

Soy un ciudadano europeo!

Europa es mi casa.

Lo digo institucionalmente como Presidente electo de la Asociación Europea de Jueces pero lo proclamo a título personal, con gusto y convicción.

Sabemos que no van fáciles los nuevos tiempos para Europa – como proclamaba el Sancho del Quijote: “Cada uno es como Dios le hizo, y aún peor muchas veces.”

Pero si Europa es mi domicilio – con su herencia genética que, como añade Steiner, es tributaria de Atenas y Jerusalén – cimentada por su vez, citando Bauman, en una tradición cultural, ética y humanista que son únicas,

Iberia se presenta, adentro de esa espaciosa vivienda, tan plural y diversa, como siendo mi aposento preferido donde busco el reconforto de la intimidad después de un día de trabajo más arduo.

Y excusando-me por forzar esta metáfora al límite si España y Portugal comparten en un sala acogedora, con muchas alfombras y una bella chimenea, los más profundo de nuestro destino colectivo - países hermanos, nos habituamos a decir – tenemos la buena fortuna de, afuera,

desfrutar de un jardín muy nuestro, largo y solar, con la comunidad inmensa Ibero-Americana.

Por eso con responsabilidades en una organización que aglutina 44 países del Viejo Continente me siento aquí a gusto, casi de pantuflas y pijama

(bueno, solo casi)!

compartiendo afectos y una identidad común pero, también, en el campo de las Ciencias Jurídicas discutiendo, con placer, problemas transversales a nuestras jurisdicciones.

Saramago lo invocó con la certeza sabia de la literatura – navegamos juntos en esta Jangada de Piedra.

La reciente polémica jurisprudencial en España por fuerza del los procesos de crédito hipotecarios han tenido amplia discusión y debate en mi país tan evidente se afirmaba la uniformidad del tema sin fronteras ó siquiera efectivas diferencias. Acredito que lo mismo ocurre con el tema de arbitraje que trago hoy para este fórum de amigos.

Este panel abarca un t3pico – alternativas a la litigiosidad – tan ancho y complejo que buscar3 dejar apenas algunos apuntamientos acerca de cuestiones que cruzan directamente con la independencia del poder judicial, el alfa y el omega de la Asociaci3n Europea, y que convocan postulados esenciales del Estado de Derecho y de la protecci3n de principios fundantes como son los de una justicia universal, accesible y que trate por igual a todos los ciudadanos.

As3 vos propongo un excursio breve sobre los desaf3os actuales del Arbitraje – como herramienta alternativa a la litigiosidad ubicada esta en los mecanismos tradicionales de resoluci3n de litigios, los tribunales - y como deben encarar-se las recientes pol3micas sobre su desarrollo.

Entonces, adelante!

La frase "que vivas tiempos interesantes" representa para la sabidur3a china una maldici3n. Certezas que ten3amos ha mucho sedimentadas pierden su aurea y se duda, cada d3a m3s, con creciente desasosiego, de las instituciones p3blicas tradicionales, de los poderes del Estado, de la capacidad reguladora da la ley; se proclaman las capacidades 3nicas de una justicia privatizada relegando los tribunales a una funci3n residual y secundaria.

En la justicia civil las cuestiones que verdaderamente importan se resuelven en tribunales arbitrales, m3s confidenciales, expeditos y donde se puede discutir "civilizadamente". En un tiempo de incertitudes se asiste a una tendencia de largo plazo de decadencia del aporte de los tribunales en el desarrollo de ley civil y en la regulaci3n del comportamiento social.

Justamente anticipando lo que ocurre, Jacques Atalli, en su "Breve Historia del Futuro", anuncia un mundo nuevo en que la ley desaparece substituida por contratos y la justicia marca paso en cuanto prosperan discretas y silenciosas oficinas en que todo se decide, pacatamente, en privatistas arbitrajes.

Punto previo: no se discute que as formas privadas de justicia constituyen importantes medios de resoluci3n de litigios, complementares de la justicia estadual; est3n incluso previstas expresamente en la ley como es el caso de la Constituci3n portuguesa, en el art3culo 209º, nº2.

La cuestión crucial que nos preocupa tiene que ver con criterios y escojas en especial cuando se instituyen tribunales arbitrales obligatorios donde se aplica, por regla, el régimen da arbitraje voluntaria.

Nadie puede, en la lógica de un Estado de Derecho, remplazar la cultura y práctica entrañadas de independencia y imparcialidad de los jueces como subraya justamente a este propósito el nuestro Presidente del Supremo Tribunal, Dr. Henriques Gaspar.

En las sociedades modernas en que pontifican poderes fácticos, transnacionales y sutiles, la independencia del poder judicial, basada en los principios de la igualdad y del imperio de la ley, asume, más que nunca, un inevitable protagonismo.

La jurisdicción que es la nuestra, el servicio nuestro – público y para toda una vida – se sabe como debe ser: contradictorio, independiente, imparcial, dotado de publicidad y transparencia, garantizando el derecho constitucional de acceso à la justicia, à una tutela jurisdiccional efectiva e à la protección da la parte más débil.

Nos interrogamos todos como estamos lejos de eses principios cuando hablamos de arbitraje.

Permitan que, en esta asamblea internacional, vos traga ejemplos muy concretos de los ataques que pueden llegar de una justicia privada alejada de los ciudadanos y de sus intereses.

Así vea-se lo que ocurre en los Acuerdos de Inversión para Litigios Estado-Inversor que confiere al inversor extranjero la posibilidad de recurrir a tribunales de arbitraje internacional en casos de discriminación ò daños causados por los Estados. Se asiste mundo afuera a una expansión de estos tribunales que muchas veces aplican decisiones que afectan gravemente los derechos del consumidor, la defensa del ambiente ò de otros derechos fundamentales del Hombre.

A nos jueces nos gusta ser pragmáticos y discutir en cima de personas y casos concretos.

Vos describo, telegráficamente, cuatro casos pero muchos más podría añadir. Chivron versus Ecuador en que los árbitros del tribunal constituido para ese conflicto ordenaran repetidamente al Gobierno de Ecuador que prohibiera la ejecución de sentencias de las más altas instancias judiciales del país en clara violación del principio de la separación de poderes; Philip Morris versus Uruguay en que el Estado Uruguayo estuvo dispuesto a abdicar de sus derechos aterrorizado por los custos astronómicos del tribunal arbitral para decidir ese caso que envolvían – además de los honorarios de los

árbitros – el pago de \$1,500 dólares hora a abogados especialistas, durante varios años; en Canadá la mera amenaza de una disputa en estos tribunales arbitrales hicieran que el Estado Canadiense tenga renunciado a una ley para regular las palabras “light” and “mild” de los mazos de tabaco abandonando también leyes de control ambiental por los costos asociados a una demanda que, en la tradición de esos tribunales, asumían un riesgo serio de derrota.

Finalmente, a respecto de la parcialidad y falta de independencia de los jueces-árbitros el caso *Vivendi v. Argentina*. El Estado Argentino argumentó que uno de los árbitros, Gabrielle Kaufmann-Kohler, pertenecía a la administración del Banco suizo UBS, que era al mismo tiempo el mayor accionista de ... Vivendi y incluso que esta árbitra seguía siendo remunerada en parte con acciones de la UBS. Al final estos hechos, aun que demostrados, fueran descartados y Gabriela Kaufmann-Kohler siguió como juez del caso por se considerar que aun que la situación fuera criticable , no sería suficiente para apartar la jueza.

Comparto así la posición expresa por el Relator Especial de Naciones Unidas, Alfred-Maurice de Zayas cuando concluye que este tipo de arbitraje internacional tiene graves “déficits” democráticos en particular por el asumido secreto en sus procedimientos y decisiones, con ausencia de la exigida transparencia y independencia, y por su impacto negativo en materia de derechos humanos.

Son así varios los males de que padecen estas arbitrajes que toman el puesto de una justicia civil que sigue martirizada por las denuncias masivas materializadas en el numero aplastante de acciones ejecutivas. En Portugal, donde penden 1,3 millones de procesos judiciales, el 49% de los procesos entrados en juicio en 2015 fueran de acciones ejecutivas destinadas a cobrear deudas o a pedir la entrega de bienes sin que, en la inmensa mayoría de los casos, haya siquiera un conflicto a dirimir; al revés, cada año que pasa, las contiendas relevantes del punto de vista económico, donde se deciden cuestiones de muchos millones de euros, involucrando grandes empresas con desenvolvimientos evidentes en materia de protección del consumidor o de gastos de recursos públicos , son entregues a la arbitraje.

Al final que justicia pública queremos?

Los tribunales arbitrales, como es consabido, deciden sus casos sin que resulte asegurada la intervención del Tribunal para cuestiones decisivas como las de inconstitucionalidad o, incluso, sin que se pueda diseñar la posibilidad de un mecanismo

de procedimiento prejudicial con la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El gran jurista, Owen Fiss, Sterling Professor Emeritus de la Universidad de Yale, distingue tres formas de independencia judicial.

La primera implica que el juez se afirme como independiente de los litigantes en la controversia; la segunda habla de su autonomía individual y la tercera exige que los jueces se liberten de la presión de las instituciones políticas o del público en general.

Con base en esta teoría, Fiss argumenta que no se puede hoy definir la función judicial apenas como la que resuelve conflictos. La tarea primordial de los jueces sería conferir un sentido adecuado a los valores y principios públicos. Y eso marca una diferencia esencial con la arbitraje. Los jueces árbitros son pagos por los litigantes, escogidos por los litigantes y son compelidos a comportamientos como la reluctancia en tornar públicas sus decisiones o en generar precedentes. El juez es un servidor público, pago por el erario público y es escogido no por las partes y sí por criterios de mérito a partir de concursos públicos y abiertos. A los árbitros una decisión general, clara y precisa, es mala, dice Fiss, porque, desde luego, perjudica la posibilidad de nuevos contratos en futuras disputas.

Termino.

La Asociación Europea de Jueces tomó posición pública acerca de estos tribunales arbitrales internacionales en el contexto de la Unión Europea. Enfatizó que la Unión Europea y sus Estados-Miembros disponen de sistemas judiciales perfectamente preparados para proteger los derechos de un inversor en todas las áreas de la ley. Ninguna Corte fuera del sistema judicial como la destinada a decidir de las inversiones privadas en Estados de la Unión puede existir si no demuestra inequívocamente que los jueces-árbitros son escogidos, remunerados y actúan con independencia personal y institucional según los estándares europeos e internacionales; en concreto, la Asociación Europea de Jueces entiende que las propuestas conocidas – en particular la última con Canadá conocida como CETA – aun que mucho mejores que las iniciales, no cumplen aun con esos criterios; preocupa-nos en especial su compatibilidad con el Derecho de nuestra Unión.

Comparto con vosotros esas preocupaciones. Por eso vos he traído este tema a nuestra memoria aun que ustedes me contesten, con humor, citando el grande Miguel de Cervantes:

Oh, memoria, enemiga mortal de mi descanso!

Muchas Gracias!

José Igreja Matos