aunque no es siempre el caso ya que encontramos tratados de protección de inversión en los cuales queda excluida la violación del trato justo y equitativo y como consecuencia la denegación de justicia y sin embargo sí se admite expresamente la expropiación. Es el caso, por ejemplo, del arbitraje SAIPEM v. THE PEOPLE’S REPUBLIC OF BANGLADESH, laudo de 30 de junio del año 2009: “el art. 9.1 del Tratado no confiere a su tribunal jurisdicción sobre reclamación fundada en una violación del standard de tratamiento, en particular, de trato justo y equitativo, y restringe por tanto su jurisdicción a la expropiación” (párrafo 121).

Por supuesto que en el caso de que una expropiación judicial, tanto indirecta como directa, sea admitida como hecho ilícito por el tribunal arbitral ello generará la responsabilidad del Estado por el llamado principio de atribución.

Y además, el laudo que resulte de dicho arbitraje tendrá la correspondiente fuerza ejecutiva.

Remedios y sanciones

Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados por la comisión de actos ilícitos abordan en su Art. 34 y siguiente las formas de reparación del perjuicio: “La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada”.

La restitución, indica en su Art. 35, que “ El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que en la medida en que esta restitución no sea materialmente imposible o no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaba de la restitución en lugar de la indemnización”.

Sobre la indemnización establece el Art. 36 que “El Estado de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución y la indemnización cubrirá todo daño susceptible de estimación financiero, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”.

En cuanto a la satisfacción, en su Art. 37 indica que “ 1) El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización, 2) La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada, 3) La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar forma humillante para el Estado responsable.”

Conclusión

Citando a JAN PAULSSON, en la página 265 de su trabajo podríamos decir que “En el campo de las inversiones internacionales, los tribunales arbitrales son instrumentos del Derecho. Su finalidad no consiste en favorecer al rico, sino permitir que los Estados realicen promesas que se puedan cumplir. Disminuir esta posibilidad supone privar al Estado de un instrumento de gran valor. Los tribunales arbitrales no deben ser culpados por el contenido de los tratados. Los tribunales internacionales suelen irritar a los Estados demandados -sean ricos o pobres- en los casos individuales, pero sus decisiones deben ser respetadas para conseguir indudables beneficios a largo plazo del mantenimiento de la seguridad jurídica. Respetar las legítimas expectativas concedidas es una condición para que las relaciones internacionales sean saludables”.