



Extrait du OMAL | Observatorio de Multinacionales en América Latina

<http://omal.info/spip.php?article6692>

# La armadura jurídica del #TTIP

- Publicaciones - Artículos -

Date de mise en ligne : Martes 11 de noviembre de 2014

**El Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP) es un acuerdo comercial y de inversiones entre la Unión Europea y los Estados Unidos. Pretende eliminar las barreras arancelarias entre los dos socios y las barreras reglamentarias -las normativas básicas en materia social, medioambiental...- que limitan la acumulación de riqueza de las grandes corporaciones.**

Los componentes fundamentales del TTIP son el acceso al mercado, las normas regulatorias, las cuestiones reglamentarias y las barreras no arancelarias; abarca aspectos materiales y formales.

Entre las cuestiones materiales nos encontramos con propuestas relacionadas con la quiebra de los derechos laborales y la normativa europea medioambiental, la desregulación del sector financiero, la apertura al mercado privado de los servicios públicos -el agua, la electricidad, la educación, la salud, el transporte, la protección social...-, el blindaje de las patentes farmacéuticas, el consumo de productos modificados genéticamente, la contratación pública...

En estas líneas vamos a tratar sobre los aspectos formales y principios jurídicos del TTIP que forman parte de la armadura jurídica que limita el ejercicio de la democracia y de la soberanía de los pueblos. La herencia normativa del capitalismo global -los contratos, normas de comercio e inversiones de carácter multilateral, regional y bilateral y resoluciones de los tribunales arbitrales que conforman la nueva *lex mercatoria*- condiciona el devenir de las mayorías sociales; así, por poner un ejemplo, el gobierno del presidente Evo Morales y el pueblo boliviano han padecido esta lógica normativa imperial. El TTIP no es sólo un acuerdo comercial, es un nuevo tratado fundacional al servicio de las corporaciones transnacionales.

La técnica jurídica utilizada por el TTIP no es neutral: es una arquitectura construida a favor de las empresas multinacionales y del capital. La desigualdad y la asimetría son elementos constitutivos del Tratado; además, su opacidad, su falta de transparencia y la reinterpretación de los elementos formales que constituyen el Estado de Derecho, deben ser conocidos, desmontados y reapropiados por las mayorías sociales.

La cadena de control normativo que construye el TTIP se puede desglosar en diversos eslabones.

### **Contexto jurídico sobre el que actúa el TTIP**

Los derechos de las empresas transnacionales se tutelan por un ordenamiento jurídico global basado en reglas de comercio e inversiones cuyas características son imperativas, coercitivas y ejecutivas -Derecho duro-, mientras que sus obligaciones se remiten a ordenamientos nacionales sometidos a la lógica neoliberal, a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos manifiestamente frágil y a una Responsabilidad Social Corporativa (RSC) voluntaria, unilateral y sin exigibilidad jurídica -Derecho blando o *soft law*-.

La lógica jurídica contractual asimétrica se impone en las transacciones económicas internacionales. Las relaciones de fuerza impregnan los núcleos esenciales de los contratos formalmente bilaterales, tratados regionales y bilaterales, donde la conformación de voluntades se produce desde la mera adhesión a cláusulas que tutelan, fundamentalmente, los intereses de las empresas transnacionales.

Por otra parte, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria y el Mecanismo Europeo de Estabilidad implican un verdadero golpe de Estado; estos dos textos actúan como vasos comunicantes, ya que, por un lado elevan a la cúspide de la pirámide normativa comunitaria el déficit público y la deuda pública -y, por tanto, la generalización de medidas de ajuste en contra de las mayorías sociales- y, por otro,

se establece una intervención técnica de las instancias comunitarias al margen de los parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo. El debate parlamentario y la deliberación quedan subordinados a reglas rígidas y automáticas establecidas en el diseño de las políticas presupuestarias.

El TTIP forma parte de este entramado jurídico-político de dominación. No hay cruce de caminos entre los derechos humanos y los derechos corporativos; hay una profunda ruptura de la jerarquía y de la pirámide normativa del sistema de protección de los derechos humanos. Además, resulta evidente la debilidad democrática de las instituciones económicas globales, incluidos los tribunales arbitrales alejados de los poderes judiciales

### **La falta de legitimidad democrática del TTIP**

El secreto y la opacidad son elementos constituyentes del TTIP. Las normas de comercio e inversiones se elaboran fuera del control parlamentario y de la ciudadanía. Desconocemos los negociadores, los criterios utilizados, las decisiones adoptadas... y se envuelve todo el procedimiento de valoraciones técnicas que "necesitan de la confianza" y "discreción entre los negociadores"; se toman decisiones a espaldas de la ciudadanía y al margen de los procedimientos parlamentarios, "secuestrando" los textos en discusión incluso a los representantes públicos.

El modelo institucional de la UE no se adapta a los modelos tradicionales de democracia parlamentaria. El papel del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales es secundario en el devenir del TTIP. Además, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que "sobre los tratados internacionales se informará con total transparencia y adecuadamente al Parlamento Europeo en todas y cada una de las fases de negociación". Es decir, se están saltando su propia legalidad. Las prácticas en torno a la elaboración del TTIP colisionan con la propia normativa comunitaria.

Lo que no es secundario es el papel central de los *lobbies* económicos que representan a las empresas transnacionales y a los intereses de las clases dominantes y de sus representantes políticos. Los asesores, las reuniones, las propuestas y la vinculación del poder político con las empresas transnacionales forman parte "del poder legislativo" de donde emana el TTIP. La opacidad y el secreto no existen para el gran capital.

### **El *iter* normativo del Tratado**

Toda la tramitación del TTIP quiebra los principios básicos del Estado de Derecho, es decir, las garantías procesales de la ciudadanía (transparencia, separación de poderes, debates parlamentarios...). Ahora bien, el resultado final de la norma, en este caso del TTIP, es de una gran seguridad jurídica y de obligado cumplimiento. Todo lo contrario que la normas de derechos humanos, cuya tramitación o *iter normativo* está muy abierta a las propuestas y al debate, pero su resultado final es de una seguridad jurídica muy frágil. ¿Se puede comparar un convenio de la Organización Internacional del Trabajo con un tratado de comercio o inversiones entre la Unión Europea y cualquier país de la periferia del planeta?

La tramitación del TTIP fulmina los principios clásicos del Estado de Derecho: la contractualización de la ley y de las relaciones económicas -se suprimen la normas parlamentarias generales y se sustituyen por sistemas contractuales asimétricos o de adhesión- provoca la anulación de los procedimientos legislativos, se disloca la separación de poderes y la soberanía de los pueblos y naciones.

Por otra parte, la inflación normativa muy especializada, las cláusulas oscuras, vagas, la incorporación de los anexos al TTIP, atentan contra los derechos de las mayorías sociales. Además, la privatización del Derecho mediante las agencias de calificación, el Derecho blando y la emisión de laudos arbitrales por tribunales privados, cierran el círculo infernal de la arquitectura de la impunidad.

El principio de los vasos comunicantes entre normas de comercio e inversiones y entre transnacionales e instituciones, implica que lo que no se obtenga en el seno de la Organización Mundial de Comercio se obtendrá por medio de tratados o acuerdos comerciales o de inversiones de carácter bilateral o regional; esta tupida red da lugar a que cada acuerdo o tratado sea la base para el próximo, lo que genera un modelo de perpetua negociación. Esta guerra tan asimétrica provoca que el abandono de un tratado tenga preparado su sustituto; de ahí que el rechazo debe ser frontal al modelo de comercio e inversiones impuesto por el capital y las empresas transnacionales.

### **El TTIP combina la desregulación de las obligaciones de las empresas transnacionales con la re-regulación de sus derechos**

Se pretende eliminar toda barrera -arancelaria o no- que dificulte el desarrollo del libre comercio y de la inversión. Para eso se procede a la armonización normativa a la baja; es decir, si el control financiero es más estricto en EEUU, se armoniza teniendo en cuenta la regulación europea. Si la legislación laboral es más tuitiva en la Unión Europea, se aplican las normas de EEUU que desregulan los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Se armoniza desregulando los derechos de las mayorías sociales en todas las materias susceptibles de "comprarse y venderse". La compra pública responsable que tenga en cuenta los derechos laborales de sus empleados y de las empresas subcontratadas, la promoción del comercio justo, la eliminación de diferencias entre hombres y mujeres... chocará con la idea de derogar toda reglamentación que sea un obstáculo a la apertura de los mercados públicos al comercio y a las inversiones.

Esta técnica clásica del modelo neoliberal se combina con la re-regulación de los derechos de las transnacionales. Si en los 90 el neoliberalismo se planteaba reducir el Estado y dejar vía libre a los mercados, ahora con el TTIP se busca un Estado fuerte que garantice los beneficios de las transnacionales europeas y estadounidenses. El Estado es imprescindible para la acumulación de riqueza del capital y para dirigir y reformar la sociedad al servicio de la grandes corporaciones. El TTIP fortalece los derechos de las mismas.

### **Convergencia regulatoria**

Además de la armonización de regulaciones por el método de la desregulación antes mencionado, los lobbies transnacionales adquieren por medio del TTIP una presencia insospechada. El Consejo de Cooperación Reguladora -formado por los responsables que establezcan las agencias de EEUU y la Comisión de la UE- es un filtro regulatorio de todas las normas comunitarias -pasadas, presentes y futuras- que colisionen con el Tratado y que implica la presencia directa e indirecta de los *lobbies* transnacionales. Actúa al margen de los Estados e instituciones; es un poder legislativo supranacional fuera de todo control democrático.

Las empresas transnacionales se introducen en los procesos normativos y penetran en el marco regulatorio abierto a fórmulas de cooperación reguladora y generadora de coescritura de legislación; fenómeno conocido en la elaboración de normas tipo. Además del poder fáctico, los *lobbies* tendrán presencia directa o indirecta en la elaboración de las normas.

La convergencia regulatoria afecta, además, a todas la Administraciones Públicas (locales, autonómicas y centrales); a la legislación básica, a la ejecución de la misma y a los actos delegados. Las excepciones y defensas genéricas de los derechos sociales que el TTIP prevé quedan subordinadas a "que no comprometan las ventajas derivadas del acuerdo"; la coherencia regulatoria implica que todo tipo de estudio de impacto medioambiental o social, toda evaluación de daños... no debe establecer más "rigor del estrictamente necesario", es decir, deben ser coherentes con los derechos de las empresas transnacionales.

Por otra parte, la transparencia requiere consultar toda medida potencial a proveedores e inversionistas como si

fueran "representantes públicos", y por último, se pueden ampliar temas no incluidos en el tratado por la vía del nexo normativo al margen del procedimiento de aprobación del mismo; es un texto abierto al servicio de las transnacionales.

### Principios normativos del tratado

Son principios demoledores -abiertos a la interpretación creativa y expansiva de despachos de abogados y árbitros favorables al poder corporativo- para los intereses de las mayorías sociales y que dotan de una gran fortaleza a los derechos de las empresas transnacionales. Además, otros principios jurídicos como el abuso de derecho, el enriquecimiento injusto... quedan subordinados al carácter imperativo de los principios recogidos en el TTIP.

**Quiebra del principio de igualdad desde las relaciones de poder.** Una interpretación fundamentada en la equidad implica tratar igual a los iguales, pero no igual a los desiguales. No permitir cláusulas de acción positiva a favor de los sectores sociales y económicos más desfavorecidos de los países empobrecidos, significa, en realidad apuntalar prácticas discriminatorias. Firmar contratos, aprobar tratados de comercio e inversiones y 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.

El TTIP se sustenta en esta interpretación del principio de igualdad: tratar igual a las empresas transnacionales y a las pequeñas empresas nacionales, lo que es esencialmente discriminatorio.

**Trato Justo y Equitativo** .Es un concepto jurídico indeterminado que puede adolecer de cierta inseguridad material; pero, enmarcado y dirigido a la protección del inversor extranjero frente al Estado receptor, queda perfectamente delimitado. Por tanto, el Estado receptor no puede discriminar al inversor extranjero y deberá tratarle de manera justa y equitativa. ¿Tratar igual a los desiguales es justo y equitativo?

**Trato Nacional** .Es un principio central en el funcionamiento del TTIP. Toda ventaja concedida a los inversores nacionales debe extenderse a los extranjeros. Es decir, los inversores nacionales no pueden recibir ayuda alguna del Estado ya que implica quebrar el principio de trato nacional. El apoyo de la administración a empresas de economía solidaria o a circuitos cortos de producción se debe extender a las empresas transnacionales de los agronegocios. Con el trato nacional, por otra parte, la privatización de un servicio público hace muy difícil la reversibilidad del mismo.

**Nación Más Favorecida** . Las ventajas que acuerden mutuamente dos Estados en un tratado bilateral -o entre Estados en un tratado regional- se extiende automáticamente a los tratados que éstos celebren con otros Estados donde se incluya la cláusula de nación más favorecida, cláusula generalizada en la mayoría de los tratados bilaterales. La idea es que en base al principio de no discriminación no se lesione al inversor extranjero. Lo acordado en el TTIP marca, por sus dimensiones cualitativas y cuantitativas, pautas generales para el comercio mundial.

**La cláusula paraguas** . Permite a las empresas demandar a los Estados no solo por incumplimientos del Tratado si no por incumplimientos contractuales de un acto soberano no comercial, como las políticas públicas. Bajo semejante régimen las empresas pueden contrarrestar las políticas sanitarias, de protección del medio ambiente, de regulación de las finanzas, de las relaciones laborales... reclamando a los Estados daños y perjuicios ante tribunales extrajudiciales de carácter arbitral. La soberanía de los parlamentos queda supeditada a la cláusula mencionada.

**Expropiación directa o indirecta e indemnizaciones rápidas, adecuadas y eficaces** . Incluye cláusulas sobre las indemnizaciones en caso de expropiaciones u "otras medidas de efecto equivalente". Se parte de considerar que toda medida, ley, reglamento, acto administrativo... que provoque daño en el patrimonio del inversor debe ser

compensado. Además debe tenerse 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.

### **Mecanismos de resolución de diferencias inversor -Estado**

Los tribunales arbitrales nacieron para resolver conflictos entre Estados; el neoliberalismo amplía su labor a conflictos entre Estados y particulares. Las empresas transnacionales -personas de Derecho Privado que representan intereses particulares- pueden demandar a los Estados ante paneles o tribunales arbitrales. Prevalece el interés particular sobre el interés general.

Es un sistema paralelo al poder judicial -se trata de tribunales privados- favorable a las empresas transnacionales que queda al margen de los poderes judiciales nacionales e internacionales. Es una justicia para ricos. Únicamente las empresas demandan a los Estados y no hay previsión formal por la que el Estado receptor puede demandar al inversor extranjero. Las transnacionales eligen la jurisdicción, existen dificultades para que las audiencias sean públicas y no se requieren agotar los recursos internos nacionales. Es más, puede ser incluso una instancia de apelación a las sentencias de tribunales ordinarios y no cabe recurso al fallo arbitral.

Desde el punto de vista material, se aplican exclusivamente las normas del Tratado y no normas sobre derechos humanos.

El procedimiento arbitral no es neutral. Así, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) se encuentra en el seno del Banco Mundial y los árbitros son jueces y abogados, indistintamente. Quince árbitros resolvieron el 55% de las disputas arbitrales en el 2011 y el coste medio de un arbitraje es de ocho millones de dólares; tres firmas de abogados se reparten el 55% de los casos. El procedimiento arbitral es muy costoso, lo que beneficia a las grandes corporaciones transnacionales.

Son numerosos los estudios que ratifican la vulneración de los espacios públicos regulatorios. Los Estados han visto recurridas sus políticas públicas en áreas como el medioambiente, la salud, los derechos laborales, el agua, la agricultura... donde empresas transnacionales han obtenido laudos arbitrales por valor de miles de millones de dólares y muchos más que siguen pendientes de resolución. Además, abandonar esta armadura jurídica no será fácil, ya que se suelen prever prórrogas de jurisdicción de más de 10 años; es decir, que aunque se diera una hipotética denuncia del TTIP por una de las partes, este continuaría en vigor.

Por último, la "amenaza" del recurso transnacional ante tribunales privados provoca, sin duda, el enfriamiento normativo por parte de los parlamentos y de las Administraciones: por ejemplo, se acepta el *fracking* para evitar futuras demandas arbitrales. Probablemente ni se discute en los Parlamentos, formalizándose, de esta manera, el enfriamiento normativo. Buena coartada para los partidarios del TTIP que se refugian en las obligaciones impuestas para avalar -sin debate alguno- los objetivos del mencionado Tratado.

### **Existe un mecanismo añadido al mecanismo de diferencias entre inversor y Estado y que se aplica al conjunto del acuerdo**

Permite que las corporaciones privadas actúen, en defensa de sus genéricos intereses, contra los poderes públicos nacionales, autonómicos, regionales y locales. Se pueden recurrir las decisiones políticas que atenten contra el Tratado, siendo sus decisiones de aplicación inmediata y sin apelación. Así, la decisión del Consejo Constitucional de Francia, al declarar conforme a la constitución la ley que prohíbe el gas esquisto, puede dar lugar a la interposición -por un potencial inversor o conjunto de inversores favorables al gas esquisto- de una queja por atentar contra el

contenido del TTIP. Es un sistema de arbitraje privado que sustrae de competencias a las instituciones del Estado para el ejercicio de las políticas públicas.

Existe a su vez la posibilidad de generar un panel de arbitraje para resolver los conflictos ambientales y laborales que actúa al margen de las jurisdicciones nacionales y que pierden competencias a favor del sistema arbitral. En el caso del TTIP no está clara su función, pero se puede presuponer que sea un mecanismo de actualización de las armonizaciones regulatorias entre EEUU y la UE. La vigencia y la amplitud del derecho de huelga pueden interpretarse por paneles arbitrales más que por las jurisdicciones nacionales.

### **Algunas pautas de cómo reinterpretar la armadura jurídica neoliberal que se construye en torno al TTIP**

Desde la perspectiva jurídica, el TTIP colisiona frontalmente contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se puede invocar la preeminencia de una norma jerárquicamente superior; así, el artículo 53 de la Convención de Viena establece que todo tratado que afecte a una norma imperativa de Derecho Internacional es nulo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como otros Tratados y convenciones internacionales de derechos humanos y ambientales revisten el carácter de normas imperativas y de Derecho Internacional General.

Se debe efectuar el control de constitucionalidad de los tratados y verificar si existen vicios insanables en su celebración y aprobación, que generan su nulidad.

Hay que restablecer la competencia territorial de los tribunales nacionales, recuperar el papel de los Parlamentos y poner en marcha iniciativas legislativas populares. Y promover normas internacionales que no refuercen la fuerte asimetría existente entre la *lex mercatoria* y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino que, por el contrario, puedan servir para poner los derechos de las personas y los pueblos, como mínimo, al mismo nivel que los de las grandes empresas. Ahí cobran todo su sentido propuestas alternativas como el Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales.

Hay un último principio que se deduce de toda la impunidad transnacional que el TTIP regula. Es un Tratado tremendamente violento. La violencia estructural del sistema capitalista -que permite la acumulación de la riqueza de unos pocos a consta de la pobreza y la destrucción medioambiental y cultural de los pueblos- se regula de manera transversal a lo largo de todo el TTIP.

---

**Juan Hernández Zubizarreta**, profesor de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU).