

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA y PEDRO RAMIRO

CONTRA LA
LEX MERCATORIA

PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS
PARA DESMANTELAR EL PODER DE
LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

Icaria ❧ Más Madera

ÍNDICE

Introducción 9

- I. La arquitectura jurídica de la impunidad: la *lex mercatoria* contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos 15
 - El poder de las grandes corporaciones 16
 - Derechos *vs.* obligaciones 18
 - Los actores cómplices de la *lex mercatoria* 21
 - Las pistas de despegue y de aterrizaje 25
 - Los contratos y la *seguridad jurídica* 27
 - La corresponsabilidad de las instituciones internacionales 29
 - Los tratados de «libre comercio» 31
 - La privatización de la justicia 35
 - El TTIP y la arquitectura de la impunidad 39
 - La convergencia reguladora y la armonización a la baja 41
 - ¿«Ética de los negocios» o normas obligatorias? 44

- II. ¿«Responsabilidad social» o normas vinculantes?
 - El «sector privado» y la evolución normativa de Naciones Unidas 47
 - Del *marketing* a la RSC 3.0 48
 - Del código vinculante a la «responsabilidad social» 53
 - El *Global Compact* como «alternativa» 56
 - El «sector privado» y el *capitalismo inclusivo* 59
 - Del proyecto de normas en la ONU a la RSC 62
 - El nombramiento de Ruggie 67
 - ¿Responsabilidad u obligación? 69
 - «Proteger, respetar y remediar» 73

El plan del gobierno español, ejemplo de RSC 3.0	77
La «renovada» estrategia española de RSC	80
Propuestas de control y alternativas	82

III. Resistencias, regulaciones y alternativas: propuestas para el control de las empresas transnacionales	85
Resistencias, regulaciones y alternativas	86
Las obligaciones extraterritoriales de los estados	89
Internacionalización y coherencia de políticas	93
Derechos laborales y cláusulas sociales	96
Controlar a las transnacionales	99
¿Hay alternativas a los tratados de «libre comercio»?	104
La responsabilidad de las instituciones internacionales	108
El «nuevo» sistema de arbitraje del TTIP	110
Naciones Unidas y el consenso de los poderosos	115
Obstruyendo las propuestas de regulación en la ONU	119
Hacia una normativa internacional vinculante	123
Por un Tratado internacional de los pueblos	128
El uso alternativo del Derecho	132
La transformación del Derecho Internacional	136
Construyendo alternativas	143

Agradecimientos	147
-----------------	-----

Notas bibliográficas	149
----------------------	-----

Si bien la formulación del Derecho es la obra del Estado como representante de las clases dominantes, el Derecho vigente no es un simple producto de la voluntad de dichas clases, sino que refleja —dicho esquemáticamente— la relación de fuerzas entre las clases sociales en un momento histórico dado. Cuando la relación de fuerzas es más favorable para los grupos subordinados, se sancionan normas de signo positivo. [...] Cuando la relación de fuerzas es más desfavorable, se produce una regresión en las normas, tanto penales, como civiles, laborales, etc. Pero aún en estas circunstancias, la invocación de ciertas normas jurídicas y en particular punitivas para sancionar a los miembros de las élites económicas que violan derechos fundamentales de los seres humanos, tiene un valor educativo e ideológico —«despertar la alarma social», como dice Alessandro Baratta— para poner en evidencia los mecanismos de un sistema social injusto.

ALEJANDRO TEITELBAUM
La armadura del capitalismo (2010)

INTRODUCCIÓN

Los contratos de explotación y comercialización firmados por las grandes corporaciones. Los tratados comerciales y los acuerdos de protección de inversiones negociados entre los estados. Las políticas de ajuste promovidas por el Fondo Monetario Internacional, los préstamos condicionados otorgados por el Banco Mundial y las disposiciones impulsadas por la Organización Mundial del Comercio. Los mecanismos de resolución de disputas inversor-Estado incluidos en los tratados de «libre comercio» y las demandas presentadas por multinacionales contra estados ante los tribunales internacionales de arbitraje. Miles de normas y reglas sobre comercio e inversiones que sirven para proteger los negocios de las empresas transnacionales por todo el planeta. Así funciona la *lex mercatoria*, el nuevo Derecho Corporativo Global con el que se proporciona seguridad jurídica a las operaciones de las grandes corporaciones, al mismo tiempo que se dejan sus obligaciones sociales, laborales y ambientales en manos de la buena voluntad empresarial y la «ética de los negocios».

Y es que, mientras blindan sus derechos a través de un ordenamiento jurídico global fundamentado en la extensa producción normativa de las instituciones internacionales económico-financieras y los organismos multilaterales, las grandes empresas reen-

vían sus obligaciones a las legislaciones nacionales, previamente sometidas a la lógica neoliberal; al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, caracterizado por su debilidad para ejercer de contrapeso a los abusos cometidos por las compañías multinacionales; así como a la «responsabilidad social» y los códigos de conducta, basados en la voluntariedad y carentes de exigibilidad jurídica para poder obligar a las transnacionales al cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

Casos como el de Chevron-Texaco, que ha demandado al Estado ecuatoriano ante diferentes tribunales internacionales de arbitraje después de que la Corte Nacional de Justicia de Ecuador ratificase el fallo que le condenaba a pagar una indemnización a los afectados por la contaminación de la petrolera estadounidense en la Amazonia, o el de la actual negociación del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP) entre la Unión Europea y Estados Unidos, con el que las grandes corporaciones tratan de asegurarse sus ganancias en un futuro marcado por la continuidad de la crisis —que no es solo económica, sino que tiene un carácter multidimensional y es ya una *crisis civilizatoria*— y ante posibles cambios de gobierno, son apenas un par de ejemplos que ilustran la profunda asimetría que existe entre la fortaleza de la *lex mercatoria* y la fragilidad del sistema internacional de los derechos humanos.

Por eso, frente a una *arquitectura jurídica de la impunidad* que antepone el beneficio privado de una reducida minoría al interés general de las mayorías sociales, se hacen necesarios nuevos marcos regulatorios y propuestas alternativas que sitúen los derechos de las personas y de la naturaleza, por lo menos, al mismo nivel que los de las empresas transnacionales. En esa línea están caminando ya distintas iniciativas que están siendo formuladas y llevadas a la práctica por organizaciones sociales e incluso instancias de gobierno —en el Estado español, por el

momento, a nivel municipal; en otros países, especialmente en América Latina, también a escala estatal—, constituyéndose como vías para ir desmantelando el poder de las grandes corporaciones e ir construyendo otros modelos de economía y sociedad. En el contexto actual del capitalismo global, donde cualquier reforma que pueda poner en cuestión las dinámicas de crecimiento y acumulación protagonizadas por las multinacionales adquiere un carácter poco menos que revolucionario, avanzar en la instauración de mecanismos de control para las empresas transnacionales supone, al fin y al cabo, incidir en la transformación radical de un sistema que resulta social y ecológicamente injusto. Esa es, precisamente, la intención de este libro.

Estructura y objetivos

Las empresas transnacionales escapan prácticamente de cualquier control, tanto público como ciudadano, gracias al poder económico-financiero sin precedentes que poseen, a su carácter transnacional, a su versatilidad jurídica y a las complejas estructuras que utilizan para evadir las diferentes leyes y regulaciones nacionales e internacionales. Generalmente, deciden establecer su base en los países con legislaciones más débiles en materia de impuestos, rendición de cuentas y transparencia —al igual que en términos laborales y ambientales—, lejos del lugar en el que desempeñan el grueso de sus actividades económicas y donde sus operaciones pueden tener impactos adversos sobre los derechos humanos. Pero las grandes corporaciones no solo tienen un enorme poder económico, político y cultural, sino también jurídico: la nueva *lex mercatoria* es la sólida armadura que protege jurídicamente sus intereses comerciales y blinda los contratos de estas compañías. De este modo, las relaciones de poder en la globalización neoliberal dan lugar a una asimetría normativa

que hace que la seguridad jurídica se garantice para los negocios de las multinacionales, mientras los derechos fundamentales de la mayor parte de la población se circunscriben al ámbito de lo declarativo.

Como veremos en el primer capítulo, en la *lex mercatoria* se reinterpreta y formaliza el poder de las empresas transnacionales mediante la utilización de los usos y costumbres internacionales, las normas de los estados nacionales y el conjunto de contratos, convenios, tratados y normas de comercio e inversiones de carácter multilateral, regional y bilateral, así como las decisiones de los tribunales arbitrales y los sistemas de solución de controversias entre inversores y estados. La progresiva pérdida de competencias estatales, la expansión y consolidación de las grandes corporaciones, la creación de una red formal e informal de normas y prácticas jurídico-económicas de organismos multilaterales e instituciones internacionales han servido para establecer una *lex mercatoria* de gran fortaleza jurídica, que han convertido a las compañías multinacionales en los agentes clave de la economía mundial y del capitalismo global. De hecho, estas empresas han sido las principales beneficiarias de las políticas diseñadas por los estados centrales y las organizaciones internacionales, que han optado por articular a escala planetaria un entramado jurídico que privilegia el interés de los grandes accionistas y de los líderes empresariales en contra de los derechos de los pueblos y las personas. Para las multinacionales, la fortaleza del nuevo Derecho Corporativo Global; para las personas y los pueblos afectados por ellas, la debilidad de la «ética empresarial» y la «responsabilidad social».

Ante la fuerza de la *lex mercatoria*, la responsabilidad social corporativa y los sistemas *ad hoc* para el control de las empresas transnacionales —como el *Global Compact* y los Principios Rectores de Naciones Unidas, entre otros— no son sino expresiones paradigmáticas del *soft law*: un Derecho blando basado en un

conjunto de códigos de conducta y acuerdos voluntarios, unilaterales y no exigibles jurídicamente que está llevando a la atrofia, la colonización y la captura corporativa de las principales instituciones internacionales. Así lo demuestra la evolución normativa que en las últimas cuatro décadas han sufrido organismos como la ONU: mientras, a principios de los años setenta, la Asamblea General aplaudía puesta en pie el discurso de Salvador Allende en el que afirmaba que «la comunidad mundial, organizada bajo los principios de las Naciones Unidas, no acepta una interpretación del Derecho Internacional subordinada a los intereses del capitalismo», a finales de la primera década de este siglo pasaba a dar por bueno que su secretario general, Ban Ki-moon, dijera que «ahora, una nueva oleada de crisis exige un sentido renovado de la misión por cumplir» y llamara a sumarse al *capitalismo inclusivo*: «Una nueva constelación en la cooperación internacional: gobiernos, sociedad civil y sector privado trabajando juntos en pro de un bien colectivo mundial».¹ Lo analizaremos en el segundo apartado del libro.

Siguiendo el «Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales», «indignados por la asimetría normativa que existe entre el Derecho Corporativo Global, que tutela de manera imperativa y coercitiva los derechos de las empresas transnacionales, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», nos centraremos, por último, en cómo llevar a la práctica propuestas de regulación y alternativas jurídicas para garantizar el respeto universal de los derechos humanos por parte de las grandes corporaciones. Porque, como dice el texto de esta iniciativa promovida por cientos de organizaciones sociales de todo el globo con el objetivo de instaurar mecanismos efectivos para controlar a las multinacionales, «frente a la arquitectura de la impunidad que favorece a las empresas transnacionales, hay que construir la arquitectura de los derechos humanos a favor de las

mayorías sociales». En esa dirección, justamente, se orientan las diferentes propuestas a estados, empresas, gobiernos e instituciones internacionales que se recogen en el tercer capítulo.

Hoy, cuando el poder de *los mercados* y la presión de la *lex mercatoria* se hace sentir más que nunca sobre las personas y los pueblos —pasando, como hemos visto recientemente en Grecia, por encima de todo lo que tenga que ver con la democracia con tal de salvaguardar los intereses del capital transnacional—, sobre el medio natural y las condiciones que hacen posible la vida en el planeta, resulta imprescindible conocer los fundamentos de la *arquitectura jurídica de la impunidad* para, a partir de ahí, trabajar para desmontarlos y apostar por articular otros modelos de desarrollo que tengan como eje la justicia social y ambiental. Esperamos que estas páginas, construidas en torno a esa idea, puedan de algún modo contribuir a esa labor.