Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nos. 215 - 216
Año LXXII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 215-216: 167-184, 2004 ISSN 0303-9986

LAS NEGOCIACIONES DEL ALCA EN PUEBLA, MEXICO. ALGUNAS REFLEXIONES JURIDICAS

JORGE WITKER
Profesor de Derecho Económico
Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCION

El Area de Libre Comercio de las Américas como estrategia regional se encuentra en una etapa de explicable incertidumbre.

Las asimetrías evidentes de las relaciones mercantiles en las Américas, la experiencia mexicana de once años de libre comercio y la persistencia de los países industrializados de mantener subsidios a sus exportaciones agrícolas, se han expresado en diversos foros, especialmente en Cancún, México 2004 y Hong-Kong 2005[1].

Pese a lo anterior, dos hechos relevantes en las Américas replantean la reflexión y discusión al respecto. El tratado bilateral Chile-EE.UU. que profundiza las desigualdades jurídicas injustas impuestas por el paradigma neoliberal y el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana con Estados Unidos de América (CAFTA), que confirman dicha tendencia. En ambos instrumentos, que servirán de precedente al ALCA, se renuncia al trato especial y diferenciado de los países en desarrollo, establecidos y reconocidos en la OMC, y se acepta que los subsidios y las prácticas hegemónicas se mantengan, a cambio de una competencia desleal ruinosa. Nada nuevo y de provecho es de esperar de estos tratados que ya probaron su ineficacia económica y social en México, con el denominado NAFTA o TLCAN.

[1] Como saldo positivo, sin embargo, hay que destacar la creación del Grupo de los 21, que desde 1976 no se expresaba a nivel tricontinental, con Brasil, India, China y otros.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Con todo, el ALCA debe abordarse analíticamente en un triple escenario espacial. Esto es, sus disciplinas actuarán a nivel local, nacional y regional-internacional.

El estancamiento de la economía estadounidense, como centro dinámico de la globalización mundial, es un signo que puede impactar la negociación del ALCA en dos sentidos. Como amenaza a los sectores proteccionistas del propio Congreso estadounidense y como un pretexto legítimo de países como Argentina, Brasil, Ecuador y Venezuela para no abrir sus mercados, especialmente agrícolas, a la competencia regional, opción ésta que ya se materializó en la fustrada Junta ministerial de la OMC de diciembre último.

El presente artículo pretende encuadrar el contexto negociador del ALCA en variables sociojurídicas regionales, plantear aspectos jurídicos vigentes en las membresías múltiples de los países latinoamericanos, analizar brevemente los temas en negociación, para luego resaltar algunos efectos, no deseables, en materia de derechos económicos y sociales que se han presentado en la experiencia mexicana, a diez años de vigencia del tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN)[2].

II. VARIABLES SOCIOJURIDICAS DEL ALCA

América del siglo veintiuno está caracterizada por una opinión pública demandante, actuante y participativa. El protagonismo de los actores sociales y la toma de conciencia de los agentes económicos constituye un factor estratégico que, directa o indirectamente, debe impactar las negociaciones finales del ALCA.

Por ello, es cada vez más intensa la presencia y participación creciente, a través de múltiples intereses de actores no estatales, en la elaboración de políticas hacia la región: agricultores y fabricantes, empresas comerciales, trabajadores, consumidores, grupos ecologistas, defensores de los derechos humanos y de las libertades civiles, así como instituciones, fundaciones y medios de comunicación, entre otros, que compiten por afectar las políticas en un contexto pragmático y fácilmente permeable[3].

Otro aspecto a considerar es el referente a la necesaria decodificación de los contenidos de los nueve temas que conforman la agenda negociadora del ALCA. En efecto, temas como acceso a mercados, agricultura, servicios,

[2] Evaluación realizada por el Senado de la República Mexicana plasmada en 2 tomos. México. 2000.
[3] Otro mundo es posible. Le Monde Diplomatique. Editorial Aún Creemos en los Sueños. Santiago de Chile. 2001.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

inversiones, compras gubernamentales, propiedad intelectual, resolución de controversias, dumping y subvenciones y política de competencia, pasan por interrogantes profundas, ya que comprometen las políticas públicas de desarrollo de treinta y tantos países latinoamericanos.

Dicha decodificación afecta a la sociedad civil con interrogantes como: ¿Qué negocian? ¿Con qué autoridad negocian? ¿A quiénes representan? ¿Dónde rinden cuentas? ¿Qué tipo de empresas fueron consultadas? ¿Qué reglas de origen se evaluaron sectorialmente? ¿Cuáles reservas regionales se pactan en materia de compras gubernamentales? ¿Regulaciones estatales en materia de patentes para farmacos y medicamentos de salud pública? ¿Límites a la inversión especulativa y promoción a la inversión productiva creadora de empleos y nuevas tecnologías? ¿Qué materias pueden asumir carácter plurilateral y otras de perfil multilateral?[4]

Las respuestas a éstas y otras interrogantes es lo que denominamos decodificar el contenido de las negociaciones que tienen lugar en estos meses en Puebla, México.

Lo anterior es una tarea trascendente, pues los discursos oficiales intentan despejar dudas y suspicacias a través de un discurso dual y ambiguo. Por una parte, afirman que ALCA es un simple tratado de libre comercio, al cual no se le puede exigir otra cosa que facilitar el libre flujo de intercambio de bienes y servicios. Así, temas como pobreza, educación y empleo no son negocio para las corporaciones internacionales y la educación y la salud, sólo importan si son objeto de inversiones para servicios y compras gubernamentales. Por otra parte, dichos temas deben ser competencia de los gobiernos a los cuales se les priva –vía rebajas tributarias aduaneras– de los recursos para abordar la marginación y el desempleo. Al respecto, se hace interesante resaltar la decisión del gobierno de Chile de compensar los menores ingresos aduaneros, que le significará el tratado bilateral de libre comercio con EE.UU., con un alza del 18 a 19% del impuesto al valor agregado, aplicado a todos los consumidores de dicho país. Un buen ejemplo de populismo financiero para apoyar a los empresarios chilenos.

Un tercer elemento, complementario de los anteriores, es lo que algunos negociadores califican como "preparar a la región para el libre comercio hemisférico".

En efecto, para algunos funcionarios y analistas la suscripción de tratados de libre comercio es un ejercicio que se autolegitima per se, de tal suerte que el libre comercio tiene como consecuencias el crecimiento económico y el progreso

[4] Ortega Riquelme, Eugenio. La Globalización en la encrucijada. LOM. Santiago de Chile. 2002.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en los niveles de vida. Por ello, otros se preguntan: ¿Habrá tiempo histórico para esperar los frutos del libre comercio y dejar, a nuestras sociedades, en manos de las fuerzas del libre mercado? ¿No tendrán los países más desarrollados la obligación o el deber de establecer en el contexto ALCA una agenda social mínima, con fondos compensatorios de ayuda para, precisamente, preparar a la región para ejercer y practicar el libre comercio en términos más simétricos y equitativos? ¿No sería esta última una estrategia realmente viable para emparejar el campo de juego a los agentes económicos locales?[5]

III. LOS ENCUADRES JURIDICO-INSTITUCIONALES

El mosaico de estándares jurídicos de los integrantes de la futura ALCA nos enfrenta ha diversas hipótesis.

Por ejemplo, ¿Centroamérica negociará como estados miembros o como estados partes del Mercado Común Centroamericano? El Mercado Común del Sur, integrado por cuatro repúblicas: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ¿negociará como bloque o como estados partes? Respecto a los países integrantes del TLCAN, si bien pueden hacerlo como países independientes, pues no hay autoridad supranacional que los represente, deberán cuidar la operatividad de la cláusula de nación más favorecida, de tal suerte que los compromisos ALCA sean compatibles con los compromisos TLCAN.

Lo anterior supone definir un dato sobre la identidad política de los integrantes de la futura ALCA, en el sentido de aceptar qué agrupaciones o bloques subregionales existentes se ubican más en la tesitura de asociaciones o agrupaciones intergubernamentales sin órganos supranacionales o supraestatales al estilo de la Unión Europea.

Otra variable a considerar es la membresía de cada país en la Organización Mundial de Comercio, en donde aún subsisten elementos discriminatorios favorables a los países en desarrollo, contemplados en las cartas del GATT 47 y 94. Aquí habrá que evaluar la incorporación del ALCA a las disciplinas del artículo XXIV del GATT y tipificar el carácter jurídico del ALCA en relación a los cuatro momentos, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica, allí contemplados[6].

[5] El Banco Mundial comienza a reconocer los excesos del Consenso de Washington y ya cuestiona las privatizaciones dogmáticas para los países en desarrollo.
[6] Himmer, Waldemar y Prager, Dietmar. GATT, ALADI Y NAFTA. Edit. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1998, pág. 92.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Así de las membresías múltiples que los países latinoamericanos ostentan plantean interrogantes jurídicas complejas. En efecto, todos los bloques regionales vigentes (TLCAN- MERCOSUR- CAN, ALADI, CARICOM, etc) actúan bajo las normas del artículo XXIV del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, el que a su vez permite una variedad de hipótesis, a saber: a) zona de libre comercio o unión aduanera constituida según el artículo XXIV GATT; b) acuerdo interino orientado a la formación de una unión aduanera o zona de libre comercio según el artículo XXIV GATT, y c) una zona preferencial entre países en desarrollo en base a la "cláusula de habilitación", contemplada en el propio artículo XXIV (Comercio Sur-Sur).

Estas tres hipótesis, que están presentes en la región, deben conjugarse con el principio de la cláusula de nación más favorecida: lo sustancial o esencial del comercio recíproco regional y complementariamente con la extensión amplia o limitada de las liberaciones arancelarias. Esto es, aplicando la cláusula de nación más favorecida "hacia dentro o hacia fuera de los bloques interalca".

Respecto a los socios del norte, las interrogantes al respecto no son menores. Por ejemplo, ¿EE.UU. seguirá planteando la posición de que el libre comercio no tiene nada que ver con las relaciones laborales ni con la protección ambiental? Igualmente, ¿seguirá el ALCA considerándose en el derecho estadounidense como un acuerdo congresional en donde la ley de implementación, reserva al Congreso de dicho país la última palabra en materia de obligaciones específicas respecto de los 33 países restantes de la región? Por otra parte, como lo establece la autorización de promoción comercial (TPA) del Congreso al Ejecutivo, ¿habrá también otro fondo de diez mil o más millones de dólares para la eventual pérdida de empleos que experimenten los países de la región con ocasión de la desgravación arancelaria y eventual cierre de empresas que un ALCA asimétrica y excluyente puede ocasionar?

Finalmente y como corolario jurídico institucional y dada la diferencia estructural que existe, entre los derechos latinoamericanos de raíz románica y de perfil monista en el Derecho Internacional vigente, y los derechos anglosajones de cuño judicial y heteroaplicativos (Implementation ACT), el ALCA debería tipificar su entidad e identidad, esto es, tipificarse en función de la orientación de sus disciplinas o de las eventuales decisiones que formule directamente.

Así, el ALCA al ser un ente de cooperación o integración podría asumir diversas connotaciones: a) acuerdo macro que diseña parámetros y principios; b) claúsulas programáticas que definen objetivos de mediano y largo plazo; c) claúsulas pragmáticas que definen contenidos inmediatos como las desgravaciones

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

arancelarias pactadas, funcionamiento de fondos financieros específicos (agricultores, PYMES, etc.), procedimientos de consultas para conciliar y arbitrar conflictos, etc.[7]

Por último, con los elementos precedentes habría que definir el tipo de institución u organismo que asumiría el ALCA ¿Organismo supranacional u organismo intergubernamental?

En efecto, si el ALCA llegará a estructurarse como organización supranacional –posibilidad que podría darse sólo a nivel latinoamericano– los estados miembros pueden delegar en la organización creada por el acuerdo de preferencias la facultad de consensar tratados preferenciales o de conceder unilateralmente beneficios a terceros estados.

En cambio, si el ALCA se crea como nueva organización intergubernamental –posibilidad cierta, pues EE.UU., por principio y tradición jurídica, rechaza todo indicio de supranacionalidad–, los países miembros del Acuerdo conservan sus potestades soberanas en sus relaciones con terceros estados, pudiendo cada cual conceder ventajas o preferencias a terceros, lógicamente respetando el techo que cada país tenga en el contexto de la Organización Mundial de Comercio.

Con todo y dada la experiencia unipolar practicada por EE.UU., tanto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Irak), como en la 5° Junta ministerial de la OMC (México), el destino legal del ALCA se vislumbra como de simple cooperación y de carácter intergubernamental.

En efecto, el marco institucional diseñado en el capítulo XXI del proyecto ALCA establece un marco institucional de perfiles intergubernamentales, al crear el Consejo, conformado por los ministros de Comercio de cada parte, un Comité Ejecutivo integrado por los viceministros o subsecretarios de comercio; los Comités y finalmente la Secretaría del ALCA.

El Consejo tendrá las siguientes funciones:

a) Evaluar periódicamente la aplicación y los resultados del acuerdo;

b) Conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Acuerdo, y

c) Modificar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo: los planos de eliminación arancelaria, las reglas de origen del Capítulo XX de carácter específico, los anexos sobre inversión y servicio y compras de gobierno.

[7] Ibídem. Págs. 102 y 107.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por su parte, el Comité Ejecutivo reemplaza las funciones del Consejo durante los intervalos y vela por el cumplimiento y aplicación de las disposiciones del Acuerdo, supervisando el funcionamiento de la Secretaría y proveyendo de información administrativa, contable y financiera al Consejo.

Los Comités son órganos relacionados a los capítulos y funcionarán para aclarar y despejar dudas respecto a los objetivos específicos de su competencia y están subordinados, en cuanto a normas de procedimiento, al Comité Ejecutivo.

Un Comité Consultivo de la Sociedad es una novedad que muchos no esperaban, pero que al formar parte del marco institucional abre perspectivas a la participación de empresarios, sindicatos, ONGs y organizaciones sociales y/o instituciones académicas.

También el órgano de Solución de Controversias, integrado por todas las parte del Comité Ejecutivo, y con carácter permanente, tiene a su cargo administrar las dos instancias creadas al respecto. Grupo Neutral o Panel (primera instancia) y Organo de Apelación (segunda instancia).

IV. DINAMICA DE LOS TEMAS EN NEGOCIACION

Los temas en negociación se inscriben en un contexto de negociaciones Norte-Sur, que como veremos no sólo contemplan los llamados "temas de frontera" –acceso a mercado y libre flujo de mercancías– sino aspectos que inciden en la organización económica interna de los países y en general en la forma de hacer negocios (inversión, servicios, propiedad intelectual, compras gubernamentales).

Antes de describir someramente la Agenda del ALCA, es necesario traer a cuenta los principios y condiciones originales que orientan las negociaciones y que ante la Junta Ministerial de Miami (noviembre 2003) parecían inamovibles. En efecto, cabe mencionar los siguientes:

a) Las decisiones serán tomadas por consenso, no por mayorías; b) Sólo se tomarán acuerdos cuando todos los puntos de la agenda sean consensuados; c) la cobertura de productos será del 85% de los productos hoy comercializados entre los países participantes; d) El ALCA podrá coexistir con acuerdos subregionales de la misma generación; e) Los acuerdos serán congruentes con las reglas de la Organización Mundial de Comercio; f) Todos los derechos y obligaciones deberán ser cumplidos por todos los países participantes.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Estos condicionantes evidencian que cada país es soberano al decidir adherirse al ALCA y que dicha aceptación deberá ser total y no parcial ni segmentada. Sin embargo, la Junta de Miami atemperó, en parte, estos principios y gracias a la posición de Brasil se incorporaron perfiles de gradualidad y parcialidad, sosteniéndose que para los temas sensibles de implicaciones en las políticas públicas se aceptaran los acuerdos plurilaterales, en coexistencia con las multilaterales regidas por el principio 'single undertaking'.

La complejidad de estas negociaciones deriva de las asimetrías existentes entre los treinta y cuatro países participantes; ejemplos al respecto: 1. Valores de los PIB conjuntos del año 2000: TLCAN 11 trillones de dólares; Caricom 28 billones; Mercado Común Centroamericano 56 billones; Comunidad Andina 277 billones; Mercosur 842 billones.

Otra diferencia a resaltar lo evidencia la disponibilidad de carga tributaria aduanera en los ingresos totales de los países miembros. Así en el Mercosur el porcentaje es de 6, en la Comunidad Andina de 9, en el Mercado Común Centroamericano alcanza a 19 y en el Caricom cercano al 44%.

Los temas de la agenda se inician con el acceso a mercados de las mercancías que en un 85% se negocian en la región americana. Aquí se trata de acordar desgravación arancelaria en plazos preestablecidos y que deben comenzar de los actuales niveles tarifarios en donde a nueva cuenta las disparidades emergen. Así las tarifas medias de Estados Unidos, Canadá y México no superan el 4%, aunque existen importantes rubros protegidos por "picos arancelarios" que para algunos productos llegan hasta el 300%. En cambio, en América Latina, con excepción de Chile y México, la tasa media arancelaria es superior al 18%.

Pero en este acceso a mercado, las barreras no arancelarias (normas, restricciones, reglas de origen, antidumping, reglamentos de mercados, subsidios, etc.) constituyen prácticas proteccionistas frecuentes no erradicadas por las disciplinas multilaterales. Al respecto, la experiencia de México en productos como atún, azúcar, aguacate, cemento y otros, revela que los tratados de libre comercio funcionan parcialmente, según sean los intereses en juego.

En cuanto a los productos agrícolas, la vigencia de cuantiosos subsidios imposibilita una competencia leal para los productores regionales, los que además deben soportar la ausencia de apoyos tecnológicos, innovación de semillas y fertilizante y una comercialización ineficiente y costosa. Este tema es toral para países como Argentina, Brasil, Colombia y el propio México, que ha experimentado un efecto dual de consecuencias moderadas en materia de producción de granos, marginación y desempleo. Aquí se hace indispensable considerar fondos

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

compensatorios y programas de extensión agrícola integrados que tengan como referente una autosuficiencia alimentaria mínima, centrada en los propios mercados nacionales y consumos autóctonos.

Otro aspecto sensible en el acceso a mercados de mercancías, está referido a la reglas de origen en donde los productores regionales deben pugnar por establecer compromisos de valor agregado y contenido regional para calificar el origen de las mercancías. El generalizado método del salto arancelario, tan defendido por los ensambladores y maquiladores corporativos, no es un factor que coadyuva al desarrollo industrial regional, pues privilegia la mano de obra como único insumo a utilizar sin efectos en el resto de las cadenas productivas nacionales o regionales. Este factor, en la actualidad, con la potente presencia de China, no facilita las exportaciones basadas exclusivamente en la mano de obra barata.

En esta misma vertiente de intercambios de mercancías, las prácticas impositivas de medidas antidumping no han merecido especial atención de parte de los socios mayores. Sería recomendable acordar criterios más objetivos, que superen la arbitrariedad, con que países desarrollados protegen sus mercados internos, desalentando las producciones eficientes, como se ha demostrado en productos como acero, textiles y otros, afectando a países como México y Brasil. Al respecto, en las negociaciones ALCA se está orientando tan sensible vertiente a los mecanismos establecidos en la Organización Mundial de Comercio.

Respecto a los temas sensibles que van más allá del acceso a mercados de mercancías, las negociaciones se están abocando a lo que algunos autores denominan "el núcleo duro" de las negociaciones.

Este núcleo duro lo constituyen inversiones, servicios, derecho de la propiedad intelectual, mecanismos de solución de controversias y reglas de comercio (antidumping, salvaguardias, medidas compensatorias, comercio electrónico, política de competencia y compras gubernamentales, cláusula laboral y medio ambiente).

Las siguientes reflexiones están orientadas a suministrar una panorámica general de estos ocho temas y su relación con lo que se ha dado en llamar la agenda del desarrollo latinoamericano.

Conviene señalar que respecto a estos estratégicos asuntos existen en la región dos percepciones: los que buscan una negociación del tipo OMC-'like' y otros que prefieren una agenda NAFTA-'like', según sea la profundidad de los compromisos a asumir.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1. Inversiones

Como es sabido, el comercio internacional contemporáneo se finca en mercancías, servicios e inversiones, de lo cual deriva que los temas de fronteras (aranceles, barreras no arancelarias, normas de salud y fitosanitarias, etc.) carecen de eficacia si no se vinculan a inversiones, reglas de origen, propiedad intelectual, servicios financieros y otros.

Por ello, la inversión y los inversionistas constituyen factores estratégicos que reclaman en ALCA un tratamiento de "full protection and security" y libertad máxima a sus actividades. Por su parte, la agenda del desarrollo, si bien comparte la presencia de las inversiones como coadyuvante del crecimiento regional, no percibe tan favorablemente esa libertad reclamada en los diversos foros mundiales, como OMC y OCDE, incluyendo el fustrado Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI).

En ALCA el tema no ha logrado los consensos esperados. Así EE.UU. y Canadá postulan que las reglas de inversiones deberían contener no sólo inversiones directas, sino también indirectas o de portafolio. A esa posición se oponen varios países (Brasil, Argentina) que sostienen que dichas reglas deberán restringirse a las Inversiones Extranjeras Directas (IED).

Adicionalmente, en lo que hay consenso es que el ALCA debe garantizar la certidumbre jurídica a las inversiones directas, a las cuales debe tratarse con transparencia y legalidad en materia de expropiaciones, repatriaciones, requisitos de desempeño, trato nacional y de nación más favorecida, mecanismos de solución de controversias, aspectos todos contemplados tanto en el TLCAN como en el TLC-EUA-Chile de reciente aprobación.

2. Servicios

El capítulo de servicios representa otra tensión entre la "agenda del desarrollo" y el interés de los países exportadores de servicios (Estados Unidos y Canadá). Cabe señalar que la participación de los servicios en el PIB en la región supera el 60%, lo que evidencia la alta significación de dicho sector en la economía regional.

Dos han sido los tópicos discutidos en las negociaciones sobre servicios: a) La inclusión o exclusión de los mismos en listas positivas y negativas. Los países latinoamericanos en general prefieren negociar listas positivas de servicios, mientras Canadá y EE.UU. proponen listas negativas. b) Respecto a la observancia en el

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ALCA del Acuerdo GATS (Acuerdo sobre Servicios de la OMC), un grupo de países acepta la metodología de los cuatro módulos de prestación de servicios: transfronterizos, prestación de servicios en el exterior, presencia comercial y movimientos temporales, sean incorporados al capítulo respectivo.

En cambio, para Estados Unidos, México, Chile y los países caribeños, defienden que la presencia comercial en servicios sea tratada en el capítulo de inversiones, sujeta a las normas de protección total y libertad de capital.

El capítulo se completa con regulaciones en materias de telecomunicaciones y financieras, superando las disciplinas convenidas en el TLCAN.

3. Derecho de la propiedad intelectual

La propiedad intelectual, que abarca propiedad industrial y derechos de autor, adquiere en la era del conocimiento el carácter de insumo estratégico para las economías regionales.

El ALCA en este capítulo se articula a los tratados de París-Berna, el ADPIC de la OMC y el capítulo XVII del TLCAN. Bajo estas disciplinas se reiteran tres principios fundamentales: Trato Nacional, Trato de Nación más favorecida y Transparencia.

Como es lógico, frente a la protección de la propiedad intelectual hay dos percepciones que derivan de precedentes de la propia OMC. Para los países desarrollados ésta protección se encamina a resguardar la inversión económica de empresas, sin consideración de orden público o social alguno.

Afortunadamente, el proyecto de capítulo del ALCA armoniza y atenúa tal pragmática afirmación y al respecto señala en el artículo 2.1:

"La protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual que contempla el presente capítulo deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología en las Américas, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos, a fin de favorecer el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones".

Este precepto unido a la transferencia de tecnología en favor de los países en desarrollo indica un leve avance respecto al capítulo XVII del TLCAN. Adicionalmente, los nombres de dominio, las denominaciones de origen, los derechos conexos, la cláusula moral en las patentes, conocimiento tradicional y acceso a los recursos genéticos, modelos de utilidad, regulación de variedades

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vegetales advierten, independientemente de los "corchetes" del tercer borrador, que las negociaciones van por buen camino, por lo menos a nivel del texto formal del proyecto de tratado ALCA.

4. Mecanismos de solucion de controversias

Este capítulo está referido a los probables conflictos y controversias que se presenten al interpretar o aplicar las disposiciones en el territorio de cada uno de los treinta y cuatro estados partes del ALCA. Así, cuando una parte considere que una medida vigente, o en proyecto de la otra parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones del ALCA y pudiere causar anulación o menoscabo de los beneficios que se pudo haber esperado recibir de su aplicación, tiene derecho a activar los mecanismos del capítulo.

Bajo el principio de cooperación, no es aceptable tomar medidas o represalias sin consultas, a menos que se hayan agotado las disciplinas prescritas en el capítulo.

Las consultas, los casos de urgencia y la creación de grupos neutrales, las listas de integrantes, la aceptación del Código de Conducta y reglas de procedimiento, son aspectos que desarrolla el capítulo.

El marco institucional bajo la tuición de la Secretaría del ALCA lo compone un órgano ejecutivo de solución de controversias y un órgano de apelación.

Finalmente, en materias en que las partes contendientes estimen que son competentes los órganos de la Organización Mundial de Comercio, elegido dicho foro, no habrá posibilidad de activar estos mecanismos convenidos en el Capítulo XXIII del ALCA que precedentemente hemos resumido.

5. Política de competencia

El proyecto del capítulo XIX del ALCA está referido a disciplinas que eviten o sancionen las prácticas anticompetitivas, tanto de empresas estatales como de agentes privados.

La competencia y concurrencia son factores que inciden y se conectan con otros capítulos como inversión y compras de gobierno, de tal suerte que sin evitar y prevenir las prácticas anticompetitivas, las desregulaciones y aperturas tendrían efectos negativos en los mercados.

En efecto, los comportamientos anticompetitivos que se contemplan son, además de los monopolios estatales designados legalmente que deben actuar con

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

criterios de racionalidad económica privada, acuerdos entre competidores con efectos sobre los precios; los abusos de empresas o grupos de empresas con función de dominio en un mercado relevante y las concentraciones, fusiones o adquisiciones de efectos anticompetitivos que afecten la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

Los principios básicos perfilan este proyecto de capítulo: Transparencia, Derecho de Audiencia, Protección a la Confidencialidad y Cooperación entre los gobiernos, constituyen los consensos de los futuros miembros del ALCA, los que deben actualizar y emitir leyes nacionales de competencia funcionales a estos principios convenidos en el ALCA.

Finalmente, conviene destacar que las tesis de Canadá y Chile para disciplinar las prácticas desleales junto a las prácticas restrictivas, a nivel de la legislación interna de cada país, no han prosperado en el ALCA, que ha seguido el esquema segmentado, de separarlas en capítulos distintos, pese a responder ambos al concepto genérico de prácticas anticompetitivas con efectos extraterritoriales.

6. Reglas de comercio (antidumping, salvaguardias y medidas compensatorias)

Una de las barreras no arancelarias más frecuentes en el comercio internacional actual la conforman las prácticas desleales de dumping y subvenciones y el uso y abuso de medidas de salvaguardias.

En cuanto a la práctica de dumping, el capítulo no ofrece elementos nuevos respecto al acuerdo antidumping de la OMC. Por otra parte, EE.UU. ha reiterado que en dicha regulación el ALCA no puede modificar su actual legislación, que como sabemos deriva de la sección 731 de la Ley de Comercio de 1930.

Las medidas compensatorias se refieren a sobretasas arancelarias que gravan importaciones que han recibido subsidios o subvenciones en sus países de origen. Aquí el capítulo reenvía al Acuerdo sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios de la OMC, sin tampoco promover cambios significativos a nivel regional.

Las medidas de salvaguardias se contemplan en un capítulo especial (XIV) y constituyen también sobretasas arancelarias y/o restricciones cuantitativas que se aplican a importaciones súbitas e imprevistas, que por su volumen o cantidad provocan un daño grave o amenaza de daño grave a una rama de la producción del país de destino. Se contemplan salvaguardias provisionales por sectores específicos y las globales, que pueden ser reguladas por el acuerdo de Salvaguardias de la OMC.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

7. Compras gubernamentales

Las compras de gobierno se han percibido como un instrumento utilizado por diversos países como estímulo a los productores nacionales en sectores prioritarios. Desde la creación de la OMC, los países industrializados han pugnado por remover esta restricción y abrir dicho mercado a la competencia internacional.

En el ALCA, a nueva cuenta, se presenta esta demanda, aunque los socios mayores mantienen en sus propios mercados severas limitantes. Brasil tiene una Ley Federal que establece reservas básicas para los productos brasileños y EE.UU. regula dicho sector con tres leyes plenamente vigentes, pese al capítulo X del TLCAN: Buy American, Balance of Payment Programa and Small Bussiness Act. Estas leyes privilegian a las empresas pequeñas y medianas, permitiendo autonomía a los órganos licitantes, con lo cual anulan las prescripciones convenidas en los tratados internacionales.

Aquí se observan reservas de todo tipo y los consensos se ven lejanos por la contradicción de intereses y el impacto social de una apertura repentina y no gradual. Como integrante del grupo duro de problemas del ALCA, lo más probable es que este capítulo sea calificado como un acuerdo plurilateral en que no todos suscriben en su totalidad su contenido.

8. Comercio electrónico

La utilización y el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones ha propiciado un cambio importante en el ámbito comercial al redefinir la dicotomía tradicional de comercio nacional e internacional. Hoy se habla de un comercio electrónico, digital o virtual. Así la reducción del tiempo y disminución de la distancia han dinamizado los mercados y cambiado la cultura empresarial en todos los aspectos.

El ALCA no es ajeno a estos procesos, por cuanto los capítulos Comercio Transfronterizo de Servicios y el área de los Servicios Financieros exigen que la región establezca criterios jurídicos mínimos al respecto.

Se trata de facilitar el comercio electrónico, sin reglamentaciones burocráticas, al suministro electrónico de servicios, ni tributos aduaneros, bajo principios de no discriminación para los productos digitales.

La cooperación en materia de compartir información y experiencia sobre leyes, regulaciones y programas en el comercio electrónico es una intención

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

declarada en el ALCA, máxime que el TLC-EE.UU.-Chile ya contempla en el capítulo quince esta materia estratégica para el comercio globalizador del presente.

V. ALCA Y UNA AGENDA DEL DESARROLLO

El sentido y complejidad de los temas brevemente descritos obligan a evaluar este proyecto de integración hemisférica en un contexto superador de los simples flujos de comercio e inversiones. Es necesario y en base a la experiencia del TLCAN, plantear una visión de conjunto, sin prejuicios, a fin de ver con antelación los posibles efectos intro y extrahemisféricos.

Hay consenso que el estándar predominante en Latinoamérica se encuadra en un regionalismo abierto, que se expresa en diversos acuerdos y bloques comerciales subregionales.

La constante en todos ellos, con la excepción del TLCAN, es que enfatizan las disciplinas en los temas de fronteras, oscilando entre zonas de libre comercio incumplidas y uniones aduaneras imperfectas.

El TLCAN es el primer instrumento mercantil trilateral que al integrar negociaciones Norte-Sur instituye disciplinas que arduamente todavía se discuten en la Organización Mundial de Comercio. Se trata del llamado núcleo duro que, como vimos más arriba, articula y profundiza compromisos no fáciles de cumplir, especialmente en países latinoamericanos, en que el Estado sigue jugando un papel estratégico en el desarrollo regional.

Por ello ALCA es un desafío, más allá de los impactos geoeconómicos y geopolíticos, al estilo de desarrollo regional. En otras palabras el ALCA, como posibilidad y riesgo, obliga, en el contexto del regionalismo abierto, a la definición o redefinición de los modelos de desarrollo latinoamericanos por sustitución de importaciones y desarrollismo nacional que estuvieron vigentes hasta la década de los ochenta. Así, el papel del Estado como inductor del desarrollo, los márgenes de políticas industriales sustentadas, en parte, en las compras de gobierno y las protecciones gubernamentales a las pequeñas y medianas empresas, son aspectos sobre los cuales el ALCA tendrá repercusiones significativas.

Por ello es fundamental que en el horizonte del regionalismo abierto vigente en el continente, los países puedan elaborar una agenda de desarrollo mínima, que sin proteccionismos aberrantes equilibre los costos-beneficio de un ALCA que, armonizando los indicadores socioeconómicos-asimétricos de sus miembros, coadyuve a crear los empleos y empresas que nuestras sociedades reclaman con vehemencia.

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Una agenda del desarrollo económico-social mínimo debería contener algunos de los puntos que a continuación mencionamos:

1. Acceso fluido y estable para los productos regionales al mayor mercado del planeta.

2. Fomento y certidumbre jurídicas para las inversiones extranjeras directas.

3. Reserva de políticas públicas para fomentar educación, ciencia y tecnología para la región.

4. Plantear listas exclusivas en materia de desregulación y liberación de los servicios, evitando que las asimetrías tecnológicas aumenten el desempleo en la región.

5. Reservar los sectores agrícolas a los productores nacionales, mientras los países del norte no eliminen los subsidios a sus producciones agropecuarias.

6. Defender los recursos naturales de explotaciones irracionales que atenten contra el medio ambiente.

7. Creación de un espacio específico de negociación para el tratamiento de los temas laborales y sociales, en especial la observancia de todos los instrumentos internacionales referidos a derechos humanos, incluyendo los derechos económicos y sociales.

8. Adopción de la cláusula social, que obliga a los estados parte a respetar y cumplir las normas fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

9. Adopción de medidas para garantizar que los países tengan las autonomías y el derecho de regular el flujo de capital especulativo y de esta forma proteger sus economías contra inestabilidades financieras y los ataques especulativos de los capitales financieros.

10. Realización de negociaciones graduales y flexibles de la liberalización comercial, con plazos más largos para las economías en desarrollo y más pobres.

11. Eliminación en los acuerdos de cualquier limitación y/o condicionamiento a la implantación de políticas de desarrollo nacionales y a la adopción de legislaciones que permitan a los países proteger (temporal o definitivamente) sus áreas más sensibles (principalmente en los capítulos sobre inversiones, liberación de servicios, propiedad intelectual); acceso a patentes y propiedad intelectual en las áreas básicas para la implantación de servicios esenciales a la población (salud, energía, agricultura, etcétera), y plazos mayores en la limitación de patentes para los países de menor desarrollo.

12. Garantizar a los estados nacionales la adopción de mecanismos y normas

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que regulen la conducta empresarial para proteger los intereses económicos y sociales.

13. Creación de mecanismos jurídicos de protección ambiental que impidan la acción destructiva de los grandes grupos económicos en detrimento del medio ambiente.

En consecuencia, el ALCA debiera replantear los esquemas centrados en forma exclusiva en el libre comercio y proponer enfoques más amplios que, sin desconocer los logros de la interdependencia productiva y tecnológica, se inserten en proyectos nacionales que fomenten el desarrollo económico con empleo y que ubiquen el respeto y vigencia de los derechos económicos y sociales, en contextos de sujetos de la globalización y no de meros objetos, reflejos de una globalidad ajena e impuesta por los centros del poder mundial.

REFERENCIAS

Barrier, Mattew W. 2000. "Regionalization: The choice of a new millenium", Currents, South Texas College of Law, vol. IX, Nº 2, 2000.

Batista Jr. y Paulo Nogueira. 2003. A Alca e o Brasil. Textos para Discussão, Série Economia de Empresas, Nº 122, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, março.

Bouzas, R. 2003. "Mecanismos para compensar los efectos asimétricos de la integración regional y la globalización: El caso del Mercosur", presentado en el seminario "Enfrentar los desafíos del desarrollo regional en LAC", Asamblea de Gobernadores del BID, Milán, marzo (procesado).

Bruner, Christopher M. 2002. "Hemispheric integration and the politics of regionalism: The Free Trade Area of the Americas (FTAA)", Inter-American Law Review, Miami, vol. 33, Nº 1, University of Miami, Spring, EUA.

Bustillo, Inés y José Antonio Ocampo. 2002. Asymeties and cooperation in the Free Trade Area of the Americas, Harvard University Forum, diciembre.

Cepal 2002. "Las relaciones comerciales Argentina-Estados Unidos en el marco de las negociaciones del ALCA", Roberto Bouzas (coord.), Serie Estudios y Perspectivas, Nº 6, Oficina de la Cepal, Buenos Aires, Argentina, abril.

Cintra,Marcos y Carlos Henrique Cardim. 2002. O Brasil e a ALCA, Câmara dos Deputados e Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, Brasilia.

Nogués, Julio J. 2002. "Issues on Agricultural Negociations in the FTAA and Linkages with the Doha Round", paper prepared for the Conference "Bridging

Artículo: Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Jorge Witker

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

the divide: Towards a consensus on free trade in the Americas", Intera-American Dialogue, Washington, november.
Rose, Andrew, K. 2002. "Do we really know that the WTO increases Trade", Discussion Paper Series Nº 3538, Center for Economic Policy Research, London.
Stephenson, Sherry. 2002. Services in the Western Hemisphere: Liberalization, Integration and Reform, Organization of American States, Washington.
Soloaga, Y. y A. Winters. 2001. "Regionalism in the nineties: What effect on trade", The North American Journal of Economics and Finance, Nº 12, North-Holland, pp. 1-29.
Stiglitz, Joseph E. 2002. El descontento con la globalización, Taurus-Bogotá.
Ventura-Días, V. 2001. "Notas sobre acesso aos mercados e a formação de uma area de livre comercio com os Estados Unidos", Serie Internacional 20, División de comercio internacional e integración, Cepal, diciembre.
Winters, L. Alan. 2002. "Doha and the world poverty targets", documento presentado en la Conferencia anual sobre economía del desarrollo del Banco Mundial, Washington, D.C., abril.
Witker, Jorge. 2002. "Los derechos económicos y sociales en el contexto del Area de Libre Comercio de las Américas", Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, varios autores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.