

El acceso a la justicia a partir del mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC COL-USA*

Access to justice in the Resolution of Disputes mechanism established in the Col-USA Free Trade Agreement

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.43.7477>

Silvana Insignares Cera**

Universidad del Norte (Colombia)

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación financiado por USAID y HED con el apoyo de la Universidad de la Florida sobre “El Sistema de Solución de Controversias entre Colombia y Estados Unidos y su impacto en los microempresarios barranquilleros”, adelantado en el marco del Convenio 52355, desarrollado por Silvana Insignares Cera. Los contenidos de esta obra son responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente el punto de vista de USAID o del gobierno de los Estados Unidos.

** Doctora en Derecho de la Universidad de Valencia (España), maestría en Gestión del Comercio Internacional de la misma universidad. Especialista en procesos de integración regional de la Unión Europea y Latinoamérica de la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinadora del Área Estratégica en Comercio e Integración, directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, profesora investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte (Colombia) y miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP) de la misma universidad. *insignares@uni-norte.edu.co*

REVISTA DE DERECHO

N.º 43, Barranquilla, 2015

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Este artículo es el resultado de una investigación cuyo principal objetivo fue analizar el acceso a la justicia en el mecanismo de solución de controversia previsto en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos (TLC COL-USA) y su impacto en los sectores económicos colombianos. De esta forma, se analizó la temática a partir de la conceptualización teórica del acceso a la justicia construida a partir de la doctrina y de la jurisprudencia tanto colombiana como estadounidense, así como del análisis del Sistema de Solución de Controversias consagrado en el TLC y su relación con un agente del sector productivo colombiano específico como son los microempresarios.

Palabras clave: Tratado de Libre Comercio, solución de controversias, acceso a la justicia, debido proceso, microempresarios.

Abstract

This paper is the result of an investigation whose main objective was to analyze the access to justice in the dispute settlement mechanism provided for in the Colombia- United States- Free Trade Agreement (TLC COL-USA) and the impact for the Colombian economic sectors. From the theoretical conceptualization of access to justice built from the Colombian and American doctrine and jurisprudence, as well as analysis of the dispute settlement system embodied in TLC and its relationship to a specific agent of the Colombian productive sector are as microentrepreneurs.

Keywords: International Trade agreement, resolution of dispute, access to Justice, due process, micro-entrepreneurs.

Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2014

Fecha de aceptación: 19 de diciembre de 2014

INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1991 se instaura el Estado Social de Derecho en Colombia, y se consagra de manera taxativa el reconocimiento de varios derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el acceso a la justicia, el cual podría considerarse como uno de los derechos potencialmente vulnerables a partir de la implementación y puesta en marcha del TLC COL-USA, ya que se abre una ventana a la aplicación de instancias y jurisdicciones internacionales desconocidas para la mayoría del sector económico colombiano, como lo es el microempresarial.

Esto es un claro ejemplo de la estrecha relación que existe entre el Derecho y los intereses económicos; en la que la intención primordial es lograr una armonía entre estos para que efectivamente a través de la liberalización económica se logre fortalecer el desarrollo económico de los pueblos. En este sentido, los tratados de libre comercio (TLC) se convierten en una herramienta que fomenta el desarrollo económico entre los Estados, a partir del establecimiento de reglas claras y permanentes; tal y como lo señalan Linares Arciniega y Segura Morales (2009), el TLC, como instrumento comercial, es “un acuerdo mediante el cual dos o más países reglamentan de manera comprensiva sus relaciones comerciales, con el fin de incrementar los flujos de comercio e inversión y, por esa vía, su nivel de desarrollo económico y social”. Adicionalmente, “Los TLC contienen normas y procedimientos tendientes a garantizar que los flujos de bienes, servicios e inversiones entre los países que suscriben dichos tratados se realicen sin restricciones injustificadas y en condiciones transparentes y predecibles”.

En virtud de lo anterior me permito plantear la discusión en torno a un tema específico de los TLC: el relacionado con la posible vulneración del derecho del acceso a la justicia a partir de la implementación del Sistema de Solución de Controversias consagrado en el mismo. Pues si bien es cierto que en el ámbito internacional son los Estados los que suscriben los acuerdos económicos, es en la sociedad civil en general sobre la cual recaen los efectos de los mismos, siendo estos los principales agentes en el ámbito económico, por lo que los Estados deberán establecer los medios necesarios para que los particulares puedan ele-

var sus peticiones ante las respectivas instancias generadas a partir de los efectos negativos que puedan derivarse del proceso de intercambio económico.

Teniendo en cuenta lo anterior, entre los agentes económicos que se encuentran en el Estado colombiano encontramos el sector microempresarial, el cual representa un porcentaje considerable en la distribución de los distintos factores productivos del comercio y la economía colombiana¹. Por lo cual a partir de esta investigación se pretenderá evidenciar el estado actual del derecho de acceso a la justicia en la relación con el Sistema de Solución de Controversias contemplado en el TLC, presentando al sector microempresarial colombiano como una población jurídicamente vulnerable, a la cual el Estado colombiano no le está garantizando el acceso a la justicia con la implementación del Sistema de Solución de Controversias previsto por el TLC COL-USA.

Con el objetivo de sustentar lo anterior, en primer lugar se presenta la fundamentación y conceptualización del acceso a la justicia tanto en el derecho colombiano como en el norteamericano, con el fin de establecer sus diferencias y relaciones en la comprensión del mismo en los diferentes ordenamientos jurídicos; seguidamente se analizará el desarrollo jurisprudencial del acceso a la justicia en el ordenamiento jurídico colombiano como derecho fundamental; este análisis constitucional permitirá comprender el alcance de este derecho en Colombia para lograr evidenciar cómo puede verse afectado por parte de las instancias internacionales, en especial por las previstas en el TLC COL-USA; para terminar, se presentarán los posibles sectores afectados por la implementación del Sistema de Solución de Controversias, previsto en el texto final del TLC COL-USA, en su derecho fundamental al acceso a la justicia.

¹ El sector microempresarial representa en Colombia aproximadamente el 80 % del empresario nacional (Cala Hedrich, 2005). Véase anexo 1.

El acceso a la justicia: visión desde el ordenamiento jurídico colombiano y estadounidense

El acceso a la justicia ha tenido distintos debates en torno a su contextualización, debido a que, por una parte, es considerado como un derecho fundamental y, por otra, se estima que es un elemento material de procedimiento. En este sentido, es necesario determinar que en el caso de aplicarse como derecho, el Estado debe velar por su protección, y si estamos frente al procedimiento, debe incorporarse en cada etapa procesal.

En palabras de Cappelletti y Garth (1996), el derecho del acceso a la justicia puede entenderse bajo dos propósitos básicos: el primero, relacionado con un sistema de justicia accesible para todos, y el segundo, en torno a los resultados, los cuales deben ser social e individualmente justos. Así las cosas, el acceso a la justicia tiene un fuerte componente de servicio, pues debe ser el camino que une al individuo con el sistema judicial.

De la misma manera, la relación que existe entre el acceso a la justicia y la realización del mismo a partir de instrumentos jurídicos y disposiciones constitucionales es lo que hace que este sea elevado a la categoría de derecho. En palabras de Zapata Bello (2001),

...el definir a la justicia como un concepto operativo nos conduce a concebirla más allá del principio valor, como un concepto que debe ir acompañado, obligadamente, para su realización de los implementos jurídicos y de los dispositivos institucionales para lograr su concreción en las relaciones sociales. Es acá donde entra el concepto de acceso a la justicia como derecho.

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el acceso a la justicia ha sido ampliamente analizado por ser parte de los lineamientos establecidos en la Carta Democrática Interamericana. En este sentido, se plantearon una serie de buenas prácticas para superar las barreras de acceso a la justicia en las Américas; entre las cuales se encuentran la necesidad de identificar las causas que puedan ser

llevadas ante sistemas particulares de solución de controversias, mecanismos que permitan conocer los problemas de acceso a la justicia de la población vulnerable, entre otros. Así las cosas, con base en los informes de la OEA se ha trabajado a partir del concepto de acceso a la justicia, entendido como aquel “que no se restringe –aunque lo comprende– al derecho a acceder al sistema estatal de justicia, sino que abarca todo mecanismo de satisfacción de nuestras necesidades de dilucidación jurídica”(OEA, 2007). Igualmente, a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha consagrado la conexidad que existe entre el acceso a la justicia y el debido proceso y sobre la necesidad de establecer mecanismos para efectivizar la aplicación de los recursos. En este sentido, la Comisión en un informe ha señalado que

Es vasta la jurisprudencia de los órganos del SIDH sobre la vigencia de las garantías judiciales en todo proceso en que esté en juego el contenido y alcance de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, se ha identificado una importante conexión entre la efectiva posibilidad de acceder a la justicia y el respeto, protección y garantía del debido proceso legal en procesos de índole social. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007)

Asimismo, en el ámbito internacional encontramos que el acceso a la justicia ha sido considerado como aquel que se extiende más allá del ámbito de acceso formal, sino que se encuentra dotado de un contenido jurídico propio para obtener justicia; de aquí que es considerado como un derecho independiente para obtener los fines de justicia (Conçado Trindade, 2003).

En virtud de lo anterior, en esta investigación se abordará desde la perspectiva del ordenamiento jurídico colombiano el análisis del acceso a la justicia como derecho fundamental, al haberlo concebido como tal la Constitución Política de 1991, y la interpretación de la misma que ha realizado la Corte Constitucional colombiana; y frente a la visión del sistema legal norteamericano como parte del derecho del debido proceso, al ser la visión que las autoridades jurisdiccionales le han entregado al mismo.

Ahora bien, frente al acceso a la justicia como aquel que se encuentra inmerso en el debido proceso, el derecho norteamericano desde la consolidación y puesta en marcha de los principios democráticos considera que no es posible hablar de democracia sin la confianza de sus ciudadanos en las instituciones internas. Tan es así, que la necesidad de brindar a los ciudadanos un procedimiento judicial transparente dio lugar al establecimiento de la sexta enmienda². Así las cosas, un fácil acceso a los tribunales evitará que los individuos apliquen justicia por sus propias manos (Grey, 2004). En este sentido, el acceso a la justicia podría entenderse a partir de una dualidad: por una parte se encuentra la “igual protección de la ley”³, que no podrá denegarse a ninguna persona y, por otro lado, la no discriminación⁴ por parte de los tribunales.

Sin embargo, el desarrollo del concepto en el ámbito norteamericano ha definido que el acceso a la justicia se contempla como un elemento del debido proceso, en el que los elementos procedimentales de la aplicación de la normatividad americana, así como del acceso a sus tribunales, cobran importancia. Por tanto, puede entenderse que la aplicación de la cláusula al debido proceso describe los límites de los principios fundamentales de la libertad y la justicia, que deben estar presentes en los procedimientos que se llevan a cabo en todas las instituciones públicas⁵.

² “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que se haya cometido el delito, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que le defienda”. Lo cual podría entenderse que hace parte de lo que se conoce como debido proceso (*due process*).

³ *Equal protection clause*.

⁴ Para mayor información sobre el desarrollo y evolución del principio de no discriminación y la aplicación de la igualdad de la ley a todas las personas, véase Martín Vida (2003).

⁵ “The due process clause prescribed “the limits of those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions. ... It follows that any legal proceeding enforced by public authority, whether sanctioned by age and custom, or newly devised in the discretion of the legislative power, in furtherance of the general public good, which regards and preserves these principles of liberty and justice, must be held to be due process of

Respecto a la consideración del acceso a la justicia como derecho fundamental encontramos un amplio desarrollo del mismo a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, que en su artículo 229 consagra el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia. Adicionalmente, al realizar una interpretación sistemática del preámbulo y de los artículos 2, 29, 228 de la Constitución encontramos unos mandatos específicos que se fundamentan en el acceso a la justicia. Así las cosas, no sería posible hablar de un orden político, económico y social justo sin que las personas puedan hacer uso de sus derechos y que el Estado garantice el acceso a la justicia (Moreno Ortiz, 2000).

Adicionalmente, dentro del marco legal encontramos la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia n° 270 de 1996 y una amplia jurisprudencia colombiana⁶, que se ha encargado de establecer doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a la justicia como derecho fundamental.

De esta manera, el acceso a la justicia nos lleva a determinar una serie de elementos necesarios para la conformación del mismo; entre los cuales encontramos “ a) un ente ante el cual pueda hacerlo, b) un marco normativo que regule la forma de hacerlo, c) un procedimiento que permita arribar a una decisión que tenga la capacidad de ser imponible, y d) un ente que tenga la capacidad de hacer cumplir la decisión” (Moreno Ortiz, 2000). En el caso colombiano, ese se traduce en la posi-

law”. Concepto que ha sido desarrollado por la Corte a través de diferentes casos, como the Court. E.g., *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908); *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934). (Cornell University Law School, 1962).

⁶ Para mayor información véase: Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-006 de 1992; C-543 de 1992; C-544 de 1992; C-572 de 1992; T-597 de 1992; C-599 de 1992; T-043 de 1993; T-173 de 1993; T-320 de 1993; T-348 de 1993; T-368 de 1993; T-440 de 1993; C-444 de 1993; T-171 de 1994; T-172 de 1994; T-231 de 1994; T-275 de 1994; T-329 de 1994; C-351 de 1994; C-416 de 1994; T-067 de 1995; C-084 de 1995; C-179 de 1995; T-190 de 1995; C-307 de 1996; T-286 de 1996; SU-091 de 2000; C-393 de 2000; C-893 de 2001; C-1149 de 2001; C-228 de 2003; C-095 de 2003; C-1049 de 2004; C-998 de 2004; T-363 de 2005; C-059 de 2005; C-276 de 2006; C-030 de 2006; C-222 de 2006; T-114 de 2007; C-183 de 2007; T-766 de 2008; T-743 de 2008; C-378 de 2008; C-241 de 2009; C-667 de 2009; T-957 de 2010; T-345 de 2010; C-368 de 2011; T-647 de 2011; C-715 de 2012; C-315 de 2012; C-438 de 2013; T-034 de 2013; C-085 de 2014; C-287 de 2014.

bilidad que tienen nuestros jueces y tribunales a partir del conocimiento de las distintas acciones constitucionales de administrar justicia.

Este derecho ha sido objeto de críticas en cuanto a los denominados obstáculos generados en su implementación; así las cosas, encontramos que algunos autores señalan que existen barreras que deben superarse para hablar de un efectivo acceso a la justicia, como serían el costo de los abogados y del proceso en general; el tiempo, las reclamaciones pequeñas o pequeñas causas; diferencias de poder entre las partes en el proceso; la situación económica de las partes; los intereses difusos⁷, entre otros⁸. Con otras palabras,

Los obstáculos creados en nuestros sistemas jurídicos son más pronunciados para las reclamaciones pequeñas y los individuos aislados, en especial para los pobres; al mismo tiempo, las ventajas son para los <que tienen>, sobre todo para las organizaciones litigantes aptas para utilizar el sistema legal y aprovecharlo en interés propio. (Cappelletti & Garth, 1996)

Por otra parte, ciertas dificultades se encuentran enmarcadas específicamente en cuanto a la interpretación que en algunas ocasiones la misma Corte Constitucional de Colombia ha asumido frente el entendimiento del acceso a la justicia como un servicio público, además de un derecho fundamental, lo cual en palabras de Acosta Alvarado (2010) dificulta la elaboración de adecuadas políticas públicas que fomenten y faciliten el acceso a la justicia. Por tanto, debe entenderse que la administración de justicia es realmente un servicio público⁹ y el acceso a

⁷ “Son intereses colectivos, como la protección del aire limpio o la protección de los consumidores... El interés de cada quien para remediarlo es demasiado pequeño para **inducirlo a emprender una acción**” (Cappelletti & Garth, 1996, p. 86).

⁸ Para mayor información sobre los obstáculos a un acceso efectivo véase Cappelletti y Garth (1996).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. “En este sentido, es claro que la administración de justicia es una función pública estatal de naturaleza esencial, porque aparte de ser una actividad estatal continua e ininterrumpida [...] configura unos de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente

la justicia un derecho fundamental bajo los preceptos establecidos tanto por la Constitución colombiana como por la doctrina constitucional.

Las dos visiones del acceso a la justicia: la que lo enmarca como un derecho fundamental (visión colombiana) y la que lo contempla como una parte del derecho al debido proceso legal (óptica estadounidense), más las vicisitudes internas despertadas en cada una de estas perspectivas, son las situaciones que se presentan en torno a la relación entre los particulares de un Estado y su acceso a los mecanismos establecidos en el Sistema de Solución de Controversias de las instancias internacionales.

2. ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL, VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La conceptualización y fundamentación del acceso a la justicia ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional, que lo ha definido como un derecho fundamental. En este sentido, encontramos que se pueden identificar cuatro aspectos claves que han sido el eje central de desarrollo de la jurisprudencia constitucional colombiana respecto a la conceptualización del acceso a la justicia como derecho fundamental: (i); el análisis de cada uno de los elementos que hacen parte del mismo (ii); la finalidad o alcance del derecho (iii); y la aplicación del acceso a la justicia en los mecanismos de solución de controversias (iv).

y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas en general, en virtud de los cuales se discute la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente”.

Respecto a la conceptualización del acceso a la justicia¹⁰ como derecho fundamental¹¹, la Corte en reiteradas sentencias ha apuntado la necesidad de comprender que el acceso a la justicia tiene un contenido real, el cual requiere de una garantía efectiva de que los procesos se surtan según lo establecido por las normas jurídicas internas. Adicionalmente, le asigna el carácter de tener un núcleo esencial¹², el cual es indiscutible. Por tanto, encontramos que a partir de la Sentencia C-1195/2001 (M. P.: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte define el acceso a la justicia como

El derecho a acceder a la justicia también guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que *“no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”*.

De la misma manera, mediante Sentencia C-334/2012 (M. P.: Mauricio González Cuervo) la Corte recurre al artículo 229 de la Constitución

¹⁰ Véase también Sentencia C-599 de 1992, en la cual la Corte Constitucional reiteró que “El acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso, el cual consiste no solamente en poner en movimiento el aparato jurisdiccional, a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal, sino en que se surtan los trámites propios del respectivo proceso, se dicte sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda y que ésta sea efectivamente cumplida” (Sentencia T-268/1996, M. P.: Antonio Barrera Carbonell).

¹¹ Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido de manera reiterativa (sentencias C-059 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; C-544 de 1993, M. P.: Antonio Barrera Carbonell; T-538 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037/96, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; T-268/96, M. P.: Antonio Barrera Carbonell; C-215/99, M. P. (E): Martha Victoria Sáchica Méndez; C-163/99, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; SU-091/00, M. P.: Álvaro Tafur Galvis; y C-330/00, M. P.: Carlos Gaviria Díaz) que el derecho a acceder a la justicia es un derecho fundamental que, además, forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia T-268/96, M. P.: Antonio Barrera Carbonell. En este fallo, la Corte sostuvo que el “acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”).

¹² Véase Sentencia C-084 de 1995.

para reafirmar que en este se encuentra consagrado la garantía del acceso a la justicia, pero continúa señalando que para lograr su efectividad es necesario la

... remoción de barreras culturales, económicas, geográficas o administrativas para el ejercicio del derecho de acción ante la organización judicial. De otra parte, supone también la realización del derecho a la resolución justa y oportuna de conflictos de intereses jurídicamente tutelados.

De la misma manera, continúa la Corte relacionando lo preceptuado por la Constitución en su artículo 29 en concordancia con los principios de celeridad y eficiencia consagrados en la Ley 270/96, artículos 4 y 7.

La consagración como derecho implica garantías por parte de la autoridad judicial para proteger el derecho controvertido y asegurará su realización, ya fuere en contra del Estado o de los particulares. Por ello, el artículo 1° de la Ley 270 de 1996 dispone que la Administración de Justicia es la parte de la función pública “encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, *garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional*”¹³.

Continúa la Corte manifestando en la sentencia mencionada que es necesario el compromiso de los servidores públicos con la realización de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y, en consecuencia, recordó a los jueces su deber de adoptar decisiones serias, eficientes y eficaces, en orden a la protección cierta y efectiva de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y libertades.

Agrega la decisión:

Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en

¹³ Sentencia T-025/2007.

la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos. (Sentencia T-025/2007¹⁴).

¹⁴“4.2 Los artículos 10 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevén que todas las personas tienen derecho a acceder a la justicia, en condiciones de igualdad y a obtener de tribunales independientes e imparciales pronunciamientos definitivos en la determinación de sus derechos y obligaciones, sin dilaciones indebidas”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, en su artículo 8° prevé 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 carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. (“La enumeración contenida en esta cláusula ha sido interpretada como una nómina de garantías mínimas no taxativas. De este modo, se ha considerado que existen otras garantías reconocidas en el derecho interno de los Estados que, si bien no están incluidas explícitamente en el texto de la Convención, igualmente se encuentran amparadas por el contenido amplio del inciso 1 del artículo 8 de la Convención” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1995. Res. 5/96. Caso 10.970 Perú). Por ello la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas, entre otras previsiones, dispone que “las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes ordenarán y ejecutarán todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea la de garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual”. (La Convención sobre Medidas Cautelares fue adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, reunida en Montevideo el 5 de agosto de 1979. Ley 42 de 1986). Instrumento internacional que comprende “todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro, en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”.

Por tanto, la Corte dentro de la contextualización del acceso a la justicia como derecho fundamental ha tenido en cuenta una definición desde el aspecto formal y material. En el ámbito formal, la Corte ha determinado que existe una relación entre el principio constitucional de celeridad y el derecho fundamental al acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución) con base en el concepto material –no formal– de acceso a la justicia que implantó la Constitución de 1991. Estos calificativos han sido usados para señalar que un acceso a la justicia formal consistiría, simplemente, en “la facultad del particular de acudir físicamente ante la Rama Judicial –de modo que se le reciban sus demandas, escritos y alegatos y se les dé trámite”– (Sentencia T-292 de 1999), mientras que en un sentido material, el acceso a la justicia significa, entre otras cosas, el derecho a que el conflicto planteado a la administración de justicia sea resuelto de manera pronta (sentencias T-1171 de 2003 y T-084 de 2004)”.

Asimismo, en sentido material, la Corte Constitucional lo ha expuesto el acceso a la justicia como una garantía de la efectividad real del acceso, de manera que la corporación ha expresado:

La jurisdicción no cumple con la tarea que le es propia, si los procesos se extienden indefinidamente, prolongando de esta manera, la falta de decisión sobre las situaciones que generan el litigio, atentando así, gravemente contra la seguridad jurídica que tienen los ciudadanos. La administración de justicia, no debe entenderse en un sentido netamente formal, sino que radica en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera la resolución de un proceso, la obtenga oportunamente. ... Así las cosas, vale decir, que una decisión judicial tardía, constituye en sí misma una injusticia, como quiera que los conflictos que se plantean quedan cubiertos por la incertidumbre, con la natural tendencia a agravarse¹⁵.

Es por esta doble relación que la Corte Constitucional ha expresado que “la justicia que se demanda a la autoridad judicial a través del dere-

¹⁵ Cfr. Sentencia T-577 de 1998. En el mismo sentido las sentencias T-190 de 1995, T-546 de 1995, T-450 de 1998, C-181 de 2002, T-366 de 2005 y T-753 de 2005.

cho público abstracto de la acción, o de la intervención oficiosa de aquélla, se haya rodeada de una serie de garantías constitucionales...”, entre las cuales se encuentran “la garantía de la celeridad en los procesos judiciales” y

... la garantía de acceso a la administración de justicia, que no sólo implica la ejecución de los actos de postulación propios para poner en movimiento el aparato jurisdiccional, sino igualmente la seguridad del adelantamiento del proceso, con la mayor economía de tiempo y sin dilaciones injustificadas, y la oportunidad de una decisión final que resuelva de mérito o de fondo la situación controvertida. (Art. 229 C.P.)¹⁶

Con otras palabras, es “parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos”¹⁷.

Los anteriores pronunciamientos constitucionales nos permiten evidenciar que en el caso colombiano la Corte Constitucional ha adoptado la misma figura que el derecho norteamericano en cuanto la inclusión del debido proceso dentro del acceso a la justicia; ahora bien, la diferencia sustancial se mantiene en cuanto que para el caso colombiano estamos en presencia de un derecho fundamental que tiene existencia *per se*, es decir, puede ser exigible de manera directa ante las autoridades jurisdiccionales colombiana; mientras que para el caso norteamericano es un elemento de carácter procesal, y la exigibilidad del mismo dependerá de este¹⁸.

¹⁶ Sentencia C-416 de 1994. En igual sentido las sentencias T-1171 de 2003 y T-084 de 2004.

¹⁷ Sentencia C-037 de 1996. En igual sentido las sentencias C-100 de 2001 y C-713 de 2008.

¹⁸ A continuación se relacionan, a manera de ejemplo, casos sustanciados ante Cortes norteamericanas en los que se analiza la aplicación y alcance de la cláusula del debido proceso en relación con el acceso a la justicia, y cómo esta hace parte de un Estado que basa sus principios en el Derecho. “It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply imbedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due Process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just.” (Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9, 16 (1950) (Justice Frankfurter dissenting). Due process is violated if a practice or rule “offends some principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental”. Snyder v. Massachusetts, 291

Ahora bien, dentro de los elementos que hacen parte del acceso a la justicia, la Corte Constitucional, además de haber delimitado los aspectos materiales y formales del mismo, se ha encargado de recalcar la necesidad de comprender que este derecho tiene una estrecha relación con el derecho a la igualdad. Encontramos de esta manera que mediante Sentencia C-250/2011 (M. P.: Mauricio González Cuervo) la Alta Corporación manifiesta que

U.S. 97,105 (1934).) The content of due process is “a historical product” (Jackman v. Rosenbaum Co., 260 U.S. 22, 31 (1922)) that traces all the way back to chapter 39 of Magna Carta, in which King John promised that “[n]o free man shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.” (Text and commentary on this chapter may be found in W. McKechnie, *Magna Carta - A Commentary on the Great Charter of King John 375-95* (Glasgow, 2d rev. ed. 1914). The chapter became chapter 29 in the Third Reissue of Henry III in 1225. *Id.* at 504, and see 139-59. As expanded, it read: “No free man shall be taken or imprisoned or deprived of his freehold or his liberties or free customs, or outlawed or exiled, or in any manner destroyed, nor shall we come upon him or send against him, except by a legal judgment of his peers or by the law of the land.” See also J. Holt, *Magna Carta 226-29* (Cambridge: 1965). The 1225 reissue also added to chapter 29 the language of chapter 40 of the original text: “To no one will we sell, to no one will we deny or delay right or justice”. This 1225 reissue became the standard text thereafter). The phrase “due process of law” first appeared in a statutory rendition of this chapter in 1354. “No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law”. (28 Edw. III, c. 3. See F. Thompson, *Magna Carta - Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629*, 86-97 (1948), recounting several statutory reconfirmations. Note that the limitation of “free man” had given way to the all-inclusive delineation). Though Magna Carta was in essence the result of a struggle over interest between the King and his barons, this particular clause over time transcended any such limitation of scope, and throughout the fourteenth century parliamentary interpretation expanded far beyond the intention of any of its drafters. The understanding which the founders of the American constitutional system, and those who wrote the due process clauses, brought to the subject they derived from Coke, who in his *Second Institutes* expounded the proposition that the term “by law of the land” was equivalent to “due process of law”, which he in turn defined as “by due process of the common law,” that is, “by the indictment or presentment of good and lawful men . . . or by writ original of the Common Law”. () The significance of both terms was procedural, but there was in Coke’s writings on chapter 29 a rudimentary concept of substantive restrictions, which did not develop in England because of parliamentary supremacy, but which was to flower in the United States.

The term “law of the land” was early the preferred expression in colonial charters and declarations of rights, which gave way to the term “due process of law,” although some state constitutions continued to employ both terms. Whichever phraseology was used, the expression seems generally to have occurred in close association with precise safeguards of accused persons, but, as is true of the Fifth Amendment here under consideration, the provision also suggests some limitations on substance because of its association with the guarantee of just compensation upon the taking of private property for public use” (Cornell University Law School, 1962).

El artículo 229 de la Constitución Política contempla de manera explícita el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, prerrogativa que incorpora la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de acudir, en condiciones de igualdad, ante los órganos de investigación, los jueces y los tribunales de justicia, ya sea para demandar la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, o para propugnar por la integridad del orden jurídico con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos, con plena observancia de las garantías sustanciales y adjetivas previstas en la ley.

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene una significación múltiple y compleja. Por una parte, constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y contribuye a la realización material de los fines esenciales e inmediatos del Estado. En otro sentido, se configura como un derecho fundamental de aplicación inmediata (cfr., entre otras, las sentencias T-006/92, C-059/93, T-538/94, C-037/96, C-215/99 y C-1195/2001), que forma parte del núcleo esencial del debido proceso e implica: (i) la existencia en el ordenamiento jurídico, de diversos mecanismos judiciales –acciones y recursos– para la efectiva resolución de los conflictos; (ii) la posibilidad de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, por parte de todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones; (iii) el derecho a que la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas, y que esta se produzca dentro de un plazo razonable; (iv) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso¹⁹.

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-046/93 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-093/93 (M. P.: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero), C-301/93 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-544/93) (M. P.: Antonio Barrera Carbonell, T-268/96 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell), C-742/99 (M. P.: José Gregorio Hernández). De la misma manera, *En relación con el derecho de participación y el derecho de acceso a la justicia, la jurisprudencia de la Corte ha manifestado que son materias de configuración legal, cuyo diseño y condiciones corresponde establecerlos al Legislador en ejercicio de su cláusula general de competencia, para lo cual goza de “de un amplio margen*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha considerado que el acceso a la justicia como derecho fundamental se les debe garantizar a todas las “personas”; en este caso entendemos que su alcance no se limita a las personas naturales ciudadanos del Estado colombiano, sino que, por el contrario, se hace extensivo tanto a las personas jurídicas como a los extranjeros²⁰.

de configuración tan sólo limitado por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales” (Sentencia C- 426 de 2002, C-428/2002 y C-1043/2000). Con todo, tal potestad legislativa de configuración no puede consistir en regulaciones excesivas o irrazonables que se conviertan en obstáculos a la efectividad de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y participación en las decisiones que afectan a las personas.

²⁰ Frente a la garantía del derecho al acceso a la justicia tanto para los nacionales colombianos como para los extranjeros, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-622 de 2013 (M. P.: Mauricio González Cuervo) preceptuó que “La situación de los extranjeros admite ser comparada con la de los nacionales colombianos, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta, prima facie puede predicarse una igualdad entre unos y otros, ya que el precepto superior al disponer que **todas las personas tienen derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades, prohíbe expresamente establecer discriminaciones, entre otros motivos, por razones de origen nacional.** Sin embargo, el aludido mandato no significa que el legislador esté impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen”. (La negrilla no es del texto original).

En cuanto al acceso a la justicia como derecho fundamental de las personas jurídicas, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-360 de 1996 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) señaló que “Esta Corporación ha sostenido la posibilidad de que, en determinados eventos, las personas jurídicas e incluso las personas jurídicas de derecho público, puedan ser titulares de derechos fundamentales. Ciertamente para que ello ocurra, se requiere, en primer término, que así lo permita la naturaleza del derecho objeto de la vulneración o amenaza, y, en segundo lugar, que exista una relación directa entre la persona jurídica que alega la vulneración y una persona o grupo de personas naturales, virtualmente afectado (...)”.

Las personas jurídicas de derecho público pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales cuya naturaleza así lo admita y, por lo tanto, están constitucionalmente habilitadas para ejercerlos y defenderlos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico”. (La negrilla no es del texto original).

Asimismo, la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-317 de 2013 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt) conceptuó que “La jurisprudencia ha hecho distinción respecto de los derechos fundamentales de los cuales puede ser titular una persona jurídica, señalando que algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana y, por tanto, aquellas no estarían legitimadas para recurrir a su amparo. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o al derecho a la intimidad familiar. Tampoco son titulares del derecho a la dignidad humana, ni de los derechos a la intimidad personal y a la honra, los cuales “solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad”. Bajo ese entendido, se ha dicho que una **persona jurídica tiene derecho a la**

En cuanto a la finalidad del derecho del acceso a la justicia, la Sentencia C- 1195/2001²¹ recurre a la aplicación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para señalar que el alcance del mismo requiere de procedimientos idóneos y eficaces que logren la resolución pacífica de los conflictos. En este sentido, encontramos que el papel del juez es clave para la correcta aplicación del derecho fundamental, por tanto, la decisión debe ser correcta para proteger los derechos afectados²².

Por otra parte, respecto a la aplicación del acceso a la justicia en los mecanismos de resolución de conflictos, la Sentencia C-1195/2001 estipula que los mecanismos alternos para la solución de controversias, entre

igualdad, a la inviolabilidad de domicilio, petición, debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva". (La negrilla no es del texto original).

²¹ "El derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que:

"(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla".

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos para definir cuándo no existe recurso judicial efectivo:

"... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial".

En conclusión, para la Corte resulta claro que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales".

²² Véase Corte Constitucional, sentencias T-43 de 1993; T-239-1994; C-368 de 2011; T-647 de 2011; T-034 de 2013; C-085 de 2014.

los cuales se encuentran la conciliación y la mediación, deben servir no solo para descongestionar los despachos judiciales sino como un instrumento eficaz para garantizar el acceso a la justicia; incluso en el referido pronunciamiento también parece reafirmar el carácter político del mismo, al mencionar que esto hace parte de las reformas a la justicia.

Mediante Sentencia C-330/2000 la Corte analizó la administración de justicia en cabeza de los particulares. En este sentido afirmó:

El desarrollo legal de la institución arbitral²³ tiene un claro fundamento constitucional –ya referido–, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares. Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación **en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas**; por otro lado, en razón de que los árbitros –como los jueces ordinarios– deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sometidos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia, y, por tanto, no puede decirse que la utilización del arbitramento constituye un atentado al principio que asegura pronta

²³ “4.2.1. La justicia arbitral es onerosa. Por ello, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que, frente a la administración de justicia propiamente estatal, el arbitramento debe tener un carácter excepcional, y la “habilitación de las partes” que exige la Constitución para que proceda, ha sido interpretado en el sentido de que en todos los casos debe ser expresa, manifiesta y libre la voluntad de las partes de acudir a ella. Las disposiciones que restringen o limitan esa libertad, o que hacen obligatorio el mecanismo desatendiendo el principio de voluntariedad, son contrarias a la Constitución, y así lo ha declarado la Corte en varias ocasiones.

En la Sentencia SU-174/07 se hizo un detallado recuento de todos los casos en los que la Corte ha declarado inexecutable normas legales que imponían la obligación de acudir a la justicia arbitral sin que ello dependiera de la voluntad de las partes involucradas. Así lo hizo en casos relativos a las empresas de servicios públicos (C-242/97), a los contratos para créditos de vivienda con entidades financieras (C-1140/00), y a las relaciones entre los concesionarios de televisión y las empresas de servicios públicos para el uso de infraestructura pública (C-060/01). También fueron declaradas inexecutable normas que atribuían funciones propiamente jurisdiccionales a los Centros de Arbitraje dentro de la etapa pre-arbitral, porque la Corte consideró que tal atribución de funciones no emanaba directa o tácitamente de la voluntad de las partes en conflicto (C-1038/02)”. Para mayor información véase Sentencia C-014/2010 (M. P.: Mauricio González Cuervo).

y cumplida justicia para todos los ciudadanos. A esto debe sumarse el hecho en virtud del cual, el acuerdo de voluntades del que surge la jurisdicción arbitral, tiene límites bien definidos, puesto que tras la apariencia de un consenso libremente adoptado, **no puede entorpecer el acceso a la justicia, el desconocimiento de derechos irrenunciables de alguna de las partes, o la violación de principios esenciales del orden social como la seguridad jurídica o la igualdad de oportunidades.** (La negrilla no es del texto original).

Por tanto, si bien nos encontramos ante un acuerdo de voluntades producto de la jurisdicción arbitral, no podemos olvidar que este tiene límites definidos en cuanto al respeto de los derechos fundamentales, los cuales no pueden ser renunciados por las parte como garantía de la *seguridad jurídica y la igualdad de oportunidades*.

Esta relación que se establece entre el derecho de acceso a la justicia y la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos es una materia a la que la Corte Constitucional ya se ha referido en jurisprudencia reiterada²⁴, como es el caso de las sentencias T-572 de 1992

²⁴ "El derecho a acceder a la justicia es fundamental, pues forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, como quiera que 'no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso' (Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 1996. M. P.: Antonio Barrera Barbonell). Por consiguiente, los acuerdos entre particulares que restrinjan definitivamente el derecho de acceso a la justicia están proscritos constitucionalmente, ya sea que estos prohíban de manera absoluta acudir a la justicia ordinaria o por medio de la imposición de sanciones o cargas desproporcionadas e irrazonables que imposibilitan el acceso a la jurisdicción. Por tal motivo, carece de licitud todo pacto contra la ley, **pues los contratantes no pueden comprometerse a la forzada renuncia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Siendo ilícito su objeto, no son válidas las cláusulas contractuales que contrarían normas imperativas de la ley y, por supuesto, de la Constitución** (Sentencia T-544 de 1995. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo). (La negrilla no es del texto original).

No obstante, la garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador. Al respecto, esta Corte ha dicho que 'es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales, los cuales –no sobra aclararlo– no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia' (Sentencia C-037 de 1996. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa). Un obvio interrogante surge: ¿hasta qué punto puede la ley obligar a una persona a renunciar a acceder a la administración de justicia a fin de que resuelva

(M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein), T- 572 de 1994 y C-059 de 1993 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero), C-544 de 1993 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell) y T-538 de 1994 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Puede decirse entonces que si bien la Corte ha avalado, en desarrollo de la Carta Política, la existencia de la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, su aplicación no puede hacerse al precio de desconocer los derechos fundamentales de las partes que se enfrentan en un litigio *-i.e.* el acceso a la justicia-. Tampoco puede suponerse que la promoción constitucional y legal de medios alternativos para la solución de controversias significa que el arbitramento es una figura privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que esta deba ser sustituida o reducida en su campo de acción²⁵.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha permitido que el acceso a la justicia sea un derecho protegido vía la utilización de la acción de tutela²⁶. Con otras palabras: “La Corte Constitucional ha calificado por

su litigio por un mecanismo alternativo?

Para responder a ese interrogante, es necesario armonizar, con base en los principios constitucionales, los mandatos contenidos en el artículo 116 de la Carta, que prevé los mecanismos alternativos, y el artículo 229, que garantiza a toda persona el derecho a acceder a la administración de justicia. Así las cosas, y teniendo en cuenta que Colombia es una democracia participativa (CP art. 1º), bien puede la ley favorecer que sean las propias personas quienes solucionen directamente sus problemas, por ejemplo estableciendo que éstas deben intentar previamente la conciliación de sus diferencias antes de acudir ante los jueces. En efecto, si esa instancia consensual permite que las partes enfrentadas acuerden una solución satisfactoria para su litigio, en nada se ha vulnerado el derecho de acceder a la justicia ya que las personas han accedido a una solución justa para su controversia. Sin embargo, en la medida en que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia, estos estímulos legales al uso de los mecanismos alternativos de solución de los **conflictos no pueden llegar al extremo de bloquear o afectar de manera desproporcionada la posibilidad de una persona de llevar su controversia ante los jueces**”(Sentencia C-163 de 1999. M. P.: Alejandro Martínez Caballero). (La negrilla no es del texto original).

²⁵ Cfr. Sentencia C-642 de 1999. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

²⁶ La Corte Constitucional mediante Sentencia T-268 de 1996 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell) manifestó que “4.3. El acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso, el cual consiste, como lo ha dicho esta Corte, no solamente en poner en movimiento el aparato jurisdic-

ello el acceso a la justicia como un derecho fundamental, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela” (Araújo Oñate, 2011).

3. EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA A PARTIR DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTO EN EL TLC COL-USA

Uno de los aspectos imprescindibles en los tratados de libre comercio, por su naturaleza económica y comercial, es el establecimiento de un sistema autónomo de solución de controversias, que se encuentra regulado en un capítulo específico del Acuerdo, que señala, entre otros: (i) el objeto de la controversia; (ii) las partes del proceso; (iii) la posibilidad de elección de foro y los términos y plazos en las que deberá adelantarse.

De esta manera, se puede señalar que en el contexto internacional la mayoría de los TLC manejan un esquema común de solución de controversias que se encuentra enmarcado por el procedimiento establecido por la OMC para la solución de conflictos, al cual el Tratado remite para asuntos puntuales. No obstante ello, a partir del objeto de la controversia también pueden intervenir otros foros internacionales para la resolución de las mismas; entre los que se destaca el Centro internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con los Inversionistas (CIADI), el cual frente a la proliferación de los acuerdos internacionales de inversión (AII), y ante la posibilidad de someter al Estado de manera ilimitada ante estos tribunales internacionales, se diseñó una política para mitigar los efectos de las demandas de los inversores extranjeros derivadas de los acuerdos internacionales de inversión.

Sin embargo, una de las preocupaciones en torno a los esquemas de solución de controversias previstos en los TLC está asociada al ejercicio

cional, a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal, sino en que se surtan los trámites propios del respectivo proceso, se dicte sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda y que ésta sea efectivamente cumplida”.

soberano de los Estados, por cuanto con la suscripción de estos tratados se acude de manera directa a instancias internacionales, dejando a un lado la posibilidad de aplicar la jurisdicción interna²⁷. Lo cual podría sugerir la posibilidad de acudir a instituciones en principio transparente e imparcial.

En el caso de la política comercial desarrollada por los Estados Unidos, a través de la proliferación de tratados de libre comercio con diferentes Estados latinoamericanos, en la definición del Sistema de Solución de Controversias de los TLC no se ha mantenido una uniformidad política, aunque se han desarrollado estándares básicos para incorporarlos a los tratados; y las variaciones están relacionadas respecto de las disposiciones internacionales en materia de jurisdicción y en la aplicación de las normas supranacionales que los Estados se han controvertido previamente²⁸.

De esta manera, el procedimiento de solución de controversias establecido en los tratados de libre comercio suscritos por Estados Unidos tienen en común la participación e impulso del proceso por parte de los Estados, la escasa o nula participación de la sociedad civil, salvo para inversiones, y las materias objeto de las controversias, las cuales han variado según el caso, como se observa a continuación.

Por ejemplo, en el TLC USA-NAFTA, el objeto de la controversia se sustenta en la revisión de las (i) Medidas antidumping y medidas compensatorias; (ii) Reformas legislativas en el derecho interno. Se observa que no se incluyen aspectos relacionadas con la interpretación del Tratado. Respecto las partes del mismo, se observa que solo pueden ser los Estados; los particulares tienen una participación de apoyo de las iniciativas presentadas por el respectivo Estado²⁹.

²⁷ Podría considerarse que cuando el Estado acepta este tipo de preceptos estaría en contradicción con lo dispuesto en los artículos 4, 9, 113 de la Constitución nacional, en la medida en que estos refuerzan la soberanía del Estado y la prelación de nuestra Constitución sobre cualquier otro tipo de norma sea de naturaleza privada o internacional.

²⁸ Excepto en el Sistema de Solución de Controversias previsto por el TLC USA-CAFTA.

²⁹ Artículo 1904, numeral 14 del texto final del NAFTA. Ejemplo es el caso North Star Steel

Por su parte, en el TLC USA-CAFTA (Honduras, Nicaragua, El Salvador, Guatemala y Costa Rica) se permite que los particulares solucionen sus controversias de acuerdo con las reglas del arbitraje internacional y para que puedan apoyar a los Estados en la defensa en cada una de las fases –la fase de consulta tiene un término de 60 días; la intermedia de 75 días; panel arbitral 180 días–³⁰.

Por su parte, en el Tratado de Libre Comercio USA-Chile el procedimiento es muy parecido al del CAFTA, con la inclusión del objeto de la controversia de los asuntos relacionados con el Derecho Comunitario, pues Chile no pertenece a ningún proceso de integración vigente en calidad de Estado miembro con plenos derechos y deberes. Otra de las diferencias que se presentan es en cuanto a la posibilidad de participación en la consulta de terceras partes afectadas, que se encuentra prevista en el CAFTA pero no en el TLC con Chile. Esto tiene sentido en la medida en que en el CAFTA estamos en presencia de un tratado multilateral, como sucede en el NAFTA. En cuanto a la participación de los particulares en el sistema, un estudio realizado por el comité tripartito manifestó que respecto a los derechos de los particulares

...ambos Capítulos excluyen los derechos particulares para entablar una acción de acuerdo con la legislación nacional de una Parte con el fin de reclamar a otra Parte por una medida considerada inconsistente con el Tratado respectivo. (Art. 22.20 del TLC Chile-Estados Unidos y Art. 20.21 del RD-CAFTA)³¹.

Company; TAMSA e Hylsa (en calidad de peticionarios, coadyuvando al Estado de manera directa). En este, los particulares de manera activa participaron ante las autoridades administrativas, así como en la conformación del Panel Arbitral. Tienen la posibilidad de presentar escritos y alegatos orales dentro del proceso, aunque la reclamación fue registrada en cabeza de los Estados partes (USA-México).

³⁰ Ejemplo caso de Costa Rica vs. El Salvador (en curso - etapa: Constitución de Panel Arbitral. Los hechos que dan origen a la controversia datan de 2011) por el “Incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el tratado internacional ‘Inaplicación del proceso de desgravación arancelaria a productos exportados mediante el régimen de zona franca, especialmente jugos’ ”.

Concentrados y llantas. Disponible en: http://www.centralamericadata.com/es/article/home/Arbitraje_Costa_Rica__El_Salvador_por_llantas_y_jugos.

³¹ http://www.sice.oas.org/tpcstudies/USCAFTACHl_s/CompStudy22.htm Guía Comparativa del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos y el Tratado de Libre Comercio

En el TLC USA-Perú se incluye dentro del objeto de la controversia el detalle de los capítulos sobre los cuales la parte hubiese esperado recibir un beneficio fruto del tratado³²; sobre el resto de las temáticas se aplican las mismas disposiciones de los TLC analizados anteriormente.

De la misma manera, la composición de cada panel arbitral y la lista de árbitros es uno de los aspectos que variaron dependiendo de cada uno de los Estados negociadores en atención de los criterios de conveniencia establecidos por ellos. A la fecha podríamos decir que los andinos son los que han logrado incorporar un número considerable de árbitros, y logrado mantener una paridad que garantice la presencia de nacionales dentro del panel.

Ahora bien, en el TLC COL-USA se puede observar, al analizar el capítulo 21 sobre solución de controversias, diferencias importantes en cuanto a las materias como al mismo procedimiento, al excluir de manera expresa, tal y como lo establece el artículo 21.2, numeral 2, las disputas derivadas de la legislación aplicable a la Comunidad Andina. En este caso se evidencia la remisión expresa a la jurisdicción del Tribunal Andino de Justicia sobre los asuntos que sean de su competencia³³. Imprimiéndole seguridad jurídica y debido proceso frente a todas las controversias derivadas de la aplicación del derecho comunitario.

entre República Dominicana-Centroamérica y Estados Unidos. Estudio realizado por el comité tripartito (2005).

³² "(a) una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o pudiera ser incompatible con las obligaciones de este Acuerdo; (b) otra Parte ha incumplido de alguna manera con las obligaciones de este Acuerdo; y (c) un beneficio que la Parte razonablemente pudiera haber esperado recibir bajo el Capítulo Dos (Trato Nacional y Acceso a Mercados de Bienes), Tres (Textiles y Vestido), Cuatro (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen), Nueve (Contratación Pública), Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Dieciséis (Propiedad Intelectual), esté siendo anulado o menoscabado como resultado de una medida de otra Parte que no es incompatible con este Acuerdo. Ninguna de las Partes podrá invocar este subpárrafo con respecto a un beneficio bajo el Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Dieciséis (Propiedad Intelectual) si la medida es objeto de una excepción bajo el Artículo 22.1 (Excepciones Generales).

2. Para mayor certeza, este Capítulo no es aplicable a disputas entre miembros de la Comunidad Andina con respecto a una violación a la legislación de la Comunidad Andina".

³³ Siendo uno de los logros obtenidos en las negociaciones del Tratado, en la medida en que se respetan los compromisos internacionales del Estado colombiano frente a los demás Estados miembros de la CAN.

De la misma manera, se incluyó en el numeral 1 del artículo 21.1, la posibilidad de someter una controversia sobre una medida³⁴ o un “proyecto”. Con lo cual se podrá someter al sistema asuntos que generen expectativas respecto a posibles incumplimientos. En lo referente a esto deberían diseñarse mecanismos claros para que los particulares receptores o perjudicados con esas medidas o proyectos puedan presentarle a su Estado los efectos negativos que se pueden derivar de la aplicación de la misma para que puedan tomar las acciones necesarias frente a lo establecido en el mencionado artículo.

En cuanto a la participación de los particulares, encontramos que en el TLC, como lo estableció para casos anteriores, las partes promoverán los medios alternativos de solución de controversias en la zona de libre comercio, respetando los convenios internacionales existentes: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjera de 1958 o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, ambos ratificados por Colombia³⁵.

Teniendo en cuenta que uno de los elementos del derecho del acceso a la justicia es la aplicación de procedimientos claros y transparentes, encontramos que uno de los grandes vacíos que se han presentado hasta el momento, desde la implementación del TLC³⁶, está relacionado con las reglas de procedimiento del Panel Arbitral, pues en el texto del capítulo 21 solo existe la obligación para los Estados de establecer por lo menos una audiencia pública, en la que puedan realizarse intervenciones de organizaciones no gubernamentales; la oportunidad de presentar sus alegatos, reclamaciones y réplicas; la exposición al público de los alegatos, solicitudes y declaraciones; la consideración del grupo

³⁴ Entiéndase por “medida” una “ley, reglamento, procedimiento, requerimiento o práctica” (Rojas Arroyo & Lloreda, 2007).

³⁵ Para mayor información véase Insignares Cera (2014), “El sistema de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos: una mirada a la luz de los Derechos Humanos”.

³⁶ A la fecha el Estado colombiano no ha creado las reglas de procedimiento claras, las cuales debieron ser fijadas al momento de la entrada en vigor del tratado.

arbitral de solicitudes hechas por entidades no gubernamentales; y la protección efectiva de la información confidencial (Sánchez Sierra & Puyo Posada, 2008)³⁷. Por tanto, las reglas sobre cómo será la participación de la sociedad civil en estas audiencias no ha sido reglamentada aun, solo se encuentra plasmada de forma en general en lo señalado en el capítulo.

Asimismo, uno de los aspectos que despierta suspicacia está relacionado con el papel de la Comisión, que no se sujeta a términos, en la medida en que no se establece el tiempo en el cual deberá tomar la decisión, ni cómo deberá realizar la convocatoria de expertos o técnicos, o de la mediación o conciliación (artículo 21.5 Colombia-Estados Unidos). Ahora bien, algunos autores señalan que el panel arbitral “no soluciona finalmente la controversia”, en la medida en que es un arbitramento más político que jurídico, ya que el informe final que expide el panel no es de carácter vinculante para las partes, sino que deben ser ellas mismas las que lleguen a un acuerdo. En el caso específico de incumplimiento de las normas laborales, quedan por fuera muchas veces del ámbito de reparación y protección en la medida en que surjan violaciones de derechos laborales que no afecten el comercio entre las partes (Sánchez Sierra & Puyo Posada, 2008).

Conforme lo anterior, consideramos que el Sistema de Solución de Controversias previsto por el TLC COL-USA presenta un déficit democrático en cuanto a la participación de la sociedad civil en el mismo, que si bien es “parte” directa porque solo los Estados detentan la legitimación activa, sí es deber de cada Estado establecer las garantías para

³⁷ Por tanto, la falta de las reglas modelos genera un vacío jurídico tanto para las partes como para la sociedad civil general. En este sentido, se deben crear las reglas para establecer los plazos perentorios, requisitos para la presentación de las solicitudes, Reglamento para los árbitros y, en general, los medios de participación ciudadana en las audiencias públicas o como soporte en el momento de las consultas. En los casos anteriores, como en el NAFTA, las reglas de procedimiento elaboradas por la Comisión comprenden la garantía del derecho de audiencia; la confidencialidad de las audiencias, deliberaciones del informe preliminar, escritos y comunicaciones. De esta forma, se tendría una mayor claridad en el proceso que garantice un adecuado acceso a la justicia.

que los particulares puedan canalizar sus observaciones e inquietudes derivadas de la implementación del Tratado.

De la misma manera, presenta inconvenientes relacionados con la aplicación del derecho de acceso a la justicia, ya que existe un sinnúmero de barreras en el procedimiento de solución de controversias relacionadas con los costos para acudir a las instancias internacionales de solución de controversias, la falta de claridad en los procedimientos, la escasa, por no decir nula, participación de los particulares en el mismo, la imposibilidad de poner en marcha el Sistema de Solución de Controversias si estamos en presencia de las denominadas pequeñas reclamaciones, o como bien lo menciona Cappelletti, de la atención de los intereses difusos.

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido por nuestra Corte Constitucional y el desarrollo del Sistema de Solución de Controversias en el TLC, podemos destacar dos elementos importantes que hacen parte del acceso a la justicia y podrían verse vulnerados con la implementación del Sistema de Solución de Controversias en el TLC. El primero de ellos corresponde a la igualdad material de las personas ante la ley, como resultado de analizar el acceso de los particulares al Sistema de Solución de Controversias frente al tratamiento del inversionista extranjera que el TLC COL-USA otorgó a estos; el segundo corresponde al debido proceso, que trae como consecuencia la violación de principios esenciales del orden social, como lo son (i) la seguridad jurídica y (ii) de manera reiterativa, la igualdad de oportunidades.

4. Posibles sectores afectados en su derecho fundamental al acceso a la justicia con la implementación del Sistema de Solución de Controversias previsto por el TLC COL-USA

Uno de los elementos presentes en el derecho del acceso a la justicia se encuentra relacionado con la igualdad; en este sentido, encontramos que existen poblaciones jurídicamente vulnerables que se podrían ver potencialmente afectadas por la implementación de este tipo de acuerdos comerciales, y especialmente por el Sistema de Solución de Controversias, que excluye a los particulares de manera directa. Conforme

a ello, y en atención a la composición de la estructura productiva en Colombia, encontramos que un sector importante del desarrollo económico nacional, como es el microempresarial, es receptor, en su calidad de actor económico, de los efectos derivados de los TLC suscritos por Colombia.

En Colombia los microempresarios³⁸ han sido un sector clave para el fortalecimiento económico del Estado, ya que dentro de las políticas públicas de este se ha fomentado su creación y la inserción de la población vulnerable (indígenas, desplazados, mujeres cabeza de familia, afrodescendientes, entre otros) en la actividad económica a través de la constitución de microempresas.

Conforme lo cual, y muy a pesar de las definiciones legales y doctrinales existentes, las microempresas presenten inconvenientes en cuanto a su alcance, ya que en algunos países “micro” es entendido como

³⁸ La definición legal de microempresa se encuentra establecida en el artículo 2 de la Ley 590 de julio 10 de 2010, modificada por la Ley 905 de 2004, modificada por la Ley 1151 de 2007, modificada por la Ley 1450 de 2011.

“Art. 2. Definiciones. Para todos los efectos, se entiende por micro, pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a los siguientes parámetros:

1. Mediana Empresa:

a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores;

b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) y quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Pequeña Empresa:

a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores;

b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.001) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

3. Microempresa:

a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores;

b) Activos totales por valor inferior a quinientos uno (501) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1°. Para la clasificación de aquellas micro, pequeñas y medianas empresas que presenten combinaciones de parámetros de planta de personal y activos totales diferentes a los indicados, el factor determinante para dicho efecto, será el de activos totales.

Parágrafo 2°. Los estímulos beneficios, planes y programas consagrados en la presente ley, se aplicarán igualmente a los artesanos colombianos, y favorecerán el cumplimiento de los preceptos del plan nacional de igualdad de oportunidades para la mujer”. (Bancoldex, 2013).

“pequeño”, por lo que las empresas pequeñas entrarían a formar parte del sector microempresarial, lo cual dificulta el establecimiento de políticas en torno a esta unidad productiva que casi siempre se encuentra dentro de la informalidad (Tunal, 2003).

Para el caso latinoamericano, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha realizado varios estudios sobre el fenómeno de la microempresa en los países de América Latina, ya que la consideran como una de las mayores fuentes de empleo de la región, por tanto, han sido objetos de desembolsos monetarios y créditos financieros para su fortalecimiento. Sin embargo, el BID ha identificado entre los obstáculos que deben superarse la falta de acceso al sector gubernamental para presentar sus necesidades, por tanto, “dadas sus dimensiones, muchas veces carecen del peso político necesario para conseguir la atención de los gobiernos. En síntesis, necesitan reglas de juego más equilibradas” (BID, 2003).

Ahora bien, teniendo en cuenta la importancia de la microempresa para el sector real del país, debemos considerar quiénes lo conforman y las condiciones de estas personas que han decidido conformar esta unidad productiva. Por tanto, los factores sociales, económicos y políticos que lo rodean permitirían clasificar a los microempresarios en general como una población vulnerable, teniendo en cuenta que la doctrina se ha encargado de darle alcance a la definición de vulnerabilidad³⁹, que en palabras de Uribe Arzate y González Chávez (2007) podría definirse como vulnerabilidad atípica (jurídica), la cual proviene del mismo ordenamiento jurídico, en consecuencia, se materializan en la injusticia de la ley, en la inequidad de sus presupuestos y no pocas veces en su ineficacia. Así las cosas, la vulnerabilidad atípica introduce indebidamente elementos que propician el trato desigual y discriminatorio desde una perspectiva que debería generar mejores leyes para combatir la vulnerabilidad típica derivada de las condiciones socioeconómicas de los vulnerables vulnerados.

³⁹ Para mayor información sobre grupos vulnerables véase Rodríguez Vignoli (2001).

Este tipo de vulnerabilidad proviene de las inequidades indebidamente introducidas por los ordenamientos jurídicos vigentes en el Estado y puede generarse en dos planos: en el nivel constitucional, cuando la misma Carta Magna contiene disposiciones que agravan a determinado grupo o persona, y en la dimensión legal, cuando las disposiciones jurídicas de orden secundario generan situaciones de desigualdad y trato indigno para ciertas personas o grupos”.

Para la Corte Constitucional colombiana, la identificación de los elementos que caracterizan a una población vulnerable no ha sido tarea fácil de realizar, toda vez que la Corte utiliza indistintamente conceptos como población en estado de vulnerabilidad⁴⁰, grupos vulnerables⁴¹ y personas en estado de vulnerabilidad⁴², por lo que la clasificación de las personas o grupos vulnerables la ha realizado teniendo en cuenta cada caso específico, como la ha hecho para el caso de los afrodescendientes, indígenas, madres cabeza de familia, entre otros. Lo que sí ha podido determinar a través de las distintas sentencias es la necesidad de definir las garantías de protección de esta población, así como la necesidad de mantener una igualdad material⁴³.

⁴⁰ Sentencias T-239 de 2013. M. P.: María Victoria Correa Calle; T-231 de 2014. M. P.: María Victoria Calle Correa.

⁴¹ Sentencias T-637 de 2013. M. P.: María Victoria Correa Calle; T-244 de 201. M. P.: Mauricio Martínez Cuervo.

⁴² Sentencia T-386 de 2013. M. P.: María Victoria Calle Correa.

⁴³ “5.3. Conforme a las providencias citadas, la postura adoptada por la Corte Constitucional, en torno a la población que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, se basa en la protección de sus derechos ante las actuaciones desplegadas por autoridades del estado, con ocasión del diseño, planeación, implementación y desarrollo de las políticas públicas y sus correspondientes mecanismos de focalización, que impiden el goce efectivo de tales derechos y por consiguiente incumplen con su deber constitucional de luchar por la erradicación de la pobreza y la consecución de la igualdad material”.

Para posteriormente precisar:

“6.8. Con base en la jurisprudencia citada, puede afirmarse que los mecanismos de identificación de la población en situación de vulnerabilidad, en algunas ocasiones, no logran identificar las particularidades existentes al interior de tales grupos, ocasionando la invisibilización de ciertas situaciones, como por ejemplo el no inscribir a las mujeres, porque en la mayoría de los casos no se oye su voz al realizar los censos, sino que quien se interroga es el hombre.

6.9. Sobre la base de estas consideraciones, pasará esta Corporación a analizar si las medidas y actuaciones de la autoridad demandada en relación con las determinaciones adoptadas para

En virtud de lo anterior podríamos entender que la falta de reglamentación de los procedimientos en el Sistema de Solución de Controversias podría ser parte de las inequidades que surgen de las disposiciones jurídicas del Tratado que al final se traducen en un trato desigual.

Por todo lo anteriormente expuesto, nos vemos ante el reto de mantener en virtud del derecho de la igualdad el mismo acceso a la justicia que le brinda el TLC a los inversionistas extranjeros⁴⁴ en su capítulo 10 sobre inversiones⁴⁵. Por ejemplo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha implementado a partir de este año un curso virtual para que los funcionarios públicos se mantengan actualizados en el tratamiento de la inversión extranjera en Colombia y de la aplicación adecuada de los procedimientos, imprimiéndole, de esta forma, seguridad jurídica y transparencia frente al inversionista extranjero, quien tendría un acceso real y material a la justicia, para algunos, con facultades excesivas frente a la posibilidad de demandar directamente al Estado. Sin embargo, el objeto de esta investigación se fundamentó en los mecanismos procedimentales más que en los de carácter sustancial.

El Sistema de Solución de Controversias previsto por el TLC COL-USA presenta un déficit democrático en cuanto a la participación de la sociedad civil en el Sistema de Solución de Controversias, que si bien

contrarrestar los efectos negativos con ocasión de la recuperación del espacio público, resultan acordes con la Constitución y con la jurisprudencia constitucional”.

⁴⁴ El Decreto 2080 de 2000 artículos 3 y 4 definen tanto la inversión extranjera como el carácter de inversionista. El Decreto constituye el Régimen de las Inversiones Internacionales en Colombia y regula en su integridad el régimen de las inversiones colombianas en el exterior. De la misma manera, el Banco de la República de Colombia “considera inversión extranjera en Colombia la inversión de capital del exterior en el territorio colombiano, incluidas las zonas francas Colombianas, por parte de personas no residentes en Colombia”.

⁴⁵ Las inversiones contempladas en el TLC son: (i) una empresa, (ii) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa, (iii) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deudas y préstamos, (iv) futuros, opciones y otros derivados, (v) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares, (vi) derechos de propiedad intelectual, (vii) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna, y su último literal es de carácter residual, estableciendo como última forma de inversión (viii) otros derechos de propiedad tangible o intangible, mueble o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

no es “parte” directa porque solo los Estados son considerados como aquellos que detentan la legitimación activa, sí es deber constitucional e internacional de cada Estado establecer las garantías para que los particulares puedan canalizar sus observaciones e inquietudes derivadas de la implementación del Tratado, pues en el caso contrario se verían en la necesidad de acudir a la vía contenciosa para hacer valer sus derechos.

CONCLUSIONES

Los tratados de libre comercio son acuerdos comerciales que facilitan el comercio a través de la liberalización de aranceles para fomentar el intercambio económico entre países. Dichos tratados en el plano internacional son considerados como normas jurídicas que requieren de su incorporación en el ámbito interno para su validez; una vez surtido el trámite interno en cada uno de los Estados partes, los tratados entran en vigor y empiezan a generar una serie de obligaciones para los Estados que de no cumplirse generarían responsabilidad internacional del Estado.

En virtud de las obligaciones inherentes a los acuerdos comerciales, los Estados incorporan su propio Sistema de Solución de Controversias con el ánimo de resolver los conflictos por incumplimientos o interpretaciones derivados de la implementación del Tratado. Así las cosas, este Sistema de Solución de Controversias se encuentra enmarcado en reglas de procedimiento que permiten relacionarse con el acceso a la justicia.

El acceso a la justicia ha tenido distintos debates en torno a su contextualización, por considerarlo como un derecho fundamental, y por otra parte, como un elemento material de procedimiento. Por tanto, al mantener esta dualidad el Estado deberá como derecho velar por su protección, y si estamos frente al procedimiento, debe incorporarse en cada etapa procesal.

Específicamente en Colombia, el derecho del acceso a la justicia se encuentra consagrado en la Constitución Política colombiana y ha sido

ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional, que lo ha conceptualizado desde la revisión de sus elementos materiales y formales. Es decir, se ha establecido que el derecho del acceso a la justicia contempla no solo los elementos procesales sino también las garantías reales de que se acceda efectiva y transparentemente a la administración de justicia. En este sentido, la Corte le estableció la posibilidad de interponer la acción de tutela para hacer valer este derecho.

Según lo establecido por la Corte Constitucional y el desarrollo del Sistema de Solución de Controversias en el TLC, podemos destacar dos elementos importantes que hacen parte del acceso a la justicia y podrían verse vulnerados con la implementación del Sistema de Solución de Controversias. En este sentido, encontramos que puede vulnerarse la igualdad material entre todas las personas, si analizamos el acceso de los particulares al sistema frente al tratamiento del inversionista en el TLC, y el debido proceso, lo que trae como consecuencia la violación de principios esenciales del orden social como la seguridad jurídica o la igualdad de oportunidades.

Los microempresarios, como agentes económicos, deben ser protegidos por las consecuencias derivadas de la implementación del Tratado. Sin embargo, sus condiciones de vulnerabilidad jurídica no les permite tener un acceso real al Sistema de Solución de Controversias porque, en últimas, las peticiones de este grupo estarían enmarcadas en las denominadas “reclamaciones pequeñas”, a las que el Estado colombiano en particular parece restarles importancia, potencializando, de esta manera, la vulneración del derecho del acceso a la justicia para esta población.

REFERENCIAS

Textos

- Acosta Alvarado, P. A. (2010). Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia. *Revista de Derecho del Estado*, 24, 185-205.
- Amézquita Zárate, P. (2007). Efectos del TLC Colombia-EUA en las Pymes colombianas. *Análisis económico*, XII (50), 57-77.

- Araújo Oñate, R. (2011). Acceso a la justicia y tutela efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 13, (1), 247-291.
- Banco Interamericano de Desarrollo [BID](2003, 8 de enero). *El BID y la micro, pequeña y mediana empresa*. Disponible en: <http://www.iadb.org/es/noticias/hojas-informativas/2003-01-08/pymes-y-microempresa,2592.html>
- Bancoldex (2013). *Bancoldex*. Disponible en: <http://www.bancoldex.com/Sobre-microempresas/Que-es-una-microempresa628.aspx>
- Cala Hedrich, Á. (2005). Situación y necesidades de la pequeña y mediana empresa. *Revista Civilizar* (Universidad Sergio Arboleda), 9, 1-25.
- Cappelletti, M. & Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CDIH] (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de dos estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.
- Conçado Trindade, A. (2003). El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista IIDH*, 37, 53-83.
- Cornell University Law School (1962). *Legal Information Institute*. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt5toc_user.html
- Grey, R. (2004). Acceso a los tribunales e igualdad de justicia para todos. *Temas de la democracia*, 9 (2), 7-14.
- Linares Arciniega, C. & Segura Morales, J. (2009). El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Medio Ambiente. *Universitas*, 10, 97-110.
- Martín Vida, M. (2003). Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 68,151-195.
- Moreno Ortiz, L. J. (2000). *Acceso a la Justicia*. Bogotá, D. C.: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (2007). *Acceso a la justicia: Llave para la gobernabilidad democrática. Informe final del proyecto "Lineamiento y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas"*. Redactor Diego Molina Rey De Castro. Washington, D. C.: OEA.

- Organizacion Mundial del Comercio [OMC] (s. f.). *http://www.wto.org/*. Disponible en: *http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm*
- Rodríguez Vignoli, J. (2001). *Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes*. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas.
- Tunal, G. (2003). El problema de clasificación de la microempresa. *Actualidad contable FACES*, 6 (7), 78-91.
- Uribe Arzate, E. & González Chávez, M. (2007). La protección jurídica de las personas vulnerables. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte* (Barranquilla, Colombia), 27, 205-229.
- Zapata Bello, G. (2001). Acceso a la justicia. En D. Valadés & R. Gutiérrez Rivas, *Justicia: Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (pp. 383-395). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Providencias Corte Constitucional de Colombia

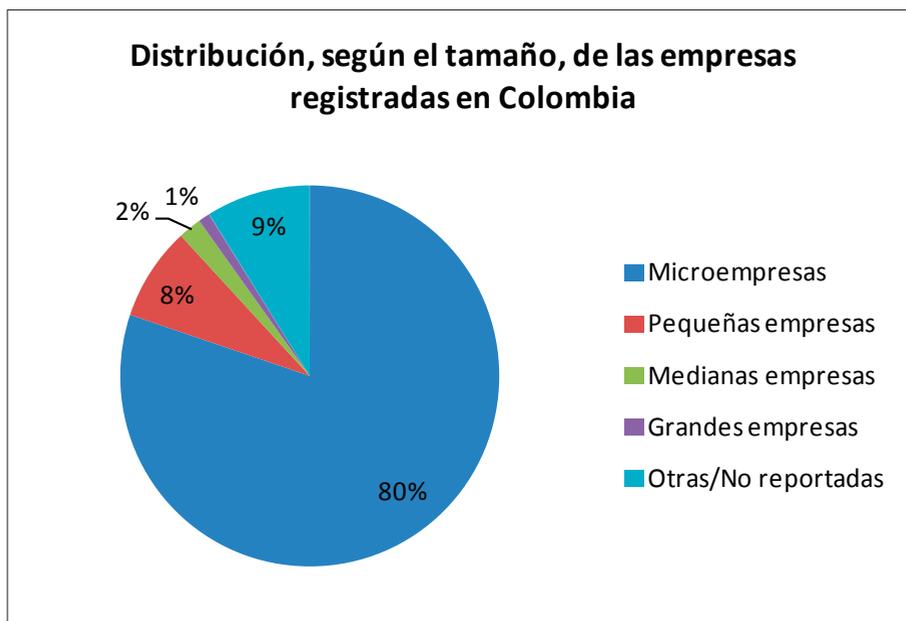
- Sentencia C-599 de 1992. M. P.: Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-046 de 1993. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-093 de 1993. M. P.: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-301 de 1993. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-544 de 1993. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-059 de 1993. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-538 de 1994. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-416 de 1994. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-084 de 1995. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-544 de 1995. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-037 de 1996. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-268 de 1996. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-360 de 1996. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-577 de 1998. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-163 de 1999. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-642 de 1999. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia C-215 de 1999. M. P.: (E): Martha Victoria Sáchica Méndez.
Sentencia C-163 de 1999. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-742 de 1999. M. P.: José Gregorio Hernández.
Sentencia SU-091 de 2000. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.
Sentencia C-330 de 2000. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia T-493 de 2003 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia T-025 de 2007. M. P.: María Victoria Calle Correa.
Sentencia C-014 de 2010 M. P.: Mauricio González Cuervo.
Sentencia T-386 de 2013. M. P.: María Victoria Calle Correa.
Sentencia C-622 de 2013. M. P.: Mauricio González Cuervo.
Sentencia T-317 de 2013. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt.
Sentencias T-637 de 2013. M. P.: María Victoria Correa Calle.
Sentencia T-239 de 2013. M. P.: María Victoria Correa Calle.
Sentencia T-231 de 2014. M. P.: María Victoria Calle Correa.
Sentencia T-244 de 2014. M. P.: Mauricio Martínez Cuervo.

Estados Unidos de Norteamérica

Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).
Jackman v. Rosenbaum Co., 260 U.S. 22, 31 (1922).
Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).
Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934).
Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).
Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9, 16 (1950).

ANEXO



MSC	Objeto de la controversia	Participación de particulares	Foro	Fases	Tiempo	Observaciones
ORDINARIO (Capítulo 21 del TLC) ¹	<p>1. Medida tomada por un Estado Parte que afecte el acuerdo;</p> <p>2. Incumplimiento de alguna de las obligaciones adquiridas en el Acuerdo;</p> <p>3. Medidas tomadas de conformidad con el Acuerdo y que afecten: (i) el trato nacional y acceso de mercancías al mercado; (ii) contratación pública; (iii) comercio transfronterizo de servicios; y (iv) excepciones del artículo 22.1.</p> <p>Este Capítulo no es aplicable a disputas entre miembros de la Comunidad Andina con respecto a una violación a la legislación de la Comunidad Andina. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).</p>	<p>Ninguna participación. Pueden apoyar a su Estado en la contienda con el otro Estado. Entre particulares pueden asistir a los mecanismos de resolución de controversias internacionales.</p>	OMC o TLC.	<p>1. Consulta;</p> <p>2. Comisión;</p> <p>3. Constitución del grupo arbitral.</p>	<p>Si se dan todas las fases 310 días máximos.</p>	<p>El Capítulo 21 del TLC COL-USA no establece un Conjunto Normativo Arbitral que regule la actividad del grupo arbitral, una vez se haya constituido el mismo. Se configuraron unas normas muy generales, pero no tan detalladas como en el Arbitraje de Inversión.</p>
EN MATERIA DE INVERSIÓN (Sección B del Capítulo 10 ² , complementado por el Anexo II al TLC COL-USA) ³ .	<p>Controversia relativa a una inversión.</p> <p>No se hace ninguna otra mención, es decir, involucra todo tipo de controversias, sin más características.</p>	<p>Por ser una controversia derivada de controversias relativas a inversión se da entre Estado y Particulares. En la fase de Consulta y Negociación pueden participar terceros si las partes desean. Si la controversia es entre dos particulares inversionistas deberán acudir ante sus respectivos Tribunales de los Estados (Abusaid Gómez, 2013).</p>	CIADI.	<p>1. Consulta y Negociación;</p> <p>2. Arbitraje.</p>	<p>Depende de distintas circunstancias procesales al interior del arbitraje. Min. 180 días- Max.240 días.</p>	<p>El Capítulo 10 Sección B, determina de manera detallada, un conjunto normativo Arbitral (define las sujetas a arbitraje; establece reglas para la escogencia de árbitros; estipula una cláusula de ley aplicable, etc.) que es vinculante para el Arbitraje derivado de materia de Inversión.</p>

(Footnotes)

¹ Disponible en file:///D:/Downloads/21_COL_SOLUCION_DE_CONTROVERSIA5:final_letter%20(4).pdf² Disponible en file:///D:/Downloads/10_COL_INVERSION:final_letter.pdf³ Disponible en file:///D:/Downloads/Annexo_II_de_Colombia:final_letter.pdf