

EL ASEDIO A LA JUSTICIA NACIONAL

Walter Antillón Montealegre

RESUMEN:

Dentro de la cultura jurídica del sistema del derecho continental europeo y subsistemas tributarios (América Latina), la idea de la independencia del juez ha venido a colocarse, en un arco de muchos años, en el centro de la atención de los estudios sobre la administración de la justicia orientados en sentido democrático. Pero cuando, ya en la segunda mitad del siglo XX, alcanzábamos los juristas latinoamericanos una mayor precisión conceptual acerca del perfil del juez (funcionario estatal de carrera, ilustrado, imparcial, garante, independiente), nos vemos amenazados por la marea antijudicial, empujada por las transnacionales y asegurada mediante la creación de diversos centros internacionales de solución de conflictos, dotados ahora de jurisdicción obligatoria, todo de acuerdo con el modelo neoliberal. El ocaso de la justicia estatal sería el principio del fin del Estado mismo. ¿Tiene sentido resistir?

La tradición del juez-letrado-funcionario-estatal

En este artículo no me ocuparé de todas las señales ominosas que el CAFTA-DR arroja en dirección a los cuatro puntos cardinales de la patria: hacia las instituciones legislativas y gubernativas, los entes de servicios, el ambiente y la biodiversidad. Me limitaré, tal vez por deformación profesional, a analizar el tema de la administración de la justicia, igualmente amenazada por el aciago convenio.

Crecí teniendo un elevado concepto del juez. Quizá se debía a la magia de esa palabra que, en el campo religioso -en el que de niños nos ilustraban abundantemente- se aplicaba a Cristo: el juez justo. Probablemente se debió, también, a que en mi familia había un pariente lejano que era juez, a quien nunca conocí en persona, pero del que todos hablaban con elogio. De manera que, para mí, el juez era una persona excepcional, que combinaba la sabiduría con la austeridad y la rectitud; la prudencia con la amplitud de criterio y la imparcialidad. Ya en la profesión, conocí jueces ejemplares. Nombraré a don Fernando Baudrit, don Juan Jacobo, don Fernando Coto, don Ulises Odio; qué diferencias, sin embargo, entre uno y otro, a pesar de la común excelencia. Y pensando en ellos me atrevo a iniciar este escrito, afirmando la idea de que, primero que todo, el juez debe ser pobre y austero: la riqueza y la ambición política son formas de la parcialidad.

En la tradición occidental de que somos parte, el juez es un funcionario estatal de carrera; un "tercero" por encima de los intereses de los litigantes, que aplica el ordenamiento vigente a los hechos demostrados en el proceso, en el que impone a quienes litigan una decisión cuya autoridad se fundamenta y justifica en su racionalidad, en su imparcialidad y, en fin, en su justicia: es la fuerza de lo justo. Por eso la sentencia judicial, siendo imperativa, debe ser convincente; y también por eso es analítica, argumentada y controlable en instancias superiores.

El juez resulta así una pieza imprescindible para la fluidez y la corrección de las relaciones sociales, básicamente porque las personas, en la medida en que tenemos ideales, aspiraciones e intereses, necesitamos estar seguros de que dentro de la sociedad existe alguien capaz de decir la última palabra en cualquier conflicto que surja entre los ciudadanos, o entre estos y las autoridades, y que esa última palabra será justa e imparcial.

De manera que el oficio de juez, tal como ha venido siendo perfeccionado en la cultura occidental durante siglos, requiere, naturalmente, una sólida formación académica: el juez debe ser un jurista competente y un humanista inspirado; pero requiere también un arduo aprendizaje: el joven juez debe acrisolar su sabiduría, su humanidad y sus hábitos de objetividad e imparcialidad, aprendiendo las destrezas del oficio junto al juez veterano.

Pero el juez requiere igualmente de un aparato institucional que garantice su completa independencia, tanto con respecto a la jerarquía interna del sistema judicial, como frente a las fuerzas políticas y económicas externas.

Lo anterior es solo el desiderátum, imagen sintética de las aspiraciones actuales de una cultura judicial, dos veces milenaria, formada en la contradicción, que por fin ha tomado conciencia de sí. Y digo formada en la contradicción, porque el juez real y la justicia real han sido, casi siempre, lo contrario de aquella imagen, como resulta de repasar su trayectoria histórica.

En lo que atañe a Costa Rica, aquí es frecuente encontrar jueces que se comportan con la debida independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones, lo cual nos está indicando que la independencia del juez constituye, entre nosotros, un valor vigente; que existe conciencia de la suprema importancia de conservar y reforzar una cultura judicial democrática y humanitaria, capaz de constituir una garantía de realización de los valores básicos de la vida. Y se ha señalado justamente que aquella cultura es parte del legado que ofrece la civilización occidental al futuro de la humanidad, puesto que, de hecho, ya entró a formar parte del patrimonio moral de esa humanidad.

La administración de la justicia estatal: trayectoria y crisis

Premisa

Repito aquí lo dicho en otros escritos: para comprender el tema de la justicia humana, es preciso hablar de la injusticia, entendida esta palabra en el sentido de reparto inmerecidamente desigual de los bienes de la vida (desde los alimentos y la salud, hasta los bienes culturales, etc.).

La historia nos reporta, por lo menos, cinco mil años de injusticia: desde los primeros sistemas esclavistas (en que pueblos enteros fueron vendidos y explotados como animales de carga), hasta la fecha, en que el sistema capitalista, a pesar de sus fabulosos adelantos y de las colosales riquezas que ha creado, continúa sacrificando, empobreciendo, envileciendo y excluyendo a una gran parte del género humano.

De lo anterior podemos extraer algunas conclusiones:

1.ª Conclusión

La humanidad ha vivido siempre y sigue viviendo en la injusticia.

En medio de ese mar de injusticia, ha habido momentos en que los pueblos han experimentado algunas MODESTAS Y LIMITADAS APROXIMACIONES a la justicia.

La democracia ateniense, por ejemplo, o la precaria hegemonía de la plebe en ciertas etapas de la República Romana, significaron un limitado acceso a una justicia impartida por los propios ciudadanos.

EN AMBOS CASOS SE TRATÓ DE EFÍMERAS EXPERIENCIAS DEMOCRÁTICAS, en las que los pueblos ateniense y romano adquirieron conciencia de sus derechos y los hacen valer, lo que dio como resultado, en el plano judicial, los procesos isonómicos (como el acusatorio penal) ante jueces o jurados populares, no dependientes de la cúpula de poder.

2.ª Conclusión

Son las clases subalternas (el “demos” en sentido clásico) las que racional o intuitivamente aspiran a la justicia, porque la justicia es la fuerza del débil.

Los poderosos no necesitan para ellos de las decisiones judiciales inspiradas en la justicia, porque les basta el poder para asegurarse la ventaja en los tratos. Antes bien, se puede decir que la injusticia es su negocio.

Pero sí necesitan que haya un aparato judicial, como condición de gobernabilidad, con tal de que esté de su parte.

Por eso no tenemos que extrañarnos si vemos que, en la historia, los dueños del poder siempre han querido controlar la justicia, principalmente PARA NO TENER QUE RESPONDER ANTE ELLA.

Y también por eso es que LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES ha sido tan rara y escasa en la historia.

3.ª Conclusión

Consiste en la formulación de una hipótesis: a mayor democracia en una comunidad, mayor independencia de sus jueces.

En lo que sigue repasaremos, someramente, el desarrollo de la justicia en Occidente, desde la Antigüedad, hasta la actualidad costarricense.

a) La justicia antes de la formación de los Estados

1) Los jueces atenienses y romanos (República) fueron ciudadanos libres y gozaron de gran independencia, mientras hubo democracia. Pero a partir del siglo IV a. C., Atenas y otras ciudades democráticas de Grecia quedan sometidas, sucesivamente, a los imperios macedonio y romano; y la democracia de los propios romanos se termina con la crisis de la República y el advenimiento del principado de Augusto, en el siglo I antes de Cristo. 3) Desde ese momento, y por muchos siglos, la justicia ha quedado subordinada al poder.

2) En particular, a partir del siglo I d. C., los jueces romanos quedan subordinados al emperador; y lo mismo va a ocurrir con los jueces eclesiásticos (sometidos al papado) y con los jueces carolingios (sometidos al sacro emperador romano-germánico).

3) Durante los siglos XI a XII en el Norte de Italia (período estatutario), los jueces de las ciudades-repúblicas son libres e independientes, pues responden directamente ante las comunidades. Pero eso duró lo que duró la independencia de aquellas ciudades-repúblicas; es decir, muy poco tiempo.

b) La justicia dentro del Estado nacional europeo

Salvo, en parte, en Inglaterra, Suiza y Francia (los parlamentos), por razones históricas particulares, los jueces de las monarquías absolutas europeas (a partir del Renacimiento y hasta el siglo XIX) están sometidos al rey.

La propia Revolución francesa, que proclama en sus inicios la independencia del juez, termina dejando dicha proclama en el papel, a consecuencia de la involución que, por diversas causas, sufre ese grandioso movimiento.

A partir de Napoleón y, más aún, de la Restauración, los jueces al servicio de las monarquías, ahora firmemente apoyadas por los grupos oligárquicos, se mantienen sometidos a las cúpulas políticas. Esto no cambia en lo esencial, con el auge del constitucionalismo, en muchos países del viejo continente.

c) Situación de Latinoamérica hasta fines del siglo XX

Al independizarse, nuestros países se inscribieron en la corriente constitucionalista norteamericana, pero la consolidación del poder oligárquico en todos ellos impidió organizar la justicia sobre bases de democracia e independencia. Las constituciones latino-americanas del siglo XX contienen, casi invariablemente, una fórmula por este tenor: el poder judicial sólo está sometido a la constitución y a la ley. Pero el sistema de jerarquías y nombramientos, que esas mismas constituciones establecen, produce el SOMETIMIENTO del juez a la cúpula política (el poder asociado con el dinero) y, en segundo grado, a la propia cúpula judicial.

d) El sistema costarricense

También Costa Rica fue gobernada por diferentes sectores de la oligarquía cafetalera a partir de la segunda mitad del siglo XIX, la cual se cuidaba de controlar los tres poderes del Estado. Ello quedaba completamente claro, en lo que atañe a la justicia, en los propios textos constitucionales de la época (por ejemplo, los artículos 13, 73 y concordantes de la Constitución de 1871), que si por un lado proclamaban que los tres poderes supremos del Estado eran independientes entre sí, por el otro dejaban al Judicial a merced de las fuerzas políticas.

¿Fueron conscientes de esta situación los políticos y estadistas de la época? A juzgar por lo que escribe el profesor Antonio Zambrana a fines del siglo XIX, y considerando que su más brillante discípulo: el joven Ricardo Jiménez Oreamuno, ocupó la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia entre 1890 y 1892, podemos suponer que la problemática de la independencia del juez, así como la de la organización y la autonomía del Poder Judicial, como un todo, eran objeto de reflexión entre los juristas de la época. Sin embargo, las reglas ya establecidas en la Constitución de 1871 se mantuvieron prácticamente iguales en la de 1917 y en la de 1949. Lo nuevo de esta última es su artículo 154, que contiene una declaración parecida a la ya citada, que registran muchas constituciones latinoamericanas, y que, al igual que aquellas, es puramente retórica.

Y el efecto práctico de dicha normativa fue aquella especie de vía crucis que los magistrados emprendían por las oficinas de los diputados cuando se acercaba la fecha de su reelección; y el no menos penoso vía crucis de los candidatos a juez por las oficinas de los magistrados.

Pero lo extraño es que existiendo en Costa Rica ese desamparo institucional para el juez, como lo dije al principio, ha habido y sigue habiendo muchos casos de jueces que se comportan con plena independencia en el ejercicio de sus funciones. Esto, repito, nos está indicando que la independencia del juez constituye, entre nosotros, un valor vigente: de alguna manera se manifiesta aquí una cultura receptora de un ideal de independencia judicial; y ese puede ser el punto de partida para intentar los cambios estructurales requeridos.

En la búsqueda de ese ideal, el juez costarricense debe sacudirse de encima el poder de la Corte; y esta debe hacer lo propio con respecto a la potestad nominativa de la Asamblea Legislativa, inspirados en el ejemplo de los más avanzados sistemas judiciales europeos.

e) La experiencia europea a partir de la segunda posguerra

Porque, en efecto, en la Europa de la segunda posguerra mundial (1945), que surgía de las cenizas del fascismo, asqueada de una justicia que había sido cómplice de los crímenes del poder, se concienció de la necesidad de que cada juez gozara de estabilidad e independencia frente a los demás jueces, y frente a las instancias externas de poder político y económico; y para satisfacerla se crearon mecanismos institucionales de rango supremo (constitucional) dirigidos a garantizar la igualdad de la base salarial de todos los jueces, la eliminación de jerarquías internas y para la creación de órganos autónomos de gobierno judicial (consejos superiores de la magistratura).

Y también se concienció de la suprema importancia de conservar y reforzar una cultura judicial democrática y humanitaria, capaz de constituir un verdadero contrapoder frente a los desmanes de la política y el dinero, y una garantía de realización de los valores básicos de la vida.

Al final hemos terminado por constatar que la civilización occidental es la forjadora de un ideal de juez-funcionario-estatal, y de una cultura judicial democrática y humanitaria, cuya conservación es un deber moral de todos, porque es parte del legado que ofrece dicha Civilización al futuro de la Humanidad.

El ataque neoliberal a la justicia estatal

Decíamos atrás que, en su imaginario colectivo, Costa Rica tiende a identificarse culturalmente con esa figura del juez independiente e imparcial a la que acabamos de referirnos, lo que la sitúa en condiciones más favorables que otros países para emprender las correspondientes reformas institucionales.

Pero mientras tanto, desde hace muchos años vienen ocurriendo en otros ámbitos del planeta ciertos acontecimientos destinados a frustrar aquel sueño de una justicia nacional independiente e ilustrada. Me refiero al proyecto transnacional, de largo alcance, que se ha puesto en movimiento para alcanzar la meta de despojar a los sistemas judiciales nacionales de una parte sustancial de sus competencias, en beneficio de instancias internacionales que simulan tribunales arbitrales, con el objetivo de debilitar a los Estados y llevarlos a privilegiar los derechos corporativos de los inversionistas, por encima de sus políticas de bien social.

Este proceso tuvo lugar en dos etapas:

- a) la de creación y consolidación de varios centros internacionales de solución de disputas que operan en diferentes sedes;
- b) la de su conversión en órganos dotados de jurisdicción compulsiva para los Estados.

a) Antecedentes

Podemos decir sobre el particular que, para los efectos mencionados, se celebró en Nueva York, en 1958, con la cobertura de la ONU, la Convención Internacional sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Arbitrales Extranjeras, conocida también como "Convención de Arbitraje de New York", la cual originalmente fue ratificada por más de cien países, que hoy rebasan los 140. Y resulta interesante saber que dicho convenio no nació en el seno de la ONU inspirado en los intereses generales, sino que fue redactado por un comité de la Asociación Americana de Abogados, en colaboración con el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

Dicha Convención ha servido de modelo para numerosos acuerdos, como la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial, de 1961, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), de 1966, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975, y la Comisión de Naciones Unidas para el derecho comercial internacional (UNCITRAL), cuya fecha no preciso. Además, su forma ha sido adoptada en la redacción de convenios de arbitraje recientes, y en los capítulos sobre el arbitraje de tratados como el TLCAN, el proyecto del ALCA y una gran cantidad de Convenios Bilaterales de Inversión (TBI).

Pero con anterioridad, según nos advierte el analista norteamericano Michael Sindow, en su ensayo "Privatizando la Justicia: el arbitraje en los tratados comerciales internacionales":

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CACCI) había existido desde 1923 y se había convertido en el primer foro de arbitraje para contenciosos comerciales internacionales, pero su carta fundadora la define como un foro de arbitraje estrictamente comercial y en el ínterin desde su fundación las finanzas habían reemplazado al comercio como primer poder económico en el mundo. En efecto, una de las grandes transformaciones en el poder internacional realizadas después de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente en décadas recientes, ha sido la supremacía de las instituciones financieras internacionales los grandes bancos comerciales y los grandes fondos de inversión- sobre las em-presas industriales. En realidad estos dos grupos trabajan conjuntamente, pero cada vez más son las empresas inversoras y financieras que llevan la delantera, controlando las acciones de las empresas industriales. A las empresas financieras internacionales no les servía el CACCI, con su anticuada definición del comercio. Además, a la CACCI le falta legitimidad por estar controlada por la Cámara de Comercio Internacional, una corporación privada que agrupa grandes empresas..."

Por todas esas razones en 1966 se creó, a la vera del Banco Mundial, el mencionado Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido por sus siglas como el CIADI, que es el foro especializado en la solución de disputas entre los inversionistas y los Estados que los acogen. Pero como era lo usual en ese tipo de entes, también el CIADI únicamente funcionaba si todas las partes del conflicto estaban de acuerdo en habilitarlo (artículo 36).

b) Las opciones arbitrales y pseudoarbitrales en los foros internacionales

Todos hablan de tribunales arbitrales para caracterizar a los órganos de solución de controversias del CIADI y similares; pero en realidad no son tal cosa. Como sabemos, es esencial en el arbitraje su carácter “pacticio”, es decir, voluntario, que se manifiesta en el consentimiento expreso de las partes en el caso concreto, ya sea a la hora de suscribir el contrato (cláusula compromisoria, que significa intermediación entre el contrato y el acuerdo arbitral); ya sea en un momento posterior, en que surge el conflicto (compromiso, que significa intermediación entre el conflicto concreto y el acuerdo arbitral). Pero nada de esto se cumple en el CAFTA-DR. ¿A qué obedece entonces la simulación?

Me parece que esa táctica de disfrazar de tribunales arbitrales a los “paneles de expertos” del CIADI y del UNCITRAL, sirve para dar a esos paneles (que hieden a barbarie neoliberal) una imagen tradicional e inofensiva, ya que la práctica de resolver los conflictos recurriendo a árbitros es antigua y respetable (aunque, de hecho, mucho menos segura que la de los jueces ordinarios).

En todo caso, en lo que a Costa Rica concierne, se autoriza el arbitraje sólo para conflictos de carácter patrimonial, es decir, en materias en las que las partes pueden disponer de sus derechos (artículo 43 de la Constitución). Y ello se justifica diciendo que si en términos generales las partes están facultadas para renunciar a sus derechos patrimoniales o, incluso, para regalar sus bienes a quienes ellas decidan (artículo 291 y concordantes del Código Civil), con mayor razón pueden renunciar, en previsión de un conflicto que surja en el seno de unas relaciones contractuales concretas, a las garantías de independencia, imparcialidad, experiencia y formación profesional que les ofrece su “juez natural” (en otras palabras, los jueces de primera y segunda instancia, y de casación que son competentes en su caso, según la ley); y contentarse con la decisión de uno o varios panelistas que no ofrecen dichas garantías.

Pero desde ahora quiero señalar que la renuncia anticipada a dichas garantías, en su conjunto, contenida en un tratado internacional, es totalmente extraña a la institución del arbitraje; y significa, por lo demás, entregar a entes como el CIADI (adscrito al Banco Mundial) una atribución fundamental que caracteriza al Estado moderno: la titularidad de la potestad jurisdiccional.

c) Suplantación forzosa de la justicia estatal: el NAFTA y los TBI

Después de crear por la vía del convenio un grupo importante de entes para la administración de los arbitrajes internacionales (convenciones de Nueva York, Ginebra, UNSDRI, CIADI, etc.), el siguiente paso fue conseguir que los Estados partes en los tratados internacionales se obligaran a aceptar en abstracto, y para todos los casos, la competencia de dichos entes, cuando, al surgir un conflicto entre el Estado y el inversionista, este decidiera radicar allí su demanda contra el Estado receptor. Ese paso se logró dar con el NAFTA suscrito entre México, Canadá y Estados Unidos de América en 1994, y después mediante los llamados Tratados Bilaterales de Inversión.

d) Las experiencias de México y Suramérica

México, que firmó el TLCAN en 1994, se ha visto conmovido hasta los cimientos cuando entre 1997 y 1999 se vio demandado ante el CIADI y ante el UNCITRAL por las transnacionales norteamericanas METALCLAD, WASTE MANAGEMENT, FELDMAN Y ADAMS, y la canadiense AZINIAN, por un total de doscientos noventa y cuatro millones de dólares.

Argentina, suscriptora de varios Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) con otros países, está actualmente sometida a treinta y tres demandas por un monto de diecisiete mil millones de dólares, planteadas por sendas empresas inversionistas, a las que la dictadura militar, primero, y Carlos Ménem, después, les otorgaron la explotación de los que habían sido los entes y empresas de servicios públicos del Estado. Dichas demandas fueron interpuestas en los llamados Tribunales de Arbitraje del CIADI. Si estos procesos son sentenciados a favor de los inversionistas, el monto total de las condenas contra Argentina se elevaría a más de treinta mil millones de dólares, que representa el 25% de la deuda externa argentina. Sabemos que el primer fallo de uno de esos tribunales, en el proceso planteado por la empresa norteamericana CMS ENERGY, fue a favor de esta última. También Uruguay ha suscrito varios TBI y ha cosechado amargas experiencias. Fue demandado por el Banco Comercial (estadounidense) ante un tribunal de la CACCI, con sede en París, y por la empresa española URAGUA, concesionaria del servicio de agua en la época de la dictadura militar. El actual Gobierno uruguayo se ve obligado a pagar enormes indemnizaciones.

Dicho sea de paso, la pésima calidad de “justicia” que están produciendo los paneles del CIADI y de UNCITRAL en muchos de los casos enumerados, y otros más, como por ejemplo aquel de Bechtel Corporation contra Bolivia en 2003, están socavando, poco a poco, su reputación, incluso en medios oficiales de los Estados Unidos de América, arrastrando consigo la imagen misma del arbitraje. Como lo afirma Sondow en su estudio citado:

...el arbitraje como sistema comienza a cobrar mala fama en la medida en que Estados y empresas, pasando por sus tribunales, sufren en carne propia sus manipulaciones e injusticias. Una búsqueda en Internet por Google usando como palabras claves “arbitration” (arbitraje) y “unfair” (injusto) produce 652.000 resultados.

Recientemente, una importante ONG, World Development Watch (Vigilancia al Desarrollo Mundial), ha advertido de antemano a la empresa inglesa Biwater no perseguir a Tanzania en las cortes de arbitraje internacionales, después que Tanzania revocó el contrato con la compañía por su falta de cumplimiento de mejoras e inversiones en la privatización del agua del país...

Muchos achacan ese desastre a la falta de una cultura judicial, unida a incompetencia profesional, de los miembros de los paneles de solución de controversias del CIADI, los cuales son designados por el Presidente del Consejo Administrativo (que es el mismo Presidente del Banco Mundial) de las ternas presentadas por los Estados miembros. El artículo 14 del Convenio dice:

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria y de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

De modo que ya, al establecer los criterios para integrar las listas de árbitros, podemos notar su pronunciada inclinación hacia el derecho empresarial: no hay allí ninguna indicación específica acerca de una sólida formación en derecho constitucional, administrativo, etc., a pesar de que una de las partes en litigio será necesariamente un Estado, y quizá en la gran mayoría de las controversias, la defensa de dicho Estado se fundará en razones constitucionales, administrativas, fiscales. Esto lo reafirma Sondow en los siguientes términos:

...Los paneles de expertos del CIADI no tienen pautas para juzgar sobre argumentos de derecho público, que podrían muy bien contener buenas razones a favor del país demandado, en el caso civil iniciado por la empresa. Además, dado que los argumentos de derecho público de los Estados-parte se fundan en sus propias leyes, no son tomados en cuenta por el tribunal, o éste les da poco peso... Si a eso agregamos que es el Presidente del Banco Mundial (es decir, uno de los principales responsables de la imposición de las funestas políticas neoliberales en América Latina) quien integra la nómina de los panelistas del CIADI, ya podemos imaginar hacia dónde se inclinarán sus decisiones.

El CAFTA-DR y la justicia centroamericana

En un escrito anterior (Libre Comercio: un Caballo de Troya, Alma Máter, San Pedro, 2007) yo quería demostrar que el CAFTA-DR, en sendos artículos que regulan las materias de inversiones, servicios financieros, ambiente y solución de conflictos, plantea abiertamente:

a) La creación de una “jurisdicción” internacional permanente y a doble grado (Anexo 10-F), radicada en el CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI), por completo desvinculada del Poder Judicial de Costa Rica, para la solución de los conflictos surgidos entre los inversionistas y el Estado; jurisdicción a la cual el Estado costarricense se encontraría jurídicamente sometido, y a la que tendrá que sujetarse forzosamente una vez que sea llevado a ella en calidad de demandado por el inversionista (10.16 y sigtes., 12.18, 17.2 y 20.1 y sigtes.);

b) La aplicación prioritaria de las normas del CAFTA-DR y anexos, por los tribunales integrados para la solución de dichos conflictos (10.22 y sigte.); y

c) El deber de esos tribunales de basar sus decisiones en la interpretación que, de la normativa del CAFTA-DR y de la normativa de las llamadas “medidas disconformes” previstas en los Anexos I y II, formule el ente-órgano llamado Comisión de Libre Comercio, compuesto por los siete ministros de comercio exterior (o sus delegados); interpretación que se elaborará por consenso, o en la forma que la misma Comisión decida (10.22.3, 10.23.1 y 2, y 19.1.5).

Una ley, un tribunal, una interpretación ajenos al sistema judicial costarricense: se puede concluir, con vista de lo anterior, que de aprobarse la existencia de dichos órganos, se destruye la unidad de la jurisdicción nacional, porque se crea un aparato de pretendida justicia, paralelo a nuestro Poder Judicial; y se somete al Estado de Costa Rica, es decir, a la comunidad soberana de los costarricenses, a decisiones que no provienen de sus propios tribunales, para solucionar litigios que, vista la experiencia de México, Canadá, Argentina y otros países del área, no serán esporádicos ni de poca monta, sino que probablemente llegarán a ser muy frecuentes y a tener una repercusión de tal gravedad y magnitud en la economía y en el equilibrio social y político de nuestro país, que podrían llegar a provocar, en un futuro no lejano, la vanificación de Costa Rica como unidad política independiente.

De este modo el CAFTA-DR no viene a propiciar uno de esos clásicos mecanismos arbitrales “ad hoc” (que se agota en una simple relación entre partes y árbitro, y se extingue una vez vertido el laudo correspondiente), sino que su normativa organiza una verdadera institución de carácter permanente (10.17.2); y en lo que atañe a Costa Rica (y los demás miembros del CIADI suscriptores del CAFTA - DR), crea una competencia, unos órganos y un procedimiento específicos para el conocimiento y resolución de los conflictos que decidan plantear los inversionistas radicados en nuestro territorio, contra el Estado costarricense (artículo 10.16. 1 y 3 ‘a’). ¿Qué queda, en todo esto, que pueda seguir llamándose “arbitral”?

Significativamente, entre los procesos privados para la solución de controversias (*ordo iudiciorum privatorum*) los romanos distinguían el arbitraje del juicio propiamente dicho, en que, en este último, el juez era escogido por el pretor de una lista o padrón, mientras que los árbitros eran de libre nombramiento de las partes, y sus laudos se consideraban “extrajudiciales” y no producían, por sí mismos, la cosa juzgada (véase: *Digesta Iustiniani Augusti*; 4.8; Barbera, Milán, 1931; y *Giuliano Crifò: Arbitraje (Derecho Romano)*, voz de la “Enciclopedia del Diritto”; Milán, 1958; Tomo II).

La entronización del CIADI en la justicia costarricense

El CIADI es, repito, un ente adscrito al Banco Mundial, y dotado de personalidad jurídica internacional (artículo 18 del Convenio del CIADI). Inicialmente fue concebido como un "Centro Internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones", al estilo tradicional, con jurisdicción no obligatoria, que para actuar requería el consentimiento escrito de las partes litigantes (ver el Preámbulo y el artículo 25 del convenio del CIADI).

Ahora bien, por virtud del CAFTA-DR, el CIADI SE CONVIERTE EN EL ENTE QUE ADMINISTRA LA SOLUCIÓN DE LAS DEMANDAS DE LOS INVERSIONISTAS CONTRA EL ESTADO, CON JURISDICCIÓN OBLIGATORIA, EN SUSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES COSTARRICENSES. Porque, en efecto, los artículos 10.16.3 'a' Y 'b', y 10.17.2 del CAFTA-DR CONVIERTEN AL CIADI EN LA INSTANCIA OBLIGADA PARA DIRIMIR DICHOS CONFLICTOS, SURGIDOS CON OCASIÓN DE LAS INVERSIONES NORTEAMERICANAS HECHAS EN COSTA RICA AL AMPARO DEL MISMO CAFTA-DR. Y ello resulta una notable "vanificación" de la jurisdicción contencioso administrativa, recientemente modernizada en nuestro país.

En contraste con las garantías procesales que ofrece nuestro flamante Código Procesal Contencioso Administrativo, ¿cómo encara el CIADI, en su articulado, el complejo problema de los derechos de las partes y de la administración de los procesos? Veamos, como muestra, algunos artículos del Convenio, y de las llamadas "Reglas del CIADI":

Artículos:

41 (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. 2) Toda alegación de una parte que [...] cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

48 (5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de ambas partes.

53 (1). El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio.

Reglas:

34 (1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba.

39 (3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

A ese panelista, escogido por el Presidente del Banco Mundial, le queda muy grande el oficio de juez, porque ha sido formado para entender sólo una de las vertientes del litigio: la vertiente de las transnacionales. Si no fuera así, ¿cómo se explica la inclinación visible y constante de los seudo-tribunales del CIADI y de UNCITRAL hacia la parte empresaria, en perjuicio de los Estados?

¿Qué clase de juez puede ser este señor carente de una trayectoria de aprendizaje de ese oficio riguroso de imparcialidad, de objetividad, de independencia que, en la tradición a la que pertenecemos, es el oficio judicial? ¿Basta ser un experto en comercio o finanzas para resolver conflictos que comprenden políticas sociales, económicas y ambientales de los Estados latino-americanos, que comprometen el destino de nuestros pueblos?

Pero hay más: si a lo anterior agregamos que el CIADI ha considerado que no es necesario traducir sus decisiones al idioma del Estado demandado, y por eso sus fallos relacionados con América Latina no han sido publicados oficialmente en español, estaremos en mejor posición de entender los términos del problema que tenemos entre manos. Y ese problema consiste en que, en un cierto momento, quedamos en las manos de personas que ignoraban o despreciaban nuestros valores, nuestra lengua, porque habían adoptado los de sus amos. De esas mismas manos, o de otras parecidas, salió este engendro que es el CAFTA-DR.

¿Tiene sentido resistir?

Empecemos por recapitular algunas con-sideraciones generales. El CAFTA-DR es una agresión contra la potestad jurisdiccional de nuestros Estados en general, pero afecta específica e intensamente la jurisdicción contencioso administrativa. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 49 y disposiciones concordantes de nuestra Constitución Política, la jurisdicción contencioso administrativa es una potestad suprema del Estado costarricense, de carácter ordinario, que compete a unos tribunales específicos (contencioso administrativos y civiles de hacienda) pertenecientes al sistema de órganos públicos llamado Poder Judicial, cuya función es la tutela de, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados, frente a los actos ilícitos o perjudiciales de la Administración Pública, central o descentralizada.

Recordemos también que, de acuerdo con las leyes que regulan las inversiones extranjeras, como por ejemplo la Ley número 7210 del 23 de noviembre de 1990 (zonas francas) y la Ley número 7638 del 30 de octubre de 1996, las inversiones de capital extranjero se realizan en Costa Rica en el seno de una relación jurídico-administrativa, a través de sendas concesiones del Poder Ejecutivo, sucesivamente a la contratación celebrada entre el inversionista y Procomer, que es un ente público adscrito al Ministerio de Comercio Exterior. De modo que las mismas, en caso de conflictos de intereses entre las partes de dicha relación, caen de lleno en las situaciones previstas en los artículos 1 y 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en cuanto disponen, en lo conducente, que:

(Artículo 1)

1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa...

(Artículo 2)

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá lo siguiente:

a) La materia de contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

b) Las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus funcionarios.

c) Los procesos ordinarios que la Ley Orgánica del Poder Judicial y las demás leyes atribuyan, exclusivamente, a la vía civil de Hacienda, los cuales se tramitarán de conformidad con la presente Ley.

Pues bien, hemos visto atrás que en los artículos que regulan las materias de inversiones, servicios financieros, ambiente y solución de conflictos, el CAFTA-DR crea la jurisdicción obligatoria del CIADI, con las consecuencias que resultan de los artículos 10.16, 10.17.2, 10.22.3, 10.23.1 y 12, 12.18, 17.2, 19.1.5 y 20.1 y siguientes de dicho Convenio.

También vimos que, de aprobarse en nuestro país la existencia de dichos órganos (para lo cual se va a requerir indispensablemente los votos de tres cuartas partes de los diputados de la Asamblea Legislativa y dos tercios de los de una constituyente que al efecto se convocaría, según lo dispone el artículo 7 de la Constitución), se destruiría la unidad de la jurisdicción contencioso administrativa e, incluso, de la jurisdicción nacional en general, porque se crea un aparato de pretendida justicia, paralelo a nuestro Poder Judicial, y se somete al Estado de Costa Rica, es decir, a la comunidad soberana de los costarricenses, a decisiones que no provendrían de sus propios tribunales.

Y, entonces, concluyo en que, si la Constitución fuera reformada con observancia de las reglas del citado artículo 7, a los tribunales nacionales de lo contencioso administrativo, con menoscabo de lo que establece el artículo 1 y concordantes del Código Procesal de la materia, se les sustraería el conocimiento de multitud de importantísimos procesos originados con ocasión de las relaciones jurídico-administrativas sostenidas en Costa Rica, entre el Estado costarricense y los inversionistas extranjeros asentados en nuestro territorio y como consecuencia de ello, en nombre de algo que no merece ser llamado "justicia", el país podría ser puesto, una y otra vez, ante la alternativa de aceptar los deseos y exigencias de las transnacionales, inermes frente a su codicia; o nos expondríamos a condenas multimillonarias que excederían con creces cualquier beneficio que el convenio hubiera podido reportarnos.

En palabras breves, estaríamos ante una grave mutilación de la justicia nacional; y no lejos del decaimiento del Estado mismo.

Ahora bien, es evidente, por lo que hemos podido ver en estos días, que hay costarricenses dispuestos a dejar de serlo, si eso les reporta ventaja. Habrá quienes ven con simpatía el desmantelamiento de nuestro Estado y su reciclaje neoliberal al servicio de las transnacionales. Y, entonces, sería cuestión de poner las cartas sobre la mesa, y optar entre:

a) Aceptar el CAFTA-DR, lo que significa que en el fondo nos contentamos con que otros arreglen las averías de nuestro barco, y administren nuestros asuntos dentro de un contexto institucional que conservará todavía la apariencia de un Estado, pero que en realidad será una pequeña división administrativa en la periferia de un macro Estado imperial de cuyo nombre no quiero acordarme. Esto traerá beneficios económicos seguros para las clases altas y, hasta un cierto punto, también para las clases medias-altas: las demás clases seguirán un poco peor, o igual que ahora; o quizá hasta mejorarán en lo económico, dependiendo de los azares del impredecible y nunca visto "derrame" neoliberal. Pero ya ninguno de los costarricenses será un ciudadano en el pleno sentido de esa palabra.

b) O resistir y rechazar el CAFTA-DR, lo cual significa que queremos seguir perteneciendo a un pequeño y deficiente Estado llamado República de Costa Rica; y, entonces, debemos esforzarnos entre todos para cumplir nuestro compromiso de sacarlo adelante en términos de solidaridad y justicia, de la mejor manera posible. En este caso tendremos, a corto plazo, muchos problemas, empezando por el de tener que tomar decisiones colectivas responsables sin esperar resultados óptimos; ni siquiera muy buenos. Lo cual, casi seguramente, podría significar para las clases altas y medias el descenso hasta un nivel general de vida más bien modesto.

Para mí, en esta coyuntura, lo único que tiene sentido es resistir.

BIBLIOGRAFÍA

- Perfecto Andrés Ibáñez; Claudio Movilla: El poder judicial. Madrid, 1986.
- Daniel Aspiazú: Las privatizadas. Buenos Aires, Vol. II, 2005.
- Piero Bernardini: Arbitraje comercial internacional. Voz de la "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1997, Apéndice I.
- Giorgio Balladore-Pallieri: Naturaleza jurídica del arbitraje internacional. En la "Revista de Derecho Internacional", Milán, 1929.
- Antonio Briguglio: Arbitraje internacional (Convención de Nueva York de 1958). En "Enciclopedia" cit., 1999, Apéndice III.
- Piero Calamandrei: Elogio de los jueces hecho por un abogado. Buenos Aires, 1956.
- Tito Carnacini: El arbitraje. Buenos Aires, 1961.
- Giuliano Crifò: Arbitraje (Derecho Romano). Voz de la "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1958, Tomo II.
- Raymond Carré de Malberg: Teoría general del Estado. México, 1948.
- René David: El arbitraje en el comercio internacional. París, 1982.
- Digesta Iustiniani Augusti. Barbera, Milán, 1931.
- E. Fazzalari: El arbitraje. Turín, 1997.
- Elio Fazzalari: Arbitraje (Derecho procesal civil). Voz de la "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1998, Apéndice II.
- Kevin P. Gallagher: Las falsas promesas del CAfta. En el America`s Program Commentary del 21 de marzo de 2005.
- James Goldschmidt: Derecho procesal civil. Barcelona, 1932.
- Rubén Hernández: El derecho de la Constitución. San José, 1993, Tomo I.
- Nicola Jaeger: Derecho procesal civil. Milán, 1954.
- Lamm y Spoorenberg: La ejecución de fallos arbitrales extranjeros bajo la Convención de New York, sucesos recientes. Publicado en The International Law Update; Washington, D.C.: 12/2004.
- Gaetano Morelli: Derecho procesal civil internacional. Buenos Aires, 1953.
- Naciones Unidas: Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Nueva York, 1990.
- Amos Pignatelli et al.: La profesión del juez. Milán, 1986.
- Alessandro Pizzorusso: La organización de la justicia en Italia. Turín, 1982.
- Manuel de Rivacoba: Fondo ético y significación política de la independencia judicial. Santiago de Chile, 1992.
- Leo Rosenberg: Derecho procesal civil. Buenos Aires, 1955, Tomo II.
- Enrico Redenti: El compromiso y la cláusula compromisoria. Buenos Aires, 1961.
- Santi Romano: Principios de derecho constitucional general. Milán, 1947.
- Paul Sanders: La Convención de Nueva York. En "Arbitraje Comercial Internacional". La Haya, 1965.

Jorge Renán Segura: La clase política y el poder judicial en Costa Rica. San José, 1982.

Dieter Simon: La independencia del juez. Barcelona, 1985.

Entrevista de Greg Palast a Joseph Stiglitz. En "El Observador" de Londres, 10 de octubre de 2001. Eric Toussaint: La bolsa o la vida. Buenos Aires, 2004.

Renato Treves: El juez y la sociedad. Madrid, 1970.

Antonio Zambrana: La justicia del país. En "Estudios Jurídicos". San José, 1907.

Pier Luigi Zanchetta: Gobierno y autogobierno de la magistratura en Europa Occidental. Milán, 1985.