

TLC, Walter Antillón

LIBRE COMERCIO: UN "CABALLO DE TROYA"

Walter Antillón Montealegre

SUMARIO

Introducción

Parte I. La odisea de la empresa de negocios

1. Esquema de tendencias individualistas y colectivistas
2. Nace, crece y decae el Estado Nacional
3. Nacimiento y expansión de las transnacionales
4. Crece el imperio de la '*Lex Mercatoria*'
5. La experiencia del NAFTA y de los acuerdos bilaterales
6. La posición de Centro América.

Parte II. El CAfta-DR y el Poder Judicial

1. Caracteres del arbitraje en la experiencia del Civil Law
2. El aparato pseudo-arbitral que se propone
3. La entronización del CIADI en la justicia costarricense
4. Los órganos del nuevo aparato juzgador
5. Se modifica la organización político-constitucional del Estado
6. La destrucción paulatina del Estado-Nación
7. Conclusiones

Introducción

Los Estados Unidos parecen destinados por la Providencia para plagar la América de miseria, en nombre de la libertad.

Simón Bolívar (1829)

Cada vez está más claro que el llamado Tratado de Libre Comercio (TLC), que está pendiente de aprobación en la Asamblea Legislativa, no tiene en Estados Unidos el rango de 'treaty' (tratado) sino de 'agreement' (acuerdo) internacional, tal como lo indica su nombre oficial en inglés: 'Central America & Dominican Republic Free Trade Agreement' (CAfta-DR), ni tampoco su objetivo principal es el 'libre comercio', como nos han querido hacer creer. Me parece que si un nombre le cuadra a su verdadera naturaleza, ese nombre sería: 'Acuerdo para facilitar las inversiones y las ganancias de las transnacionales en Centroamérica y República Dominicana'.

Porque, en efecto, el CAfta-DR es, en su esencia, un conjunto de mecanismos tendientes a producir, entre otros que se anuncian, el resultado encubierto de enervar y vanificar el orden jurídico de los Estados Centroamericanos y de la República Dominicana, de modo tal que las empresas transnacionales puedan llegar a disponer a plenitud, sin el engorro y las demoras que implica todavía hoy la intermediación de aquellos Estados, de las ventajas estratégicas y los recursos económicos de la Región.

Como un nuevo Caballo de Troya, el CAfta-DR lleva dichos mecanismos ocultos en las páginas innumerables de un extensísimo y oscuro documento, en espera del momento en que serán utilizados en daño de nuestros más sagrados intereses. A ese extremo hemos llegado; y entonces a muchos se nos ha ocurrido preguntar ¿cómo ha sido posible que, desde aquellos tiempos en que, repúblicas independientes, abrazábamos la legítima aspiración de vivir con holgura y dignidad entre los demás Estados de la Tierra, hayamos terminado en el punto en que ahora nos encontramos?

Parto del convencimiento de que, como sucede con tantas otras cosas, la explicación de lo ocurrido, o al menos una parte esencial de dicha explicación, está en la Historia: en la breve historia de nuestros países en su relación con los Estados Unidos, pero también en la historia general de Occidente y del Mundo.

Porque nos encontramos, en efecto, en el último eslabón de una cadena iniciada a comienzos del Siglo XIX, cuando nacían precisamente aquellos Estados que componen lo que ahora llamamos América Latina. Muchos gobernantes de los Estados Unidos, visionarios de un quimérico futuro imperial (doctrina del Destino Manifiesto), trataron desde entonces de implementar una política expansionista y de dominación basada en tres objetivos específicos: aprovechar toda circunstancia propicia para apoderarse de cualquier territorio fuera de sus fronteras, preferiblemente en el propio Continente Americano (México, Cuba, Puerto Rico, Centroamérica; pero también Las Filipinas); impedir tenazmente todo amago proveniente de Europa para volver a plantar pie en nuestro Continente (Doctrina Monroe); impedir asimismo que las noveles repúblicas al Sur formaran, fuera de su control, cualquier tipo de unión o confederación estable (ver, entre muchos, José Vasconcelos: *Breve Historia de México*; México, 1957; págs. 303 y sigtes.; William Miller: *Historia de los Estados Unidos*; México, 1963; págs. 298 y sigtes.; J. Z. Vázquez: *Los primeros tropiezos*, en 'Historia General de México'; México, 1977; Tomo III, págs. 69 y sigtes.; W. P. Adams: *Los Estados Unidos de América*, en 'Historia Universal Siglo XXI'; Madrid, 1988; Tomo XXX, págs. 84 y sigtes.

En el tiempo transcurrido desde entonces, hemos presenciado simultáneamente el engrandecimiento de los Estados Unidos y la atomización y debilitamiento de América Latina; y en esta hora nos percatamos de que, con la (todavía intentable) aprobación del ALCA a escala continental, y la del CAfta DR por Costa Rica, estaría a punto de cerrarse aquel último eslabón (ver L. A. Sánchez: *Historia General de América*; Santiago de Chile, 1945; Tomo II, págs. 153 y sigtes.; T. Halperin Donghi: *Historia contemporánea de América Latina*; Madrid, 1977; pero véase especialmente: M. Medina Castro: *Estados Unidos y América Latina, Siglo XIX*; La Habana, 1968; .

En la perspectiva histórica apropiada, veríamos que se trata de un proceso largo y complejo; el cual, por cierto, no tendré que abordar en su enteridad, pues afortunadamente ha sido ya analizado con maestría por numerosos expertos (empezando por nuestro compatriota don Vicente Sáenz: *Rompiendo las cadenas: las del imperialismo norteamericano en Centroamérica*; México, 1933; Juan José Arévalo: *La fábula del tiburón y las sardinas. América Latina estrangulada*; México, 1956; Philip S. Foner: *La guerra hispano/cubano/americana y el nacimiento del imperialismo norteamericano*; Madrid, 1975). Pero para los efectos de lo que sigue me interesa plantear brevísimamente algunos conceptos que estimo sirven de clave para entender dicho proceso histórico; y particularmente los conceptos de individualismo, colectivismo, Estado y empresa. Todo lo cual constituye premisa obligada del análisis del CAfta-DR y de sus implicaciones desde el punto de vista del Derecho Público.

PARTE I. LA ODISEA DE LA EMPRESA DE NEGOCIOS

I. Individualistas, altruistas, egoístas, colectivistas:

Se me concederá que se necesita un cierto valor para incurrir en la pedantería de abordar, con solemnidad implacable, un tema que todo el mundo considera trillado y elemental; pero no tengo opción, si me voy a ocupar de categorías histórico-sociales del calibre del Estado y la empresa de negocios. Entonces, al mal paso darle prisa: llamaré **individualismo** a la ideología y **egoismo** a la actitud que privilegian mis intereses personales sobre los de las otras personas (no es que nieguen la existencia de los intereses de otra gente; es que ponen los míos primero); llamo **colectivismo** y **altruismo** a sus contrarios: la idea y la disposición de mis preferencias y mis actos al servicio de intereses comunes, que comparto de buena fe, sin desconocer la existencia y validez de los míos.

La historia y la común observación muestran que los hombres casi siempre hemos sido egoístas por instinto, individualistas por racionalización, altruistas por sentimiento y colectivistas a la fuerza; aunque se hayan registrado, aquí y allá, algunas indiscutibles excepciones. Porque un individualismo ya no tan instintivo sino también cultural e ideológico va a aparecer más tarde, obviamente como racionalización del instinto mismo (ejemplos: las justificaciones teológicas, genéticas, económicas o burdamente raciales de la desigualdad y de la apropiación individual de los bienes de producción y de sus frutos), pero también como reconocimiento de la parte de legitimidad que le corresponde (ejemplo: teorías de los derechos individuales). (sobre el tema cito: Leo Huberman: *Los bienes terrenales del hombre*; México,

1975; Bertrand Russell: *Ética y política en la sociedad humana*; Buenos Aires, 1957; Zygmunt Bauman: *Ética postmoderna*; Buenos Aires, 2005; y, en general, la obra de Cornelius Castoriadis; particularmente *Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto*; Gedisa, Barcelona, 1988. No cito a Marx porque él, como Freud, está presente en todo abordaje de los problemas humanos).

a) Todos sabemos que en el caso de las monocracias orientales anteriores a nuestra Era, el único con derecho a ser plenamente individualista era el rey (Hegel decía que en aquel momento el rey era el único ser libre del reino), mientras que los demás eran forzados en grado variable a reprimir sus intereses egoístas y volcar todas o una parte importante de sus energías al logro de propósitos ajenos a dichos intereses (Cfr. K. Wittfogel: *Despotismo oriental*; Madrid, 1966; M. I. Finley: *Esclavitud antigua e ideología moderna*; Barcelona, 1982).

b) Las primeras manifestaciones de individualismo más o menos difundido se presentan en un cierto estadio del desarrollo de la cultura greco-latina, especialmente en las democracias griegas y, menos refinadamente, en la Roma republicana. En ambos casos la tendencia individualista alternaba o era compatibilizada con una conciencia de los deberes hacia la comunidad enraizados en el paganismo, que era una religión civil (ver R. Mondolfo: *La comprensión del sujeto humano en la cultura antigua*; Buenos Aires, 1955; M. I. Finley: *El nacimiento de la política*; México, 1986).

A la altura de las sociedades modernas podemos decir, como mera aproximación, que ambas tendencias están representadas, en el lado colectivista, por los modelos de las organizaciones horizontales, comunales, cooperativas o mutualistas (incluyendo el modelo del Estado democrático asistencial, o de servicios); y en el lado individualista por el de las relaciones verticales, excluyentes, como la propiedad privada y la empresa de negocios, en sus múltiples formas.

En lo que sigue hablaré resumidamente de ambos modelos en cuanto encarnados respectivamente en el **Estado** (Social y Democrático) **de Derecho** y en la **empresa** (casi nunca social ni democrática) **de negocios**, su desenvolvimiento y sus relaciones recíprocas en la historia de los tres últimos siglos. Advierto que lo dicho hasta aquí no implica una división maniquea entre los perversos empresarios y los políticos bonachones (¡da risa el sólo mencionarlo!), sino algo cercano a lo que Max Weber llamaba 'tipo ideal', que permite construir explicaciones razonables de los acontecimientos histórico-sociales.

De todos modos, está a la vista que bajo los injustos monócratas (los faraones egipcios, los Medicis) se construyeron muchas veces obras imperecederas, y que, bajo el injusto y discriminatorio régimen capitalista, la Ciencia y la Tecnología han puesto condiciones materiales antes nunca imaginadas para la consecución del bienestar y la felicidad humanos; mientras que, por el contrario (como dice un personaje de la novela *El tercer hombre*, de Graham Greene) varios siglos de democracia suiza sólo han producido el reloj de cuco (es una broma pesada). No se trata, pues, de negar los hechos, sino de buscar su sentido humanista. ¿qué sentido tienen las Pirámides para los cultivadores ribereños del Nilo? ¿para qué los adelantos científicos que solo aprovechan a algunos? ¿para quién son los dividendos de la Enron? ¿a quién favorecen las guerras de Bush, que siguen una línea continua (Afganistán, Iraq, Irán, Corea del Norte...)?

II. Nace, crece y decae el Estado Nacional

Tanto en las formas políticas preestatales (la Polis, la Civitas, etc.) como en la organización moderna llamada 'Estado' se trataría de lo mismo: organizar los esfuerzos de la colectividad para conseguir determinados objetivos en beneficio de uno, algunos o todos sus miembros; contando para ello con el espontáneo acatamiento general, o bien, en último o no tan último extremo, mediante la fuerza física (Cfr., por todos, G. Jellinek: *Teoría general del Estado*; Buenos Aires, 1954);

Pero el modelo Estado, claramente prevaleciente en Europa desde el Siglo XVI, aporta algo nuevo en cuanto se presenta en la práctica como una pluralidad de organizaciones territoriales de base nacional, independientes y jurídicamente estructuradas.

Es oportuno observar que históricamente el Estado se distinguió de otras organizaciones anteriores o coetáneas por ser el único con vocación y capacidad de ordenamiento soberano de la actividad social en general, como sucesor y titular formal de la soberanía de los monarcas tardo-medievales Cfr. M. de la

Cueva: *Idea del Estado*; México, 1975; G. Burdeau: *Estado*, voz de la 'Enciclopedia Universalis'; Paris, 1980; M. Fioravanti: *Estado*, en la 'Enciclopedia del Diritto'; Milán, 1990; Tomo XLIII; E. Tosato: *Estado*, voz de la Enciclopedia últ. cit.).

Como consecuencia de lo anterior, el Estado

i) asumió, por definición, la regulación exclusiva de todos los intereses públicos surgidos en el seno de su comunidad;

ii) asumió la gestión de dichos intereses, lo cual conllevó en todo caso el ejercicio de potestades decisorias, instrumentales, represivas, etc.; que implicaba sacrificar, limitar, priorizar opciones, y el cumplimiento de actividades preventivas y represivas, usando para ello, si era necesario, instrumentos autoritarios, incluida la fuerza material; y

iii) postuló la asunción de dichos cometidos como unidad de decisión y acción independiente de cualquier otra (la llamada 'soberanía del Estado') (sobre todo ello véase los viejos pero buenos textos de Hermann Heller: *La Soberanía*; México, 1965; y *Teoría del Estado*; México, 1968; y además Hartmunt Kliemt: *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*; Barcelona, 1984).

Tal fue el modelo de Estado tendencialmente republicano y democrático generalizado en Europa, y adoptado por las jóvenes repúblicas americanas a partir de la primera mitad del Siglo XIX y hasta hoy (Cfr. N. Lechner: *La crisis del Estado en América Latina*; Caracas, 1977; M. Kaplan: *Formación del Estado nacional en América Latina*; Buenos Aires, 2001). Pero no hay que olvidar que mediante dicho modelo o forma se ha propiciado en el Viejo Continente sueños imperialistas y nacionalistas que han enfrentado a los países en conflictos bélicos devastadores; se ha encarnado versiones más o menos autoritarias o garantistas; con políticas económicas intervencionistas o liberales, etc. (Cfr. Golo Mann & Alfred Heuss: *Historia Universal (Siglos XIX y XX)*; Madrid, 1985; Tomos VIII y IX; Raymond Aron: *Paz y guerra entre las naciones*; Madrid, 1963; Linda Bimbi (ed.): *No en mi nombre: guerra y derecho*; Madrid, 2003).

Y con ese mismo modelo hemos tratado de vivir, con resultados variados, los pequeños y grandes Estados centroamericanos y latinoamericanos, desempeñándonos como unidades políticas soberanas e independientes ante los organismos internacionales y frente a la comunidad internacional. Tenemos constituciones escritas que consagran (al menos en el papel) los derechos fundamentales de las personas y los grupos, y la división de los poderes; tenemos (también en el papel) el sufragio, la alternabilidad en el poder, la independencia de los jueces y el control jurisdiccional de constitucionalidad y legalidad, etc. (ver P. González Casanova (coord.): *América Latina: Historia de medio siglo*; México, 1979; E. Saxe Fernández: *La nueva oligarquía latinoamericana*; San José, 1999).

Y lo mismo ha ocurrido con los pequeños y grandes Estados asiáticos y africanos, territoriales e insulares, surgidos de la descolonización, que oscilaron entre la dependencia postcolonial, el populismo y el caos. Todos ellos tienen constituciones, son miembros de la ONU y, como tales, gozan de paridad formal frente a potencias como Francia, China o Estados Unidos en la Asamblea General de dicho organismo (Jacques Berque: *La descolonización del Mundo*; México, 1968; Kwame Nkrumah: *Neocolonialismo: la última etapa del imperialismo*; México, 1966; Renate Zahar: *Colonialismo y enajenación*; México, 1976).

Cierto que, volviendo a América Latina, algunos fueron (¿fuimos?) desde el comienzo 'repúblicas bananeras', entendido el término en sentido peyorativo, y como tales sirvieron fácilmente a los propósitos codiciosos y depredatorios de los gobiernos y las empresas de los países ricos y, principalmente, de los Estados Unidos, con grave descuido de su propio desarrollo económico, político, social y cultural. Otros, como por ejemplo Uruguay, Argentina, Chile, Brasil y México, que a través del tiempo experimentaron dramáticos progresos e involuciones, fueron sometidos más lentamente, y con instrumentos más sofisticados, a los intereses imperiales (ver R.N. Gardner: *La diplomacia del dólar y la esterlina*; Buenos Aires, 1965; Herbert Matthews & K. H. Silvert: *Los Estados Unidos y América Latina*; México, 1967; M. Medina Castro: *Estados Unidos y América Latina*, cit. ; Eduardo Galeano: *Las venas abiertas de América Latina*; México, 1979; F. Rojas Aravena (ed.): *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*; San José, 1982).

Estando así las cosas, me parece que tenemos claras señales de que, en el momento actual, se está fortaleciendo la idea arcana, disimulada pero perceptible, de muchos gobernantes norteamericanos (y más de uno europeo) de que el tiempo ha demostrado que muchos o ninguno de nuestros países

tercermundistas (latinoamericanos, asiáticos y no se diga de los africanos) merecería ser un Estado de veras, con independencia, embajadores y asiento en la ONU; y que lo mejor sería encontrar la manera de quebrarlos, desacreditarlos, en suma: hacerlos fracasar y finalmente borrarlos del mapa político. Cómo hacerlo, está a la vista (ver E. Ruiz García: *La era de Carter: las transnacionales, fase superior del imperialismo*; Madrid, 1978; J. K. Galbraith: *Naciones ricas, naciones pobres*; Barcelona, 1986; y las obras de Noam Chomsky: *Nuestra pequeña región de por aquí: política de seguridad de los Estados Unidos*; Managua, 1988; *La quinta libertad*; Barcelona, 1988; *La cultura del terrorismo*; Madrid, 2002; y con Heinz Dieterich: *La sociedad global*; 1995).

Y a propósito ¿es casual que muchas ranas de la charca jurídico-política latinoamericana hayan empezado a croar sobre la crisis del concepto de soberanía estatal y la declinación y final desaparición del Estado? Pero si miramos bien, ese réquiem no se lo entonan a los Estados Unidos, con su fuerte impulso hegemónico; ni a los países europeos, ahora unidos; ni a China, en pleno crecimiento: está especialmente dedicado a nosotros, los Estados débiles (a esas ranas no las cito, pues aparecen regularmente en las páginas y en las pantallas de los medios más conocidos. Pero las tendencias a un gobierno mundial son analizadas en: Danilo Zolo: *Cosmópolis: perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*; Barcelona, 2000; Michael Hardt y Antonio Negri: *Imperio*; Buenos Aires, 2004).

III. Nacimiento y expansión de las transnacionales

Como organización en sí, la empresa de negocios se incubaba en la Edad Media, en la forma de la antigua 'commenda' y alcanza dimensiones muy respetables en el Siglo XVII, con las llamadas Compañías de las Indias Orientales y Occidentales: verdaderas transnacionales al amparo de las monarquías colonialistas, que aportan un modelo avanzado de la sociedad por acciones y subsisten prácticamente hasta el Siglo XIX (Cfr. Max Weber: *Historia económica general*; México, 1956; J. A. Lesourd & C. Gérard: *Historia económica mundial*; Barcelona, 1973; F. Galgano: *Historia del Derecho comercial*; Boloña, 1976; C. Pecorella: *Sociedad (derecho intermedio)* en la 'Enciclopedia del Diritto', Milán, 1990; Tomo XLII).

Con avances y retrocesos, el proceso de consolidación de la empresa de negocios se completa a lo largo del Siglo XIX, cuando todas las constituciones de Occidente proclaman la libertad de empresa y la inviolabilidad de la propiedad privada. Es el tiempo del apogeo de la Revolución Industrial, del Liberalismo (con capitalismo salvaje) y del impulso colonialista de Europa (la celebrada 'carga del hombre blanco' sobre los continentes 'de color', según el poema que Rudyard Kipling dedicó a la colonización de los Estados Unidos).

Entonces la empresa de negocios -en la forma dominante de sociedad por acciones- crece vigorosamente, cada vez más libre del tutelaje del Estado, y comienza a desplegar sus potencialidades: fusiones y transformaciones; creación de empresas subsidiarias, formación de carteles y grupos de interés económico, acciones en la bolsa, etc. (ver, en general, Francesco Galgano: *Las instituciones de la economía capitalista*; Valencia, 1980).

Es así como las actividades privadas industriales, bancarias, comerciales, de transportes, etc., producen los primeros grandes millonarios del sistema capitalista, inaugurándose también con ello la era moderna de las colusiones entre empresarios y políticos. Todavía las empresas no intentan enfrentarse y domeñar el poder del Estado, pero alcanzan sus objetivos convidando a los funcionarios y a los políticos al festín de las concesiones y los suministros (Cfr. Joaquín Estefanía: *El poder en el Mundo*; Barcelona, 2000). Y entonces, afianzada como fin en sí misma dentro de las comunidades nacionales modernas, la empresa de negocios aprende a maniobrar en los grandes espacios que autoriza el Estado Liberal; resiste y medra incluso durante los largos años del Socialismo Real y del Estado Benefactor; y mediante la transnacionalización de los capitales consigue ponerse relativamente fuera del alcance de los Estados, adoptando libremente sus propias políticas de desarrollo (véase R. Murray: *Internacionalización del capital y Estado nacional*, en J.H.Dunning (comp.): *La empresa multinacional*; México, 1976; págs. 329 y sigtes.; E. White & C. Correa: *El control de las empresas transnacionales y la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, en J. Castañeda et al: *Derecho Económico Internacional*; México, 1976; pág. 175 y sigtes.).

De modo que al finalizar el Siglo XX la empresa de negocios nos exhibe sus ya poderosos músculos: la suma de las ventas anuales de las diez transnacionales más grandes supera el PIB total de ciento veinte Estados, que *constituyen* el sesenta y cinco por ciento de los que forman la ONU; el producto interno bruto anual de la General Motors es mayor al de cualquiera de los países del Tercer Mundo, salvo Brasil, La India y México. Parece, pues, llegado el momento de forzar un cambio en el ámbito institucional, y ese cambio será, por supuesto, a costa de los Estados débiles (Cfr. M. Whitehead: *La compañía de propiedad multinacional: estudio de un caso*; y D. Robertson: *Resumen de las discusiones*, ambos en J. H. Dunning: *La empresa multinacional* cit.; pág. 383 y sigtes., y pág. 419 y sigtes.).

IV. Crece el imperio de la 'Lex Mercatoria'

Aunque haya vivido por siglos a su vera, aprovechando todos sus servicios, lo cierto es que el Estado nacional le estorba a la empresa de negocios, porque el orden estatal significa, aún en su versión más liberal, un conjunto de límites ajenos a la lógica del capital. En el fondo, el ideal de 'orden jurídico' preconizado por el neoliberalismo es la llamada '*Lex Mercatoria*', es decir la seguridad de un derecho transnacional flexible y pragmático basado en la libre contratación, la oferta y la demanda, y la libre competencia, en un Mundo globalizado. Nada de esto lo garantiza de manera durable y segura un Estado republicano, que puede hoy ser liberal, pero mañana podría asumir una política intervencionista, o incluso (qué horror!) socialista, según las vicisitudes de la lucha democrática. De modo que la empresa de negocios, en alas del Neoliberalismo, ha llegado a pensar que puede sustituir con ventaja al Estado no sólo en servicios estratégicos (puertos, aeropuertos, comunicaciones) sino incluso en aquellos servicios que se consideraban intransferibles, como la justicia, la seguridad pública y las prisiones. Llegados a ese punto, solo les está faltando el gobierno y la legislación, y a eso se dirigen sus actuales esfuerzos (Cfr. A. Barahona, M. Fernández & M. E. Trejos: *Desenmascarando el Tratado: marco estratégico en que se inserta el Tratado de Libre Comercio*, en M. E. Trejos et al: *Tratado de Libre Comercio Estados Unidos - Centroamérica - República Dominicana: Estrategia de tierra arrasada*; San José, 2005; pág. 3 y sigtes.; M.J. Fariñas Dulce: *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*; Madrid, 2004; y P. Rodríguez Hölkemeyer: *Poder y vulnerabilidad: La política comercial de los Estados Unidos y los países en desarrollo*; San José, 2005).

Porque la empresa de negocios siempre intuyó (desde tiempos de los Fugger, prestamistas de Carlos V) que el poder económico es poder político diferido; y esto lo constataron también, en su momento, las coronas inglesa y holandesa, cuando las 'Compañías de las Indias' formadas bajo su alero pretendieron suplantarse y gobernar directamente sobre los territorios colonizados. Y también, por último, lo saben nuestros débiles gobiernos latinoamericanos, que en su día fueron fuertemente influenciados, contrastados o directamente manejados por empresas de triste recordación, como la Standard Oil, la Anaconda Cooper Mining, la Hanna Mining Co., y nuestra vieja y malquerida United Fruit Company., etc. (ver Frank Ellis: *Las transnacionales del banano en Centroamérica*; San José, 1983; E. Penrose: *El Estado y las empresas multinacionales en los países menos desarrollados* en J.H. Dunning: *La empresa* cit., pág. 277 y sigtes.)

Pero los equilibrios de poder entre Estados y empresas que conocimos en el Siglo XX son sólo partidas de 'Monopoly' si los comparamos con la situación actual. Las transnacionales de ahora, considerablemente más poderosas que aquéllas, porque están perfectamente adaptadas a la globalización, ejercen una intensa y extensa influencia, palpable incluso en los gobiernos de Estados Unidos y de Europa; y se han organizado para intervenir en puntos estratégicos del Globo donde existan las condiciones para hacerlo; tal como pensaron Halliburton, Bechtel, Slumberger y otros que ocurriría en Irak después de la 'liberación' por obra de la guerra relámpago de Bush (ver A. Negri: *Armas y petróleo: política de poder y guerra por la energía*; en L. Bimbi: *No en mi nombre*, cit. Pág. 49 y sigtes.; M. Klare: *Los verdaderos planes de George W. Bush*, en L. Bimbi: ob. cit., pág. 63 y sigtes.).

Así las cosas, en estos momentos todo parece indicar que las transnacionales han decidido posesionarse de la riqueza de los Estados del Tercer Mundo, sin tener que someterse a sus leyes y gobiernos, como estaban obligadas a hacerlo en el pasado. Y para ello disponen del apoyo incondicional de un super Estado (los Estados Unidos de Bush) que maneja alternativamente dos instrumentos: los convenios comerciales y la guerra (decía Clausewitz que la guerra es la continuación de la diplomacia por otros medios). A Irak le tocó la guerra; a nosotros, por ahora, nos recetan el CAfta-DR, pero el objetivo es el

mismo (A. Montero Mejía: *La globalización contra los pueblos*; San José, 1998; M. J. Fariñas Dulce: *Mercado sin ciudadanía: las falacias de la globalización liberal*; Madrid, 2005).

Se trata, en suma, de la nueva simbiosis: el gobierno norteamericano fuerza los cerrojos jurídico-políticos de Centroamérica, las transnacionales hacen los negocios y le retribuyen en términos de poder efectivo, económico y político; con lo cual se realiza un viejo sueño de los halcones republicanos. Yo creo que éstos siempre consideraron que nuestros pequeños Estados nacieron de una equivocación histórica: nuestros próceres aspiraban a fundar Estados en vez de pasar de una colonización deficiente, como era la española, a una colonización eficiente, como podía ser la inglesa, la francesa o, andando el tiempo, la norteamericana. Como dijimos al principio, ésta última ha intervenido, cuando pudo, para corregir aquella equivocación, ya imponiendo gobiernos, ya ocupando países ¿qué hizo, si no, en su momento, con Cuba, Puerto Rico y Filipinas? Y recuérdese que con ese mismo propósito fue despojando a México de más de la mitad de su territorio; que William Walker quiso a su modo hacer algo similar con América Central. Y en fin ¿qué hizo el gobierno yanqui con Panamá? ¿qué hizo con Nicaragua, con Guatemala? Etc, etc. (véase, en primerísimo lugar: William Walker: *La guerra de Nicaragua*; San José, 1970; y además Pío Bolaños: *Génesis de la intervención norteamericana en Nicaragua*; Managua, 1984; G. Selser: *El rapto de Panamá*; San José, 1977; O. R. Vargas: *La intervención norteamericana y sus consecuencias. Nicaragua 1910-1925*; Managua, 1989; y A. Barahona, M. Fernández y M.E. Trejos: *Obra y lugar citados*).

De la invasión de Walker resultaron infinitas desgracias, pero, al menos en lo que atañe a la soberanía, salimos bien librados los países centroamericanos. Sin embargo -según los halcones- el tiempo habría demostrado (transcurrieron ciento cincuenta años desde entonces) que nuestros esfuerzos de autogobierno eran tentativas históricas inidóneas: se habría dado vida a simples remedos o caricaturas políticas que no merecían ser verdaderos Estados, porque los gobiernos de turno fueron corruptos y sus pueblos eran ignorantes e incapaces de tomar decisiones (Cfr. F.J. Urrutia: *Los Estados Unidos y las Repúblicas hispanoamericanas*; Madrid, 1918, citado por R. Blanco-Fombona: *El pensamiento vivo de Bolívar*; Buenos Aires, 1942).

De modo que, ahora que aquellos halcones se encuentran en posesión de la fuerza necesaria, parecería llegado el momento de reducir los ricos pero deficitarios países del Tercer Mundo a lo que merecíamos ser desde el principio: territorios y poblaciones administrados con vista a conseguir objetivos fijados desde las metrópolis. Y el itinerario a seguir con ese propósito pasó por el engrosamiento de la deuda externa, por los programas de ajuste estructural y, ahora, por los mal llamados tratados de libre comercio.

Pero la trama, urdida sistemáticamente durante años, se despliega ahora ante nuestros ojos, y nadie podrá llamarse a engaño: es sólo cuestión de tiempo para que nuestros pueblos empobrecidos y futbolizados empiecen a tomar conciencia del asunto. Por eso fue que en Guatemala y en Perú, la aprobación legislativa del ominoso acuerdo tuvo lugar 'con alevosía y nocturnidad'; y por eso la prisa y el nerviosismo se adueñan de nuestro Gobierno, de la mayoría mecánica de la Asamblea, de los medios mediatizados y hasta de los propios corifeos del 'State Department'.

Por eso en los últimos meses han aparecido 'por casualidad' académicos yanquis afanosos de exorcizar la aureola de 'filibusterismo' que flota alrededor del CAfta-DR; o las patéticas figuras de Openheimer y Montaner, tratando de sacarnos de nuestra 'idiocia latinoamericana'.

¡Otro mundo es posible... y lentamente, precariamente, está en marcha!

Otro mundo será posible, en la medida en que la gente logre mirar a los campeones del individualismo posesivo, no como los portadores del bienestar general (si alguna vez hubieran éstos querido algo así, lo tendríamos hace tiempo!), sino como lo que son: agentes, conscientes o no, de la 'lógica del capital', que es la lógica de la inhumanidad (desigualdad, discriminación, miseria, muerte).

V. La experiencia del NAFTA y de los acuerdos bilaterales de inversión

Siendo el NAfta. (Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte) el modelo adoptado casi literalmente por los redactores de nuestro CAfta-DR, me parece muy importante mostrar lo que algunos estudiosos han determinado en relación con la normativa del Capítulo 11 del primero, que está fielmente reproducida en el Capítulo 10 del CAfta-DR, y atañe al régimen de las inversiones.

Quienes negocian el ALCA proponen incorporar en este tratado el Capítulo 11 del TLCAN. El borrador del ALCA fue publicado por el Comité de Negociaciones del Tratado del ALCA en julio del año 2001. El análisis realizado por grupos de investigación sugiere que el borrador incluye, virtualmente al pie de la letra, la totalidad del texto del TLCAN en lo que se refiere a los mecanismos de relación entre el Estado y los inversionistas, lo que permitiría a las corporaciones extranjeras gozar de derechos especiales en la utilización de instancias de arbitraje internacional, a puertas cerradas y sin estar sujetas a dar cuenta de sus acciones, en lugar de utilizar los tribunales nacionales, disolviéndose así leyes y reglamentos promulgados democráticamente en todas las Américas, tal como está ya sucediendo en Norteamérica.

Tradicionalmente, los gobiernos han interpretado su mandato como servidores del interés público y por eso, responsables de regular las actividades de las corporaciones.

Esto significaba que el papel del gobierno, por ejemplo, consistía en asegurar la protección del medio ambiente contra la degradación, y asegurar un justo trato a los trabajadores.

Pero el mecanismo de relación entre inversionistas y el Estado establecido en el Capítulo 11 de TLCAN está transformando esta relación histórica en su mismo núcleo.

El objetivo primario del Capítulo 11 es limitar la capacidad de gobierno de proteger el medio ambiente, la salud y otros valores públicos frente a los intereses comerciales. Estas medidas hacen cada vez más difícil para los gobiernos cumplir con el mandato de proteger los derechos de los ciudadanos que los han elegido.

Sin perder tiempo, las corporaciones tomaron ventaja de las oportunidades que les abría el Capítulo 11. Cerca de quince demandas legales ya han sido presentadas para atacar, en el corazón mismo, la capacidad de los gobiernos de producir orientaciones políticas y de salvaguardar la soberanía nacional, en particular en lo que se refiere a la emisión de leyes para la protección del medio ambiente. La información sobre estos casos relacionados con el Capítulo 11

es muy incompleta, y es así como un directo resultado de las reglas del TLCAN, que busca cubrir los hechos con el manto de la secretividad, en completo contraste con la apertura al público que establece la jurisprudencia de los tribunales nacionales. A pesar de esta información tan reducida, incluimos cuatro breves ejemplos de México, Estados Unidos y Canadá, en los que presentamos lo que sabemos acerca de algunas demandas bajo los mecanismos establecidos en el TLCAN para la relación entre el Estado y los inversionistas.

CASO UNO: ETHYL CORPORATION CONTRA CANADÁ

Canadá prohíbe la importación de un aditivo para la gasolina llamado MMT, producido por Ethyl Corporation, una empresa estadounidense con base en Virginia. El gobierno canadiense tiene evidencias de que el MMT es nocivo tanto para la salud como para el medio ambiente. Los funcionarios canadienses estaban confiados en ganar el caso, en el que la empresa demandó al Estado de Canadá en octubre 97 por prohibirle el uso del aditivo. Sin embargo, a pesar de que el TLCAN permite a los gobiernos promulgar leyes para la protección del medio ambiente, las deliberaciones del tribunal hacían ver con claridad que Canadá iba a perder el caso. En lugar de verse obligados a pagar la indemnización reclamada por Ethyl, de 250 millones de dólares americanos, por la pérdida de futuras ganancias, Canadá aceptó un arreglo fuera de la Corte bajo las siguientes condiciones pagar a Ethyl 13 millones de dólares americanos, anular la prohibición del MMT en la gasolina, y dar una disculpa pública a Ethyl por haber afirmado que su producto era nocivo.

Todos los procesos se desarrollaron de forma secreta, de acuerdo a lo estipulado en el capítulo de provisiones para las inversiones en el TLCAN y todos fueron criticados ampliamente por la opinión

pública de Canadá. El caso representó un duro despertar a los impactos de expropiación de la soberanía ya temidos cuando se firmó el TLCAN. El resultado ha sido un deterioro directo de la salud y del medio ambiente en Canadá.

CASO DOS:
S.D. MYERS CONTRA CANADÁ

En octubre de 1998, S.D. Myers Inc., empresa con base en Estados Unidos que se dedica al tratamiento de transformadores eléctricos que tienen el tóxico PCB, hizo un reclamo a Canadá por 30 millones de dólares americanos por pérdidas que habría tenido durante la prohibición entre los años 1995-1997 de la exportación de desechos de PCB desde Canadá. El gobierno canadiense mantiene que Canadá está obligado por convenciones internacionales que estipulan que los desechos de PCB deben ser destruidos de una manera que proteja el medio ambiente, y argumenta que las normas de los Estados Unidos para desembarazarse de desechos de PCB no son tan exigentes como las canadienses.

Los desechos fueron destruidos en un lugar canadiense de Alberta y la prohibición se revocó en 1997.

El gobierno de los Estados Unidos, por su parte, controla también el movimiento transfronterizo de desechos de PCB. En noviembre del año 2000 el tribunal declaró que la prohibición contravenía el Capítulo 11 del TLCAN en lo que se refiere al trato de nacionales y a las normas mínimas del trato de inversionistas extranjeros. El caso está pendiente y el tribunal está ahora determinando si S.D. Myers sufrió daños. Canadá ha presentado una demanda de amparo ante la Corte federal canadiense para protegerse de la sentencia del tribunal, argumentando, entre otras razones, que esa sentencia entraría en conflicto con la política establecida en Canadá, que requiere que desembarazarse del PCB y de sus desechos debe hacerse en Canadá cumpliendo con la Convención de Basilea, que regula estrictamente la disposición del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos.

CASO TRES:
METHANEX CORP. CONTRA ESTADOS UNIDOS

Esta compañía canadiense, con sede en Vancouver, está demandando desde finales del año 1999 al gobierno de Estados Unidos por 970 millones de dólares americanos porque el Estado de California ordenó terminar para el año 2002 la producción del químico MTBE, un aditivo para el gas basado en el metanol. A mediados de los años 90 se introdujo el MTBE para incrementar la eficiencia en la combustión del gas y reducir la contaminación, aunque ya existía la preocupación de que una fuga en los tanques subterráneos podría contaminar los mantos de agua.

Usando las reglas del TLCAN, Methanex sostiene que el valor de sus acciones y su ganancia potencial han sido drásticamente afectados por la controversia, resultando en una expropiación de sus ganancias futuras, en precios menores para su producto y en incremento de costos. Reclama daños basados en la pérdida de valor de sus acciones.

Debido a las preocupaciones sobre la contaminación de las aguas, el gobernador de California habla del MTBE como "un gran riesgo" para el medio ambiente de su Estado. En una carta dirigida a Robert Zoellick, representante comercial de los Estados Unidos, catorce representantes y senadores californianos expresaron sus inquietudes relativas al caso del MTBE: Como legisladores del Estado de California consideramos un problema que se nos indique por funcionarios comerciales lejanos a nuestro medio, y que no han sido democráticamente elegidos, qué tipo de paradigmas y normas tenemos que aplicar en la promulgación de leyes para la protección del medio ambiente y de la salud del pueblo de nuestro Estado.

La resolución de este caso va a ser importantísima en lo que se refiere al Capítulo 11 del TLCAN. Si la sentencia favorece a Methanex, muchas otras compañías van a presentar demandas similares contra las leyes del medio ambiente que no les favorecen. Esto colocaría a los gobiernos de Canadá y de Estados Unidos bajo una inmensa presión pública para cambiar aspectos del acuerdo del TLCAN.

CASO CUATRO:
METALCLAD CONTRA MÉXICO

Esta reclamación contra el gobierno de México fue hecha en octubre de 1997 por una compañía americana dedicada al tratamiento de desechos. Metalclad compro una compañía mexicana dedicada a esto mismo, la cual, con conocimiento de causa, había contravenido la ley de Guadalupe, el lugar en el cual Metalclad proponía establecer su planta de tratamiento. El sitio había sido administrado pésimamente y las reservas locales de agua habían sido contaminadas. La municipalidad negó la licencia de operación. El gobernador había considerado el lugar como un peligro ambiental para las comunidades circunvecinas,

y ordenó el cierre de la planta. Más tarde declaró el lugar como parte de una zona ecológica de 600 mil acres.

Metalclad reclamó que el Estado mexicano contravino el Capítulo 11 del TLCAN declarando su sitio de tratamiento de desechos una zona ecológica causándole la pérdida de su inversión y ganancias potenciales por 90 millones de dólares americanos por razón de la expropiación, una cifra mayor que la ganancia anual todas las familias del municipio en el que se encuentra la planta de Metalclad.

En agosto del 2000, un tribunal. determinó que México había contravenido las estipulaciones del Capítulo 11 sobre las inversiones y otorgó a Metalclad la suma de 16.7 millones de dólares, la cantidad que esta empresa había gastado en la inversión. El gobierno de México apeló la resolución ante la Suprema Corte de Columbia Británica, donde se realizaron las investigaciones del caso. La apelación aún está en proceso. Este caso abre importantes cuestiones en lo que se refiere a la capacidad de los gobiernos nacionales y de los gobiernos locales de poder conservar su autoridad ante los inversionistas extranjeros al implementar controles para la defensa del medio ambiente.

ESTA EN JUEGO EL FUTURO DEL CONTINENTE

Muchas cosas están en juego en las negociaciones del ALCA. Los procesos legales que han resultado como consecuencia del Capítulo 11 nos hacen prever lo que se les viene encima a los gobiernos soberanos si el ALCA se firma en su estado actual. Quienes promueven los tratados de libre comercio los describen, con benignidad, como una forma simple y fácil de promover el intercambio de bienes entre los países.

Pero, de hecho, los tratados se refieren no tanto al comercio sino a las inversiones, permitiendo a las corporaciones el mover el capital a donde les sea más ventajoso. El capital puede cruzar sin problemas las fronteras, pero los tratados, incluyendo el TLCAN, no permiten a los trabajadores moverse con una libertad semejante.

El objetivo del ALCA era y sigue siendo extender los alcances del TLCAN a 31 países más, localizados en el hemisferio occidental, combinando, como establece el Capítulo 11, poderosas restricciones a la autonomía de las decisiones políticas nacionales con un proteccionismo sin precedentes de los derechos de propiedad de las corporaciones inversionistas.

El gobierno canadiense se encuentra sometido a una abundante presión de la opinión pública a medida que los canadienses se van dando cuenta de que el TLCAN, y en particular el Capítulo 11, erosiona el poder de todos los niveles de gobierno tanto en la provisión de servicios públicos como en su capacidad de actuar buscando el mejor beneficio de sus ciudadanos. El Ministro de Comercio canadiense había hecho la promesa de usar su influencia para que el Capítulo 11 fuera modificado, pero antes de la Cumbre de Quebec (abril 2001) un grupo de corporaciones hizo pública una carta en la que pedían que el Capítulo 11 no se modificara. El gobierno de Ottawa dio marcha atrás a su intento, sugiriendo que lo único que desea es clarificar la intención de esta cláusula..."

VI. La posición de Centroamérica

Los casos planteados nos permiten apreciar cómo les está yendo a México y Canadá con los inversionistas del NAfta, a pesar de que son Estados poderosos. Por virtud del Capítulo 11 (Inversiones) las empresas inversionistas los han llevado a tribunales arbitrales y los han vapuleado, a pesar de contar, en comparación con nosotros, con mucho mayores recursos para defenderse. Pensemos un poco, ahora, acerca de lo que nos pasaría a nosotros si nos ponemos en las mismas condiciones contractuales.

El NAfta y el CAfta-DR son, literalmente, como dos gotas de agua; la diferencia está en las realidades que ambos regulan. Mientras el NAfta es una relación entre gigantes, el CAfta-DR es una relación entre un gigante y cinco hormigas: los resultados van a ser muy diferentes, y no serán los Estados Unidos los que lleven la peor parte.

a) La esquizofrenia del CAfta-DR:

Los centroamericanos firmamos un 'tratado'; los estadounidenses firmaron un 'agreement';

Las leyes ordinarias de los Estados de Centroamérica quedan situadas, en la jerarquía de las fuentes normativas, por debajo del CAfta-DR; la 'Implementation Act' aprobada por el Congreso norteamericano al promulgar el CAfta-DR, pone a éste por debajo de la legislación federal, estatal y local, presente y futura, de los Estados Unidos;

b) La falta de mecanismos jurídicos 'protectores'

El fenómeno de las asimetrías entre partes contratantes ya había sido observada y, a su modo, resuelta por los bizantinos, y está para demostrarlo su doctrina del *favor debitoris* en Derecho privado, que reconoce precisamente la vulnerabilidad del deudor frente a su acreedor (ver, entre muchos, Giuseppe Branca: *El cumplimiento (derecho romano e intermedio*, en la 'Enciclopedia del Diritto'; Milán, 1958; Tomo I); y en época reciente, la asimetría observada en las relaciones de trabajo es prácticamente el punto de arranque de toda la legislación y la doctrina laborales (véase, por todos, Francesco Santoro-Passarelli: *Nociones del Derecho del trabajo*; Nápoles, 1963; pág. 11 y sigtes.).

Pues bien, al igual que el derecho laboral, el derecho del consumidor, etc., que constituyen regímenes protectores de la parte débil de la relación, también el derecho internacional, pero sobre todo la práctica de las relaciones internacionales entre naciones amigas, debería contemplar la constitución de regímenes protectores de los Estados débiles. En concreto, el CAfta-DR debió establecer un régimen protector o compensatorio (un 'derecho desigual') en beneficio de los Estados pequeños, frente al Estado grande y las grandes transnacionales, para compensar las desventajas 'DE HECHO' que padecen los primeros. Porque las asimetrías, apreciables con respecto a las dimensiones geográficas, demográficas, económicas, militares, etc., que resultan de la comparación entre los Estados Unidos y los países Centroamericanos en su conjunto, o cada uno de ellos por separado, tuvo que haber inspirado, en nuestros esforzados negociadores, la redacción de cláusulas compensatorias que, en su conjunto, significaran una equiparación de posiciones entre todos los sujetos contratantes.

Pero no fue así, como lo explica el profesor Juan Manuel Villasuso (en su artículo titulado: 'ASIMETRÍAS JURÍDICAS EN EL TLC' :

"...Cuando se iniciaron las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en enero de 2003, uno de los temas que mayores interrogantes generaron fue el

de las asimetrías, y en particular, la forma en que esas asimetrías serían compensadas por Estados Unidos.

Formidables asimetrías. Se esperaba que de un convenio entre cinco países pequeños y pobres con una nación grande y poderosa como Estados Unidos surgiría una agenda amplia de cooperación que ayudara a las repúblicas centroamericanas no solo a superar obstáculos y carencias propias del subdesarrollo, como la infraestructura deficiente o la reducida inversión en ciencia y tecnología, sino también a amortiguar las formidables diferencias en la estructura productiva y en las políticas económicas.

Las asimetrías eran enormes y se esperaba un trato "especial y diferenciado", como se denomina en la jerga del comercio internacional. ¿Cómo comparar el tamaño y la capacidad productiva de las empresas norteamericanas con las de Costa Rica y el resto de Centroamérica? ¿Cómo contrastar el ingreso de una familia de Ohio o de la Florida, que sobrepasa los \$60 mil al año, con el de un nicaragüense de Rivas o un costarricense de Zarceró? Algún contrapeso ameritaban esos desbalances.

Era evidente, además, que Estados Unidos no estaba dispuesto a transar sobre subsidios y ayudas internas a los agricultores norteamericanos, que en algunos productos como arroz, maíz, azúcar o lácteos representan entre un 30% y un 50% del precio y en total sobrepasan los \$75 mil millones anuales. Este aspecto introducía una asimetría adicional.

Lamentablemente estas y otras disparidades no fueron consideradas de manera explícita y, por lo tanto, no se construyó una agenda de cooperación sustantiva para ayudar a los países a enfrentar la apertura frente a un socio comercial gigantesco. La negociación, se señaló enfáticamente, se basó en la reciprocidad, o sea, se hizo bajo la ficción de que se trataba de un acuerdo entre iguales..."

Esa ficticia equiparación, cuyos resultados se prevé, me recuerda la frase de Anatole France:

"infinita sabiduría de la ley que prohíbe por igual, a ricos y a pobres, dormir bajo los puentes".

Veremos que el Capítulo 10 del CAfta-DR obliga por igual a Estados Unidos y a Honduras, pero ¿por qué no tiembla el gobierno de Estados Unidos ante las ventajas excesivas que dicho articulado le confiere a los inversionistas hondureños que decidan establecerse en territorio norteamericano? ¿Por qué Honduras tendría razonablemente que temer en la situación inversa? Está a la vista el despropósito de considerar iguales dos situaciones de hecho que están lejisimos de serlo. Pero los negociadores norteamericanos hacen que no lo ven, ¿Por qué se niega Estados Unidos a introducir medidas compensatorias que permitan a nuestros gobiernos discutir con ellos y con sus transnacionales en un pie de igualdad?

Frente a la realidad de las brutales asimetrías económicas entre un Estado pequeño y débil por una parte, y las grandes transnacionales y el superEstado por la otra, lo equitativo es darle al Estado débil una serie de ventajas que le permitan compensar aquellas desventajas. Esa es la función de un derecho 'protector', que en este caso es el derecho justo: ante diferencias de hecho que conduzcan a situaciones injustas, el derecho, para ser justo, debe corregir y contrarrestar aquellas diferencias de hecho. Eso es lo que no hemos tenido en el CAfta-DR.

¿Debemos sorprendernos? Conociendo los antecedentes, entonces resulta transparente la insistencia en las asimetrías que el convenio presenta, buscadas y mantenidas a toda costa; las cuales obedecen a la dualidad de propósitos que la negociación se propone conseguir: frente a los Estados Unidos: Estado que sobrevivirá sin esfuerzo, y más bien saldrá reforzado, pues sus dimensiones y su posición dominante lo defienden, el CAfta-DR coloca, en un plano de perfecta paridad, a los países de Centroamérica, a los que se busca debilitar, pues se sabe (por la experiencia con el NAfta y los , que no podrán resistir la interacción con empresas transnacionales de medianas dimensiones; qué decir con las gigantes?

Uno de los medios para conseguir ese resultado es destruir la ‘soberanía judicial’ de los Estados, poniéndolos a merced de las transnacionales inversionistas con el arma de los tribunales arbitrales internacionales. Al análisis de esa operación dedicaremos la segunda parte de este ensayo.

PARTE II. EL CAFTA-DR Y EL PODER JUDICIAL

Hay muchas cláusulas del proyecto de Acuerdo de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana (CAfta-DR) con los Estados Unidos que son violatorias de la Constitución Política de Costa Rica; pero en las páginas que siguen nos limitaremos a examinar solamente las que se refieren a la adopción de un aparato supraestatal dotado de competencia preferente para la resolución de conflictos entre el Estado costarricense y sus inversionistas. Ahora bien, como algunos defensores del CAfta-DR afirman que allí sólo se trató de habilitar a las partes para que, si se presentaran conflictos patrimoniales entre ellos, puedan acudir a tribunales arbitrales, conviene empezar señalando los rasgos de la institución arbitral, a fin de apreciar la diferencia con lo propuesto.

1. Caracteres del arbitraje común, en la experiencia del ‘Civil Law’

Al suscribir un contrato, las partes pueden convenir en que acudirán al arbitraje, si durante la vida del mismo surgieran diferencias patrimoniales (cláusula compromisoria); pero también, ya en presencia del conflicto, pueden dichas partes acordar dirimirlo mediante árbitros (compromiso) (sobre ello véase: L. Rosenberg: *Derecho procesal civil*; Buenos Aires, 1955; Tomo II; E. Redenti: *El compromiso y la cláusula compromisoria*; Buenos Aires, 1961; E. Fazzalari: *Arbitraje (Derecho procesal civil)*, voz de la ‘Enciclopedia del Diritto’; Milán, 1998; Apéndice II). Pero ¿qué debemos entender los juristas con los términos ‘arbitro’ y ‘arbitraje’?

Con base en la doctrina y la experiencia, entiendo que, en términos jurídico-procesales, el **árbitro** es la persona que acepta la designación que le confieren las partes de un contrato, para conocer y decidir, mediante un procedimiento convenido, o fijado por la ley, un conflicto patrimonial surgido entre dichas partes (véase, por todos: J. Goldschmidt:

Derecho procesal civil; Barcelona, 1932; N. Jaeger: *Derecho procesal civil*; Milán, 1954; T. Carnacini: *El arbitraje*; Buenos Aires, 1961; E. Fazzalari: *El arbitraje*; Turín, 1997); y específicamente, para la materia internacional que aquí nos interesa, el **arbitraje** ha sido definido como “el método de solución de controversias sobre relaciones de comercio internacional, a través de la intervención de un tercero, al cual las partes, en su autonomía, confían la decisión con efectos vinculantes para ellos...” (Piero Bernardini: *Arbitraje comercial internacional*, voz de la ‘Enciclopedia del Diritto’, Milán, 1997, Apéndice I).

El acuerdo de ambas partes y la aceptación del encargo, por parte del árbitro, son requisitos esenciales para la constitución del tribunal arbitral que resolverá el conflicto. Por otro lado, la ausencia de poderes de coerción del árbitro y el carácter privado del laudo llevan a la consecuente necesidad de su **homologación judicial** en el foro donde el victorioso pretende ejecutarlo (Cfr., entre muchos, G. Balladore-Pallieri: *Naturaleza jurídica del arbitraje internacional*, en la ‘Revista de Derecho Internacional’, Milán, 1929; pág. 328; T. Carnacini: *Arbitraje* cit., pág. 40 y 41; P. Sanders: *La Convención de Nueva York*, en ‘Arbitraje Comercial Internacional’; La Haya, 1965; pág. 293 y sigtes.; R. David: *El arbitraje en el comercio internacional*; Paris, 1982k; A. Briguglio: *Arbitraje internacional (Convención de Nueva York de 1958)*, en ‘Enciclopedia’ cit.; 1999; Apéndice III).

Sobre la base de analogías y de una tradición donde ha predominado cierta informalidad terminológica, en el CAfta-DR se habla de ‘tribunales arbitrales’ y de ‘árbitros’ para designar los órganos a los que en dicho instrumento se asigna la competencia para la solución de conflictos entre los Estados-parte y sus inversionistas. Pero iremos viendo cada vez con más claridad que, en rigor, los aparatos predisuestos para esos efectos por el sistema CAfta-DR – CIADI no son verdaderos **tribunales arbitrales ni procedimientos arbitrales**.

Por de pronto, obsérvese que faltan totalmente en dicho procedimiento la **cláusula compromisoria** que (si se tratara de un verdadero arbitraje) firmarían el inversionista y el Estado en el momento de trabar sus relaciones; y faltaría también el **compromiso** (suscrito entre ellos ya en presencia del conflicto inter-partes), puesto que en el régimen del CAfta-DR – CIADI el inversionista no necesita el acuerdo de su contraparte (el Estado) para plantear su demanda. En dicho régimen no se prevé cláusulas compromisorias ni compromisos firmados entre un Estado y un inversionista concreto, sino que se estipula un acuerdo, un ‘**agreement**’ entre los Estados comparecientes, en el que éstos aceptan la jurisdicción compulsiva del CIADI para el arreglo de sus diferencias patrimoniales (véase artículo 10.17 del CAfta-DR).

Además, el **laudo arbitral**, siendo un acto privado, necesita la homologación judicial para devenir eficaz, mientras que en el procedimiento del CAfta-DR la decisión del tribunal, una vez agotado el recurso de apelación previsto a futuro (Anexo 10-F), será eficaz y ejecutable sin necesidad de homologación (Art. 10.26.9 del CAfta-DR, en relación con el Art. 54 CIADI).

Con vista de todo lo anterior me parece razonable la sospecha de que en la redacción del tristemente notorio CAfta-DR se abusó de las palabras para encubrir la naturaleza de la operación que allí se intentaba, que no era posibilitar un sencillo sistema arbitral para solución de conflictos, sino la habilitación del sistema del CIADI para sustituir a los ‘poderes judiciales’ de los Estados-parte en el conocimiento y solución de dichos conflictos.

2. El aparato pseudo-jurisdiccional que se propone

Porque, en efecto, estoy convencido, y espero demostrarlo en las páginas que siguen, de que el CAfta-DR, en sendos artículos que regulan las materias de inversiones, servicios financieros, ambiente y solución de conflictos, establece:

- 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 éste último el juez era escogido por el pretor de una lista, mientras 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.).

3. La entronización del CIADI en la justicia costarricense

El CIADI es un ente adscrito al Banco Mundial, y dotado de personalidad jurídica internacional (artículo 18 del Convenio 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 CIADI).

Ahora bien, por virtud del CAfta-DR, el CIADI SE CONVIERTE EN EL ENTE QUE ADMINISTRA LA SOLUCION DE LAS DEMANDAS DE LOS INVERSIONISTAS CONTRA EL ESTADO, CON JURISDICCION 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.

Las consecuencias de esos actos son enormes y trataremos de explicarlas en lo que sigue. Pero hay algo que debemos subrayar, que es la manera en que el CAfta-DR nos presenta una cosa tan grave.

Obsérvese que el CAfta-DR NO dice, clara y abiertamente: **mediante las cláusulas que siguen se establece para Costa Rica un sistema de justicia que sustituye al Poder Judicial en la solución de las controversias que planteen los inversionistas contra ese Estado.**

POR EL CONTRARIO, LAS NORMAS QUE CONTIENEN LA SUSTITUCIÓN DE NUESTRO PODER JUDICIAL POR EL CENTRO INTERNACIONAL LLAMADO 'CIADI' SE ENCUENTRAN ESCONDIDAS EN MEDIO DE LA HOJARASCA DEL CAfta-DR.

En efecto, caemos en la cuenta de que si aceptamos el CAfta-DR ESTAMOS CONSINTIENDO EN QUE SE CERCENE, DE MODO PERMANENTE, LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL ESTADO DE COSTA RICA, sólo cuando el artículo 10.16 del CAfta-DR nos dice en su inciso 3:

“Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a que se refiere el párrafo I:

(a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI...”

Y cuando el artículo 10.17 nos dice que

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.
2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección, cumplirá con los requisitos señalados en:
 - (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia...”

¿Es ésta una manera leal de presentar una modificación de tal calibre, capaz de cambiar la organización misma de la justicia en Costa Rica?

4. Los órganos del nuevo aparato juzgador.

Es fundamental llamar específicamente la atención sobre **los órganos** del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y adoptado por el CAfta-DR para administrar su justicia. Tales órganos son:

- a) **El Consejo Administrativo**, con representación de todos los Estados-parte y presidido por el Presidente del Banco Mundial, se ocupa, aparte de las funciones puramente administrativas y financieras, de ‘adoptar’ las reglas de procedimiento a seguir para iniciar el arbitraje, así como las reglas del procedimiento arbitral.

En cuanto a las reglas procesales para los procedimientos en los casos del CAfta-DR, las reglas procedimentales del CIADI serán supletorias de la normativa contenida en los artículos 10.16 y siguientes del propio CAfta-DR.

- b) **El Secretariado General** cuya cabeza, el Secretario General, viene investido de una competencia general para ejercer funciones procesales de carácter preparatorio, instructorio y supletorio en apoyo del tribunal del conflicto (artículo 10.16, en relación con los artículos 9, 10, 11 y concordantes del CIADI).

Este Secretario no surge ‘ad hoc’, de un acuerdo entre las partes ante un conflicto concreto, sino que es ‘institucional’: cuenta con su propio personal para suplir los servicios de administración o ‘cancillería’

permanente del Centro, cuya representación ostenta, para la ‘solución de toda controversia que se presentare entre los inversionistas y los Estados que los acogen. Se trata de un funcionario provisto incluso de poderes para intervenir en los procedimientos, en cualquier situación en que falte el acuerdo de las partes; para remover eventuales obstáculos en el momento de la constitución del tribunal; y también para hacer lo propio durante el curso del procedimiento; etc. También conserva el Secretario la Lista de árbitros elegibles para integrar los tribunales (Artículos 9 a 11 del CIADI).

- c) **Los tribunales del sistema CIADI, llamados ‘arbitrales’**, compuesto de tres miembros; dos de ellos designados por cada una de las partes y el tercero (que presidirá) de común acuerdo entre ellas (el Secretario, ya mencionado, tiene autoridad para designar cualquiera de los árbitros, o a todos los tres, cuando faltaren, ya por inercia o si no hubo acuerdo de las partes (artículo 10.19).

En mi opinión, repito, el Tribunal que se crea en el CAfta-DR no es un verdadero **tribunal arbitral**, en los términos en que lo entiende la cultura jurídica de nuestros países. En efecto, a pesar de que, como observábamos antes, repetidamente el CAfta-DR lo llama ‘arbitral’, el tribunal de marras no surge de un acuerdo (anterior o posterior al conflicto) entre el Estado y el inversionista, sino que viene ya instituido en el CAfta-DR como un órgano flanqueado por otros órganos permanentes, a la disposición del inversionista.

Obsérvese que, si las partes no disponen cosa distinta, el Secretario escogerá los miembros del Tribunal de una lista preconstituida, formada por personas seleccionadas por designación de cada uno de los Estados partes del CIADI (cuatro personas por cada Estado), y por el Presidente del mismo CIADI (diez personas), todo ello de acuerdo con el artículo 10.16.3.<a> del CAfta-DR, en relación con los artículos 12 a 16 del CIADI.

d) **El órgano de apelación (o mecanismo similar)**, previsto por el CAfta-DR en su Anexo 10-F (y el procedimiento que deben seguir las actuaciones de las partes ante él) tendrá la genérica atribución de conocer por vía de apelación las impugnaciones que hagan dichas partes del llamado laudo arbitral. Su integración, competencia, presupuestos, legitimaciones, etc. serán establecidos sobre la base de un borrador de enmienda del mismo CAfta-DR, producido por un ‘Grupo de Negociación’ nombrado por la Comisión de Libre Comercio.

Además de los órganos del CIADI propiamente dichos, en los procedimientos para resolver los conflictos engendrados bajo la normativa del CAfta-DR interviene, con un papel de notable importancia, la Comisión de Libre Comercio.

La Comisión de Libre Comercio, tiene la potestad de interpretar las reglas del CAfta-DR y anexos, con efectos vinculantes para el tribunal (artículo 19.1.2 ‘c’ y 3 ‘c’);

Esta Comisión es el órgano de mayor rango para la dirección y administración del CAfta-DR.; y en materia de solución de controversias tiene un papel decisivo: interpretar la normativa aplicable, sustancial y procesal. Así lo establece el artículo 19.1 en sus apartados 2 <c> y 3 <c>, que en lo conducente dicen:

19.1.2 : “...La Comisión deberá: ... <c>: buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este Tratado...”

19.1.3 : “...La Comisión podrá: ... <c>: emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado...”

Obsérvese que la Comisión producirá interpretaciones vinculantes acerca del sentido y esfera de aplicación de los textos del CAfta-DR y otros, tanto en términos abstractos (19.1.3) como casuísticamente (19.1.2), lo cual significa que está llamada a influir poderosamente en el contenido de las resoluciones que dicten los tribunales. En realidad, se trata de que produzca una interpretación más penetrante que la que nuestros códigos procesales atribuyen a las Salas de Casación, porque según los artículos 10.22.3 y 10.23.2, la interpretación que decida hacer la Comisión de Libre Comercio acerca del sentido y alcance de las disposiciones del CAfta-DR, en abstracto o para un caso particular,

10.22.3 “...será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión...”

Y cuando interprete los Anexos I y II (medidas disconformes), también esa interpretación

10.23.2 “...será obligatoria para el tribunal y cualquier decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser consistente con esa decisión...”

A la vista de este amplísimo poder de interpretar que el CAfta-DR le otorga a la Comisión, habría que concluir que nuestra Asamblea Legislativa vería menoscabada su potestad de interpretación auténtica que le reconoce el artículo 121, inciso 1) de la Constitución Política, pues la misma se limita a la ley ordinaria, y el CAfta-DR, aunque lo cierto es que es un mero ‘*agreement*’, no entraría en ningún caso en la categoría de ley ordinaria. Y ello nos muestra de nuevo la fuerte incidencia derogatoria de dicho instrumento, incluso a nivel constitucional.

Recapitulando, tenemos que el CAfta-DR no contiene en su texto la mera cláusula que permite al Estado y al particular partes de un contrato de inversión, tomar libremente la decisión de recurrir a los árbitros, si surgiera entre ellos un conflicto; sino que crea, en sede de convenio marco, es decir, en abstracto, en un momento anterior a que se produzcan aquel contrato y aquel conflicto, un sistema pseudos-jurisdiccional paralelo y permanente centrado en el CIADI, invistiendo de facultades de administración judicial a su Secretario, y concediendo un poder de interpretación vinculante a la Comisión de Libre Comercio creada por el mismo CAfta-DR. Huelga repetir, por obvio, que lo anterior conduce a serias vulneraciones de rango constitucional para nuestro País, que explicaremos a continuación:

5. Se modifica la organización político-constitucional del Estado

Sin usar los nombres apropiados, sin manifestarlo francamente, el CAfta-DR ha creado un aparato institucional de solución de conflictos, a caballo de las supremas instituciones nacionales de poder. Porque crear un órgano para que interprete exclusivamente los textos aplicables, y otorgarle jurisdicción compulsiva a un Centro internacional dotado con una administración de sustento y unos tribunales, todo ello independiente y separado del Sistema Judicial de Costa Rica **para resolver conflictos surgidos dentro de nuestro territorio, entre nuestro Estado y ciertos inversionistas norteamericanos aquí establecidos, no significa otra cosa que someter incondicionalmente a nuestro País a una jurisdicción internacional.**

Mientras no entre en vigencia el CAfta-DR ese tipo de conflictos entre el Estado y aquellos inversionistas vendrá resuelto, por regla general, mediante sendos procesos jurisdiccionales de competencia de los órganos judiciales costarricenses, de acuerdo con los artículos 9, 152, 153, 156 y 166 de la Constitución, que dicen:

9. El gobierno de la República es popular y representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

152. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.

153. Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, CUALQUIERA QUE SEA SU NATURALEZA Y LA CALIDAD DE LAS PERSONAS QUE INTERVENGAN, resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario

156. La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil.

166. En cuanto a lo que no esté previsto por esta Constitución, la ley señalará la jurisdicción, el número y la duración de los tribunales, así como sus atribuciones, los principios a los cuales deben ajustar sus actos y la manera de exigirles responsabilidad (las mayúsculas son mías).

La Ley Número 7727 de 9 de Diciembre de 1997, y antes de ella la Ley General de la Administración Pública, prevén ciertamente la posibilidad de que, al firmar contratos con inversionistas extranjeros, al igual que cualquier otro sujeto jurídico, y habida cuenta de los intereses en juego en cada caso, el Estado costarricense puede pactar una ‘cláusula compromisoria’, esto es, aceptar que se someta ante un tribunal arbitral internacional las ‘diferencias patrimoniales’ que eventualmente surgieren entre ambas partes; y también puede el Estado, según los mismo textos legales, pactar un ‘compromiso arbitral’ con vista de un conflicto ya surgido con el inversionista. Estamos, en ambos casos, ante la posibilidad de que el Estado dirima sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, lo cual,

por su carácter casuístico y excepcional, no compromete el ejercicio de la jurisdicción nacional dentro del territorio del Estado costarricense.

Pero lo anterior es completamente diferente al caso de que Costa Rica, dentro de un convenio internacional con otro Estado, **acepte cláusulas que contengan la renuncia general a la potestad jurisdiccional que le es inherente como Estado soberano**, y que, por ende, consienta en someterse incondicionalmente a una jurisdicción supranacional, a instancia de la contraparte inversionista. Que ello ha sido y es considerado por la doctrina como incompatible con la existencia del Estado soberano nos lo recuerda, por ejemplo, el Profesor Gaetano Morelli en su *Derecho procesal civil internacional* (Buenos Aires, 1953), cuando advertía sobre la ilegalidad de una cláusula compromisoria pactada por plenipotenciarios italianos, que habilitara la competencia de árbitros extranjeros para dirimir conflictos producidos dentro del territorio italiano, porque en tales casos

“...no se trata simplemente de sustituir la especial competencia del juez a la cognición ordinaria, sino de excluir abiertamente la competencia de los órganos judiciales italianos en su conjunto...” (pág. 230)

Nos parece que, de aceptar nuestro País lo que estatuye el CAfta-DR en materia, el ejercicio del poder judicial o jurisdiccional dentro del territorio costarricense quedaría mediatizado, al ‘ampliarse’ con las funciones de los órganos creados en dicho acuerdo; y resultaría implícitamente modificada la letra del artículo 152 Constitucional, cuyo texto tendría que corregirse, así:

152. El poder judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, por los demás tribunales que establezca la ley **y por los tribunales estatuidos por el CAfta-DR.**

Por ello estamos de acuerdo en la opinión sostenida públicamente por los colegas Jorge Enrique Romero, Milton Ruiz, Pablo Rodríguez y otros, en el sentido de que **para Costa Rica, renunciar a la potestad jurisdiccional que le corresponde como Estado soberano, en la forma en que claramente aparece en el CAfta-DR, significa alterar grave y profundamente su organización política, porque no es otra cosa crear órganos supranacionales competentes para resolver conflictos internos de Costa Rica, con prescindencia y por encima de nuestro Poder Judicial, y con efectos vinculantes para nuestro Estado-persona.** Es entendido que la frase ‘**alterar la organización política**’ puede entenderse en un sentido muy amplio (también la reforma del régimen de los síndicos municipales altera, en alguna medida, la organización política del Estado), o en el sentido reducido en que lo usamos aquí, como un cambio cualitativo o cuantitativo en la estructura de los supremos poderes.

Ello tiene que ser entendido de esa manera porque, de acuerdo con el texto de nuestra Constitución, Costa Rica, al igual que Bélgica, Argentina o Grecia sigue siendo –talvez para desesperación de algunos- un ‘Estado moderno’ en el sentido clásico del concepto; y **la organización política** de un Estado moderno conlleva de modo esencial la constitución, a nivel de la carta política fundamental, de determinados centros supremos de poder soberanos e independientes entre ellos (legislativo, ejecutivo y **judicial**, **¡porque también es política la potestad de administrar la justicia del Estado!**); centros de poder que la cultura político-constitucional de Occidente ha

estimado indispensables para el ejercicio de las auténticas potestades soberanas de dicho Estado, a la que están subordinados todos los sujetos radicados en su territorio, **incluidos los inversionistas**, cualquiera que sea su nacionalidad (Cfr., entre muchos, Santi Romano: *Principios de derecho constitucional general*; Giuffrè, Milán, 1947; pág. 64 y sigtes., 199 y sigtes., 306 y sigtes.; Raymond Carré de Malberg: *Teoría general del Estado*; Fondo de Cultura, México, 1948; págs. 164 y sigtes., 734 y sigtes.; Rubén Hernández: *El derecho de la Constitución*; Juricentro, San José, 1993; Tomo I, págs. 76 y sigtes., 88 y sigtes., 261 y sigtes.).

De donde resulta lógicamente que la postulación convencional de órganos supranacionales que concurrirían al ejercicio de todas o alguna de aquellas funciones soberanas es, sin disputa, una gravísima alteración de la organización política del Estado, porque violaría la exclusividad del ejercicio de los poderes de éste, y legitimaría de manera estable y normal la presencia, dentro del territorio nacional, de órganos (la Comisión de Libre Comercio) dotados del poder jurídico de emitir interpretaciones vinculantes sobre una importante región del sistema normativo nacional; y del poder jurídico de dirimir conflictos surgidos en nuestro territorio (los tribunales del CIADI); sino también de inversionistas no sólo provistos con el privilegio de sustraerse a voluntad de la jurisdicción nacional en caso de conflicto con el Estado-parte; sino también con el poder jurídico de arrastrar a éste ante la jurisdicción de aquellos tribunales supranacionales.

6. La destrucción paulatina del Estado Nación

El CAfta-DR es la última escalada del poder transnacional contra los pequeños Estados de Centroamérica, dentro de un proceso de erosión que, como dijimos antes, viene durando ya muchos años. Si las transnacionales consiguen al fin sustraerse del aparato judicial de dichos Estados en el proceso de extracción de sus recursos humanos y materiales, habrán culminado con ello un viejo propósito: convertir definitivamente a los Estados centroamericanos en *'estados light'*.

Aquel proceso de erosión ha incluido un conjunto de acciones que, disimuladas en una serie de acuerdos internacionales, han logrado introducir gradualmente sendas mini-devaluaciones de la soberanía de los Estados del Tercer Mundo, hasta conseguir ciertos resultados macroscópicos como el que comentamos. Lo cual explica que, contra la tesis que estamos sosteniendo en este ensayo contra el CAfta-DR se haya argumentado que no es la primera vez que Costa Rica acepta ese tipo de cláusulas dentro de un convenio internacional, sino que lo ha hecho ya en muchos tratados bilaterales, bajo la influencia del modelo NAFTA o TLCAN, incluyendo los llamados 'TLC' con México, República Dominicana y CARICOM, y los APPRI suscritos con Chile y Canadá.

Pero semejantes razones no pueden valer porque, en primer lugar, en muchos de dichos convenios bilaterales se ha conservado la libertad del Estado-parte de aceptar o rechazar, caso por caso, el sometimiento a los tribunales arbitrales internacionales para la solución de sus diferencias patrimoniales con los inversionistas. Y de todas maneras, el hecho de que los convenios de Costa Rica con México, Chile, República Dominicana y Canadá tengan reglas parecidas a las del CAfta-DR es un argumento que 'prueba demasiado' porque,

i) como sabemos, las aberraciones y los vicios no crean precedentes (*quod nullum est, nullum producit effectum*, decían los romanos): si algunos de nuestros gobernantes y negociadores del pasado, faltando a sus deberes, comprometieron en esas ocasiones la organización política de nuestro Estado, tales prácticas no solamente les acarrea responsabilidad personal en vía civil y hasta en vía penal, por la lesión que conllevan para Costa Rica, sino que tampoco podrían significar una autorización abierta para el futuro. Por el contrario, lo que tenemos que hacer (y los costarricenses lo haremos) es plantear la revisión de los convenios correspondientes, a fin de reparar los daños irrogados, reprimir la organización política del Estado y rescatar la incolumidad de la jurisdicción nacional; y

ii) en todo caso, para asumir ahora una posición de extrema cautela frente al CAfta-DR, hay que considerar también el hecho de que, para nuestro País, no es lo mismo tratar con los hipotéticos inversionistas de Chile y República Dominicana, que con las transnacionales estadounidenses, algunas de las cuales (Harken: para muestra un botón!) ya se nos están echando encima, aún antes de que aprobemos el CAfta-DR.

Al respecto, la experiencia del llamado TLCAN o NAFTA, y la experiencia de los países latinoamericanos con los tratados bilaterales de inversión (TBI) que contienen mecanismos parecidos a los examinados aquí, no podía ser más negativa.

Según muchos analistas, de los que citamos a la abogada Lori Wallach, directora de Global Trade Watch, de Washington, la creciente cantidad de casos de inversionistas amparados al NAFTA, cuyos reclamos de indemnización se enderezan contra sus Estados receptores, alcanza hoy la cifra de **mil millones de dólares**. Y agrega la analista que, colocados en la posición ventajosa en que los han puesto aquellos convenios, los inversionistas han utilizado el arma de las demandas para atacar acciones reguladoras y otras medidas de política económica tomadas por los gobiernos de los Estados-parte.

Un informe de la ONG 'Public Citizen' de Washington, titulado '*El TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados: lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica*', revela que de las 42 demandas planteadas hasta ahora por las empresas en el marco del NAFTA, los Estados han tenido que pagar **treinta y cinco millones de dólares** en los 11 casos hasta ahora sentenciados o conciliados.

Además, también varios países sudamericanos que suscribieron tratados bilaterales de inversión (TBI) están siendo demandados por las transnacionales, como los 37 casos pendientes contra Argentina, por las medidas que ha tomado frente a su grave crisis económica; o la demanda de la Occidental Petroleum contra Ecuador (**setenta y un millones de dólares, más intereses**).

En fin, el informe describe la manera en que los inversionistas, amparados por instrumentos que los sustraen de los tribunales internos de los Estados receptores, han desafiado decisiones de dichos tribunales, políticas ambientales, contratos municipales, políticas de impuestos, regulaciones federales para sustancias controladas, etc.

Entonces, en vez de cambiar las absurdas reglas para inversionistas extranjeros que contiene el NAFTA –concluye la abogada Wallach- el CAfta-DR amplía dicho modelo, y ello

“...no sólo resultará en nuevos ataques contra las leyes de los Estados Unidos, sino que ahora las grandes empresas de los Estados Unidos van a tener otro método para obligar a los países de América Central a que hagan lo que ellas quieren. Dado que sabemos que estos ataques son graves **es horrible pensar en los efectos que sólo uno o dos casos podrían tener en los presupuestos generales del Estado en los países de Centroamérica...**” (Informe citado)

7. Conclusiones:

Siendo así las cosas, con el CAfta-DR nos encontramos ante un convenio internacional que afecta gravemente “*la organización política del país*”, en los términos del Artículo 7 de la Constitución, con las consecuencias que de dicha norma resultan, a saber:

Que dicho convenio requerirá de la aprobación de la Asamblea Legislativa, no por mayoría absoluta; ni siquiera por la de dos tercios de los votos, sino “...**por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros...**”; y necesitaría, además, **“...De la aprobación de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente convocada al efecto.”**