

Privatizando la justicia

Autor beu
miércoles, 06 de septiembre de 2006

El arbitraje en los tratados comerciales internacionales

Michael Sondow, Rebelión

06-09-2006

Para proteger sus intereses, el capital transnacional impone un sistema de resolución de conflictos hecho a medida, reemplazando la tradicional justicia democrática y constitucional con una más favorable a sus intereses. Lo llama arbitraje. Antecedentes, actualidad, y portentos.

Trasfondo e historia

La estrategia global del capital transnacional, hoy llamado neoliberalismo, es la transferencia a manos privadas de todas las funciones que hasta ahora ha asumido el estado, principalmente la distribución y la regulación de recursos naturales, servicios, comercio, y el capital mismo. Sería sorprendente entonces, dado lo abarcativo y global de su planificación, si no promoviera, a la par que vaya concentrándose y ganando poder, un paralelo proceso de transformación de la justicia para protegerse de las barreras que puede oponer a su marcha el derecho.

Y así ha sido. Con la consolidación de su hegemonía a través de la Segunda Guerra Mundial, los grandes grupos industriales y financieros de EEUU comenzaron a reforzar los sistemas ya existentes de resolución de conflictos comerciales alternativos a la justicia tradicional y constitucional ? justicia basada en tribunales y jurados responsables a los pueblos, fundamento de la organización de los estados republicanos - y a crear nuevos sistemas de justicia alternativa controlados por ellos.

Axiomático de los sistemas de resolución de conflictos alternativos es su divorcio de cualquier proceso democrático. La organización y las reglas del proceder de los nuevos tribunales, cuando las tengan, no son creadas por ninguna legislatura. Por ende, la ley substantiva que aplican, cuando aplican ley, no está determinada por ninguna legislación y es arbitraria, respondiendo únicamente al antojo de los tribunales mismos. No reconocen ningún poder judicial superior, y no hay apelación de sus dictámenes. Su propósito es romper con dos mil años de historia y tradición de la justicia, desde la primera codificación de la ley por Solon en la Grecia Antigua, pasando por la Ley Romana, los grandes avances en ley y justicia popular esgrimidos por las revoluciones francesa y estadounidense, hasta nuestros días de jurados plebeyos y legislaturas elegidas por voto popular. La historia y el progreso anulados. En adelante, harán justicia los elegidos de Citigroup, Morgan-Chase, y la Suez des Eaux.

Porque es una estrategia de la globalización del colonialismo económico moderno disfrazar su naturaleza detrás de un discurso pseudo-erudito y tranquilizador, los artificieros de la nueva justicia han escogido la palabra "arbitraje", que sugiere la idea de reciprocidad, para referirse a su sistema. Los nuevos foros para imponer los intereses del gran capital se conocen como tribunales o cortes de arbitraje. Pero propiamente dicho no son ni tribunales ni cortes sino meros paneles, ya que sus integrantes raramente son profesionales de la ley, y no tienen nada de recíprocos.

Los ejemplos más conocidos en América Latina son el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CIACCI). Pero éstos no son los únicos foros internacionales de arbitraje. Existen también la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, la Corte Europea de Arbitraje, el foro del Comité Internacional de Arbitraje Comercial de la Asociación Internacional de Derecho, la Corte Londinense de Arbitraje Internacional, y otros.

También abundan los tratados internacionales que constriñen a las empresas y los estados a abandonar la justicia a base de leyes y procedimientos conocidos, para lanzarse a la aventura del arbitraje improvisado y parcial: la Convención de La Haya; la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Adjudicaciones de Arbitraje Extranjero; la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Adjudicaciones Arbitrales Extranjeras, o Convención de Arbitraje de Nueva York; la Convención de Ginebra sobre el Arbitraje Comercial; la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Comercial Internacional; la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (una especie de tratado de tratados); etcétera.

El más influyente de estos tratados, por la extensión de su contenido y el número de países que lo han suscrito, es la Convención de Arbitraje de Nueva York (CANY). Antes de examinar los insidiosos efectos de este tratado, vamos a echar un vistazo a sus antecedentes dentro del país que lo engendró, los Estados Unidos de América.

¿Por qué el arbitraje?

Los próceres estadounidenses, no confiando sobremanera en la independencia de jueces pertenecientes a la clase política, inscribieron en la Constitución de los EEUU una garantía altamente democrática: todo ciudadano tiene el derecho

de ser juzgado por un jurado de sus pares, la idea siendo que, dada la codicia del ser humano, a los poderosos les resultaría más difícil sobornar a doce ciudadanos promedios imbuidos del espíritu republicano que a un o más jueces.

Para empresas defendiéndose de pleitos interpuestos por ciudadanos demandando compensación por daños y perjuicios causados por sus productos o actividades - las petroleras, las farmacéuticas, las químicas, las tabacaleras, las productoras de automóviles defectuosos, las papeleras, las siderúrgicas, las mineras, y las demás cuyos estragos regularmente matan y mutilan a la población - los jurados populares son un calvario. Cuando se suma el advenimiento por ley federal de las "class actions" (acciones de clase), en que los dañados se agrupan e interponen una sola demanda, lo que les permite reducir sus costos enormemente y conseguir la ayuda de abogados adiestrados interesados en trabajar por un porcentaje de las altísimas sumas de dinero requeridas como compensación, a veces en decenas de millones de dólares, y tomando en cuenta que las leyes estadounidenses permiten a los jurados imponer adjudicaciones por negligencia criminal y otras penalidades más allá de los daños objetivamente sufridos por las víctimas, pues las corporaciones comenzaron a tener pánico. Entra el arbitraje.

La Asociación Americana de Abogacía (American Bar Association, o ABA) es el gremio de abogados más importante de los Estados Unidos. Dentro de ella, la agrupación de ricos abogados corporativos ? que ejerce una influencia singular en Washington, D.C., dado que de sus rangos provienen muchos miembros del poder ejecutivo y de su gabinete ? decidió una campaña de implantación de arbitraje en el país, basada en las siguientes pautas: 1) acabar con los juicios orales; 2) evitar el proceso de descubrimiento (?discovery? en inglés), que en la justicia tradicional de EEUU permite a cada parte exigir y escudriñar cualquier documento relevante de la parte opositora, práctica muy peligrosa para las corporaciones; 3) terminar con las adjudicaciones penales, la consecuencia de juicios orales delante de jurados populares; 4) evitar las acciones de clase; 5) sustraer el arbitraje de las leyes de procedimiento, especialmente las que definen las pruebas permitidas; 6) ofuscar la elección de leyes substantivas sobre las cuales se deciden las disputas; 7) poder insinuar razonamientos y conceptos jurídicos fuera de, y frecuentemente en conflicto con, la ley codificada; 8) proceder en secreto donde sea posible; 9) detener la publicación de los fallos para que no haya precedentes formando una jurisprudencia que, por un lado, podría guiar a futuros arbitradores, y por otro ser usada para atacar las decisiones de los arbitradores en una corte; 11) lograr, a pesar de cualquier jurisdicción de las cortes establecidas, que los fallos de arbitraje sean definitivos, sin apelación; 12) conseguir la aceptación de que los foros de arbitraje decidan, ellos mismos, su propia competencia y jurisdicción.

La introducción de este nefasto programa por abogados corporativos y jueces cómplices no ha sido fácil. Especialmente difícil ha sido el reemplazo de las cortes establecidas por el arbitraje, y la anulación del poder de revisión de ellas. Para lograr sus designios, los abogados corporativos recurrieron a una estratagema ingeniosa: el uso de contratos.

El derecho de contratos forma, en EEUU, una categoría aparte. Muy raras veces las cortes abren un contrato para decidir, o siquiera opinar, sobre sus términos, prefiriendo ver los contratos enteros como encerrando su propia ley. Los abogados entonces crearon, según las pautas ya mencionadas, organismos de arbitraje como la American Arbitration Association (Asociación Americana de Arbitraje) e introdujeron en los contratos por productos y servicios de sus empresas una cláusula diciendo que las partes se acuerdan que toda disputa surgiendo del cumplimiento del contrato será resuelta por arbitraje, en el tribunal de arbitraje tal, y bajo las reglas de la asociación de arbitraje tal. Cuando eventualmente lograron que los estados americanos y finalmente el gobierno federal pasasen leyes legitimando el arbitraje y definiendo sus reglas, agregaron referencias a estas leyes en los contratos.

Hoy día, toda relación entre empresas y entre ellas e individuos está controlada por un contrato - frecuentemente nunca visto por el receptor del producto o servicio, tal como los contratos escondidos en una orden de compra, los contratos automáticos incluidos en el acto de comprar, y los que forman parte de una garantía ? conteniendo una o más cláusulas despojando al comprador de sus garantías constitucionales y relegándolo a la arbitrariedad de un arbitraje cuyas reglas ignora.

He aquí un ejemplo típico, copiado del acuerdo de cliente en la página web de un corredor de bolsa online: ?28. Arbitraje. Por mantener una cuenta con Usted, yo acepto someter toda controversia con Usted a arbitraje de acuerdo con las provisiones siguientes: 1) Las partes están renunciando a su derecho de buscar remedio en las cortes, incluyendo el derecho a un juicio por jurado; 2) El arbitraje es definitivo y su ejecución obligatoria; 3) El Descubrimiento es más limitado y diferente en arbitraje que en las cortes; 4) El fallo del arbitrador no tiene que incluir determinaciones de los hechos ni razonamientos legales, y cualquier derecho de las partes a apelarla o a buscar una modificación de la decisión es estrictamente limitado; 5) El panel de arbitradores típicamente incluirá una minoría de arbitradores afiliados con la industria de valores.?

Para entender bien la mentalidad y los propósitos de los que han promovido el arbitraje, escuchamos a Edward Anderson[1], Director del Nacional Arbitration Forum (Foro Nacional de Arbitraje, una empresa privada a pesar de su nombre) : ?La Corte Suprema ha sostenido que cláusulas de arbitraje son aplicables en la totalidad de las actividades comerciales, desde transacciones de inversión a relaciones de empleo, suministros, préstamos, contratos con clientes, reclamaciones de responsabilidad por productos. Todas pueden ser sujetas al arbitraje?Está claro ahora que una persona puede consentir a una estipulación de arbitraje incluida en una garantía, un manual para empleados, u otro contrato, y no necesita de hecho firmar un acuerdo a arbitrar? En arbitraje bajo el Código del Foro Nacional de Arbitraje la

presunción es diametralmente opuesta a la de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (RFPC). Bajo las RFPC, las partes reciben descubrimiento hasta que el juez las pare. En el arbitraje, las partes están obligadas a demostrar al arbitrador que el descubrimiento es necesario y pertinente antes que lo consigan? Las partes pueden elegir sus arbitradores de una lista que nosotros les suministramos? Las cortes han sostenido uniformemente que no habrá arbitrajes por clase, a menos que las dos partes lo consientan. Entonces, si la disputa se rige por una cláusula de arbitraje, ninguna de las partes puede participar en una acción de clase? Hay dos métodos de arbitraje. Uno es el método no jurídico, en que el arbitrador puede hacer cualquier cosa que considere correcta. Esto no crea precedente porque evita la revisión del fallo del arbitrador? Una Legal Reform Intervención (Intervención de Reforma Legal) contempla que un abogado de empresa revise las posibles disputas de su compañía y, basándose en las experiencias de ella y de otras compañías similares, identifique y priorice aquellas áreas que tienen más probabilidad de terminar en litigios? El abogado corporativo puede entonces determinar el nivel de importancia de la amenaza a la compañía. Para casi todas las amenazas peligrosas hay una manera de intercalar en un contrato, una garantía, o un manual de empleo, una cláusula de arbitraje? Las cortes han sostenido la aceptación contratada por una variedad de acciones. Contratos tipo y comunicación unilateral son partes necesarias del comercio moderno? Si hay una cláusula de arbitraje en los términos de la emisora de mi tarjeta de crédito, la acepto usando la tarjeta? En manera similar, acepto cuando retengo un producto con una garantía que requiere que lo devuelva si no me gustan los términos.? Sin comentarios.

La globalización del arbitraje

En el ámbito internacional el campo les fue más abierto a las empresas multinacionales para imponer su sistema de arbitraje porque no tuvo que competir, como sí lo tuvo que hacer en los ámbitos nacionales, con un sistema de justicia establecido. El vacío de poder institucional democrático global ha sido acomodadizo para la imposición de los foros de arbitraje internacionales. La única institución que se aproxima a un gobierno internacional - las Naciones Unidas - tiene prohibida por su carta magna de ejercer, ella misma, funciones jurídicas ni de crear nuevas instancias judiciales, y la sola corte que la ONU está habilitada a patrocinar, la Corte Internacional de Justicia en la Haya, está limitada en su jurisdicción a demandas interpuestas por estados, no empresas.

Pero el beneficio conferido por el vacío de poder judicial en el ámbito internacional ha sido en cierta medida contrarrestado por el problema de la legitimación. Ningún foro internacional de arbitraje que podría crearse bajo la égida de una asociación incorporada como la Asociación de Arbitraje Americana o dentro de una entidad transnacional como la OEA o la UE, creadas por tratados multilaterales, confiere la fuerza de la constitucionalidad en sus fallos. Sin esta fuerza, ¿cómo asegurarse la ejecución de los laudos?

Los ingeniosos abogados de las empresas multinacionales razonaron que lo que hacía falta era, para empezar, un tratado no creando nuevos foros internacionales de arbitraje sino atando las naciones al arbitraje no apelable cuyos laudos serían ejecutables por cualquiera de las cortes nacionales de los signatarios, en la forma de cláusulas de contratos entre compañías y consumidores o empleados que funcionan tan bien en el ámbito nacional de EEUU.

Para realizar este plan, fue creada la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Adjudicaciones Arbitrales Extranjeras, o Convención de Arbitraje de Nueva York[2], en 1958 en el ámbito de la ONU. Debido a que disfrutaba de la égida de la ONU, este convenio fue originalmente ratificado por más de cien países, y hoy está suscrito por más de 140. Fue propuesto y redactado, sin embargo, por un comité de la Asociación Americana de Abogacía conjuntamente con el Departamento de Estado de los Estados Unidos, el país que gozaba de mayor prestigio en la época de posguerra (Europa estaba bajo el plan Marshall) y que en ese entonces pagaba la mayor parte de los gastos de la ONU, un punto no menor. Pero cabe señalar que este convenio no tiene y nunca ha tenido fuerza jurídica conferida por la ONU porque no está inscrito en la carta de esta institución (además no podría serlo), ni ninguna fuerza de ley constitucional - fuera quizás de la leyes nacionales de los países suscritos conformándose con él - porque no fue adoptado por una entidad constitucional, semejante entidad, en el ámbito global, sin existencia todavía en nuestros días. En efecto, tratados como el de la Convención de Arbitraje de Nueva York son meros convenios comerciales, parecidos a contratos, y son capaces de ser renunciados unilateralmente o sus consecuencias ser revisadas por cortes nacionales.

La Convención de Nueva York ha sido un modelo para numerosos convenios subsiguientes, por ejemplo la Convención de Ginebra sobre el Arbitraje Comercial de 1961 y la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 1975. Sus intenciones, desde la legitimación del arbitraje internacional sin apelación hasta la obligatoriedad de ejecución de fallos arbitrales en las cortes nacionales, han ejercido una gran influencia en la redacción de todos los modernos tratados de arbitraje, incluyendo el TLCAN, el ALCA, y el del Banco Mundial, y ha hecho del arbitraje la predominante manera de resolver las disputas comerciales internacionales.

No obstante, a esta universalización del convenio de Nueva York, las cortes estadounidenses han manifestado recientemente una cierta unilateralidad en su aplicación, por ejemplo confirmando laudos en la ausencia de una provisión en el acuerdo de arbitraje dándoles el poder de hacerlo, ejecutando adjudicaciones a no-signatarios del convenio, emitiendo una decisión de que todo estado nacional signatario de la Convención que firme un acuerdo de arbitraje renuncia así a su inmunidad soberana, y decidiendo que ninguna corte de un país signatario de la Convención puede desestimar un fallo basándose en su ley nacional al menos que su ley nacional forme la ley sustantiva acordada por

los litigantes[3]. Cuando las cortes de EEUU han reunido una cantidad suficiente de estas decisiones unilaterales habrá, sin duda, un nuevo convenio internacional incorporándolas.

Como es habitual, los estados signatarios de la Convención de Arbitraje de Nueva York pasaron leyes nacionales en conformidad con ella, los Estados Unidos creando una serie de enmiendas a su Federal Arbitration Act (Acto de Arbitraje Federal) de 1925. Pero como suele pasar a los ingenieros del neoliberalismo, los EEUU comenzaron a sufrir reveses en algunos casos donde empresas estadounidenses habían estafado a empresas extranjeras y éstas se atrevieron a llevar a las americanas al arbitraje en un foro no controlado o sobornado, a tal punto que el Congreso de EEUU adoptó una nueva ley federal ? el U.S. Trade Act (Acto Comercial) de 2002 ? que delimita los derechos de inversores extranjeros a los que gozan inversores nacionales, y los somete, en el caso de disputas con empresas estadounidenses o con el gobierno, a las leyes nacionales de EEUU, incluida el Federal Arbitration Act, una legislación que conserva religiosamente todos los preceptos de arbitraje al estilo americano[4]. Al parecer, las empresas extranjeras invirtiendo en EEUU tendrán ahora que someter cualquier demanda contra una empresa nacional al arbitraje en un foro elegido por la empresa estadounidense, sin siquiera haber firmado un contrato con cláusula de arbitraje. Caveat emptor, supongo, pero ¡vaya hipocresía! No debemos sorprendernos. Como en toda política económica del neoliberalismo, hay una gran deshonestidad por parte de los que se benefician del sistema, y las relaciones jurídicas no están exentas de esta falta de equitatividad.

Para los artificieros del sistema internacional de arbitraje se quedó el problema de los foros mismos. La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 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 empresas industriales. En realidad estos dos grupos trabajan conjuntamente, pero cada vez más son las empresas inversoras y financieras las 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.

Lo que la hacía falta al capital internacional ? un foro de arbitraje específico a la inversión - se creó en 1966 en el seno del Banco Mundial: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, o CIADI. El Banco Mundial - primera institución internacional de inversión en los países en desarrollo a través de su brazo, la Corporación Financiera Internacional, además de detener partes significativas del accionariado de las empresas a las cuales estos países otorgan, frecuentemente por el soborno de sus líderes[5], la explotación de sus riquezas naturales y servicios públicos - es en realidad un consorcio que gerencia capitales privados. Está controlado en más del 50% de sus acciones por los diez países más industrializados, con los EEUU detentando la porción más grande. Se ha situado perfectamente para abrigar el foro de arbitraje que orquesta la victimización de los países deudores del capital internacional.

¿?Victimización? es una palabra demasiado fuerte? Sin embargo es exactamente lo que logran los querellantes en el CIADI, empleando la ?reversión de la acusación? (conocido también como ?culpar a la víctima?), táctica que han aprendido de los estrategas estadounidenses, quienes la han afinado y perfeccionado. Para poder sustraerles sus hidrocarburos, ¿han decidido enviar un ejército para aterrorizar a los países islámicos? Los acusan primero a ellos de terroristas. Una empresa extranjera que ha estado embolsándose préstamos otorgados para infraestructura, repatriando regalías debidas por la explotación de un servicio público, vaciando una empresa pública entregada por unos centavos mediante gobernantes corruptos, ¿quiere seguir impunemente haciendo lo mismo? Acusa al país anfitrión que ha sido defraudado de deberle dinero y lo lleva al CIADI, que le da la razón a la empresa. Acusar a la víctima del delito lo confunde y previene que no se convierta en acusador.

La reversión de la acusación funciona muy bien, especialmente cuando la víctima es un país periférico que cree todavía estar tratando con gente civilizada y democrática que, según la imagen creada por la propaganda de ellos mismos, nunca se bajaría a emplear una táctica tan burda. De entrada orgulloso de estar invitado a presentar sus argumentos en la auditoría de una ?corte de arbitraje internacional?, el país víctima pierde su tiempo y su dinero luchando ingenuamente en el territorio del adversario, hasta el inevitable fallo fatal.

Argentina se encuentra actualmente sometida en el CIADI a 33 demandas, por un monto de 17,000 millones de dólares, levantadas por empresas extranjeras a las cuales fue otorgada la explotación de los anteriores servicios públicos de la nación durante la dictadura militar de los años setenta y las presidencias de Carlos Menem. Si el CIADI acepta las más de 100 demandas adicionales y falla en contra de Argentina en todos los casos, lo que sería probable, el monto total de las adjudicaciones se elevará a más de 30,000 millones de dólares, o sea el 25% de la totalidad de la deuda externa argentina. El primer fallo acaba de emitirse a favor del demandante, CMS Energy[6], empresa estadounidense bajo investigación en su propio país por fraude[7].

En Uruguay, el Banco Comercial robó al estado, pero según el Ministro de Economía, Danilo Astori, Uruguay pagará la

demanda arbitral de los antiguos dueños, los bancos neoyorquinos, en la CACCI[8]. La empresa española Uragua, receptor del servicio de agua y saneamiento en Maldonado durante el desvarío de privatizaciones que comenzó con la dictadura en ese país, falsificó sus libros contables mientras revendía agua, ahora contaminada, a los propios dueños de ella, cobrándoles un precio estrambótico; pero los envenenados pagarán, por medio de sus impuestos al estado, la demanda de Uragua por ?beneficios futuros perdidos? a causa, según la lógica torcida de la empresa, del reciente plebiscito en que el pueblo uruguayo votó por renacionalizar su agua. El Parlamento uruguayo ha ratificado un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) con los Estados Unidos, instrumento de ley nacional e internacional firmado por el anterior poder ejecutivo sin la intervención ni siquiera el conocimiento del gobierno actual[9], sin el debido debate previo a todo nuevo proyecto de ley por parte de la legislatura, y sin la obligatoria revisión por la Corte Suprema para determinar su conformidad con la constitución uruguaya. El TBI grabará en piedra la jurisdicción del CIADI, abriendo paso a empresas como Uragua para que defrauden y después reviertan la acusación. Y ahora el gobierno supuestamente progresista de Uruguay piensa firmar un Tratado Bilateral de Comercio con EEUU, sumergiéndose más todavía en el marasmo de la estafa globalizada.

Nadie ataca en foros internacionales a las empresas estafadoras. La reversión de la acusación funciona a mil maravillas cuando está apoyada en un sistema de arbitraje internacional controlado por las mismas empresas que en él ponen sus demandas.

Más allá de las trampas de los demandantes, el CIADI y los otros foros de arbitraje internacionales que aceptan demandas de empresas privadas contra estados no podrían funcionar correctamente, en el plano jurídico, debido a que las partes no son iguales ante la ley. Las querellas de empresas privadas son de naturaleza de ley civil privada (compensación por daños y perjuicios), mientras que las de estados son de naturaleza de ley pública (constitucional, administrativa, penal). Las tribunas arbitrales viendo pleitos entre compañías privadas y estados no tienen pautas para juzgar querellas de ley pública, querellas que podrían muy bien constituir buenos argumentos para el país demandado en el caso civil iniciado por la empresa. Además, porque las querellas de ley pública de la parte estatal dependen de sus propias leyes, estas querellas no son tomadas en cuenta por el tribunal o les da poco peso. Sin embargo, el contrato firmado entre la empresa y el estado no es, como lo quiere entender el tribunal, la única cosa definiendo la relación.

Si parece inverosímil que un proceso de arbitraje bajo égida de una entidad tan prestigiosa como el Banco Mundial pudiera ser tan poco conforme con las normas jurídicas establecidas por estados democráticos, y tan arbitrario en sus criterios y decisiones, para comprobarlo no hace falta ir más lejos que a su propio reglamento. Tomemos algunos ejemplos: Convenio.Art.41(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia 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. Art.48(5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes. Art.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. Arbitraje.Regla34(1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba. Regla39(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.

El CIADI considera que no es necesario traducir sus decisiones al idioma del demandado y sus fallos no han sido publicados en español. Pero vale la pena, no obstante la concentración y paciencia que requiere, leer en inglés parte de una decisión[10] - en el contexto de la protesta de Argentina contra la jurisdicción del tribunal ante una demanda de una privatizada mediante un TBI ? para ver un ejemplo de su arbitrariedad y parcialidad. Se ve que los argumentos del estado son buenos. Al contrario los argumentos de la empresa son inexistentes, limitándose a insistir que el estado está equivocado. Sin embargo, el tribunal decide a favor de la empresa en cada uno de los puntos de la protesta. Dos mil quinientos años de raciocinio occidental van al cubo de la basura.

Cabe señalar que el Asesor Principal del Banco Mundial es a la vez Secretario General del CIADI. Y que el Presidente de los Estados Unidos es quien nombra al Director del Banco Mundial, actualmente Paul Wolfowitz, el hombre que planificó la invasión y la ocupación de Irak. ¿Van a pagar los laudos, por irrazonables que sean, ustedes países recalcitrantes?

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional no es mejor. Algunos ejemplos de las reglas de ésta (además de aquella señalada por la nota 7): Art.15(1) El proceso ante el Tribunal Arbitral será gobernado por estas reglas, y, donde estas reglas están mudas, por cualesquiera reglas que las partes o, faltando aquellas, el Tribunal Arbitral pueda establecer, se haga o no referencia a las reglas del proceder de una ley nacional que será aplicada al arbitraje. Art.17(1) Las partes estarán libres de ponerse de acuerdo sobre las reglas de ley que estarán aplicadas por el tribunal de Arbitraje al fondo de la disputa. En la ausencia de tal acuerdo, el Tribunal aplicará las reglas de ley que determina apropiadas.

Últimamente ha habido una tendencia perniciosa a tomar como ley nacional e internacional los argumentos y decisiones de los tribunales de arbitraje, como en el caso de la sociedad francesa Creighton contra el estado de Qatar, sometido a arbitraje en la CACCI, cuando la corte de apelación francesa (la CACCI sede en París) emitió una decisión sobre la validez de la inmunidad soberana de Qatar basándose en las reglas de CACCI y el fallo del tribunal[11].

Como un chantajista que teme que su víctima va a encontrar una escapatoria a la trampa y por tanto no se cansa de agregar amarres, los ingenieros de la nueva justicia no están contentos con los convenios y tratados internacionales ya mencionados sino que quieren atar al planeta entero, o por lo menos la parte dependiente económicamente de ellos, con nuevos tratados como el ALCA específicamente obligando las partes a recurrir al CIADI en sus disputas sobre inversiones. Muchas de las víctimas, sin embargo, ya avisadas de lo que les espera, se han negado a firmar. Entonces USA espera a que uno por uno estén en crisis, crisis producida por el mismo sistema financiero y que se repite con conveniente regularidad, para someterlos a la firma de un Tratado Bilateral de Inversiones, o de Comercio. La cifra de negocios del CIADI está en aumento.

Si un estado no ha firmado un tratado bilateral puede insistir, en sus negociaciones con un presunto inversor privado, que éste cree una sucursal incorporada en el estado y que sea ésta el signatario del contrato. Cuando surge una disputa, aunque el estado haya firmado un contrato que contenga una cláusula de arbitraje internacional, puede argumentar convincentemente que las partes no pueden someterse a arbitraje internacional porque tienen la misma nacionalidad, y que la cláusula de arbitraje es inválida. Los tratados no obvian este recurso, pero sí lo dificultan. Si la empresa logra llevar al estado a un foro como la CACCI en París, donde la ley nacional define las transacciones internacionales como aquellas en las que el dinero cruza una frontera sin que cuente la nacionalidad del inversor, el estado está cocido.

El porvenir

A pesar de todas las provisiones de sus patrones en los países centrales y de los tratados bilaterales y multilaterales que los apoyan, los foros de arbitraje internacionales están perdiendo acatamiento. El CIADI es, bajo cualquier punto de vista, una parte del Banco Mundial y una persona razonable se da cuenta de que la historia eventualmente condenará una justicia hecha por un banco, especialmente uno que es acreedor y accionario de los querellantes. Famosos casos de injusticia en el CIADI, por ejemplo aquel de Bechtel Corp. contra Bolivia en 2003, están socavando poco a poco su reputación, nunca muy buena. Y la plétora de demandas contra Argentina actualmente en el CIADI amenaza con causar su propia implosión. El Ministro de Justicia argentino ha anunciado recientemente que Argentina no reconocerá los fallos adversos de sus tribunales[12].

Al mismo tiempo, 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 de que Tanzania revocara el contrato con la compañía por su falta de cumplimiento de mejoras e inversiones en la privatización del agua del país[13].

Los EEUU y los otros países centrales cuyas empresas multinacionales invaden y explotan sin tregua los países débiles no son insensibles a la decreciente legitimidad de sus foros privados de arbitraje internacional, y, siempre velando por su propia seguridad jurídica (lea "ventaja desigual"), están tomando pie de otra lección de la justicia nacional estadounidense: el ?forum-shopping?. En el forum-shopping, los abogados del demandante buscan una corte que tenga reglas y leyes favorables a su causa, fabricando después sus argumentos para establecer la jurisdicción de la corte elegida. Esta táctica siempre ha dado buenos resultados en EEUU, donde hay una gran cantidad de estados con leyes diferentes y modos complicados y ambiguos de basar la jurisdicción. ¿Por qué no ha de funcionar igualmente bien en el ámbito internacional?

Hay países sumisos al capital transnacional cuyas leyes son conformes, o pueden ser conformadas, con los designios de los países centrales. Si las empresas multinacionales de los países centrales pudieran llevar a esas cortes a sus víctimas, sean éstas otras compañías o estados, evitarían la mala reputación de los foros de arbitraje y conseguirían decisiones inexpugnables de verdaderas cortes de justicia. ¿Cómo llevarlas a esas cortes y obligarlas a pagar las adjudicaciones?

Entra la Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección Exclusiva de Corte[14]. ¿Dónde mejor que La Haya, que alberga el Tribunal Criminal Internacional para ex-Yugoslavia, creado por la OTAN para procesar a las principales víctimas políticas de sus bombardeos previos a la privatización forzada del país, y donde los fiscales escriben sus propias reglas, la corte acusa primero y luego escucha las razones de la acusación, y la OTAN paga los gastos y elige los jueces, sin que proteste más que un puñado de locos mal adaptados a la nueva justicia?

La nueva Convención de La Haya comenzó su vida hace varios años como una propuesta de convenio muy amplia, pero ha sido reducida a lo esencial: la elevación de cortes de justicia nacionales a cortes internacionales de última instancia. Cuando esté ratificada este año o el siguiente por los países miembros de la Conferencia de La Haya, entre los cuales están todos los países latinoamericanos, cualquier empresa haciendo negocios en otro país podrá estipular en un contrato: primero, qué diferendos serán litigados en la corte de un país que ella elija, sea o no ese país un signatario de la Convención; segundo, que la decisión de la corte nacional será de igual jerarquía a el fallo de una corte internacional de justicia, es decir inapelable; y finalmente que será ejecutable en todos los países signatarios.

He aquí un par de disposiciones del nuevo convenio: ¿Una corte en un estado signatario otra que la corte designada suspenderá o desestimará procesos para los cuales existe un acuerdo de elección exclusiva de corte.? (Traducción: las cortes de los países de los contratantes del contrato comercial no podrán ver el pleito si hay una corte de un tercer país designada en el contrato.) ¿Esta Convención prevalecerá sobre cualquier instrumento internacional aplicable en un estado signatario, fuese tal instrumento ratificado antes o después de esta Convención?? (Traducción: Una vez firmada la Convención, los tratados que dan primacía a las cortes nacionales de los contratantes serán inválidos.) Los países centrales que están manejando las negociaciones del tratado en La Haya siguen buscando agujeros a tapar, y cuando crean que hayan sellado toda escapatoria invitarán a los países miembros a firmarlo, bajo amenaza de represalias financieras huelga decir.

Con todo el ruido que hay actualmente sobre los malos fallos arbitrales en pleitos internacionales entre empresas y estados, los promotores de la nueva Convención de La Haya no han querido alertar a éstos últimos al peligro que se les opone, por tanto sus párrafos no hablan directamente del tema de los juicios empresa-estado. Sin embargo, el párrafo 58 del borrador del 26 de diciembre de 2004 dice: ¿Artículo 2(5) provee que procesos no están excluidos del alcance de la Convención por el mero hecho de que un gobierno, una agencia gubernamental, o cualquier persona actuando para un Estado sea una parte al proceso.?

El chismeo sobre el nuevo tratado sostiene que ciertos países periféricos ya están montando el negocio, y que el Club de París paga la factura. ¿Será cierto?

Michael Sondow, analista político estadounidense radicado en Argentina. msondow@iciiu.org

[1] Entrevista con Edward Anderson, en The Metropolitan Corporate Counsel, agosto de 2001.

[2] Para una exhaustiva anotación de la CANY, vea Van den Berg, A.J. The N.Y. Arbitration Convention of 1958. The Hague: Klumer, 1981.

[3] Lamm y Spoorenberg, ¿The Enforcement of Foreign Arbitral awards Under the New York Convention, Recent Developments? (¿La Ejecución de Fallos Arbitrales Extranjeros Bajo la Convención de New York, Sucesos Recientes?). Conferencia ICC de Arbitraje Internacional, New Orleans, noviembre de 2001. Publicado en The International Law Update; Washington, D.C.: 12/2004.

[4] Para una detallada crítica del arbitraje al estilo americano y de las leyes, como el Federal Arbitration Act, que atañen a él, vea la Nevada Law Review, v.259 (2002), también en <http://paulcarrington.com/Self-deregulation.htm>.

[5] Entrevista de Greg Palast con Joseph Stiglitz, premio Nobel de Economía 2001 y ex-economista principal del Banco Mundial, en ¿El Observador? de Londres, 10 de octubre de 2001.

[6] ¿Jueces con guiño a las privatizadas", Página/12, 13 de mayo de 2005. Para una extensa discusión de las privatizadas argentinas argumentada económica y legalmente, vea Azpiazu, Daniel. Las privatizadas. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2005; esp. Vol.II.

[7] Eric Toussaint, ¿La bolsa o la vida?. Buenos Aires: CLACSO, 2004. Pp. 136-37 para la trampa del ¿round-trip? (¿ida y vuelta?) practicada por CMS y Enrón.

[8] Para las trampas de la soberbiamente autodenominada Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el caso del Banco Comercial, vea mi correo en Brecha del 23 de febrero de 2005.

[9] ¿Cáscara de banana para un gobierno de izquierda", de Guillermo Waksman, en Brecha del 27 de mayo de 2005.

[10] <http://www.asil.org/ilib/cms-argentina.pdf>

[11] ¿The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties? (¿La dialéctica del arbitraje internacional comprendiendo partes estatales?), ICC International Court of Arbitration Bulletin (Boletín de la Corte de Arbitraje de la ICC), vol.15, Nº2, otoño de 2004. Vea http://www.coudert.com.au/publications/articles/041015_5_dialectic_icc.pdf

[12] Página/12, 23 de mayo de 2005.

[13] <http://allafrica.com/stories/200505230993.html>

[14] Vea <http://www.cptech.org/ecom/jurisdiction/hague.html> para la mejor colección de enlaces sobre el tratado.