

ARBITRAJE EN EL ALCA Y SUS CONDICIONANTES¹

Por Durval de Noronha Goyos Jr.²

Introducción

La iniciativa del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) fue concebida por los Estados Unidos de América (EE.UU.) y encuadrada en el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte. (NAFTA)³, pacto que trajo enormes ventajas comerciales a los agentes comerciales, industriales y agrícolas de los EE.UU., bien como una extraordinaria dependencia económica, financiera y política de Méjico a aquel país⁴. De hecho, después de la firma del NAFTA, las exportaciones estadounidenses para Méjico crecieron 50% y el volumen de comercio externo mejicano con los EE.UU. aumento de 72% en 1994, para aproximadamente 91% en los días de hoy. Proveedores estadounidenses dominaron el mercado de servicios mejicanos, inclusive el sector financiero, que fue casi totalmente desnacionalizado. Las barreras horizontales existente y mantenidas en los EE.UU. para los prestadores de servicios mejicanos, sujetos a cuotas, impidieron una escala internacional para estos, que sucumbieron a la competición desigual y predatoria⁵.

En el sector agrícola, los mejicanos, que no negociaron en el ámbito del NAFTA la eliminación de las escandalosas políticas de subsidios mantenidas por los EE.UU., perdieron su competitividad para los productos subsidiados baratos venidos de este país, sufriendo grandes perdidas sectoriales internas, a punto de que hoy intentan renegociar la cuestión tardíamente, hasta mismo incluyendo ciertos

¹ Texto básico de la palestra proferida durante el III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y V Encuentro de Abogados Laborales (ELAT) en Asunción, Paraguay, los días 12, 13 y 14 de Noviembre de 2003.

² Abogado inscrito en Brasil, Inglaterra, Gales y Portugal. Socio principal de Noronha – Advogados. Árbitro del GATT y de la OMC. Profesor de Post-Grado de Derecho de Comercio Internacional.

³ Firmado entre los EE.UU., Canadá y Méjico en 1992, entrando en vigencia en 1º de Enero de 1994.

⁴ Para la agenda negociadora de los EE.UU. en el ámbito del ALCA, ver Durval de Noronha Goyos Jr., “Ensaio de Direito Internacional”, Observador Legal, San Pablo, 2000, Pág. 259.

⁵ Para un análisis amplio del tema de servicios en el ALCA, ver Durval de Noronha Goyos Jr., “A serviço de Quem?” *Cadernos Diplô – Le Monde Diplomatique*, nº 4, 2002, Págs. 26 y subsiguientes.

“mecanismos de defensa”⁶. En el área industrial, Méjico tuvo que adherir la perversa ecuación de que, cuanto más pobre su población, más competitivos serán sus productos industrializados, especializándose en la manufactura de ítems de bajo valor agregado. Como resultado, los salarios industriales mejicanos tuvieron una reducción expresiva y el país se transformo en un exportador de miseria⁷, tanto en la forma de productos maquillados, como en la triste emigración económica.

Las consecuencias proyectadas de los probables efectos nefastos del ALCA, en todos los sectores indicados arriba, han sido objeto de varios análisis excelentes, elaborados en Brasil⁸ y algunos en Argentina⁹. Todavía, muy poco se ha escrito sobre los aspectos legales inherentes a la iniciativa y sus posibles repercusiones para nuestro país. Este es el objeto de este presente trabajo, que se divide, a partir de aquí de la siguiente manera: La jerarquía de los tratados internacionales frente a la ley domestica de los EE.UU.; La naturaleza ilícita de la oferta discriminatoria de los EE.UU. en el ámbito del ALCA; El anacrónico sistema de arbitraje propuesto para el ALCA; Y conclusiones.

La jerarquía de los tratados internacionales frente a la ley domestica de los EE.UU.

La Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados¹⁰ (Convención de Viena) busco codificar el derecho internacional ordinario reconocido, bien como promover los desenvolvimientos necesarios en el área, enfatizando materias relevantes como conclusión, entrada en vigencia, cumplimiento, reservas, interpretación, ejecutabilidad, término y suspensión de tratados. Los dispositivos de la Convención de Viena son de mandatorios apenas para las respectivas partes signatarias. Sin embargo, como mucho de sus dispositivos representan nada más de

⁶ “Mexico’s President Signs Farm Accord, Seeks Nafta Side Pacts on Corn, Beans”, *International Trade Reporter*, Vol. 20, nº 18, 1º de Mayo, 2003, Págs. 762 y 763.

⁷ Durval de Noronha Goyos Jr., “O Mercosul, a Área de Livre Comércio das Américas e a Organização Mundial do Comércio”, *Crítica Jurídica*, Curitiba, nº 20, 2002, Pág. 177.

⁸ Vea, por ejemplo, Samuel Pinheiro Guimarães, “A Alca e o fim do Mercosul”, en *Alca e Mercosul: Riscos e Oportunidades para o Brasil*, IPRI, Brasília, 1999, Págs. 290 y Subsiguientes. Ver también, Paulo Nogueira Batista Jr., “A Alca e o Brasil”, Marzo de 2003, será publicado en la *Revista de Estudos Avançados* de la USP, nº 38, Julio – Agosto 2003, San Pablo.

⁹ Ver por ejemplo, Jaime César Lipovetsky y Daniel Andrés Lipovetsky, “El Derecho del Trabajo en los Tiempos del ALCA: Entre la Globalización y los Bloques Regionales”, Editorial Distal, Buenos Aires, 2002.

¹⁰ Con fecha de 23 de Mayo de 1969, entrando en vigencia en 27 de Enero de 1980.

que el reconocimiento de derecho internacional ordinario, estos son aplicables a todos los Estados y tratados internacionales. Mismo aquellos dispositivos de la Convención de Viena que no son expresión normativa del derecho ordinario, deben ser interpretados como presunción de derecho internacional ordinario en formación, para casos de países no signatarios de aquel tratado¹¹.

Entre las normas de la Convención de Viena de particular relevancia para pactos internacionales de comercio, se encuentran los dispositivos pertinentes a las reservas de los tratados internacionales, materia que no representaba práctica universal cuando de su adopción. Así, el artículo 19 de la Convención de Viena permite la reserva a los dispositivos de acuerdos internacionales, al menos que:

- i) La reserva sea prohibida por el tratado;
- ii) El tratado establezca que solamente otras reservas especificadas puedan ser formuladas; O
- iii) la reserva sea incompatible con el objeto del tratado.

De la misma manera, el artículo 26 de la Convención de Viena consagra la regla *pacta sunt servanda* en la ley de los tratados y el principio de buena fe en los acuerdos internacionales. Por otro lado, el artículo 27 del mismo tratado determina que un Estado soberano no puede invocar su derecho interno como una justificativa legal para incumplir una obligación asumida en los términos de un acuerdo internacional. Esta regla debe ser interpretada conjuntamente con el artículo 46 de la Convención de Viena, que dispone en el sentido de que un Estado no podrá alegar la violación de un dispositivo legal domestico como vicio de consentimiento en la firma de un tratado internacional, a menos que tal violación sea manifiesta y pertinente a la regla de importancia fundamental. Los EE.UU. hasta hoy no ratificaron la Convención de Viena, no obstante siendo signatarios de la misma.

Como vimos, la Convención de Viena pretende establecer una cierta disciplina legal, así también jurídica, a los tratados internacionales, para limitar el abuso de tales instrumentos por las potencias hegemónicas en detrimento de los demás Estados. Las formas de abuso de tratados internacionales son abundantes y la historia ha sido un triste legado de infames ejemplos. Una de estas formas es el

¹¹ Durval de Noronha Goyos Jr., “Reflections on Certain US Law Specificities that Constitute Obstacles to the Free Trade Area of the Americas: A Brazilian Perspective”, *The Inter-American Law Review*, University of Miami, Vol. 28, nº 3, 1997, Págs. 543 – 563.

establecimiento de un acuerdo internacional de manera que sus términos sean ejecutables contra un Estado, más que la recíproca no sea verdadera.

En la jerarquía de las normas en el derecho constitucional doméstico de los EE.UU., hay dos niveles distintos para la clasificación de los tratados internacionales: El primero de ellos se refiere respecto a su origen, Congreso o Poder Ejecutivo. En este caso, las convenciones aprobadas por el Congreso son denominadas de “tratados”¹² y tienen la misma jerarquía de la legislación federal. Aquellas convenciones de origen únicamente del Poder Ejecutivo son denominadas de “acuerdo ejecutivo presidencial”¹³ y están subordinadas a la legislación federal.

El segundo nivel se refiere respecto a la ejecutabilidad directa o indirecta del acuerdo. En este particular, los tratados internacionales son divididos, de un lado, en acuerdos auto-ejecutables, que no necesitan de legislación doméstica que los implementen y de otro lado en acuerdos no automáticamente ejecutables, que necesitan de implementación legislativa. Un acuerdo internacional de los EE.UU., de acuerdo con su derecho interno, no es automáticamente ejecutable, cuando:

- i) El tratado manifiesta una intención de no volverse eficaz como derecho interno sin una legislación que lo implemente;
- ii) El Senado o el Congreso, al dar autorización a un tratado, requiere una legislación que lo implemente; O
- iii) la implementación legislativa sea necesaria por fuerza del dispositivo o jurisprudencia constitucional¹⁴.

De cualquier manera, el Poder Judicial de los EE.UU. no reconoce los acuerdos no ejecutables¹⁵. Así, de un modo general, todos los tratados internacionales firmados por los EE.UU. en los últimos 25 años han necesitado de implementación legislativa interna, debido a por lo menos uno de los requisitos arriba mencionados, más frecuentemente por todos ellos. Los acuerdos internacionales de comercio no huyen, es claro, a la regla. Al contrario, ya que numerosos y ponderables intereses privados y públicos pueden en ellos ser substancialmente afectados, ya sea de manera positiva, o de manera adversa.

¹² En inglés, “*treaties*”.

¹³ En inglés, “*presidential executive agreements*”.

¹⁴ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987).

¹⁵ Durval de Noronha Goyos Jr., “Reflections on Certain...”, *Op. Cit.*

Un ejemplo dramático de tal situación puede ser encontrado con relación al Acuerdo de Establecimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en adelante denominada simplemente como Acuerdo de la OMC. En este caso, los Estados signatarios se comprometieron a aceptar la totalidad de los tratados objeto del Acuerdo de la OMC, así también se obligaron a asegurar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con sus respectivos dispositivos¹⁶. Ninguna reserva fue autorizada con respecto a cualquier dispositivo del Acuerdo de la OMC. Reservas con relación a cualquier de los dispositivos de cualesquier de los tratados objeto del Acuerdo de la OMC solamente podrían ser hechas expresamente autorizadas por sus términos¹⁷.

Sin embargo, la conveniente legislación de implementación interna en los EE.UU. a respecto del Acuerdo de la OMC, y de sus tratados anexos, establece que “ningún dispositivo de cualquiera de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay, ni la aplicación de cualquier tal dispositivo a cualquier persona o circunstancia, que sea inconsistente con cualquier ley de los EE.UU., deberá producir efectos¹⁸”. De manera idéntica a la legislación federal interna de implementación del NAFTA en los EE.UU. dispone que “ningún dispositivo del Acuerdo, ni la aplicación de tal dispositivo a cualquier persona o circunstancia que sea inconsistente con cualquier ley de los EE.UU. deberá producir efectos¹⁹”.

Desde una perspectiva de política externa, esta subordinación del derecho internacional a la ley interna americana fue explicada por Claude E. Barsfield de la siguiente manera irónicamente hasta recientemente, los EE.UU. siguieron una política *ad hoc* de aplicar efecto directo a algunos tratados y de recusar a aplicarlos a otros. Comentarios oficiales sobre derechos domésticos e internacional sugirieron que, en la ausencia de un pedido del Congreso o del Presidente para la legislación de implementación, un tratado sería auto ejecutable y derogaría a la ley interna existente²⁰. Todavía, continua el mismo autor, "desde el fin de los años 80, un intervencionismo creciente del Congreso mudo la situación de manera sustancial. En cuatro grandes acuerdos de comercio – EE.UU. / Israel; EE.UU. / Canada, Nafta y el Acuerdo de la OMC – el consentimiento del Congreso fue otorgado solamente con la condición de una denegación explícita de efecto directo o auto–ejecutabilidad²¹.

¹⁶ Artículo XVI, 4, del Acuerdo de la OMC.

¹⁷ Artículo XVI, 5, del Acuerdo de la OMC.

¹⁸ Sección 102 (a), 19 U.S.C., parágrafo 3512 (a). Traducción del autor.

¹⁹ U.S.C., parágrafo 3312. Traducción del autor.

²⁰ Claude E. Barsfield, “Free Trade, Sovereignty, Democracy – The Future of the World Trade Organization”, *The AIE Press*, Washington, 2001, Pág. 133. Traducción del autor.

²¹ Claude E. Barsfield, *Op. Cit.*

Por otro lado, por el prisma del derecho internacional, estos dispositivos insertados en la legislación doméstica de implementación en los EE.UU., inclusive el Acuerdo de la OMC y de aquel del Nafta son flagrantemente ilegales. Esto ocurre no solamente por que tales dispositivos están en clara violación de normas específicas de aquellos tratados, más también por que violan igualmente las provisiones diversas de la Convención de Viena *supra* mencionadas. La naturaleza de tal violación, es tan grave que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ya decidió que “si una parte objeta a una reserva por que la considera incompatible con el objeto y propósito de un tratado, aquella parte podrá considerar el Estado formulador de la reserva como no-parte”²².

La consecuencia de orden pragmática de esta situación es que los EE.UU. colocan de *facto* su ordenamiento jurídico interno, por arriba de los tratados internacionales. Tal audaz posicionamiento significa que un determinado dispositivo de algún acuerdo internacional obligara a todas sus partes, más no necesariamente los EE.UU. a sus nacionales. Esto ocurre por que en los ordenamientos jurídicos de casi todos los 146 miembros de la OMC, los tratados se sitúan por arriba de la legislación doméstica o derechos internos, en la jerarquía de las normas. Así, si un dispositivo del Acuerdo de la OMC, del NAFTA o mismo del ALCA es contrario a alguna ley interna de los EE.UU. de flagrante ilegalidad, como es el caso de la sección 301²³, por ejemplo, esto significa que prevalecerá la sección 301 sobre el acuerdo internacional. Por otro lado, la misma norma ejecutable contra los EE.UU. y sus nacionales será simplemente ejecutable contra los demás Estados y sus nacionales, con relación a un dispositivo semejante de derecho interno.

De la misma forma, la legislación interna de la migración de los EE.UU., que representa una formidable barrera horizontal de acceso a eventuales prestadores de servicios de los países signatarios de una posible ALCA, prevalecerá, como prevalece en el ámbito del NAFTA, sobre todo y cualesquier promesas y / o dispositivos del respectivo acuerdo del ALCA, con su denegación inexorable en la realidad práctica, de la misma forma que lo ocurrido en el ámbito de la llamada “Liberalización” de servicios promovida por el ámbito del Acuerdo de la OMC en Servicios (GATS), siendo como resultado de la Ronda de Uruguay del Acuerdo General de Aranceles de Comercio (GATT).

²² Opinião sobre a Convenção sobre Genocídio de 1948. ICJ Reports (1951). Traducción del autor.

²³ Sección 301 de, Ato de Comércio e Tarifas de 1974, que autoriza al Representante Comercial de los EE.UU. a investigar y sancionar países con prácticas de comercio consideradas “desleales”.

En el caso del ALCA, la legislación interna de los EE.UU. sobre la autorización entregadas por el Congreso al Poder Ejecutivo de aquel país para la negociación de los tratados internacionales, conocida informal y tradicionalmente como vía rápida, *Fast-Track Act*, denegó que el eventual acuerdo del ALCA tenga efecto directo o auto-ejecutable, necesitando por tanto de la aprobación legislativa. De hecho, llamada ley de promoción comercial²⁴ de los EE.UU., que trata inclusive de las negociaciones del ALCA, determina específicamente que el eventual acuerdo respectivo sea presentado para ratificación y legislación específica de implementación por el Congreso de aquel país²⁵.

Así, mismo que la minuta del acuerdo del ALCA²⁶ establezca el principio de la buena fe²⁷, prohíba explícitamente la formulación de reservas²⁸ y determine que haya consistencia de las leyes internas con los dispositivos del tratado²⁹, la autorización limitada recibida por los negociadores estadounidenses, bien como la específica necesidad de legislación de implementación, indica que probablemente ocurrirá, en la eventual firma del respectivo pacto comercial el mismo problema de implementación habido con los otros acuerdos mencionados anteriormente. Esto por que todos los otros acuerdos tienen dispositivos idénticos o semejantes. El objetivo de los EE.UU. con tales normas es asegurar su cumplimiento absoluto apenas por los otros países, más no por si mismo. De esta manera, el derecho interno estadounidense será resguardado y colocado por arriba de las normas del ALCA.

Otra idiosincrasia hace con que la cuestión de la jerarquía de las normas se vuelvan todavía más preocupantes con relación a la iniciativa del ALCA. De hecho, la minuta del acuerdo del ALCA dispone que, en la eventualidad de un conflicto entre los dispositivos de este y los del acuerdo de la OMC, prevalecerán las normas del acuerdo del ALCA³⁰, en un dispositivo de muy cuestionable legalidad. Esta situación, si prevalecer, acarrearía una inversión radical en la jerarquía de las normas en el sentido de que, en las amplias materias tratadas en ámbito del acuerdo del ALCA, la jerarquía superior será de las leyes de los EE.UU., situándose en un segundo lugar las normas del ALCA, dejándose para el puesto más bajo las reglas multilaterales de la OMC. Así, conforme contemplado por el acuerdo del ALCA, la jerarquía de las normas para aplicación interna sería la siguiente:

²⁴ Trade Promotion Authority Act, o Public Law 107 – 210, del 6 de Agosto de 2002.

²⁵ Public Law 107 – 210, sección 2103, 3, B.

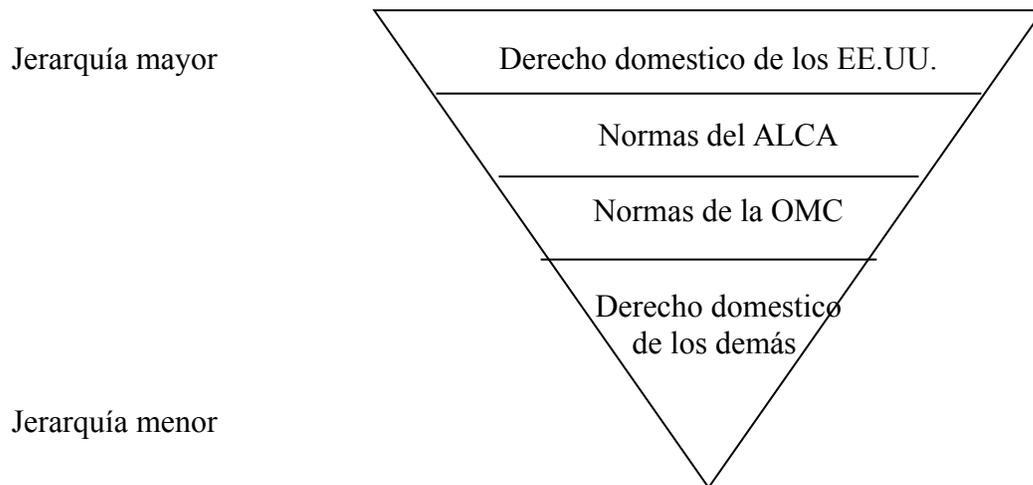
²⁶ Minuta del 1º de Noviembre de 2002, en lengua inglesa. Todas y cualesquier traducciones para el portugués son de responsabilidad del autor.

²⁷ Artículo 3 (h).

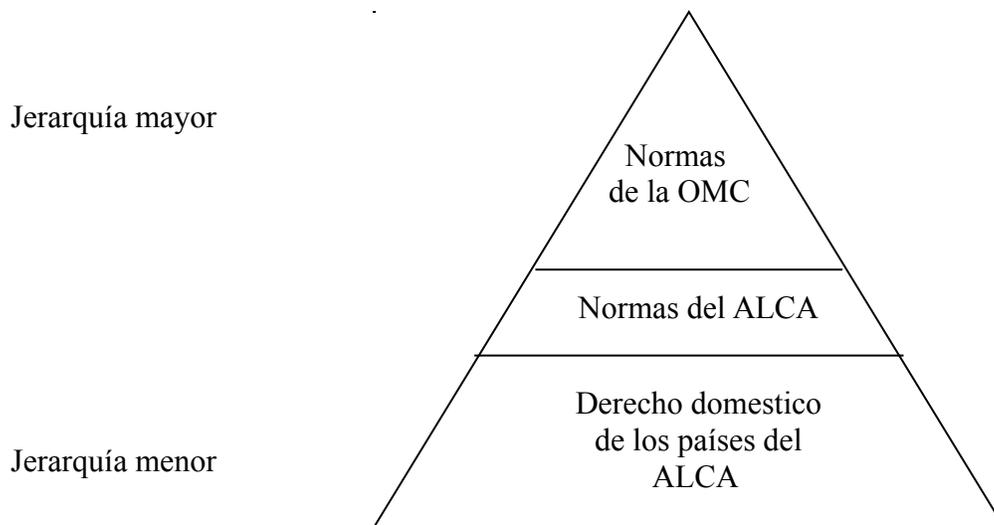
²⁸ Artículo 24.

²⁹ Artículo 4.2.

³⁰ Artículo 4.4.



Todavía, la correcta estructura jurídica en orden de importancia, frente al derecho internacional y a los más básicos principios de equidad, para aplicación interna, sería:



La naturaleza ilícita de la oferta discriminatoria de los EE.UU. en el ámbito del ALCA

El anuncio de las líneas generales de la propuesta de los EE.UU. para el ALCA, hecha en el día 11 de febrero de 2003, llamó la atención no solamente por el ya previsible carácter, tímido, singularmente cosmético y anodino, como también por el tratamiento discriminatorio ofrecido a las posibles partes del futuro pacto comercial, por aquel país³¹.

Ahora, el fundamento básico y la estructura legal del régimen jurídico del comercio internacional y justamente el llamado principio de la no discriminación, consagrado en el artículo 1º del tratado del GATT de 1947, todavía en vigencia, por la llamada cláusula de la nación más favorecida, según la cual cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedida por un país signatario del tratado, a cualquier producto de un país en las mismas condiciones, será inmediata e incondicionalmente extendida a todos los demás signatarios. Con la creación de la OMC en 1995, la norma pasó a ser aplicada a los hoy 146 Estados miembros de la organización.

Se trata, de un principio absoluto “incondicional”, que no autoriza excepciones no permitidas por el propio tratado. El artículo 24 del GATT 1947 permite apenas excepciones en lo tocante a las zonas de libre comercio y uniones aduaneras, en aquello en que su régimen puede ser más beneficioso de que aquel otorgado a los demás socios comerciales. La justificativa del dispositivo es el reconocimiento de que la liberación regional es un paso a la liberación global de los mercados, que es el objetivo último del sistema multilateral de comercio. Así, la discriminación traída por la liberalización regional traería, en una segunda fase, un beneficio global de largo plazo.

De cualquier forma, el párrafo 5b del artículo 24 del GATT 1947 determina que los aranceles regionales de una determinada área de libre comercio no podrán ser mayores o más restrictivas de que aquellas existentes en los respectivos territorios, antes de su formación. El tratado no dispone si tales restricciones deben ser interpretadas en criterios absolutos o relativos. De esta manera, la orden jurídica multilateral de la OMC permite, excepcionalmente, en los casos de pactos regionales de libre comercio, como el caso de la iniciativa del ALCA, la discriminación exógena ósea el tratamiento diferenciado a los no signatarios.

Todavía, esta autorización, legal del GATT 1947 no contempla la modalidad, introducida por los EE.UU. por la primera vez en la historia de los pactos regionales de comercio, de la discriminación endógena en contundente violación de los

³¹ Una versión resumida de este capítulo fue publicada por Durval de Noronha Goyos Jr. en <http://aefinanceiro.com.br>, bajo el título “A natureza Ilícita da Oferta dos EUA no Âmbito da Alca”, en 14 de Febrero de 2003.

dispositivos ya mencionados. De hecho, la oferta agrícola, por ejemplo, otorga tratamiento de arancel libre a 85% de las exportaciones del Mercado Común del Caribe (CARICOM); 64% a aquellas de los países de América Central, 68% de las procedentes de los países del Pacto Andino y 50% de aquellas oriundas de los países del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

La oferta de bienes industriales y de consumo hecha por los EE.UU. otorga un arancel libre a 91% de los productos del CARICOM, 66% de los productos de América Central; 61% de los productos del Pacto Andino y 58% de los productos del MERCOSUR. Resta todavía saber si esa discriminación no será agravada, por ocasión de la oferta final de los EE.UU., por el arancel diferenciado de los bienes y productos, en la exacta medida de la competitividad de cada país, de tal manera que el país más competitivo tenga aranceles más elevados y el menos competitivo, aranceles más bajos.

Como fue bien observado por Rubens Ricupero, por ese insólito proceso, se construye una especie de Frankenstein de los acuerdos de libre comercio, un monstruo con un mínimo de cuatro velocidades distintas, que pueden llegar a más, desde que se computen los régimen diversos del NAFTA, para el Canadá y Méjico, así como el acuerdo con Chile³² [...], se vuelve al formato más nocivo de las negociaciones, el del llamado sistema del “eje y radios”, en el cual EE.UU., el eje, negociarían, uno a uno, con cada país o grupo de países, los radios, dividiéndolos, debilitándolos, de modo de poder extraer el máximo de cada uno³³.

De cualquier manera, el uso de porcentajes de liberalización es un argumento tradicional y engañoso de los negociadores estadounidenses. De un modo general, los aranceles de los EE.UU. ya son razonablemente bajos, situándose en un nivel medio de aproximadamente 3%. Así, una reducción de 91% de un arancel de 1% no representa mucho en términos de mayor concesión de acceso al mercado. Como resultado, estas concesiones porcentuales muy poco significan en la práctica en términos de ganancias de competitividad para los agentes económicos de los países signatarios de pactos comerciales regionales con los EE.UU..

Áreas en que una liberalización podría hacer una significativa diferencia de competitividad a favor de la mayor competitividad de los socios comerciales en los mercados de los EE.UU. son, justamente, aquellas problemáticas. Así, dificultades comerciales y problemas normalmente existen con los EE.UU. se sitúan, en primer

³² Rubens Ricupero, “Alca de geometría variável”, *Folha de S. Paulo*, 27 de Abril de 2003, Pág. B2.

³³ *Ídem*.

lugar, en los altos aranceles, que son siempre mantenidos por aquel país, ya sea en negociación multilaterales o regionales. En segundo lugar, son contradictorios en las barreras horizontales, como en el caso del movimiento de prestadores de servicios. En tercer lugar, existe en los subsidios que, apenas en el sector agrícola, comprometieron la existencia de una economía de mercado en el área. En cuarto lugar, se encontraron en el arsenal unilateral, como ya mencionada la Sección 301 y en la legislación *antidumping*. Por último, deparándonos con el frecuente incumplimiento del derecho internacional por los órganos de la administración directa, indirecta y del Poder Judicial de los EE.UU..

El anacrónico sistema de arbitraje propuesto para el ALCA

El sistema de arbitraje propuesto para el ALCA fue substancialmente basado en aquel en existencia de la OMC desde 1995, con desastrosos resultados para la contribución jurisdiccional del derecho internacional, así como para los países en vías de desarrollo, sus mayores víctimas³⁴. Ya en 1998, cuando debería ser efectuada una revisión del procedimiento, ya eran evidentes los vicios sistemáticos y fallas operacionales del sistema de resolución de las disputas de la OMC, en su grande mayoría³⁵. En los países en vías de desarrollo, ya había en la ocasión un consenso de que el sistema de resolución de disputas de la OMC era desastroso para sus integrantes, exceptuando algunos disparatados como aislados comentarios, como aquel de Celso Lafer, que lo llamo de una “success story”³⁶ (*sic*).

La verdad es que, por ocasión de la Ronda Doha da OMC, muchos países presentaron propuestas para la reforma del sistema de resolución de disputas de la OMC, incluyendo Australia, Brasil, Canadá, Chile, China, Corea del Sur, Ecuador, EE.UU., India, Taiwán, Tailandia, Unión Europea y dos grupos de países uno del África y el otro de los países subdesarrollados. Las propuestas de reformas presentadas comprenden modificaciones substanciales a todos los 24 artículos y cuatro anexos al Entendimiento sobre la Resolución de Disputas (ERD) de la OMC. La reforma se volvió una reconstrucción de un sistema profundo e inexorablemente comprometido por sus mucho vicios y defectos, que causaron su completa desmoralización.

³⁴ Ver Durval de Noronha Goyos Jr., *Ensaio de Direito Internacional*, Observador Legal, San Pablo / Miami, 2000, Pág. 59.

³⁵ Durval de Noronha Goyos Jr., “O sistema de resolução de disputas da Organização Mundial de Comércio e os países em desenvolvimento”, *Galileu*, Revista de Economia e Direito, 2001, Vol. VI, nº 2, Lisboa.

³⁶ Celso Lafer, “A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: uma visão brasileira”, *Livraria do Advogado*, Porto Alegre, 1998, Pág. 151.

Las áreas en que las reformas fueron propuestas para el ERD son básicamente siete:

- i) Consultas;
- ii) Formación y reglas procesales de los paneles de primera instancias;
- iii) Reglas procesales de segunda instancia;
- iv) Ejecución;
- v) Reglas especiales para países en vías de desarrollo; Y
- vi) Nuevo tratamiento para terceros y *amicus curiae*.

Y bien, el sistema de arbitraje propuesto para el ALCA incorpora prácticamente la totalidad de los vicios de aquella OMC, sin llevar en consideración el proceso de reforma presente en andamiento. Todavía más, conforme ya mencionado *ut supra*, la minuta del acuerdo del ALCA³⁷ lo pone a este arriba de aquel de la OMC. Escrito en lenguaje no jurídico, lo que también es un grave problema del ERD, en capítulo de arbitraje del acuerdo del ALCA (capítulo de arbitraje) otorga como jurisdicción, denominada “Propósito de aplicación”³⁸ (*sic*), la resolución de todas las disputas entre las partes con relación a interpretación, aplicación (*sic*) o el incumplimiento del acuerdo del ALCA. El derecho de acción es restringido a los estados signatarios³⁹, siendo expresamente vedados el derecho de acción a las personas físicas o jurídicas del derecho privado⁴⁰.

El artículo 4 del capítulo de arbitraje, ordena aplicar a las disputas los principios del derecho internacional, bien como la buena fe, confidencialidad, rapidez, economía procesal, acceso efectivo, tratamiento especial y diferencial, así como un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Lo que viene a ser objeto de “tratamiento diferencial” a los países en vías de desarrollo⁴¹ y es definido de la siguiente manera “medidas como” (*sic*) mayores plazos; Derecho a la asistencia jurídica y garantía de poder comunicar en cualesquier de las lenguas del ALCA (*sic*). Por su vez, la confidencialidad es asegurada a todos los documentos presentados por las partes, a excepción del laudo final y de las notificaciones

³⁷ Artículo 4.4. Ver también nota 29 *supra*.

³⁸ Artículo 2 del capítulo de arbitraje.

³⁹ Artículo 4 del capítulo de arbitraje.

⁴⁰ Artículo 44 del capítulo de arbitraje.

⁴¹ Artículo 5 del capítulo de arbitraje.

efectuadas⁴² al Secretariado. Los otros principios no se encuentran definidos en el texto del capítulo de arbitraje, lo que podrá dar oportunidad a grandes confusiones e injusticias. Por ejemplo, en la OMC, la cuestión de la “economía procesal” es altamente controversial por haber sido tratada en la práctica como *déni de justice*, o omisión de juzgar uno de los puntos presentados por una de las partes, casi siempre un país en vías de desarrollo.

El capítulo de arbitraje crea un foro privilegiado del ALCA para todas las cuestiones pertinentes al acuerdo del ALCA. En cuanto a las demás, podrán ser sometidas, tanto al sistema de resolución de disputas de la OMC, cuanto a la del ALCA, a exclusión del otro⁴³. Estos dispositivos deberán crear grandes controversias, teniendo en vista que la mayor parte de las materias substantivas, o si no en su totalidad, deberá ser de jurisdicción de ambos sistemas y habrá una discrepancia importante en la reglamentación procesal de ambos, lo que implicará ciertamente en una relación jerárquica de credibilidad entre ellos.

El sistema de arbitraje del ALCA, a semejanza de aquel presentemente existente en la OMC, un sistema confidencial de consultas⁴⁴. Es en el área de consultas que se da la mayor parte de las derrotas de los países en vías de desarrollo en el ámbito de la OMC. Su organismo no transparente ha implicado, en la OMC, la falta de control democrático de los actos practicados por los agentes gubernamentales de los países en vías de desarrollo⁴⁵, debido al sigilo en las concesiones hechas. Es de hacer notar que la propuesta hecha por la India en la reforma de consultas de la OMC, de dar mayor consideración a los intereses de los países en vías de desarrollo, no hubiese sido llevada en consideración en el ámbito del ALCA.

Similarmente al que existe hoy en la OMC, en capítulo de arbitraje del ALCA crea un panel de primera instancia y otro de apelación⁴⁶. El primero, siguiendo el vicio consagrado de la OMC, tendrá carácter no permanente y será nombrado por el Secretariado, que en la OMC es controlado por las potencias hegemónicas, a través de la indicación de los puestos claves en la División Jurídica. Como en la OMC, habrá una lista de árbitros de primera instancia⁴⁷, más en aquella organización estos normalmente no son nombrados, en detrimento de los amigos de los componentes de la División Jurídica del Secretariado, con los previsibles resultados. En el ámbito de

⁴² Artículo 39 del capítulo de arbitraje.

⁴³ Artículo 6 del capítulo de arbitraje.

⁴⁴ Artículo 7 del capítulo de arbitraje.

⁴⁵ Los países desarrollados tienen normalmente medios más eficaces de control.

⁴⁶ Artículos 11 del capítulo de arbitraje.

⁴⁷ Artículos 12 y 13 del capítulo de arbitraje.

la reforma del sistema de resolución de disputas de la OMC, muchas propuestas fueron presentadas para la formación de un cuerpo permanente de árbitros de la primera instancia, a manera de combatir la inmoralidad que se instaló en Ginebra.

Igualmente a lo que ocurre hoy en el ámbito de la OMC, el grado de apelación en el sistema de arbitraje del ALCA tendrá un cuerpo permanente de siete árbitros, indicados por un mandato de cuatro años, prorrogables por igual período⁴⁸. La jurisdicción de la segunda instancia será sobre cuestiones de derecho, apenas⁴⁹. El panel de la segunda instancia decidirá por mayoría de votos⁵⁰. El panel de grado de apelación, de la misma manera que ocurre en la OMC y que muchos problemas ha causado, no tendrá poderes para remitir los autos para el panel de la primera instancia, convirtiendo el juzgamiento en diligencias, con el objetivo de completar o esclarecer cuestión de hecho. Esto es una falla adicional del sistema no permanente de árbitros de la primera instancia, ya que cuando el caso sube para el grado de apelación, el panel original de árbitros no existirá.

Las reglas procesales del sistema de arbitraje del ALCA, formuladas con base en aquellas ya existentes en la OMC, son igualmente muy erradas. El sistema de arbitraje del ALCA admite o litis consorcio activo⁵¹, más es silente cuanto a la litis consorcio pasivo. Según el artículo 19 del capítulo de arbitraje “cuando una parte no es una parte en la disputa, ella podrá participar como tercera parte” (*sic*). Este es el mismo mecanismo existente en ERD, que ha sido ampliamente criticado en el ámbito de la OMC.

De la misma manera, la cuestión de las reglas de prueba y evidencia, que es absolutamente deficiente en la OMC, fue copiada por el ALCA⁵². Hay también en la propuesta del ALCA un anexo con reglas de procedimiento, absolutamente inadecuadas, más con pocos progresos con relación a la OMC⁵³, como por ejemplo el tratamiento de la cuestión de la “prueba de descargo”, objeto de bizantinos debates en el sistema multilateral. Por otro lado, en una de las pocas innovaciones con relación al sistema de la OMC, fue admitido el instituto de medidas cautelares, denominado “medidas provisionales” en el ámbito de arbitraje del ALCA⁵⁴. Como veremos más adelante, teniendo en vista las dificultades en el sistema de sanciones como presentemente estructurado en el sistema de arbitraje del ALCA, basado en

⁴⁸ Artículos 29 y 30 del capítulo de arbitraje.

⁴⁹ Artículo 32 del capítulo de arbitraje.

⁵⁰ Artículo 32 del capítulo de arbitraje.

⁵¹ Artículo 17 del capítulo de arbitraje.

⁵² Artículo 20 del capítulo de arbitraje.

⁵³ Artículo 16 del capítulo de arbitraje y anexo XX.

⁵⁴ Artículo 21 del capítulo de arbitraje.

aquel de la OMC, es difícil vislumbrar como podrán, volverse ejecutables las “medidas provisionarias”.

El sistema de arbitraje del ALCA, a semejanza de su modelo de la OMC, peca igualmente por muchas omisiones procesales de fundamental importancia para cualquier sistema jurisdiccional. Así, el sistema no posee cualquier instrumento procesal para el tratamiento de las preliminares como, *inter alia*, carencia de acción, ilegitimidad de la parte, incompetencia del foro o conflicto de tratados. La experiencia de la OMC demostró que estas omisiones traen un alto costo para los países en vías de desarrollo, no que toca la derogación de los derechos reconocidos por otros tratados. De la misma forma, el sistema de arbitraje del ALCA, a semejanza del tratamiento dispensado en la OMC, no admite el instituto de reconvencción, lo que puede causar la existencia de dos casos conexos, con paneles diversos, con posibles términos de referencia semejantes y con resultados desencontrados.

A semejanza de lo que ocurre en la OMC, el sistema de arbitraje del ALCA no permite laudos o decisiones auto-ejecutables. Esta falla generó graves problemas en el ámbito multilateral, donde la mayoría de las decisiones tienen problemas de ejecución o implementación. Así, por ocasión de una decisión, la parte vencida tendrá como opción la oportunidad de remover la medida causadora de divergencia⁵⁵. En el caso de que todavía, la parte vencida se recuse a tal, no habrá ninguna ejecución específica de laudo. Como alternativa, corresponderá entonces a la parte vencedora de la disputa entrar en entendimientos con la parte vencida para intentar hacer acuerdos compensatorios, esto significa, la revocación de las ventajas arancelarias de la primera para con la segunda, con el objetivo de compensar las pérdidas sufridas por la primera como resultado de las medidas ilegales de la segunda. En caso de que no hubiese entendimiento entre las dos partes, corresponderá al arbitraje del ALCA determinar la naturaleza y el montante de la revocación de las ventajas arancelarias, lo que es llamado de retaliación⁵⁶.

Este sistema importado de la OMC tiene un gravísimo inconveniente de penalizar la corriente saludable del comercio entre dos países envueltos en una disputa, además de no tener ejecución específica en la remoción de la medida juzgada ilegal o inconsistente con la orden jurídica de regencia de la actividad afectada. En el ámbito de la Ronda Doha de la OMC, muchas son las propuestas para las reformas del sistema de sanciones, previéndose una ardua batalla, antes de que sea obtenido un consenso. Cualquier progreso hecho en el ámbito multilateral

⁵⁵ Artículo 27 del capítulo de arbitraje.

⁵⁶ Artículo 35 del capítulo de arbitraje.

hará su sistema de resolución de disputas ciertamente más eficaz de lo que este propuesto para el ALCA.

Por lo demás, vale todavía observar que el encuadramiento del propuesto sistema de arbitraje del ALCA parece, por la técnica utilizada, haber sido casi, si no totalmente, de responsabilidad e iniciativa de los EE.UU., los grandes inspiradores y beneficiados del ERD de la OMC. Esto ocurre tanto en las cuestiones substantivas, como también en la técnica jurídica empleada. Mismo, donde hay divergencias entre los dos modelos, las soluciones ofrecidas son normalmente aquellas propuestas, patrocinadas y / o defendidas por los EE.UU. en el régimen multilateral.

Conclusiones

Como resultado de este análisis, limitado a algunos aspectos legales de la iniciativa del ALCA, examinados como en los EE.UU., hoy, la ley interna prevalece sobre los tratados internacionales de comercio en la jerarquía de las normas en el derecho constitucional de aquel país. Como consecuencia, vemos que muchos dispositivos de los tratados internacionales no revocan la ley domestica y por consiguiente, no benefician los nacionales de los países que entran en acuerdos comerciales con aquel país, notoriamente los de carácter regional, donde las relaciones de poder se hacen sentir de manera más contundente. Examinamos todavía la cuestión preocupante de la tentativa de derogación de la orden jurídica multilateral del comercio, donde hay mejores condiciones de resistencia al arbitrio, por el pacto regional del ALCA, donde las posibilidades de autodefensa serán menores entonces.

Por otro lado, vislumbramos como la oferta discriminatoria hecha por los EE.UU. en el ámbito del ALCA es ilegal desde el punto de vista jurídico e insubsistente del punto de vista de arancelario.

Todavía mas, por último, nos detuvimos en anacrónica propuesta de arbitraje del ALCA, basada en un infame modelo que, presentemente, esta siendo objeto de reconstrucción y que trajo enormes dificultades e injusticias para los países en vías de desarrollos en el ámbito de la OMC. Aplicado el sistema a la ALCA, en los moldes que están siendo superados por la reforma de ERD y todavía colocado, como está, arriba del orden multilateral de la OMC, tendremos un infausto resultado de que nuestras disputas con los EE.UU. serán siempre presentadas al modelo que nos será más adverso: Aquel del ALCA.

Mismo que los argumentos macroeconómicos fueran favorables al ingreso de Brasil al ALCA (y no lo son), apenas la situación jurídica sería decisiva a absolutamente desaconsejar tan temeraria aventura.

Resumen – Concebida por los Estados Unidos de América (EE.UU.), la iniciativa del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), por la forma jurídica presentada, constituye un sistema anacrónico y discriminatorio, por asegurar la des-cabida manutención de la primacía de la ley interna norteamericana sobre los tratados internacionales, por establecer ofertas discriminatorias, principalmente bajo la óptica de los aranceles; Y por cooptar el infame modelo de arbitraje de la Organización Mundial de Comercio (OMC). De la manera como esta estructurada, aunque fuesen favorables los argumentos macroeconómicos al ingreso de Brasil en el ALCA, apenas la situación jurídica desanimaría cualquier tipo de entendimiento.

Abstract – THE FRAMEWORK of the initiative of the Free Trade Area of the Americas (FTAA), as conceived by the United States of America (USA) and presented to the other countries of the hemisphere, is, from a legal perspective, both discriminatory and anachronic. This is so because the adopted structure allows for the superiority of US internal laws over treaty obligations; because the offers made by the USA are discriminatory; and because the dispute resolution system contemplated for the FTAA is based on the World Trade Organization (WTO) model, which has fallen into disrepute as a result of the manipulation in detriment of developing countries and is now undergoing a thorough process of revision within the ambit of the Doha Round.