

ACCESO A LA JUSTICIA INTERNACIONAL Una lectura transversal del Ciadi y el OSD de la OMC

GERMÁN BURGOS SILVA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

Este artículo identifica un conjunto de tendencias que caracterizan el acceso a la justicia de los Estados del tercer mundo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), del Banco Mundial, y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En tal sentido, plantea un conjunto de hipótesis sobre lo que serían las principales oportunidades y obstáculos para dicho acceso a partir de un marco analítico que ubica las particularidades que tiene la justicia internacional en comparación con la Administración de Justicia de tipo nacional.

El artículo es producto del proyecto de investigación “Estado, globalización y Administración de Justicia”, presentado a la Universidad Católica de Colombia.

Palabras clave: acceso a la justicia, justicia internacional, Ciadi, Banco Mundial, OMC.

El autor: Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona; docente investigador en la Universidad Católica de Colombia. Profesor Universidad Nacional de Colombia.

Recibido: 1 de agosto de 2010; *evaluado:* 15 de septiembre de 2010; *aceptado:* 11 de noviembre de 2010.

ACCESS INTERNATIONAL JUSTICE. A transverse view of the CIADI and OSD of the OMC

GERMÁN BURGOS SILVA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

This article propose some trends about the access to justice of third world states in the ICSID of the World Bank and the WTO dispute settlement mechanism. In that sense identify a group of hypothesis about opportunities and obstacles for this access taking into account an analytical framework that recognizes the particularities of international justices in comparison to national.

Key words: access to justice, international justices, ICSDI, World Bank, WTO.

The author: Law degree from the University, a specialist in international trade law and Doctor of Law of Universidad de Barcelona. Teaching and research at the Universidad Católica de Colombia. Email: jgburgos@ucatolica.edu.co

Received: August 1, 2010; *evaluated:* September 15, 2010, *accepted:* November 11, 2010.

Introducción

El acceso a la justicia es uno de los temas que ha centrado el proceso de reformas y fortalecimiento de la Administración de Justicia en América Latina en las últimas tres décadas. En tal sentido, se han introducido, entre otros, un conjunto importante de cambios institucionales, tales como un sistema de defensoría pública más profesional e independiente; el admitir legalmente diversos mecanismos alternativos de solución de controversias; haber reformado los procedimientos para hacerlos más ágiles y accesibles, e implementado variado tipo de proyectos piloto para acercar el servicio de justicia, como las casas de justicia o las ventanillas multipropósito.¹

La preocupación por el acceso a la justicia se ha ubicado en el marco general del fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos. En este sentido, se ha partido de considerar que garantizar un mejor y mayor acceso a la justicia es un medio necesario para obtener la garantía última de los derechos.²

Pese a la relativa novedad de la anterior discusión en América Latina, la preocupación por el tema de los obstáculos al acceso a la justicia surgiría en el contexto de las reformas a ésta en el marco de los estados de bienestar europeo y estadounidense; en particular, los trabajos de Capelleti y Garth lograron identificar cuáles eran las principales limitaciones que tenían los ciudadanos para acceder al sistema de justicia y por esta vía hacer valer sus derechos, especialmente económicos y sociales, ante la Administración.³ Debe anotarse que bajo el concepto liberal del Estado moderno, el tema del acceso a la justicia se asumía como un asunto estrictamente individual.

Los desarrollos en torno del acceso a la justicia en los tiempos recientes, no sólo han fortalecido su dimensión institucional, sino su carácter en cuanto derecho. En efecto, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce, entre otros, que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales” (art. 25). Por su parte, el artículo 8º del mismo instrumento indica que toda persona tiene derecho

¹ BOU, M. *El sistema de justicia en América Latina, entre las reformas y la inercia institucional*. Barcelona: Instituto Internacional de Gobernabilidad, 2004; DOMINGO, P. et al. *Rule of law in Latin America. The International Promotion of Judicial Reform*. London: Institute of Latin American Studies, 2001.

² SMITH, R. “Human Rights and Access to Justice”. *International Journal of the Legal profession*. 2007, vol. 14, núm. 3, pp. 261-269

³ CAPELLETI et al. *El acceso a la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”.⁴

Los avances jurídicos en la dimensión del derecho al acceso a la justicia también tienen expresión a nivel jurídico interno, tanto constitucional como legalmente. Por ejemplo, en Colombia, la Carta superior reconoce en su artículo 229 que se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la Administración de Justicia. Por su parte la ley estatutaria de la Administración de Justicia indica en su artículo 2º cómo “El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la Administración de Justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público”.

Un gran vacío en el desarrollo de esta temática, remite al casi nulo análisis sobre las condiciones de acceso a la justicia internacional. En años recientes los espacios de este tipo de justicia por fuera del ámbito del Estado-nación han crecido de manera exponencial. Hoy, en efecto, contamos, no sólo con la ya tradicional Corte Internacional de Justicia, sino con diversos espacios de solución de controversias en los campos de los derechos humanos, el comercio internacional, las inversiones, etcétera. En algunas de estas áreas ya no son sólo los Estados los que pueden llevar causas al conocimiento de la justicia internacional, también los individuos cuentan con vías para acceder a ella.

A pesar de lo anterior, el estudio sobre las posibilidades y los obstáculos para acceder a la justicia internacional no ha concitado el interés de los internacionalistas o de los especialistas en el tema del acceso a ella; únicamente en los casos del sistema interamericano y del OSD se pudo verificar algún tipo de investigaciones sobre las condiciones de acceso de las personas y los Estados, respectivamente.

Las razones para el anterior vacío son varias. De un lado, la justicia internacional se concibe generalmente como complementaria o subsidiaria de la justicia nacional; por tanto, tiene un carácter excepcional. En segundo lugar, y con matices para el caso de los derechos humanos, son los Estados los que ante todo pueden usar los mecanismos de solución de controversias, lo cual al parecer hace presumir que aquéllos no tienen mayor dificultad para hacerlo. Finalmente, siempre está la inquietud sobre el nivel de eficacia de estos mecanismos, la cual, al ser relativamente baja, puede implicar un limitado interés en razón de su relevancia.

⁴ ACOSTA, P. *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Este artículo pretende llenar parcialmente el anterior vacío. En tal sentido, su objetivo inicial es el de plantear un marco analítico sobre cómo analizar el estado del acceso a la justicia internacional a partir de la identificación de un conjunto de variables tipo identificadas al respecto. Adicionalmente, y como segunda pretensión, se presentarán un conjunto de hipótesis sobre lo que puede considerarse como las principales oportunidades y obstáculos al acceso a la solución de conflictos en el Ciadi y en el OSD, visto a la luz de la situación general de los países del tercer mundo.⁵

El artículo está organizado en tres partes; la primera de ellas da cuenta del marco analítico sobre el acceso a la justicia, haciendo especial referencia a algunas particularidades de la justicia internacional; luego se identifican las tesis centrales sobre los organismos objeto de estudio, presentadas de manera transversal; finalmente, se ofrecen las conclusiones.

El acceso a la justicia internacional: una conceptualización

El contenido de lo que entendemos por acceso a la justicia en sentido integral, es decir, más allá de su carácter de derecho, se ha venido ampliando de manera paulatina. Inicialmente se creyó que era un problema relacionado con las barreras y oportunidades para usar el sistema formal de Cortes; en otros términos, que acceder a la justicia significaba poder tener las condiciones legales, económicas y físicas para dar a conocer al aparato de justicia algún conflicto o determinada reivindicación de tipo jurídico.

Posteriormente, el concepto de acceso se fue complejizando en la medida en que se empezó a plantear que no bastaba con presentar un caso al sistema judicial. Se precisaba, igualmente, contar con un trámite efectivo y garantista que permitiera contar con una decisión de fondo respecto de lo solicitado. Por esta vía el acceso a la justicia se cualificó en tanto no era un problema sólo de oportunidad de presentar, sino de contar con una decisión a tiempo y respetuosa del debido proceso.⁶

El anterior cuadro se hizo aún más integral si se tiene en cuenta que también se empezó a defender que acceder a la justicia implicaba igualmente contar con una

⁵ Parte de la información aquí recogida es producto de un proyecto de investigación financiado por la Agencia de Cooperación Internacional de Alemania GIZ, durante el año 2009.

⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP). *Access to justice* [en línea]. Practice Note, 2004. Disponible en [www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_English.pdf]

decisión efectiva, esto es, se precisa, como parte del acceso, que se debe garantizar la ejecución debida de lo decidido judicial o extrajudicialmente.⁷

Adicional a lo anterior, la discusión sobre el acceso a la justicia introdujo de manera progresiva el tema de los mecanismos alternativos de solución de controversias. En concreto, se ha venido planteando, y hoy es generalmente aceptado, que la resolución de fondo y efectiva de los conflictos, o el reconocimiento de derechos, puede ocurrir mediante mecanismos de justicia formal (Cortes en sus diversos niveles) o informal (mecanismos de conciliación, mediación, etcétera).⁸

Es claro que lo visto se ha construido a partir de considerar el acceso a la justicia en el ámbito nacional antes que internacional. En otros términos, las especificidades de la justicia global o internacional no han sido tenidas en cuenta a la hora de construir el concepto de acceso a la justicia; éstas se han basado, por tanto, en los referentes del Estado-nación y su Administración de Justicia.

A partir de lo dicho, a efectos de este trabajo, el acceso a la justicia se entenderá en los siguientes términos: posibilidad efectiva de usar los mecanismos formales e informales para solucionar conflictos a tiempo y con la garantía del debido proceso, o garantizar derechos individuales o colectivos de carácter internacional o global.

Teniendo en cuenta dicha definición, que incluye el antes, el durante y el después del trámite de una causa judicial o extrajudicial, este marco analítico ha identificado un conjunto de variables que constituyen oportunidades u obstáculos para el acceso a la justicia que, vistas positivamente, son posibilidades para acceder a los mecanismos de solución de controversias; y valoradas negativamente, constituyen límites.⁹

Centrándonos en las variables, éstas se visualizan según lo que denominamos fases del acceso a la justicia internacional; así, la fase uno, correspondiente a las posibilidades de utilizar o no un determinado mecanismo de solución de controversias,

⁷ MONCAYO, H. "Acceso de los pobres a la justicia en Colombia". En: VANDERSCHUEREN, F. and OVIEDO, E. (ed.), *Acceso de los pobres a la justicia*. Santiago, Chile: Sur/PNUD, 1995; MORENO, L. *Acceso a la justicia*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2000.

⁸ VIGORITI, V. "Acceso a la justicia, sistemas alternativos de solución de conflictos. Perspectivas". En: *Anuario de Justicia Alternativa*. 2008, núm.9.

⁹ Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF). *Barreras para el acceso a la justicia en América Latina. Documento presentado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos*. Washington: CIDH, 2007; *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. Documento oficial. 2007, núm. 4.

también denominada fase anterior al ingreso, nos permitió determinar las siguientes variables que pueden influir en el acceso:

- Reconocimiento legal de un derecho o deber, y de vías para su trámite formal o informal
- Justicia no costosa
- Acceso a asistencia legal
- Confianza en los sistemas de justicia
- Idioma del sistema accesible
- Bajo nivel de formalismo
- Cercanía física
- No discriminación

En consecuencia, serían obstáculos para llegar a los mecanismos de solución, los siguientes:

- Ausencia de conciencia jurídica
- No existencia de vías institucionales para defender un derecho o una reivindicación jurídica
- No asistencia legal, o de baja calidad
- Alto costo de los mecanismos
- Lejanía de las oficinas judiciales
- Desconfianza
- Formalismo jurídico
- Idioma inaccesible o difícil
- Discriminación

Por su parte, la fase 2 relacionada con el acceso, corresponde al trámite del conflicto luego de haber sido admitido por la correspondiente instancia de solución de controversias. En tal sentido, las variables tenidas en cuenta como oportunidades y obstáculos son:

- Eficiencia y eficacia
- No formalismo
- Debido proceso
- Asistencia legal
- Imparcialidad
- Pulcritud

- Pluralidad
- Acceso a recursos respecto de la decisión

Vista en clave de obstáculos, éstos serían:

- Ineficiencia e ineficacia
- Formalismo
- No garantías
- Inasistencia legal
- Corrupción
- Discriminación o parcialidad
- No acceso a recursos en contra de las decisiones

Finalmente, como ya se dijo, el acceso a la justicia se garantiza en la medida en que la decisión pueda ser viable en su cumplimiento y respeto por los actores, lo que corresponde a la fase 3, también conocida como posterior al trámite, y las variables a analizar son:

- Resolución a tiempo
- Decisión que respete los derechos
- Decisión que resuelva el fondo
- Cumplimiento de la decisión

Serían obstáculos, en tal sentido:

- Resolución tardía
- Decisión no respetuosa de los derechos
- Resolución no de fondo
- Decisión no cumplida total o parcialmente

A partir de dichas variables, el artículo pretende identificar hasta qué punto las oportunidades de acceso se cumplen en alguna medida o, por el contrario, lo que existe son obstáculos de diverso tipo al acceso a la justicia internacional o global. De manera específica, se busca determinar las posibilidades y dificultades de acceso de los Estados a las instancias del derecho económico citadas.

Al respecto debe anotarse que, dado el carácter amplio y complejo del concepto de acceso y la amplitud de variables consideradas, no siempre es fácil encontrar

información suficiente que permita ubicar el comportamiento de todos los factores que se quisiera tener en cuenta. Esto último en parte se explica porque la investigación se fundó en fuentes secundarias, las cuales no siempre abordaban las variables descritas. Por tanto, se logró en varios casos identificar hipótesis en materia de oportunidades y obstáculos, pero de otros no se dispone de información suficiente para establecer mínimamente alguna tendencia. Aun en aquellas situaciones donde se logró evidenciar esta última, el tipo de información lograda apenas permitió construir algunas hipótesis que merecen un nivel de confirmación o cuestionamiento más profundo en el futuro.

2. Particularidades de la justicia internacional o global

La investigación asociada a este artículo parte de considerar que la justicia internacional o global tiene algunas particularidades que la diferencian de su dimensión nacional, por lo menos a la hora de analizar el acceso, las cuales deben ser valoradas en su momento. Dichas particularidades se pueden identificar así:

1. La justicia internacional o global tiende a ser excepcional para los individuos, aunque esto es cada vez más difuso; al menos para los casos objeto de análisis, una parte de los mecanismos analizados precisan, de alguna manera, del agotamiento de las vías internas; sin embargo, si tenemos en cuenta los casos del OSD de la OMC y del arbitraje comercial del Estado, existe acceso directo.
2. A pesar de la mayor o menor “inmediatez” del acceso, éste, en el ámbito internacional, es, por definición, restringido, pues a diferencia de la justicia nacional, donde todos los ciudadanos pueden —en abstracto—acudir al sistema de justicia, en términos internacionales o globales los sujetos calificados al efecto son restringidos, y corresponden ante todo a los Estados-nación; sólo de manera excepcional, aunque creciente, a los individuos. En suma, la accesibilidad en el campo internacional es limitada.
3. Como se indicó en el punto anterior, son los Estados los que de manera dominante cuentan con mecanismos internacionales para acceder a la justicia. Sin embargo, en muchos casos su libertad para optar o no por ellos es limitada. Así por ejemplo, el uso de los mecanismos del OSD es de carácter obligatorio para cualquier miembro de este organismo, y para el caso del Ciadi su uso es cada vez mayor, producto de la negociación de los tratados bilaterales de inversión. Si bien los Estados tienen la posibilidad de construir y, hasta cierto punto, de escoger los escenarios donde resuelven los conflictos internacionales en que

se ven inmersos según la materia, este proceso está sujeto a varios niveles de constricciones, sean producto de los tratados o de negociaciones no siempre desarrolladas en condiciones igualitarias.

4. A diferencia del derecho interno o nacional, el derecho internacional público no reconoce un derecho de acceso a la justicia a los sujetos internacionales. En efecto, dado el carácter excepcional de estos mecanismos, el acceso dominante de los Estados y el excepcional de los individuos, hoy no contamos con un derecho jurídicamente reconocido para poder acceder de manera universal a espacios de solución de controversias. Lo anterior es hasta cierto punto entendible, dado el carácter cerrado de los sistemas de solución y el hecho de que en algunos casos los Estados se muestran renuentes a acceder a determinadas instancias en las cuales no confían.
5. Por su parte, los espacios de solución de conflictos internacionales en materia de derecho económico internacional han ganado un importante poder, especialmente respecto de los Estados. Cada vez más existen mecanismos para obligar a éstos a emplear y reconocer las decisiones de instancias internacionales; los casos del OSD serían los más emblemáticos, y esta investigación confirma que la efectividad de las decisiones tomadas por instancias internacionales descansa en gran parte en la acción del Estado. Por tanto, como se demuestra, estos sujetos internacionales tienen formas de resistirse o administrar el cumplimiento parcial o limitado de las decisiones internacionales o globales.

3. El acceso a la justicia internacional. Tendencias e hipótesis

A continuación se presenta, de manera resumida, un conjunto de hipótesis sobre oportunidades y obstáculos para el acceso al Ciadi y al Órgano de Solución de Diferencias.

3.1 Acceso a la justicia antes de la presentación de un caso

Como se acotó en el punto anterior, el acceso antes de trabar jurídicamente un conflicto está enmarcado por a qué sujetos se les reconoce legitimidad para acceder a la justicia global: en líneas generales, son los Estados, seguidos por los sujetos individuales, titulares de derechos individuales o económicos. Obviamente esto depende del ámbito. A contrario sensu, la sociedad civil, vía otros actores, no tiene

reconocido en principio el acceso, salvo con las figuras del *amicus curiae* admitidas de manera excepcional para el Ciadi y la OMC.¹⁰

La posibilidad de presentar una pretensión o demanda en las instancias analizadas se facilita por un escaso nivel de formalización para usar el sistema. Esto quiere decir que el procedimiento no tiene rigideces excesivas para poner en consideración determinados hechos. A esto se le suma que en el Ciadi se puede exponer un caso usando las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones (NTIC). Adicionalmente, como oportunidades en este terreno, está la flexibilidad en la adopción de los procedimientos. Como las partes pueden escoger el procedimiento a seguir, esto puede facilitar ajustarlo a la hora de su desarrollo.¹¹

Los obstáculos para el acceso, vistos desde los Estados, son varios. En primer lugar, en algunos casos éstos no pueden llevar la iniciativa en la presentación de una pretensión, como ocurre, por ejemplo, en caso del Ciadi, que según la forma como se prevea su competencia, sólo le permite acción a los inversionistas extranjeros. En otros casos, como los de la OMC, existe un obstáculo fáctico para los países en desarrollo. Si bien muchos de ellos pueden considerar violatorias de los acuerdos de las OMC determinadas decisiones de otros Estados, sobre todo desarrollados, no siempre presentan una reclamación por temor a represalias o reacciones contrarias que pongan en tela de juicio las condiciones de su comercio internacional. Existe, en los dos casos enunciados, una desigualdad de origen para el acceso, la una jurídica y la otra fáctica. Finalmente, y volviendo a la OMC, la posibilidad de participación en un caso como tercer interviniente está supeditada, no a los efectos de un determinado hecho contrario a los tratados comerciales, sino al volumen de comercio que un Estado tenga con relación a determinado sector.¹²

¹⁰ DE LA CRUZ, L. "Las comunicaciones *amicus curiae* en el mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio: el asunto Amianto". En: *Revista Española de Derecho Internacional*. LIV (1)(enero de 2002) p. 159-179; ODUMOSU, Ibrinke T. "The law and politics of Engaging Resistance in Investment Dispute Settlement. The Dickinson School of Law of the Pennsylvania State University". En: *Penn State International Law Review*. Carlisle: PA. Fall, 2007. 26 Penn St. Int'l L. Rev. 251; PETERSON, Luke Eric. "Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development" (Research note). International Institute for Sustainable Development IISD, 2003. Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf.

¹¹ HERNÁNDEZ, Óscar. "Oportunidades y obstáculos para el acceso del Estado al arbitraje de inversión", 2009. Documento interno de investigación.

¹² ARENAS, M. "Los obstáculos de los países en desarrollo en el sistema de solución de controversias de la OMC". [Tesis de maestría en Derecho], Universidad de los Andes, Bogotá. Directora, doctora Liliana Obregón.

En términos económicos, el acceso está obstaculizado por varias vías. Algunos mecanismos para ser usados precisan del pago de un valor determinado; es lo que ocurre con el Ciadi y los diversos mecanismos de arbitraje comercial internacional, aunque debe registrarse que para el primer caso quien cubre estos costos es generalmente la empresa que inicia la acción.¹³ En segundo plano están los costos económicos asociados a la contratación de los abogados para presentar un caso o responder una demanda. Si bien la información sobre el costo por hora de estos servicios no es siempre pública, por lo general es alto. Aquí debe mencionarse el caso particular de la OMC, que incluye la existencia de un centro de asistencia legal dirigido especialmente a los países en desarrollo, el cual, si bien se concibió como una instancia para asesorar la formación de cuadros nacionales en la defensa legal internacional del Estado, hoy se ha convertido en un consultor legal que puede ofrecer a precios más accesibles servicios legales especializados, teniendo como único inconveniente que para un caso concreto sólo puede ofrecer sus servicios respecto de uno de los Estados parte.¹⁴

Igualmente, existe un límite económico relacionado con la presentación de los casos en la sede internacional de los organismos. Si bien se mencionó que el procedimiento facilita el acceso, la aceptación real de un caso depende del acompañamiento y presencia de un abogado que represente al Estado. Un tercer nivel de obstáculos, volviendo al ámbito estatal, tiene que ver con la ausencia de espacios efectivos de coordinación para la acción o respuesta legal en los ámbitos globales analizados.

El tema de la asistencia legal, aparte de la dimensión económica ligada con sus costos, tiene una especificidad en cuanto a su disponibilidad. Si bien algunos países del tercer mundo cuentan con una importante cuota de abogados expertos en el acceso y manejo del sistema interamericano, no ocurre lo mismo en el campo del derecho económico, y como se sostiene en los distintos estudios, en el campo académico colombiano existe una formación más o menos profunda sobre los organismos aquí analizados,¹⁵ pero las firmas de abogados nacionales no cuentan con la experiencia concreta en llevar casos al Ciadi o al OSD. Lo anterior, aunado a la ausencia de un verdadero sistema de defensa legal del Estado, explica por qué se

¹³ HERNÁNDEZ, Óscar. *Ibíd.*

¹⁴ PHAM, H. "Developing Countries and the WTO: The Need for More Mediation in the DSU" [en línea]. *Harvard Negotiation Law Review*, núm. 9, p. 331-390. 2004

¹⁵ GÓMEZ, G. "La efectividad de las decisiones del OSD" [mimeo], 2009a; FRANCKE, M. "Chile's Participation in the Dispute Settlement System: Impact on Capacity Building". Documento borrador del proyecto WTO Dispute Settlement and Sustainable Development, 2007.

termina apelando a firmas internacionales de abogados, lo cual encarece los costos de ingreso y uso de determinado sistema de solución de conflictos.

Finalmente, y en relación con esta parte previa al inicio formal de una causa, otro obstáculo para el acceso remite al idioma reglamentario o fáctico como deben presentarse y tramitarse las causas. Para el Ciadi parece no haber mayor inconveniente con el español, si se tiene en cuenta que éste es uno de los idiomas oficiales en que un caso puede expresarse; mas asunto diferente ocurre con el OSD, el cual si bien oficialmente permite el uso de varias lenguas, en la práctica muchos de los casos se deben tramitar en inglés y eventualmente en francés.

3.2 Acceso a la justicia durante el desarrollo de un caso

Luego de la admisión del caso se analizó el acceso a la justicia teniendo en cuenta variables identificadas como particulares del trámite de un proceso en cuanto tal. Sobre estas últimas, se valoraron, entre otras, la agilidad del proceso, el respeto de los derechos y el acceso a recursos.

En materia de oportunidades que se pueden ver como transversales, los procedimientos que guían o enmarcan el desarrollo de una causa son, no sólo flexibles, sino ágiles, por cuanto establecen periodos claros para su desarrollo. Obviamente, como se verá en otros acápite de este trabajo, el cumplimiento se afecta en su celeridad por distintos aspectos procesales. En esta instancia es importante resaltar que, para el caso de la OMC, si bien el procedimiento es claro y en principio cumple los tiempos, su desarrollo es confidencial.¹⁶

Como parte de este plano procedimental, algunos de ellos permiten el traslado de las audiencias o del proceso entero a zonas diferentes a su sede. Eso ocurre en particular con el Ciadi y con el arbitraje comercial internacional, aunque se debe tener en cuenta que para el primer caso, quien puede escoger el foro es la empresa privada y no el Estado. La rigidez espacial, sin embargo, se mantiene para los casos de la OMC.

Un tercer aspecto, este sí más general y que se interpreta como oportunidad, tuvo que ver con el tratamiento técnico del conflicto. En sentido amplio, todas las instancias cuentan con especialistas en los temas objeto de la controversia. Esto es resaltable

¹⁶ GÓMEZ, G. "La efectividad de las decisiones del OSD"[mimeo], 2009a.

si tenemos en cuenta que muchos de los conflictos presentan especificidades y complejidades técnicas importantes si se las compara con las atribuciones amplias de un juez de la judicatura nacional.

Ahora bien, los obstáculos centrales identificables durante el trámite se pueden agrupar en tres planos. De un lado están los costos, que a su vez se desglosan en tres partes. En primer lugar, el costo de acopiar y presentar las pruebas. Como se indicó en el anterior punto, el tipo de conflictos ventilados en las instancias estudiadas implica temas sumamente técnicos y social y económicamente sensibles. Por lo tanto, para el caso de los Estados y sus abogados, el costo de recoger y presentar pruebas requiere la asesoría y apoyo de expertos en determinados temas, los cuales en muchos casos forman parte de los servicios de las grandes firmas de abogados. Esto es particularmente evidente en los asuntos de justicia global económica.¹⁷

En el anterior acápite se mencionó que el idioma es en algunos casos un limitante para ingresar al sistema de solución de controversias. No obstante, éste puede ser enfrentado en el transcurso del proceso mediante los sistemas de traducción altamente técnicos con que cuentan las instancias mencionadas. El punto, en materia de acceso, es que éste cuesta, por cuanto el mecanismo de traducciones generalmente no está subvencionado y se paga a precios del mercado.

Finalmente, y como se enunció en el numeral anterior, el costo de la asesoría legal es también un obstáculo potencial. Si bien el de asesoría y acompañamiento técnico no siempre es público, los datos recogidos en las investigaciones muestran que por lo general es elevado. A este respecto surge siempre la inquietud de si determinados costos de asistencia legal, casi siempre internacionales, son altos o excesivos para un Estado de desarrollo medio, si tenemos en cuenta los costos que asume para el pago de determinadas asesorías o asistencia legal a nivel interno.¹⁸

Un segundo plano de obstáculos tiene que ver con la calidad de los árbitros o decisores finales de un conflicto. En general la investigación mostró que en el plano del derecho internacional económico el sistema de designación de árbitros funciona bajo un sistema denominado coloquialmente carrusel. Esto significa que dada la

¹⁷ SHAFER, G. "How to make the Wto Dispute Settlement Work for developing countries. Some proactive strategies. ICTSD". *Resource Paper*. 2003, núm. 5. Ginebra.

¹⁸ DUCLOS, Nicole. "El contrato de Estado y el arbitraje de inversión. El debate sobre la cláusula paraguas". Conferencia dictada en el IV Seminario de Arbitraje Internacional de Inversión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia [septiembre de 2009].

estructura cerrada y elitista de las listas de árbitros especialistas en distintos temas y el hecho de que muchos de ellos son a su vez miembros de firmas de abogados, en la práctica las personas que sirven de árbitros en un momento determinado, han sido, o podrán ser, asesores de las empresas o Estados que forman parte del conflicto. Esto ocasiona lo que comúnmente se han identificado como dinámicas sesgadas de los árbitros. En efecto, cuando un decisor ha sido a su vez asesor de un Estado o de una empresa, surgen inquietudes sobre su capacidad de imparcialidad, y de hecho se ha demostrado que en algunos casos ella no ha existido, como se mencionó con referencia al Ciadi.¹⁹

Otro aspecto tiene que ver con el sesgo del “origen” de los decisores. Si bien en algunas instancias como la OMC se prevé el nombramiento de un miembro del panel procedente de países en desarrollo y por lo general se invoca tener en cuenta las condiciones de estos países cuando están involucrados en un conflicto, en el caso del Ciadi y el arbitraje comercial esto no es necesario. De esa forma, en la práctica los árbitros tienden a provenir del mundo desarrollado, lo cual en algunos casos les ha dificultado entender y valorar determinadas medidas tomadas por los Estados que pueden considerarse, no sólo legales, sino legítimas, en contextos del mundo en desarrollo.²⁰

Por último, como obstáculos se identificó el tema de los recursos. En líneas generales la justicia internacional no admite fácilmente la figura de los recursos de alzada, lo cual se ha considerado históricamente una ventaja de estas instancias. En efecto, la ausencia de fórmulas de apelación se ha justificado por el carácter excepcional de estos espacios, por su agilidad y por la índole profundamente técnica de sus fallos. Algunos han sostenido que introducir una estructura de doble instancia en ámbitos como los arbitrales, por ejemplo, es como eliminar una de sus ventajas comparativas más claras. Con todo, visto en términos de acceso, la posibilidad de una doble instancia es una garantía que debe permitir decisiones a tiempo y correctas a la luz del derecho aplicable.²¹ Para nuestros objetos de estudio, las decisiones del OSD admiten apelación, mientras que las del Ciadi son anulables.

¹⁹ HORN, H. et al. “Is the Use of the WTO Dispute Settlement System Biased?”. *International Trade. Center for Economic Policy Research*. Discussion Paper (diciembre 1999), núm. 2340, p.1-27.

²⁰ FRANK, Susan D. (2009). “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”. *Harvard International Law Journal*. 2009, 50 Harv.Int'l J. 435.

²¹ HUGHES, V. *El sistema de solución de diferencias de la OMC, una experiencia exitosa*, 2003 en Solución de Controversias Comerciales intergubernamentales. BID, Buenos Aires; TSATSOS, A. (2009). “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity. A Call for Appeal?”. *Transnational Dispute Management (TDM)*. 2009, vol. 6, núm. 1.

3.3 Acceso a la justicia con posterioridad a la decisión de un caso

El marco analítico desarrollado en esta investigación incluyó el momento posterior a la decisión de solución de un conflicto, por cuanto si ésta no se obtiene, no se cumple o es incompleta, afecta las expectativas de justiciabilidad de las partes comprendidas en el conflicto.

En este plano las oportunidades identificadas fueron tres. En primer lugar, las instancias analizadas toman decisiones cercanas a los tiempos o apegadas a los períodos establecidos en sus procedimientos; por tanto, la justicia obtenida es, en cierto sentido, pronta. Adicionalmente, los organismos toman casi siempre decisiones de fondo, es decir, no es común que se inhiban en el tratamiento de un caso por razones estrictamente formales. Finalmente, las decisiones tienen un carácter obligatorio basado en el principio de la buena fe, reconocido en la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU). En este último sentido, y como se mencionó en la parte uno de este artículo, las decisiones de la OMC pueden hacerse obligatorias por medio del régimen de sanciones económicas previsto²²; las decisiones del Ciadi pueden reconocerse como decisiones judiciales internas, sin necesidad del exequátur, mientras que las de arbitraje internacional sí precisan de este último para su incorporación interna en caso de no cumplimiento.

Los obstáculos en la etapa última a partir de la cual analizamos el acceso son, en lo fundamental, dos. De un lado, el procedimiento posterior que puede ligarse al cumplimiento final de una decisión global de resolución de conflictos, no facilita el acatamiento de una decisión en el tiempo esperado. Como muestran varios casos emblemáticos, como el del banano, por ejemplo, las decisiones del OSD de la OMC no se han cumplido o se han prolongado, ocurriendo lo mismo respecto del Ciadi, cuyas decisiones efectivas quedan inmersas, en algunos casos, en procesos de negociación entre el Estado y la empresa privada, aunque en líneas generales aquellos casos que llegan a una decisión final tienden a cumplirse.²³

Un aspecto particular de esto último, y como segundo factor de dificultad, tiene que ver con la judicialización nacional de decisiones tomadas foráneamente. Éste sería el caso de los laudos de arbitraje comercial con participación del Estado, los

²² HORLICK, G. et al. "Los países en desarrollo y el mecanismo de solución de controversias de la OMC". *Integración y Comercio*. 2005, núm. 23, p. 137-146.

²³ FONSECA, A. "La guerra comercial del plátano. Una aproximación desde la teoría de juegos". *Estudios Agrosociales y Pesqueros*. 2004, núm. 201, p. 127-150; JACKSON, J. "The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism". *Brooking Trade Forum*. 2000, p. 179-219.

cuales en buena parte de los casos donde ha participado Colombia han terminado siendo anulados por decisiones judiciales de cortes nacionales. Esto, si bien puede tener justificaciones legales profundamente válidas y expresar intereses nacionales, visto desde el acceso puede ser un factor crítico para permitir la efectividad de él.

Conclusiones

La justicia internacional está creciendo, sea en la cantidad de instancias resolutorias de conflictos, sea en el tipo de sujetos cuyas causas son admisibles, que incluye hoy en determinados niveles a los individuos, sea en la capacidad de llegar a decisiones “vinculantes” para las partes. En el contexto de la globalización, el fortalecimiento de la justicia internacional parece claro y en determinados ámbitos deseable.

El fortalecimiento de la justicia internacional no ha cuestionado del todo su carácter excepcional, centrado en buena parte en los Estados y accesible a muy poco tipo de sujetos. Quizás por lo anterior, la preocupación por el acceso a la justicia internacional es limitada, aunque como se expresa en este artículo, es creciente y cada vez más contundente.

El acceso a la justicia, sea a nivel nacional o internacional, debe entenderse como la posibilidad, no sólo de llevar un caso a un trámite institucional, sino de contar con una decisión con plenas garantías y que permita resolver de fondo un conflicto, lo cual tiene que ver con la efectividad de una decisión. En este sentido, el acceso a la justicia debe verse de manera integral. Este artículo ofrece un marco analítico y un conjunto de variables que pretenden dar cuenta de la complejidad de dicho acceso.

A partir de lo anterior, se identificó un conjunto de hipótesis gruesas sobre las oportunidades y obstáculos para el acceso de los países del mundo en desarrollo a instancias como el Ciadi, del Banco Mundial, y el OSD, de la OMC. En tal sentido, se plantearon, entre otras, que las principales oportunidades están en la flexibilidad de los procesos de admisión y desarrollo de un caso, en el nivel de experticia técnica que sustenta una decisión; en la rapidez relativa del desarrollo de un caso; y en el nivel de eficacia, igualmente relativo, de decisiones, generalmente de fondo.

Los obstáculos, por su parte, se ubicaron en el terreno de los costos de asistencia legal y acopio de pruebas; en la ausencia de una formación idónea de los Estados del tercer mundo para responder o liderar casos en las instancias estudiadas, así como en la respectiva

falta de coordinación intra estatal. Igualmente, se identificaron problemas relacionados con la potencial falta de imparcialidad e independencia por parte de los decisores en ambas instancias, así como la ausencia parcial de recursos de alzada contra las decisiones.

Este trabajo es el primer avance de un proceso de investigación que profundizará en las anteriores hipótesis, en particular mediante su mayor concreción y su validación empírica, especialmente a partir de analizar la situación de algunos países, incluyendo el caso colombiano.

Referencias

- ACOSTA, P. *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ARENAS, M. “Los obstáculos de los países en desarrollo en el sistema de solución de controversias de la OMC”. [Tesis de maestría en Derecho], Universidad de los Andes, Bogotá.
- BOU, M. *El sistema de justicia en América Latina, entre las reformas y la inercia institucional*. Barcelona: Instituto Internacional de Gobernabilidad, 2004;
- CAPELLETI y GARTH. *El acceso a la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- COMITÉ INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”. Documento oficial. 2007, núm.4.
- DE LA CRUZ, L. “Las comunicaciones *amicuscuriae* en el mecanismo de solución de diferencias, de la Organización Mundial del Comercio: el asunto Amianto”. En: *Revista Española de Derecho Internacional*, LIV (1) (enero de 2002), p. 159-179.
- DOMINGO, P. et al. “Rule of law in Latin America. The international Promotion of Judicial Reform”. London: Institute of Latin American Studies, 2001.
- DUCLOS, Nicole. “El contrato de Estado y el arbitraje de inversión. El debate sobre la cláusula paraguas”. Conferencia dictada en el IV Seminario de Arbitraje Internacional de Inversión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia [septiembre de 2009].
- FONSECA, A. “La guerra comercial del plátano. Una aproximación desde la teoría de juegos”. *Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 2004, núm. 201, p. 127-150.
- FRANCKE, M. “Chile’s Participation in the Dispute Settlement System: Impact on Capacity Building”. Documento borrador del proyecto WTO Dispute Settlement and Sustainable Development, 2007.
- FRANK, Susan D. (2009). “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”. *Harvard International Law Journal*. 2009, 50 Harv. Int’l J. 435.

- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (DPLF). *Barreras para el acceso a la justicia en América Latina. Documento presentado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos*. Washington: CIDH, 2007.
- GÓMEZ, G. “La efectividad de las decisiones del OSD” [mimeo], 2009a.
- _____. “Decisiones del OSD, derechos humanos y desarrollo” [mimeo], 2009b.
- HERNÁNDEZ, Óscar. “Oportunidades y obstáculos para el acceso del Estado al arbitraje de inversión”. Documento interno de investigación, 2009.
- HORLICK, G. et al. “Los países en desarrollo y el mecanismo de solución de controversias de la OMC”. *Integración y Comercio*. 2005, núm. 23, p. 137-146.
- HORN, H. et al. “Is the Use of the WTO Dispute Settlement System Biased?”. *International Trade. Center for Economic Policy Research*. Discussion Paper (diciembre 1999), núm. 2340, p.1-27.
- HUGHES, V. *El sistema de solución de diferencias de la OMC, una experiencia exitosa*, 2003.
- JACKSON, J. “The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism”. *Brooking Trade Forum*. 2000, p. 179-219.
- MONCAYO, H. “Acceso de los pobres a la justicia en Colombia”. En: VANDERSCHUEREN, F and OVIEDO, E. (eds.), *Acceso de los pobres a la justicia*. Santiago, Chile: Sur/PNUD, 1995.
- MORENO, L. *Acceso a la justicia*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2000.
- ODUMOSU, Ibironke T. “The law and politics of Engaging Resistance in Investment Dispute Settlement. The Dickinson School of Law of the Pennsylvania State University”. En: *Penn State International Law Review*. Carlisle: PA. Fall, 2007. 26 Penn St. Int’l L. Rev. 251.
- PETERSON, Luke Eric. “Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development” (Research note). International Institute for Sustainable Development IISD, 2003.
- Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf.
- PHAM, H. “Developing Countries and the WTO: The Need for More Mediation in the DSU” [en línea]. *Harvard Negotiation Law Review*, núm. 9, p. 331-390.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (UNDP). *Access to justice* [en línea]. Practice Note, 2004. Disponible en Internet.
- SHAFER, G. “How to make the Wto Dispute Settlement Work for developing countries. Some Proactive strategies. ICTSD”. *Resource Paper*, 2003, núm. 5.
- SMITH, R. “Human Rights and Access to Justice”. *International Journal of the Legal profession*. 2007, vol. 14, núm. 3, p.
- TSATSOS, A. (2009). “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity. A Call for Appeal?”. *Transnational Dispute Management (TDM)*. 2009, vol. 6, núm. 1.
- VIGORITI, V. “Acceso a la justicia, sistemas alternativos de solución de conflictos. Perspectivas”. En: *Anuario de Justicia Alternativa*. 2008, núm. 9.