Diez razones por las que los autores se oponen a esta reforma del TTIP que, a su juicio, no cambia nada de lo esencial

[Juan Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro*] La comisaria de Comercio de la Comisión Europea, Cecilia Malmström, presentó la semana pasada una propuesta para la modificación del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados —el conocido como ISDS, por sus siglas en inglés— que está contemplado en el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP). Según Malmström, con esta reforma y el nuevo “sistema de tribunal de inversiones” (
Investment Court System)
, se produce una “modernización del antiguo sistema de resolución de conflictos”. No es así, en realidad, porque los nudos sustanciales del sistema arbitral se mantienen: las modificaciones formales que se plantean son tan solo un pequeño peldaño de la larga escalera de impunidad a favor de las corporaciones transnacionales que el arbitraje destila por todas partes.

En la propuesta se modifican diferentes cuestiones: el sistema de designación pública de los jueces —que no formarán parte del poder judicial, serán “expertos” elegidos por un comité creado por el mismo Tratado—, su retribución, la duración de su mandato, la configuración de dos salas —una de instancia y otra de apelación, ambas en el marco del nuevo tribunal arbitral— y aspectos relacionados con el procedimiento: el sorteo de los casos, el conflicto de intereses, la publicidad, el plazo máximo para la resolución y la posibilidad de acudir ante el tribunal arbitral en primera instancia tras haber obtenido una resolución negativa en el ámbito estatal.… Pero, sin negar la importancia de algunas de las reformas, en esta “nueva” versión del arbitraje los elementos centrales de la propuesta permanecen inalterables. Veamos.

1. Los tribunales arbitrales nacieron para resolver conflictos entre Estados; el neoliberalismo amplía su labor a conflictos entre Estados y particulares. Así, las corporaciones transnacionales —personas de Derecho Privado que representan intereses particulares— pueden demandar a los Estados ante tribunales internacionales de arbitraje, prevaleciendo su propio interés sobre el interés general. Solo las empresas tienen la posibilidad de demandar a los Estados, no al revés; es una asimetría al servicio del capital transnacional.
2. Las personas y los pueblos que sufren la vulneración de sus derechos por las prácticas de las empresas transnacionales, por su parte, ¿ante qué tribunal internacional pueden interponer sus denuncias? Mientras en Argentina, por un lado, la nacionalización de la filial de

Repsol puso en marcha la "arquitectura de la impunidad", con la petrolera ejerciendo acciones legales ante tribunales argentinos, españoles y estadounidenses e interponiendo un recurso ante el Centro Internacional de Arreglos sobre Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) —tribunal internacional de arbitraje dependiente del Banco Mundial— en base al Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones entre Argentina y España, los mapuches, por otro, únicamente pueden defender su vida y su integridad como pueblo ante los tribunales argentinos. No puede demandarse directamente a Repsol —ni a ninguna empresa transnacional, claro— ante un tribunal internacional; es una justicia para ricos.

3. En el Investment Court System presentado por la comisaria no se mencionan ni una sola vez los derechos humanos, laborales, medioambientales, sociales, culturales… De este modo, los jueces del citado tribunal deberán aplicar, fundamentalmente, las normas comerciales y de inversiones que el TTIP contenga. Es decir, no cruzarán el sistema internacional de derechos humanos con las reglas de comercio e inversiones, lo que implica desconocer que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es jerárquicamente superior al contenido de cualquier tratado comercial; de lo contrario se vulneran, al menos, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

4. El planteamiento de la Comisión Europea se construye sobre el concepto de "seguridad jurídica" vinculado a la lex mercatoria, cuyo único fundamento resulta ser la protección de los contratos y la defensa de los intereses comerciales de las compañías multinacionales. Se pretende así proteger las inversiones de las transnacionales extranjeras eludiendo la normativa comunitaria, nacional e internacional sobre los derechos humanos, sociales y medioambientales. Pero la seguridad jurídica es un principio internacional que no debería estar vinculado únicamente a valoraciones económicas: la verdadera seguridad jurídica es la que sitúa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por encima de la lex mercatoria, es decir, a los intereses de las mayorías sociales frente a los de las minorías que controlan el poder económico. Las constituciones europeas, la Carta de Derechos Fundamentales y las normas que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos deben prevalecer sobre las normas del TTIP.

5. Las normas que tutelan los derechos de los inversores son muy precisas, detalladas y numerosas: el concepto expansivo de inversión; la repatriación de fondos que sean parte de la inversión de las empresas transnacionales en el país; los compromisos de compensar por pérdidas en caso de guerra, conflicto armado o expropiación directa o indirecta; el respetar los contratos firmados y las obligaciones contractuales… y un largo etcétera de reglas a favor de las grandes corporaciones. En el planteamiento de la Comisión, sin embargo, no se recoge el derecho de los Estados a reestructurar sus deudas y el respeto a la inmunidad soberana de los Estados, omitiendo la resolución aprobada el 14 de septiembre en la Asamblea General de Naciones Unidas; toda norma o principio jurídico que defienda los intereses de las mayorías sociales queda fuera de esta propuesta.

6. Los conceptos de inversión y expropiación indirecta, igualmente, se regulan a imagen y semejanza de los intereses corporativos. Así, la definición del término inversión es muy amplia y se identifica con los activos, de forma que incluye las acciones y otras formas de participación en sociedades; derechos derivados de todo tipo de aportes con el fin de crear valor económico; bienes muebles e inmuebles; derechos reales; propiedad intelectual e industrial; servicios públicos; concesiones otorgadas por ley o contrato, incluidas las que tienen que ver con la prospección o explotación de recursos naturales… Y se protege toda expectativa "legítima" de

ganancia, teniendo en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante; es decir, una inversión paralizada por el poder público debe ser compensada tanto por la cantidad gastada como por el futuro beneficio dejado de percibir, incluso, más allá de la consecuencia directa e inmediata del hecho causante.

7. El principio de "trato justo y equitativo" se mantiene como eje central de la propuesta de la Comisión. Es este un concepto jurídico indeterminado que puede adolecer de cierta inseguridad material; pero que, enmarcado y dirigido a la protección del inversor extranjero frente al Estado receptor, queda perfectamente delimitado. Eso implica que el Estado receptor no puede discriminar al inversor extranjero y deberá tratarle de manera justa y equitativa, lo que requiere un escenario legal estable y compatible con las expectativas de dicho inversor. Una interpretación fundamentada en la equidad, sin embargo, implica tratar igual a los iguales, no igual a los desiguales. Dicho de otro modo: no permitir cláusulas de acción positiva a favor de los sectores sociales y económicos más desfavorecidos de los países empobrecidos significa, de hecho, apuntalar prácticas discriminatorias. Firmar contratos, aprobar tratados de comercio e inversiones, aceptar ajustes estructurales bajo la falsa premisa de la igualdad entre las partes, es situar a las relaciones asimétricas de poder en el centro de la técnica jurídica

8. La comisaria Malmström ha manifestado que la reforma propuesta no afectará al sistema arbitral previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA). Eso implica que las empresas transnacionales de EEUU y las de terceros países —a través de sus filiales con sede en Canadá o en la Unión Europea— podrán activar el mecanismo arbitral tradicional establecido en el CETA. Y la Comisión Europea, además, defiende el sistema de arbitraje anterior (ISDS) en los más de mil tratados de protección de inversiones que tiene ratificados por todo el planeta.

9. En la propuesta de la Comisión Europea, las modificaciones que países como India, Indonesia y Sudáfrica están proponiendo —tras evaluar los impactos de los tratados comerciales y de inversiones firmados en los últimos años— han sido totalmente ignoradas. Pero hay que destacar cómo estos países están abogando por una nueva regulación de las obligaciones de los inversores, de los Estados de origen de las mismas y de los Estados anfitriones, planteando la protección de los derechos humanos, medioambientales y culturales frente a las normas de comercio e inversiones; una redefinición del concepto de inversión, del trato justo y equitativo, de la expropiación y del mecanismo de solución de diferencias; el derecho a la soberanía de los Estados y el derecho al desarrollo; la rendición de cuentas; la protección de la salud y el conjunto de los derechos sociales.

10. Frente a esta propuesta "alternativa", por nuestra parte, proponemos la eliminación de los tribunales arbitrales y la creación de una Corte Mundial sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos, que complemente los mecanismos universales, regionales y nacionales; que garantice que las personas y comunidades afectadas tengan acceso a una instancia internacional independiente para la obtención de justicia por violaciones de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales; que sea la encargada de aceptar, investigar y juzgar las denuncias interpuestas contra las empresas transnacionales, los Estados y las instituciones internacionales económico-financieras que las apoyan por las violaciones de derechos humanos que hayan cometido.

(Juan Hernández Zubizarreta es profesor de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Pedro Ramiro (@pramiro_) es coordinador del Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL))