

El acceso a la justicia y la inversión extranjera

Carlos Hecker Padilla

Abogado, Magister en Derecho Económico Internacional
Doctorando en Derecho de las Inversiones Internacionales
UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE (DIJON – FRANCIA)

Resumen: Muchas veces confundido con el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia constituye una noción compleja que comprende por una parte, el acceso a la justicia propiamente tal (*acceso al juez*) y por otra, el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo. Sin embargo, y a pesar de su trascendental importancia, es uno de los tantos derechos fundamentales que al interactuar con las ramas económicas del Derecho adquiere una dimensión incierta, resultando infringido en numerosas ocasiones. Dada la importancia del tema, y la situación de indefensión en que, en general, el extranjero se encontrará, es que el derecho internacional ha establecido ciertas reglas con el fin de reconocer y proteger el derecho de toda persona a acceder a la justicia.

* * *

I. El acceso a la justicia en el contexto mundial

El derecho de acceso a la justicia ha sido reconocido en primer término por el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), según el cual “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por su parte, consagra también el acceso a la justicia como un derecho fundamental en su artículo 2 N°3 letra a), al disponer que los Estados parte en el Pacto se comprometerán a que “[t]oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados [pueda] interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), sin embargo, no hace referencia alguna al acceso de las personas a la justicia, y ello principalmente debido al cuadro existente al momento de su creación; ya que sus Estados miembros optaron por legislar casi exclusivamente en materia de derechos sociales, desmarcándose así del PIDCP y de la ideología que lo rodea.

II. El acceso a la justicia en el contexto regional

Los tratados regionales relativos a los derechos humanos han también reconocido, de forma más o menos clara, el derecho de acceder a la justicia, como un derecho fundamental.

1. En el cuadro del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

En el sistema europeo, el CEDH reconoce en su artículo 6 §1, titulado *Derecho a un proceso equitativo*, que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Esta disposición no posee la claridad que como juristas apreciaríamos, por cuanto no parece consagrar expresamente *el derecho al juez*, sino que simplemente el derecho a que toda acción interpuesta sea llevada a lo largo del juicio conforme a las reglas de un procedimiento justo y equitativo.

Tuvo que ser la Corte de Estrasburgo en el célebre caso *Golder*¹, la que estableció, correctamente a nuestro entender, el sentido en el que dicha norma debe entenderse, señalando que a juicio de la Corte “no se entendería que el artículo 6 §1 describa las garantías procesales acordadas a las partes si no protege en primer término aquello de que realmente depende el verdadero beneficio: El acceso al juez. Equidad, publicidad y celeridad del proceso carecen de interés alguno en ausencia de un proceso”².

¹ *Golder c. Reino Unido*, causa N° 4451/70, sentencia de 21 de febrero de 1975.

² Citado por R. PELLOUX, “L’arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l’homme”, AFDI, vol 21, 1975, p. 336.

2. En el cuadro de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

En el contexto interamericano, la situación es bastante similar. Son los artículos 8 N° 1 y 25 N° 1 los que consagran el acceso a la justicia. La primera disposición señala que “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 la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; la segunda, por su parte, impone a los Estados la obligación de proporcionar a todos sus habitantes los recursos judiciales necesarios, destinados a protegerlos contra todo tipo de actos que afectaren sus derechos fundamentales³.

Esta disposición es afortunadamente mucho más clara que el artículo 6 de su homónima europea. Sin embargo, con la finalidad de evitar todo eventual conflicto de interpretación, la Corte Interamericana se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, señalando que la garantía de un acceso efectivo a la justicia “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho de una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁴.

3. En los cuadros africano y asiático

La situación en la Carta africana es mucho más clara que en los textos anteriormente mencionados, ya que dispone en su artículo 7 N° 1 letra a) que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, derecho que incluye la facultad de solicitar la intervención “de las jurisdicciones nacionales competentes por todo acto que infrinja los derechos fundamentales que le son reconocidos y garantizados por las convenciones, leyes, reglamentos y costumbres en vigor”⁵.

³ “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 reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁴ Véanse en este sentido los casos resueltos por la Corte Interamericana: *Villagán Morales y otros c. Guatemala (Caso Niños de la Calle)*, Serie C N° 63 § 234, sentencia de 19 noviembre de 1999; *Durand et Ugarte c. Perú*, Serie C N° 68 § 101, sentencia de 16 agosto de 2000; *Cantoral Benavides c. Perú*, Serie C N° 69 § 163, sentencia de 18 agosto de 2000; *Hilaire, Constantine, Benajmin y otros c. Trinidad & Tobago*, Serie C N° 94 § 163, sentencia de 21 de junio de 2002; *Cantos c. Argentina*, Serie C N° 97, sentencia de 28 noviembre de 2002.

⁵ “Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, droit comprenant la prérogative de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur”, disponible en el enlace Internet siguiente: http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Afr/instr_81.htm [Consulta: 12 de mayo de 2010].

Ahora bien, a pesar de que la Corte Africana no se haya pronunciado jamás al respecto, creemos que con una disposición tan clara como ésta, detenerse a analizar el tema no sería más que una pérdida de tiempo.

En cuanto a la Convención Asiática de Derechos Humanos, dicho texto no contiene disposición alguna relativa al tema del acceso a la justicia, por lo que habrá que contentarse con las disposiciones internas, relativas al tema, dictadas por los Estados miembros.

III. El acceso a la justicia en el contexto de la inversión extranjera

En materia de inversión extranjera, el derecho de acceso a la justicia reviste una importancia fundamental, pues ¿de qué serviría otorgar numerosos derechos a los inversionistas, si no contaran con el arma más importante para su defensa? Veremos, por consiguiente, que la facultad para el inversionista de acceder a la justicia está siempre presente en todo tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (TBI), lo que, por supuesto, no ha impedido que ciertas violaciones hayan tenido lugar.

1. La protección del derecho a la justicia en los TBI

Una de las garantías esenciales acordadas al inversionista extranjero, “está constituida, sin lugar a dudas, por la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional”⁶. Sin embargo, debido a los incontables debates doctrinarios que han surgido en relación a la competencia de los tribunales para conocer y fallar un asunto⁷, y para evitar de esta forma, las eventuales injusticias que los inversionistas podrían sufrir, los TBI siempre contemplan ciertas disposiciones relativas al arreglo de diferencias.

De este modo, el artículo 8 del TBI suscrito por Chile y Francia en 1992, dispone que toda diferencia entre una de las Partes y el nacional de la otra Parte debe, siempre que ello sea posible, arreglarse en forma amistosa. Sin embargo, si en un plazo de 6 meses desde que ha surgido la diferencia, ésta aún no ha sido resuelta, podrá ser sometida, a solicitud del inversionista extranjero, al conocimiento del tribunal competente de la Parte contratante sobre cuyo territorio se ha efectuado la inversión, o bien a la jurisdicción del Centro Internacional

⁶ R. BEN KHELIFA, “Le déni de justice en droit de l’investissement international: L’affaire Loewen c. les Etats-Unis d’Amérique”, en F. HORCHANI, *Où va le droit de l’investissement? Désordre normatif et recherche d’équilibre*, Pedone, Paris, 2006, p. 239.

⁷ Véase en este sentido, W. BEN AMIDA, “L’arbitrage face à un désordre procédural: La concurrence des procédures et les conflits de juridictions”, en F. HORCHANI, *Où va le droit de l’investissement? Désordre normatif et recherche d’équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221.

de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi o el Centro). La elección del procedimiento, una vez efectuada, será definitiva⁸.

En el mismo sentido, pero en virtud de una cláusula mucho más compleja, el TBI firmado por Francia y México en 1998 establece en su artículo 9 que toda diferencia debe arreglarse amistosamente, sin perjuicio de la posibilidad del inversionista de someterla a arbitraje, ante las jurisdicciones del Estado receptor, del Ciadi, del Reglamento del mecanismo suplementario del Ciadi, de la CNUDMI, o de la CCI.

Resulta interesante constatar que en virtud de esta disposición, queda muy claro que la regla se aplica sólo si se trata del incumplimiento de una obligación por parte del Estado receptor que causa un perjuicio al inversionista extranjero, y no en el caso de la hipótesis contraria⁹. Ello impediría en principio al Estado receptor, acceder como parte demandante a las jurisdicciones arbitrales internacionales, cosa que no se aprecia en el TBI suscrito por Francia con Chile.

Ya que todos los TBI contienen una cláusula más o menos similar a las ya estudiadas, no parece interesante traer a colación más ejemplos. Pero sí resulta importante señalar que es al momento de la negociación del TBI en que los Estados deben hacer valer sus derechos e imponer sus intereses; ya que en caso contrario nos enfrentaremos a situaciones de tratados desequilibrados, donde tan sólo parece ser el inversionista el beneficiado, en perjuicio del Estado y los intereses de su población.

2. La denegación de justicia en la persona del inversionista

Como adelantamos, en algunos casos, el inversionista ha sido privado del derecho de acceso a la justicia, viendo así vulnerado uno de sus más importantes derechos fundamentales. Las formas de denegación más frecuentes utilizadas

⁸ Art. 8: "1. Cualquier controversia relacionada con las inversiones entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será resuelta amigablemente entre las dos partes en cuestión.

2. Si no se hubiere resuelto la controversia dentro de un período de seis meses desde la fecha de su ocurrencia, será sometida, a solicitud del nacional o sociedad:

- al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión;
- o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativo a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington el 18 de marzo de 1965.

Una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una u otra modalidad será definitiva.

3. El fallo arbitral será definitivo y obligatorio para ambas partes."

⁹ Art. 9 N° 1: "Este Artículo solamente se aplica a controversias entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, respecto a una presunta violación de una obligación de la primera, en virtud de este Acuerdo, que ocasione pérdida o daño al inversionista o a su inversión".

por los Estados son la violación del principio del derecho a un proceso justo y equitativo, o simplemente impedir el acceso del inversionista al juez.

a) La violación al principio del derecho a un proceso justo y equitativo

En lo tocante a nuestro tema, la denegación de justicia puede ser definida en sentido amplio, como “toda violación por parte del Estado hacia el deber que le incumbe de organizar o ejercer la función jurisdiccional de forma de asegurar una protección judicial mínima de los extranjeros”¹⁰.

Resulta entonces necesario que el Estado receptor ponga todo de su parte con el fin de permitir al inversionista extranjero la posibilidad de acceder a su jurisdicción interna, y de proporcionarle un proceso justo y equitativo, llevado adelante en forma imparcial. En este sentido, el caso más interesante en materia de inversiones es el caso *Løwen c. Estados Unidos*¹¹, en que un grupo canadiense fue condenado por un tribunal norteamericano, en virtud de un proceso inicuo, quebrando pocos años más tarde.

Es por ello que aprovechando el marco del TLCAN, la empresa decidió recurrir ante el Ciadi, argumentando, entre otras razones, que el proceso en cuya virtud se le condenó, no fue ni justo ni equitativo, y que había sido víctima de discriminación como consecuencia de su nacionalidad¹².

La decisión a este respecto del tribunal Ciadi fue muy interesante, ya que a pesar de no haber dado lugar a la demanda, por no haberse agotado todas las vías de recurso internas, reconoció la denegación de justicia llevada a cabo por la jurisdicción de Minnesota, y en consecuencia la violación del derecho de acceso a la justicia¹³. Así, el tribunal señaló que “[b]y any standard of measurement, the trial involving O’Keefe and Løwen was a disgrace. By any standard of review, the tactics of O’Keefe’s lawyers, particularly Mr Gary, were impermissible. By any standard of evaluation, the trial judge failed to afford Løwen the process that was due”¹⁴ y que «[i]n the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant”.

¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1996. p. 37.

¹¹ *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Estados Unidos*, Ciadi N° ARB (AF)/98/3, sentencia de 26 de junio de 2003.

¹² P. KAHN, “Investissements internationaux et droits de l’homme”, en F. HORCHANI, *Où va le droit de l’investissement? Désordre normatif et recherche d’équilibre*, Pedone, Paris, 2006, p. 99.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Lowen c. Estados Unidos*, cit. supra nota N° 11, § 119.

b) El impedimento de acceder al juez

Aun cuando impedir el acceso de un inversionista a la justicia constituya una denegación de justicia en sentido amplio, resulta más interesante tratarlo en forma separada, dada su posición temporal, anterior al inicio mismo del proceso. En este sentido, la imparcialidad y el proceso equitativo a los cuales toda persona tiene derecho no sirven de mucho si la posibilidad de acceso al juez no se encuentra garantizada¹⁵.

Un caso que ilustra de muy buena manera nuestra afirmación es el que opuso a la sociedad iraní NIOC e Israel, donde este último se negó a nombrar un árbitro para zanjar la diferencia (situación no comprendida en la cláusula compromisoria), impidiendo de esta forma que NIOC accediera a la justicia arbitral. A ello, debe agregarse que desde el fallo del caso *Manbar*¹⁶, la sociedad iraní quedó en una situación de imposibilidad total de acceder a cualquier jurisdicción arbitral, así como de solicitar la intervención tanto de jurisdicciones iraníes como israelitas.

Como la cláusula compromisoria a que hemos hecho referencia disponía que en caso de desacuerdo entre los dos árbitros acerca de la designación del árbitro presidente, este último tendría que ser designado por el presidente de la CCI de París, la sociedad NIOC acudió ante los tribunales franceses en busca de una decisión favorable a sus pretensiones.

Más allá de la decisión del tribunal de primera instancia¹⁷ que desechó la demanda, lo que nos interesa realmente son los fallos emitidos con posterioridad por la Corte de Apelaciones de París y por la Corte de Casación francesa. En este sentido, la primera estimó que la sociedad NIOC se encontraba efectivamente en la incapacidad de acceder a la justicia tanto israelí como iraní, y decidió intervenir señalando que si se negaba a hacerlo, incurriría en denegación de justicia, imponiendo por consiguiente a Israel la obligación de designar un árbitro dentro de un mes.

La Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones, señalando que en virtud de un lazo, aunque débil, con Francia, "la denegación de justicia, aunque no forme parte de las condiciones previstas por el artículo 1493 del Código de Procedimiento Civil, puede fundar la competencia de las jurisdicciones francesas, a condición que se respete el orden público internacional"¹⁸.

¹⁵ Vid. supra. Nota N° 2.

¹⁶ Fallo que consideró a Irán como Estado enemigo de Israel, impidiendo a los tribunales israelitas reconocer una sentencia pronunciada por tribunales iraníes o de conocer asuntos en los que sea parte un nacional iraní. Véase en este sentido, F. KAHN, op. cit. N° 12, p. 99.

¹⁷ Tribunal de Grande Instance.

¹⁸ Memo informativo, "L'actualité du contentieux", Baker & McKenzie, Paris, marzo, 2006, p. 6.

Así las cosas, falló diciendo que “la imposibilidad para una de las partes de acceder al juez, aunque sea un árbitro, encargado de resolver su pretensión, con exclusión de toda jurisdicción estatal, y de ejercer de este modo un derecho propio del orden público internacional consagrado por los principios del arbitraje internacional y el artículo 6 §1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, constituye una denegación de justicia que funda la competencia internacional del presidente del tribunal de primera instancia de París, en virtud de la misión de asistencia y cooperación del juez estatal a la constitución de un tribunal arbitral, por cuanto existe un nexo con Francia”¹⁹.

IV. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental que en materia de inversiones internacionales adquiere una dimensión especialmente significativa, ya que se enfrentarán intereses contrapuestos de la más alta importancia. Por una parte los intereses del Estado y de la población en general, y por otra, el legítimo derecho del inversionista a defenderse.

Ahora bien, por más legítimos que sean los intereses del Estado, destinados a proteger los derechos fundamentales de sus habitantes, nada puede justificar la anulación de un derecho fundamental por excelencia, como lo es el acceso a los tribunales para solicitar una sentencia, dictada en virtud de un proceso equitativo, que resuelva una controversia.

Pero debemos ser cautos y nunca perder de vista el hecho de que el acceso a la justicia se compone de dos etapas. En primer lugar, y como bien dijo la Corte de Estrasburgo, el acceso al juez es imprescindible, ya que el establecimiento de reglas que impongan la obligación de tramitar un juicio en forma equitativa y respetando el debido proceso, de poco o nada sirve, si no se garantiza el derecho de toda persona a entablar una acción u oponer una excepción en orden a defender sus derechos. Pero por otra parte, y como sentenció la Corte Constitucional de Colombia en 1994, “[e]l derecho de acceso a la justicia, que tiene el carácter de fundamental, implica no sólo la posibilidad de poner en movimiento a través de la formulación de una pretensión, la actividad jurisdiccional del Estado, sino la de obtener una pronta resolución de la misma, y que la decisión estimatoria de la pretensión logre su plena eficacia, mediante

¹⁹ “[L]’impossibilité pour une partie d’accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l’exclusion de toute juridiction étatique, et d’exercer ainsi un droit qui relève de l’ordre public international consacré par les principes de l’arbitrage international et l’article 6.1, de la Convention européenne des droits de l’homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d’assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d’un tribunal arbitral, dès lors qu’il existe un rattachement avec la France”. Cass. Civ. 1^{er}, N° 404, de 01 de febrero de 2005, publicada en Bull. 2005 I N° 53, p. 45.

el mecanismo de la ejecución de la respectiva sentencia, que tienda a su adecuado cumplimiento”²⁰.

Afortunadamente, en lo tocante a nuestro tema, la jurisdicción internacional ha ido sentando un interesante precedente en orden a proteger por cualquier medio posible, pero siempre respetando los principios del orden público internacional, este derecho del cual nadie puede ser privado.

Bibliografía

Obras Generales

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1996.

F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

Artículos

W. BEN AMIDA, “L'arbitrage face à un désordre procédural: La concurrence des procédures et les conflits de juridictions”, en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

R. BEN KHELIFA, “Le déni de justice en droit de l'investissement international: L'affaire Loewen c. les Etats-Unis d'Amérique”, en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

F. HORCHANI, “Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation”, *Journal du droit international*, N° 2, 2004.

P. KAHN, “Investissements internationaux et droits de l'homme”, en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006.

L. LIBERTI, “Investissements et droits de l'homme”, en P. KAHN & T. WÄLDE, *New aspects of international investment law*, Leiden, Nijhoff, 2007.

R. PELLOUX, “L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme”, *AFDI*, vol 21, 1975.

M. SORNARAJAH, “Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment”, in A. ANGHIE, B. CHIMNI, K. MICKELSON & O. OKAFOR, *The Third World and the International Order: Law, Politics and Globalization*, Leiden, 2003.

Otros textos

Memo informativo, “L'actualité du contentieux”, Baker & McKenzie, Paris, marzo, 2006.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-081 de 1994.

JURISPRUDENCIA

Corte Europea de Derechos Humanos

Golder c. Reino Unido, causa N° 4451/70, sentencia de 21 de febrero de 1975.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Villagán Morales y otros c. Guatemala (Caso Niños de la Calle), Serie C N° 63 § 234, sentencia de 19 noviembre de 1999.

Durand et Ugarte c. Perú, Serie C N° 68 § 101, sentencia de 16 agosto de 2000.

Cantoral Benavides c. Perú, Serie C N° 69 § 163, sentencia de 18 agosto de 2000.

Hilaire, Constantine, Benajmin y otros c. Trinidad & Tobago, Serie C N° 94 § 163, sentencia de 21 de junio de 2002.

Cantos c. Argentina, Serie C N° 97, sentencia de 28 noviembre de 2002.

Ciadi

The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Estados Unidos, Ciadi N° ARB (AF)/98/3, sentencia de 26 de junio de 2003.

Corte de Casación Francesa

Israel c. National Iranian Oil Company Society, Cass. Civ. 1era, N° 404, de 01 de febrero de 2005, publicada en Bull. 2005 I N° 53, p. 45.