

# **INSERCIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL DE AMÉRICA LATINA**

*James Gerber  
Oscar Muñoz  
Francisco Delich  
Valentina Delich  
Alicia Frohmann  
Patricio Leiva  
Alan Fairlie  
Hernán Gutiérrez  
Rodrigo Araya Dujisin  
Francisco Rojas Aravena*

**FLACSO-Chile**

## **Inserción Económica Internacional de América Latina**

Las opiniones que se presentan en este trabajo, así como los análisis e interpretaciones que en ellos se contienen, son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de FLACSO ni de las instituciones a las cuales estos se encuentran vinculados.

Esta publicación es uno de los resultados de las actividades desarrolladas, en el ámbito de la investigación y la difusión por el Área de Relaciones Internacionales y Militares de FLACSO-Chile. Estas actividades se realizan con el apoyo de diversas fundaciones, organismos internacionales, agencias de cooperación y gobiernos de la región y fuera de ella. Especial mención debemos hacer del apoyo de las fundaciones John D. and Catherine T. MacArthur, The William and Flora Hewlett Foundation y Fundación Ford.

Ninguna parte de este libro/documento, incluido el diseño de portada, puede ser reproducida, transmitida o almacenada de manera alguna ni por algún medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin autorización de FLACSO.

382.9 FLACSO-Chile

F572 **Inserción Económica Internacional de América Latina.**

Santiago, Chile: FLACSO-Chile, 2000

168 p. FLACSO

ISBN: 956-205-147-1

INTEGRACIÓN ECONÓMICA / ACUERDOS ECONÓMICOS /  
ACUERDOS DE COMPLEMENTACIÓN / RELACIONES COMERCIALES /  
AMÉRICA LATINA / CHILE / ASIA PACÍFICO / EUROPA /

© Santiago, agosto 2000, FLACSO-Chile. Inscripción N° 115.585. Prohibida su reproducción. Editado por FLACSO-Chile. Área de Relaciones Internacionales y Militares, Leopoldo Urrutia 1950, Ñuñoa.

Teléfonos: (562) 225 7357 - 225 9938 - 225 6955 Fax: (562) 225 4687

Casilla electrónica: [flacso@flacso.cl](mailto:flacso@flacso.cl) FLACSO-Chile en el Web: <http://www.flacso.cl>

Diseño de portada Nueva Serie FLACSO: Osvaldo Aguiló

Diagramación: Claudia Gutiérrez Grossi, FLACSO-Chile

Producción: Marcela Zamorano, FLACSO-Chile

Impresión: Camaleón

# INDICE

<b>Presentación</b> <i>Brian Loveman</i>	7
<b>Introducción</b> <i>Francisco Rojas Aravena</i> <i>Rodrigo Araya Dujisin</i>	11
<b>I Parte</b>	
✓ <b>Estado, sociedad y mercado</b> <i>Francisco Delich</i>	21
✓ <b>Cruzando fronteras: políticas nacionales y los límites de la integración internacional</b> <i>James Gerber</i>	31
<b>Políticas de fomento productivo</b> <i>Oscar Muñoz</i>	63
<b>Resolución de controversias en los acuerdos comerciales</b> <i>Valentina Delich</i>	71
<b>II Parte</b>	
✓ <b>Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA)</b> <b>Evaluación y balance de la primera etapa de la negociación comercial hemisférica</b> <i>Alicia Frohmann</i>	85
<b>Una asociación estratégica. Unión Europea, América Latina, Chile</b> <i>Patricio Leiva</i>	97

**APEC: un nuevo impulso para el regionalismo en Asia-Pacífico**  
*Hernán Gutiérrez* 111

**Comunidad Andina, regionalismo abierto e integración profunda**  
*Alan Fairlie Reinoso* 117

**Evolución, análisis y perspectivas del Mercado Común del Sur**  
*FLACSO-Chile* 139

7645

# RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ACUERDOS COMERCIALES<sup>1</sup>

VALENTINA DELICH<sup>2</sup>

Simultáneamente con la configuración de un sistema internacional cuyos actores son Estados con poder “soberano”, caracterizado éste como un poder tal que no reconoce autoridad superior a la suya a la hora de lidiar con los conflictos, se disparó el debate sobre solución de controversias inter-estatales. Lejos de ser un debate puramente teórico y antiguo, en los acuerdos de integración que los países ponen en marcha se reedita, porque los mecanismos institucionales y jurídicos que los países finalmente acuerden determinará el rol –y poder- que se han reservado o asignado en sus relaciones.

En cada proyecto de integración, y aún en pequeños acuerdos comerciales, los países deben resolver múltiples cuestiones puntuales sobre el mecanismo que utilizarán en caso de producirse una controversia entre ellos a raíz del nuevo acuerdo, pero, en su esencia, todas estas cuestiones se relacionan de una u otra manera con el rol del Estado. Veamos, primero los países podrían

---

1. Quisiera agradecer a FLACSO-Chile y San Diego University por ofrecerme este espacio para presentar el trabajo que estamos llevando a cabo en FLACSO-Argentina, en el Programa de Estudios sobre Instituciones Económicas Internacionales.

2. Investigadora de FLACSO-Argentina.

preguntarse si la utilización del sistema de solución de controversias será obligatoria sin su consentimiento, es decir, si los países podrán ser “obligados” a utilizar el sistema cada vez que otro país así lo requiera. Después, podrían preguntarse si existirá un procedimiento definido a priori, o un menú de procedimientos del cual los países podrán elegir, o si lo negociarán directamente los países cada vez que surja un conflicto. Además deberán definir si serán los propios países a través de delegados gubernamentales los que investigarán los hechos y emitirán algún dictamen, o se tratará de expertos o técnicos independientes. También deberán decidir sobre la interpretación de los compromisos asumidos, la implementación de los fallos, laudos o recomendaciones, etc. En conclusión, aunque en el detalle estas cuestiones son distintas, todas remiten al poder soberano que le permite al Estado no reconocer una autoridad superior a la suya propia en el trato con otros Estados y que es objeto de reserva o delegación en la discusión de cada aspecto puntual de un mecanismo de solución de controversias.

A mi entender, entonces, el punto neurálgico del debate sobre cualquier sistema de solución de conflictos se refiere al rol del Estado. Por esto, más allá de la enumeración de las características jurídicas e instancias burocráticas para cada sistema en vigencia, les propongo examinar el grado de control –formal y real- que sobre el proceso de solución de una controversia los Estados han cedido (o la otra cara de la misma moneda: el poder que se han reservado). Este aspecto, creo, es definitorio del rol del Estado en la solución de una controversia pero también de la extensión con la que los particulares, ONGs, otros grupos de la sociedad civil organizados o los grupos de interés, pueden participar en el proceso de solución de conflictos.

En un arco imaginario que en su recorrido exprese las posibilidades en relación al rol del Estado y la extensión de su poder soberano sobre la solución de un conflicto, en uno de los extremos encontraríamos al Estado reservándose para sí todo el control, no delegando ninguno de los atributos derivados de la noción tradicional de soberanía. En el otro extremo del arco, el Estado delegaría casi todo su poder sobre el proceso de solucionar un proceso en otro órgano, independiente del Estado.

En el primer extremo, llamémoslo de “reserva casi absoluta de poder”, el Estado tiene flexibilidad en su movimiento, pudiendo adoptar diversas figuras jurídicas tales como sistemas de “negociación” o de “diplomacia”. Cuando en un acuerdo comercial una cláusula dispone que los conflictos se solucionan mediante negociación ¿cuáles son las implicancias? Entre otras, que el Estado

entra en la negociación *a piacere*, se retira de la negociación cuando cree que no hay nada más que negociar, aplica –o al menos intenta aplicar– al problema las reglas que le convienen, etc. El resultado en estos sistemas es que en la mesa de negociación se hace valer el poder de mercado, económico o militar dependiendo del tipo de conflicto de que se trate y las reglas formales poco pueden hacer por reducir las asimetrías de poder entre los países en conflicto. El principio de la igualdad jurídica que permite a los países sentarse en la misma mesa de negociación, establecer las reglas aplicables a la solución de una controversia y retirarse cuando la negociación no avanza hacia el rumbo deseado, es en realidad una mera formalidad poco aplicable en la práctica internacional. Evidentemente, un escenario más beneficioso para los países menos poderosos está más cerca del otro extremo del arco, si logran que las reglas substanciales del juego –no sólo las reglas de procedimiento– sean equitativas.

Siguiendo entonces la ruta del arco hacia el otro extremo, los Estados van delegando algún poder sobre la solución de una diferencia. Puede ser admitir la intervención de un mediador, acordar un mecanismo de conciliación de intereses que excluya el rol protagónico del Estado, o ya en el extremo, delegar la función jurisdiccional a un órgano supra estatal. Es de notar que las instancias intermedias del arco son muchas, por no decir las más. Mencionábamos por ejemplo la intervención de un mediador. Figurativamente podríamos decir que el Estado cedió un poquito, dejó entrar a un tercero que mira los hechos, los establece, los enumera, los ordena. Cuando se habla de arbitraje por ejemplo, el Estado se puede reservar el poder de ir o no al arbitraje, pero una vez que accedió al arbitraje ya no puede retirarse. Es decir, es una delegación de poder importante ya que una vez que el Estado entra al arbitraje, sabemos que no puede retirarse del proceso o desconocer sus resultados.

Al final del arco, los Estados delegan la potestad de interpretación de los compromisos asumidos y del proceso de solución de conflictos a un tribunal cuyos miembros, además, no actúan con mandato de sus países –diplomáticos– sino como expertos en derecho. Es el caso de la Unión Europea.

Regresando a nuestro tema principal, este arco imaginario de opciones – que se extiende desde un sistema de negociación hasta un tribunal supra estatal– constituye entonces no sólo una *medida*, sino que importa también una *manera* de ejercicio del poder soberano por parte del Estado. Quiero contarles que en América Latina todo ese arco está cubierto. Existen sistemas de negociación, otros que se ubicarían a la mitad del recorrido de nuestro arco imaginario,

hasta tribunales supranacionales, por ejemplo el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). La CAN creó en 1979 un tribunal permanente de justicia, con jurisdicción obligatoria sobre los casos que deriven de la interpretación y aplicación del derecho comunitario andino. Además, se estableció que las normas comunitarias tienen efecto directo en los ordenamientos jurídicos nacionales -es decir no requieren de un acto administrativo o legislativo nacional para integrarse al orden jurídico nacional-. El sistema está coronado con un principio según el cual las normas comunitarias tienen jerarquía superior a las nacionales.

Me gustaría realizar una comparación entre, al menos, dos modelos que actualmente se están utilizando en América Latina para solucionar conflictos derivados del comercio internacional. Particularmente, me gustaría referirme al sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (CUFTA, su sigla en inglés), mecanismo que luego se replicó en el NAFTA. La elección se relaciona con el debate continental de un área de libre comercio, ya que uno de los grupos de negociación tiene el mandato de diseñar un mecanismo de solución de diferencias. Ese mandato los obliga asimismo a tomar en cuenta el sistema de la OMC, y, por supuesto, los mecanismos regionales: Comunidad Andina de Naciones, MERCOSUR, Grupo de los Tres, Mercado Común Centroamericano, etc. Quisiera entonces presentarles brevemente el mecanismo y la experiencia en la OMC, y un sistema “exitoso” -señalaré también aquí los motivos por los cuales se lo considera exitoso- de sistema de solución de conflictos en las Américas: un dispositivo incluido en el acuerdo entre Canadá y Estados Unidos de libre comercio para lidiar con los derechos compensatorios y *antidumping*.

Empecemos por la OMC. El Acuerdo General sobre Aranceles en el Comercio (GATT) firmado en 1947 y base de la OMC creada en 1995, reflejó la hegemonía política -y por ello la tradición legal y contractualista-norteamericana. El Acuerdo no fue ni diseñado ni negociado ni aplicado como un acuerdo marco de libre comercio, sino como un contrato entre países signatarios que establecía un sistema de reducción arancelaria en el comercio de mercancías, definiendo derechos y obligaciones para las partes y previendo además en su articulado la manera de lidiar con las diferencias que surgieran a raíz del mismo. Uno de sus principios establecía que sólo los signatarios -actuando conjuntamente- podían interpretar los compromisos tomados en el acuerdo y resolver las diferencias que se presentaran.



El sistema del GATT se basaba casi completamente en dos artículos: el XXII y XXIII. Se impone una revisión de los mismos, primero porque la OMC expresamente recoge la tradición legal del GATT y segundo porque los artículos no han sido modificados sino que la OMC reformó el procedimiento para hacer uso de ellos. Por lo tanto, si bien los artículos son los mismos, la aplicación es muy distinta.

El primero de los artículos establece un sistema de “consultas” entre los países. El art. XXIII dispone que cuando un Estado percibe que los beneficios que le corresponderían por su participación en el GATT están siendo menoscabados o anulados por las medidas de otro país, puede solicitar que los países signatarios traten la cuestión, efectúen una recomendación al respecto y eventualmente lo autoricen a suspender concesiones comerciales que benefician al país encontrado en falta.

Ahora bien, como dijimos, el GATT no era una organización internacional, así que sus firmantes no planearon reunirse mas que cada algunos años. Por esto, en la dinámica Gattiana, los tiempos eran engorrosos. Poco a poco el sistema fue evolucionando hacia comités de trabajo que funcionaban entre los períodos de sesiones y los conflictos se empezaron a derivar a paneles de especialistas. El procedimiento se fue judicializando, aparecieron plazos y formas. Evidentemente, permitir el tratamiento de los conflictos por especialistas fue un gran cambio, porque los diplomáticos “hablan” según las instrucciones de sus gobiernos. Imagínense, diplomáticos con instrucciones dedicados a dilucidar la extensión de un compromiso en materia arancelaria o examinar medidas de política comercial. Naturalmente quedaba relegado el aspecto técnico de la medida nacional cuestionada o el compromiso asumido en el GATT. Por esto, casi todos los autores coinciden en señalar que el gran avance hacia la judicialización se produjo en el año 1956 cuando se decidió que los conflictos derivados de la aplicación del GATT serían tratados por paneles de especialistas. De todas formas, los diplomáticos aún debían trabajar para lograr el consenso de todos los países signatarios del GATT para adoptar la recomendación de los especialistas. Pero al menos ya no establecerían el marco técnico del problema.

Esta situación que describo intenta subrayar que el sistema siguió caracterizándose por el hecho de que se necesitaba el consenso de todos los signatarios del GATT, incluido el del país demandado, para formar un panel de expertos, para aprobar la recomendación del mismo o para obtener autorización de suspensión de concesiones.

El nudo del sistema gattiano –la necesidad de que todos sus signatarios debían expresar su voluntad para adoptar cada decisión- es recurrente en los textos de derecho internacional público. ¿Cómo hacemos para obligar a un Estado a que haga algo que no quiere hacer, si carecemos de poder de sanción?. En nuestro caso particular, el país debe prestar consentimiento para “autocorregirse”. Supongamos ahora este escenario: un país logra el consenso necesario para formar un panel de especialistas. Luego, logra que todos los signatarios adopten el informe del panel de especialistas y recomienden al país demandado que ponga las medidas cuestionadas en conformidad con sus obligaciones en el GATT. Sin embargo, aún habiendo llegado hasta aquí, no logra que el país en cuestión cumpla con la recomendación. ¿Qué puede hacer nuestro país? El GATT prevé que puede pedir autorización para suspender concesiones que otorgó en el marco del GATT y que benefician al país que se niega a implementar la recomendación. Valgan aquí dos obviedades: como la autorización debía ser dada por todos los signatarios del GATT –incluido el país demandado- era muy difícil de lograr y segundo, si se trataba de un país pequeño, aún logrando autorización formal carecía de capacidad real para retaliarse. En este sentido, ¿qué concesiones puede retirar un país en desarrollo a uno desarrollado que lo presione a cumplir con la recomendación del GATT, o aún actualmente, de la OMC?

Los países en desarrollo tuvieron dos estrategias para lidiar con esta situación: primero intentaron utilizar el sistema a su favor y luego hicieron propuestas de reforma del sistema, como contemplar en algunas circunstancias compensaciones financieras a favor de los países en desarrollo. En relación a la utilización del sistema gattiano a favor, Uruguay presentó un caso que incluía una lista de más de 500 medidas de los países desarrollados que menoscababan los beneficios que los países en desarrollo debían obtener del comercio internacional. Baste decir que esta avanzada no prosperó. En relación a la reforma del sistema, Brasil presentó una propuesta que disponía que, frente al incumplimiento de los países desarrollados, declarado por un panel de especialistas y si la contraparte era un país en desarrollo, se habilitara a éstos a solicitar una compensación financiera. Suficiente con señalar que el intento de reforma del sistema tampoco prosperó.

Estos eran los puntos centrales, a grandes líneas, del sistema de solución de diferencias al inicio de la Ronda Uruguay en 1986. Si bien el procedimiento se había judicializado en relación a los tiempos y formas y los estados habían cedido parte de su espacio a manos de los paneles de especialistas, la

característica central de este sistema –la posibilidad de veto- todavía nos seguía ubicando -en nuestro arco imaginario de opciones- más cerca de un sistema de negociación que de un sistema judicial de solución de conflictos. La Ronda de Uruguay terminó en 1994 con la firma del Acuerdo de Marrakesh, lográndose –entre otros- un acuerdo sobre la creación de una institución internacional – la OMC- y otro sobre las normas que deben regir el procedimiento de solución de diferencias –conocido como “el Entendimiento”-.

El cambio “revolucionario”, como llaman algunos funcionarios de la OMC al Entendimiento, no vino entonces de la mano de una reforma de fondo del sistema, sino de un acuerdo sobre los procedimientos que deben seguirse para solucionar una controversia. Los negociadores de la Ronda Uruguay tuvieron en claro que no iban a poder acordar una cesión expresa de poder soberano, pero tenían margen de maniobra en relación a la negociación de las “formas” en que los paneles de especialistas se ponen en funcionamiento y en que las recomendaciones son adoptadas por los miembros de la OMC. Obviamente, incluyeron dentro del procedimiento para solucionar una controversia, la “forma” en la cual se logra el consenso para tomar las decisiones. Entonces, los negociadores no trabajaron sobre los dos artículos del GATT, arts. XXII y XXIII que aún hoy siguen vigentes y rigen la solución de controversias, sino sobre el procedimiento para aplicarlos.

Uno de los puntos centrales del procedimiento se refiere a cómo lograr el consenso necesario para formar un panel de especialistas, para adoptar su recomendación, y si lo hubiera, para adoptar el informe del Órgano de Apelación (otro resultado de la Ronda Uruguay). Se acordó la regla del consenso invertido, que implica que el consenso es necesario para no aprobar la formación de un panel de especialistas, para no adoptar su recomendación y eventualmente, para no adoptar el informe del Órgano de Apelación. En síntesis, si antes al país demandante se le hacía muy duro lograr el consenso de todos –incluidos el del demandado-, hoy es al demandado al que se le hace duro lograr el consenso de todos los miembros –incluido el del demandante- para bloquear la formación de un panel, adoptar su recomendación y eventualmente, aprobar el informe del Órgano de Apelación.

Ahora bien, si frente a la naturaleza del derecho internacional público la primera pregunta que surge se refiere al poder de veto de los Estados en las decisiones que no los favorecen –obstáculo que ya habríamos sorteado en el caso de la OMC gracias a la regla del consenso invertido- la segunda se refiere sin duda a las sanciones. Muchos argumentan que luce muy atractiva la

“automaticidad” actual del sistema (ya que es virtualmente imposible bloquear la formación de los paneles y la adopción de sus recomendaciones), pero si la OMC recomienda a los Estados Unidos –o a la Unión Europea- que cambie una medida de política comercial, ¿quién se lo hace cumplir?. Visto y considerando los hechos en relación al conflicto que mantienen algunos países latinoamericanos con Europa por el régimen de importación de la banana, no parece una pregunta teórica sino casi la lectura de un titular de un diario de noticias.

Sin duda, la implementación de las recomendaciones en la época gattiana no era un problema acuciante porque con tantas instancias de veto los países se aseguraban que “la sangre no llegue al río”, como decimos en Argentina. Aun así, en la historia gattiana se registró un caso entre los Países Bajos y Estados Unidos que llegó a la instancia final: se autorizó a los Países Bajos a retirar concesiones a los Estados Unidos. El caso se refería a las restricciones que sobre el ingreso de los lácteos proveniente de los Países Bajos ponía Estados Unidos. Se formó un panel de especialistas que estableció que la medida norteamericana era incompatible con sus obligaciones en el GATT y hasta se logró adoptar la recomendación del panel. Ante el incumplimiento de los Estados Unidos, los Países Bajos solicitaron autorización para suspender concesiones que beneficiaran a los Estados Unidos... y la consiguió. Pero nunca utilizó la autorización. ¿Por qué? Déjenme contestarles con otra pregunta, ¿qué pueden ganar los Países Bajos aumentando los aranceles sobre el grano norteamericano –restringiendo el ingreso a su mercado- si no sólo se trata de insumos para otros productos sino que además no será suficientemente importante como para presionar a los Estados Unidos a cambiar su política?

En el caso de las bananas que comentaba, también se puede apreciar el impacto de las asimetrías de poder en la solución de las diferencias. El régimen de importación de las bananas de la Unión Europea fue objeto de un panel de especialistas a pedido de los Estados Unidos y Ecuador –entre otros-. El panel encontró que el régimen era incompatible con las obligaciones de la Unión Europea y esta interpretación fue confirmada luego por el Órgano de Apelación. La Unión Europea presentó entonces un “nuevo” régimen de importación que, según la UE, cumplía con las recomendaciones de la OMC. Frente a la no implementación de la recomendación de la OMC, Estados Unidos pide autorización para suspender concesiones mientras que Ecuador solicita un arbitraje sobre el nuevo régimen para que determine si la Unión Europea estaba cumpliendo o no. En síntesis: frente al incumplimiento, Ecuador intenta utilizar

todos los resortes institucionales de que dispone para obligar a cumplir al país mas poderoso mientras que Estados Unidos va directo a la retaliación.

El problema de la coerción y la eventual sanción en el sistema de la OMC es un problema que seguirá existiendo mientras envíen individualmente a los países –indistintamente de su tamaño y poderío- a retaliarse. Dicho de otra manera: no existe la retaliación colectiva, la cual permitiría que ante la violación de las reglas de comercio internacional, todos los países acuerden una medida que presione efectivamente al incumplidor. Sin embargo, no solo no es probable en el mediano plazo semejante acuerdo sino que esta discusión debería disparar inmediatamente entre los países en desarrollo un debate sobre las reglas sustantivas del comercio internacional cuya violación daría lugar a una sanción colectiva.

Este es, en grandes líneas, el sistema que rige para los miembros de la OMC, y es el que, en el mandato del grupo que está negociando un sistema de solución de diferencias hemisférico debe servir como paraguas. Pasemos ahora a los mecanismos regionales o subregionales y examinemos qué límites imponen o cuáles experiencias pueden aportar a la construcción del sistema hemisférico de solución de diferencias.

Déjenme contarles la experiencia de un mecanismo que logró aliviar el impacto de poderes asimétricos entre países, sin crear una instancia supranacional. Se trata del mecanismo que se implementó entre Canadá y Estados Unidos en su Acuerdo de Libre Comercio y que después fue replicado en el NAFTA. En realidad, no existe *un* mecanismo sino varios mecanismos, dependiendo del tipo de conflicto el procedimiento a seguir. Así, si el problema es entre el inversor y un Estado se aplica un procedimiento, y así sucesivamente. En el caso del NAFTA es aún mas notable ya que existe un procedimiento para lo acordado en materia de medio ambiente, otro procedimiento en relación a los problemas de estándares laborales, etc.

La situación de Canadá en relación a los Estados Unidos se asemeja al problema que enfrentan los países de América Latina, incluido por supuesto Chile, que es el problema de cómo hace un país chico/mediano para lidiar con un país que tiene mucho más poder económico, por no decir explícitamente, con uno de los mas poderosos del mundo. Las asimetrías de poder entre Estados Unidos y Canadá se expresaban concretamente –y entre otras- en la cantidad de derechos antidumping y compensatorios de que eran objeto los productos exportados desde Canadá hacia los Estados Unidos.

Primero, Estados Unidos y Canadá negociaron reglas sobre la aplicación de derechos *antidumping* compensatorios en relación a cómo debía conducirse la investigación, el daño y su prueba, etc. La autoridad de aplicación de esas reglas eran las agencias administrativas pertinentes en Estados Unidos y en Canadá. En el sistema anterior al acuerdo si la agencia de Estados Unidos colocaba un derecho *antidumping* el exportador canadiense quería apelar, debía acudir a la justicia nacional estadounidense. Consistentemente la justicia estadounidense fallaba a favor de los productores estadounidenses.

Entonces, los canadienses llegaron a la conclusión de que con Estados Unidos –ni con el Ejecutivo ni con el Congreso–, ya sea por su tradición legal ya sea por su poder económico mundial, iban a lograr negociar y eventualmente acordar una cláusula expresa de delegación de su poder para solucionar los conflictos derivados de la aplicación de estos derechos. Lo que hizo Canadá fue imaginar un mecanismo tal que no impidiera a la justicia estadounidense intervenir pero que incentivara a los actores a utilizar otra instancia mas favorable a los intereses canadienses.

El mecanismo que acordaron tiene las siguientes características. Una vez impuestos los derechos antidumping o compensatorios, la justicia norteamericana aún puede ser utilizada para revisar la decisión de la agencia administrativa, PERO:

- Se creó un sistema de paneles de expertos de los dos países que puede rever la actuación de la agencia administrativa;
- Cada panel incluye expertos canadienses y norteamericanos
- En el plazo inmediatamente posterior a la imposición de la medida solo se puede acudir a los paneles (es decir que para ir a la justicia, se debe dejar expirar el plazo para formar un panel)
- Los plazos en los que el panel debe expedirse son sensiblemente menores a los de la justicia
- Los costos de apelar a un panel y ante la justicia eran sensiblemente distintos, a favor de la utilización de paneles.

Es decir, aunque la opción judicial nacional existe, los usuarios están altamente incentivados a utilizar el sistema de paneles. Los canadienses calcularon, que por el solo hecho de que los paneles estuvieran constituidos por norteamericanos y canadienses, naturalmente iban a hacer más pro-canadienses que un juez.

Ahora bien, qué poder de sanción le dieron a estos paneles? Ninguno. El poder se limita a revisar las decisiones de la agencia y reenviarla a la agencia para que la modifique. Supongamos, la agencia establece derechos *antidumping* de tanto por ciento sobre un producto; se realiza el reclamo y se solicita constitución de un panel binacional. El panel revisa la medida y dictamina que está mal hecho, que no han interpretado correctamente las reglas vigentes sobre cómo realizar una investigación, por ejemplo, o está mal calculado el derecho, y lo reenvía a la agencia para que lo corrija. No hay tope para la cantidad de re envíos entre la agencia y los paneles, así que el forcejeo puede continuar.

Autores como Judith Goldstein han relevado los últimos años de experiencia de este mecanismo y han mostrado cómo la agencia administrativa adoptó una actitud de no tomar riesgos. Es decir, la agencia empezó a evitar aquellos pedidos de interposición de derechos cuando suponía que su actuación iba a ser cuestionada por los paneles lo que implicaría no sólo realizar el trabajo de nuevo sino una pérdida de “prestigio” del trabajo de la agencia. Así, la agencia administrativa norteamericana empezó a ser mas cautelosa a la hora de poner derechos antidumping y compensatorios y en aquellos casos en que los pusieron, Canadá tuvo mejores chances de obtener una revisión más cercana a sus intereses. Para ponerle un número a mi exposición, las chances de Canadá mejoraron en tres veces.

Lo que yo quisiera hacer notar de estos dos sistemas –la OMC y este dispositivo del NAFTA- y en relación a la negociación que se está llevando a cabo en el hemisferio es que:

- En el caso del NAFTA ninguno de los países ha hecho una declaración formal de que cede su soberanía, o siquiera parte de ella, pero a nadie la puede caber duda de que un panel bi-nacional que tenga la potestad de revisar lo que está haciendo una agencia administrativa norteamericana es claramente una delegación de lo que uno entendería clásicamente por el poder soberano de un Estado;
- En el caso de la OMC, ningún país hizo una declaración formal de cesión de soberanía, pero a nadie le puede caber duda de que la regla del consenso invertido que impide ejercer el derecho a veto de algunas decisiones internacionales es claramente una delegación de lo que uno entendería clásicamente por el poder soberano de un Estado;
- La “vuelta” al tema de la falta de poder de coacción y sanción que puede ser -sino resuelto al menos morigerado el impacto de su ausencia (como lo hace el

mecanismo del NAFTA), deberíamos buscarla no sólo en la reformulación de la sustancia de los acuerdos, sino en mecanismos procedimentales que sin excluir el rol tradicional del Estado –como era la intervención de la justicia norteamericana- incentive sin embargo a los participantes a utilizar otros dispositivos diseñados por el Estado y con la supervisión/control del Estado.

Es en estos puntos en los cuales se pone en juego la “creatividad” en materia institucional, para que podamos diseñar sistemas que nos permitan atravesar la barrera de la “soberanía” redefiniendo el rol de Estado sin exigir, del por ahora mal herido (vamos a decir así) derecho internacional público, gestos heroicos de cesiones expresas de poder.