

Su origen, fundamento y efectos jurídicos

El Fast Track



Por Arturo Fermandois Vohringer
Abogado, MPA Harvard University
Profesor de Derecho Constitucional de la
Pontificia Universidad Católica de Chile

El proyecto del "Fast Track Negotiating Authority", pendiente en el Congreso de Estados Unidos, ha pasado de ser una curiosidad extranjera propia de estudiosos a una herramienta legislativa trascendental para los objetivos integracionistas de Chile. Las sucesivas postergaciones en su tramitación legislativa y final aprobación tienden a acrecentar la relevancia de este instrumento para nuestro país, empeñado en ingresar al NAFTA cuanto antes. ¿En qué consiste, jurídicamente, este mecanismo? ¿Cómo surgió? ¿Pueden negociarse acuerdos comerciales con Estados Unidos sin Fast Track? Responderemos estas interrogantes acudiendo sumariamente a las características del sistema legislativo norteamericano, a los objetivos del Fast Track y a sus antecedentes institucionales en el Congreso estadounidense. Luego, podremos abordar su "ratio legis" y aventurar respuestas de la negociación de tratados con y sin Fast Track.

1.- El Sistema Político - Legislativo Norteamericano

Los orígenes del Fast Track se sitúan en la naturaleza misma del sistema político norteamericano. Tal sistema dista de ser presidencialista, si por ello entendemos

una estructura constitucional de preeminencia del Presidente por sobre el resto de los órganos del Estado. El poder militar y protagonismo internacional del Presidente norteamericano, junto a la ausencia de los elementos institucionales típicos del parlamentarismo como un poder ejecutivo dualista, el voto de censura parlamentario, la disolución del parlamento y otros, conducen erróneamente a pensar que se trata de un país netamente presidencial. Nuestra convicción es, por el contrario, que el norteamericano es un sistema ubicado más cerca del parlamentarismo que del presidencialismo, si se atiende al resultado sustantivo de la ordenación de sus instituciones. Este resultado no es otro que la indiscutible preeminencia del Congreso por sobre el Presidente. Revisemos entonces algunos elementos que determinan la subordinación presidencial en Estados Unidos, como primer antecedente para una comprensión del mecanismo del Fast Track.

1.- Elementos Constitucionales de Subordinación Presidencial.

Revisemos ciertos elementos constitucionales que explican la subordinación del ejecutivo al Congreso.

Iniciativa Legislativa. El Presidente norteamericano carece de iniciativa legislativa.

Esta herramienta básica para la figura del Presidente en los sistemas presidenciales le ha sido negada constitucionalmente al mandatario norteamericano, determinando su posición de subordinación frente al Congreso en el proceso de formación de la ley.

Iniciativa Económica Exclusiva /Control Presupuestario. El ejecutivo norteamericano carece del control presupuestario de la nación, en los términos amplios que se consagran en Chile (art. 62 de la Constitución chilena). No existe en la constitución norteamericana el mecanismo de las leyes de iniciativa exclusiva del Presidente, que en nuestro sistema impide que los parlamentarios introduzcan proyectos de ley en áreas económico-sociales, las que por su naturaleza generan gastos. Son los miembros del Congreso norteamericano a los que se ha conferido el poder de proponer y aprobar tales leyes, facultad de la que han hecho uso progresivo y para algunos abusivo a partir de la década de 1960, mediante los llamados "entitlements" o gastos sociales. El origen del actual déficit presupuestario norteamericano de varios trillones de dólares, cuyos intereses anuales alcanzan cerca de 15 mil millones de dólares, ha sido precisamente la diversificación constitucional en la iniciativa parlamentaria, que atribuye un protagonismo

Los acuerdos comerciales internacionales son, para el derecho de los Estados

Unidos, una materia especial que difiere de los tratados, con normas constitucionales y procedimientos especiales

legislativo si no exclusivo, totalmente desequilibrante al Congreso.

Agenda Legislativa. Este es el punto que más distancia a un régimen presidencial tradicional del sistema norteamericano, desde una perspectiva orgánica. La agenda legislativa es manejada, en Estados Unidos, completamente por los Comités, Subcomités y sistemas de liderazgos formales e informales de cada Cámara. Entendemos por "agenda", el calendario de prioridades y urgencias legislativas que formarán la tabla de discusión de los proyectos de ley. En otras palabras, las prioridades legislativas son definidas y ordenadas por el "Speaker" de la Cámara de Representantes, el líder de la Mayoría en el Senado, los presidentes de los Comités y de los Subcomités del Congreso, y los líderes partidarios de las mayorías y minorías en cada cámara.

En un régimen presidencial, en tanto, la agenda legislativa es preponderantemente manejada por el Presidente de la República, a través del mecanismo de las urgencias. La Constitución chilena, por ejemplo, confiere al primer mandatario gigantescos poderes en la determinación de las prioridades parlamentarias. En virtud de lo preceptuado en los artículos 71, sobre las urgencias en la tramitación de proyectos de ley, y 52, sobre legislatura extraordinaria, a modo de ejemplo, la Constitución chilena define en este punto un clásico régimen "neo presidencial" -como suele clasificarse a nuestro país-, en que existe un sólo legislador preponderante, que es el Presidente de la República. Este mantiene com-

pletamente atareado al Congreso en las prioridades que le señala, al punto de afectar gravemente la tramitación de los proyectos presentados por los propios parlamentarios.

ii. Elementos Políticos de Subordinación Presidencial

Existen también ciertos fenómenos no jurídicos que contribuyen a la subordinación presidencial.

Debilidad Partidaria. El sistema de partidos norteamericano es definitivamente más débil que en sistemas presidenciales tradicionales. La pertenencia a una colectividad no produce los efectos políticos y legislativos a los que estamos acostumbrados en Chile, donde el Presidente llega a su cargo apoyado por una coalición de partidos con mayoría en el Congreso. Los legisladores son patrocinados por los partidos y se incorporan a ellos como muestra de una adhesión doctrinaria sólo general, que admite insospechadas variantes en su interior. Los parlamentarios son dueños de una fuerte autonomía de sus partidos, y las votaciones en contra de la postura oficial de los partidos, es, si no regla general, sumamente corriente. De esta forma, el poder ejecutivo no puede contar anticipadamente con sus partidarios en el Congreso; debe persuadirlos, a ellos y a sus líderes, que legítimamente pueden apartarse del criterio presidencial. Lo mismo ocurre respecto del partido opositor.

Descentralización Geográfica. Estados Unidos es un país federal proveniente de una confederación de estados independientes que, muy recelosos de todo poder central, se unieron por la Constitución de 1787. La forma del Estado norteamericano

ha resultado determinante en la creación de una democracia eminentemente local y descentralizada. Por ende, los representantes y senadores se deben, esencialmente, a sus distritos y estados representados, por sobre cualquier otra lealtad a partidos, a presidentes, o a estados extranjeros en busca de tratados de comercio. De ahí que la forma eficaz de hablarle a un legislador norteamericano es indefectiblemente a través de sus distritos. Esto debilita aún más, en consecuencia, al Presidente.

Renovación Bianual de la Cámara. La Constitución dispone la renovación de la Cámara de Representantes, completa, cada dos años. En armonía con el elemento de la descentralización, la renovación bianual enfatiza la independencia de los representantes. La consiguiente incerteza relega a los problemas doctrinarios y de grandes políticas a un plano secundario cuando se trata de favorecer el distrito o estado representado y produce graves problemas a los partidos y sus programas.

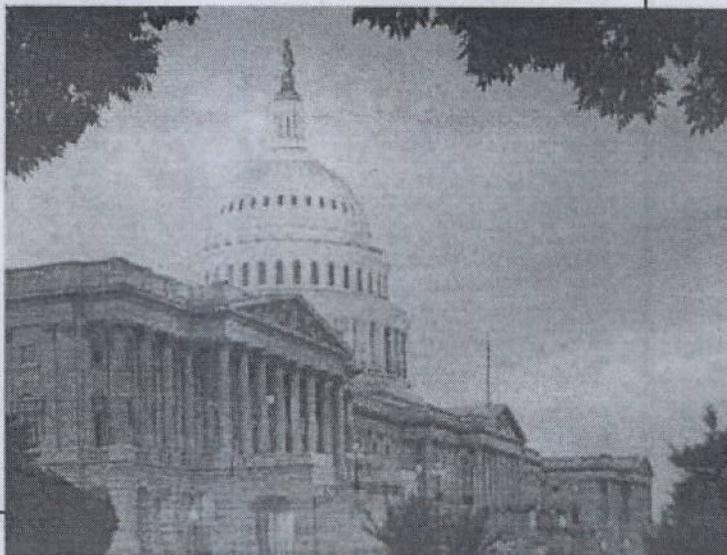
2.- Orígenes del Fast Track

Corresponde ahora hurgar en los orígenes más inmediatos del Fast Track Negotiating Authority.

a) Disposiciones Constitucionales en materia de Comercio.

La Constitución norteamericana establece una relevante distinción entre Tratados Internacionales y Acuerdos para la Regulación del Comercio con Países Extranjeros. Los acuerdos comerciales internacionales son, para el derecho de los Estados Unidos, una materia especial que difiere de los tratados, con normas constitucionales y procedimientos especiales.

La forma eficaz de hablarle a un legislador norteamericano es indefectiblemente a través de sus distritos



El Artículo II, Sección 2 de la Constitución dispone respecto de los Tratados:

"El (Presidente) tendrá el poder, por y con el consentimiento del Senado, de hacer Tratados, siempre que dos tercios de los senadores presentes concurren."

Este precepto constitucional señala la regla general para acordar y aprobar los Tratados Internacionales. El poder de negociarlos es del Presidente, y se entenderán aprobados si dos tercios de los senadores presentes -norma de quorum calificado- lo aprueba. Nótese que la intervención del legislativo queda circunscrita al Senado, sin consulta alguna a la Cámara de Representantes.

No obstante lo anterior, el Artículo I de la misma Constitución, en su Sección 8ª, al tratar los poderes del Congreso en materia comercial, dispone:

"El Congreso tendrá el Poder de...Regular el Comercio con las Naciones Extranjeras..."

Estas dos normas son en consecuencia armónicas. Todos los acuerdos internacionales que Estados Unidos suscriba, y que se refieran a regulaciones comerciales con otros estados, son competencia del Congreso. En este caso el Congreso -Art 1, Sección I- se entiende formado por el Senado y la Cámara de Representantes. Los demás acuerdos internacionales que suscriba el Presidente podrán, eventualmente, ser considerados tratados, y como tales están únicamente sujetos a la aprobación calificada del Senado.

De conformidad a estas normas, la intervención del Congreso en materia de Acuerdos Comerciales (Agreements) se materializa en dos instancias constitucionales: 1.- Delegación de poder al Presidente para negociar acuerdos en materias comerciales con naciones extranjeras, poder que pertenece originalmente al Congreso; y 2.- Aprobación de la ley que implementa internamente el Acuerdo Comercial suscrito por el Presidente.

Este marco constitucional para normar el comercio con el extranjero, sin embargo, comenzó a producir las primeras reflexiones contrarias durante la década de 1970. Cuando durante aquellos años el Presidente norteamericano concurría al Congreso y solicitaba autorización para negociar con gobiernos extranjeros acuerdos comerciales de efectos arancelarios y no arancelarios, la reacción parlamentaria era de suma preocupación. Tanto los acuerdos sobre reducciones de barreras no arancelarias, como los acuerdos amplios de comercio



La Constitución norteamericana impide que el Presidente regule el comercio con naciones extranjeras sin una previa delegación de facultades del Congreso

tocan y afectan materias centrales de políticas domésticas. El Congreso había venido librando batallas desde mucho antes en temas tales como estándares medioambientales, responsabilidad por productos defectuosos y requerimientos sobre productos médicos, a modo de ejemplo. En consecuencia, el Congreso solía resistirse a permitir que la implementación de los acuerdos internacionales alcanzados por el Presidente desfiguraran el trabajo legislativo en esas áreas. Luego, el camino usado tradicionalmente por el Congreso fue conferir tal autoridad al Presidente y facultarlo a que negocie todos los acuerdos que estime, pero exigirle que vuelva con tales acuerdos al Congreso y los presente para su revisión y aprobación parlamentaria.

El problema surgió entonces para el Presidente, quién, luego de experiencias negociadoras acumuladas ya durante varias décadas, planteó formalmente al Congreso que este procedimiento no estaba resultando aceptable para los gobiernos extranjeros. En efecto, los negociadores extranjeros jugaban sus cartas en una complicada negociación entre poderes ejecutivos, y obtenían por adelantado los compromisos políticos necesarios que respalden las posturas oficiales. Sin embargo, tenían al frente a un grupo "exprimiendo" la negociación en una primera instancia, para luego dar paso a un segundo relevo de negociadores que conforman un grupo de naturaleza inorgánica, indefinida, multipersonal (535 personas) y extremadamente compleja e incierta en sus procedimientos: el Congreso norteamericano. En resumen: bajo este sistema, Estados Unidos estaba obteniendo "dos mascaradas de la manzana"

y los gobiernos extranjeros perdiendo votos en la siguiente elecciones internas por descenso en su eficiencia negociadora.

b) El "Trade Act de 1974" y el Veto Legislativo

Este cuerpo legal vino a ofrecer la primera solución a los problemas comentados. Los redactores del Trade Act de 1974 se abocaron a explorar un procedimiento legislativo que diera garantías tanto al Congreso como al Presidente. Se buscaba por una parte resolver el problema de la credibilidad negociadora del ejecutivo norteamericano frente a sus contrapartes extranjeras, y por otra, mantener el control parlamentario sobre la implementación de los acuerdos comerciales. El primer intento de solución para esta compleja ecuación fue el uso del llamado "Veto Legislativo"

El veto legislativo es un mecanismo que permite al Congreso vetar determinadas regulaciones dictadas por el Presidente de una facultad previamente delegada por aquel. Así, se reconocen en el veto legislativo tres elementos: a) Delegación legislativa (statutory delegation) del Congreso al Presidente para la dictación de normas regulatorias, en tiempos de necesidades públicas excepcionales; b) El ejercicio de tal facultad, mediante la dictación de tales normas por el Presidente, sobre materias más propiamente regulatorias pero eventualmente también sobre materias de ley; y c) El poder reservado al Congreso para invalidar, mediante su veto, las normas dictadas por el Presidente.

El veto legislativo tuvo su origen en una iniciativa del Presidente Herbert Hoover (1929-1933) en sus tiempos de Ministro de Comercio, cuando en 1924 solicitó al Con-

greso una delegación especial para reorganizar el aparato estatal. El Congreso aceptó, y le permitió actuar mediante la presentación de su propuesta al Congreso, sin forma de ley, propuesta que estaría sujeta al veto parlamentario. Durante las siguientes décadas, el veto legislativo se consolidó como un exitoso intento por controlar una presidencia que venía creciendo en atribuciones y poder económico desde los años del "Great Deal" (F. Roosevelt, 1933 - 45), crecimiento que se profundizó en las presidencias de Kennedy, Johnson y Nixon hasta llegar a los que sus críticos denominaron "presidencia imperial". Consolidado como herramienta de control, el Congreso introdujo el veto legislativo en cientos de leyes y logró, en alguna medida, subordinar al Presidente en su programa.

c) Watergate y el Fast Track

En 1974 los redactores del Trade Act también recurrieron al veto legislativo. El primer borrador contemplaba facultar al Presidente para negociar acuerdos comerciales, pero exigía que antes de que ellos fueran terminados, el mandatario debía consultar al Congreso e introducir las perspectivas parlamentarias. Luego, una vez terminado el acuerdo, el propio Presidente debía redactar el proyecto de ley que implementase el acuerdo y someterla al Congreso, que de no vetarla, se convertiría en ley.

El Senado, sin embargo, estaba renuente a conferir autorizaciones al Presidente. En 1974, el escándalo Watergate estaba en plena evolución y esto había conseguido desprestigiar a la presidencia completa, como institución. El Presidente norteamericano, a esa fecha, era definitivamente poco confiable para los parlamentarios. La tramitación del Trade Bill, de hecho, estuvo detenida y sólo se activó luego de la renuncia de Richard Nixon, el 9 de agosto de 1974. El Senado rechazó la fórmula del veto legislativo, por razones políticas y no constitucionales, como las que se levantarían luego en la década de 1980. El Senado, en definitiva, rechazó el veto legislativo y propuso un borrador alternativo, que se transformó en ley, y que se ha venido llamando "Fast Track".

La consolidación del Fast Track por sobre el veto legislativo tuvo lugar en 1983, con la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso "Immigration and Naturalization Service Versus Chadha". En este fallo, la Corte declaró inconstitucional el veto legislativo fundada en que éste infringía

los principios constitucionales del bicameralismo (al permitir el veto individual de las cámaras) y de presentación al Presidente (toda norma emanada del Congreso destinada a producir efecto respecto de terceros, debe presentarse al Presidente). En síntesis, el veto legislativo fue declarado inconstitucional por la Corte, lo que obligó a suspender su uso y buscar fórmulas alternativas.

3.- Contenido del Fast Track

El Fast Track introducido por primera vez por el Trade Act de 1974, es un procedimiento para la aprobación de acuerdos internacionales sobre medidas no arancelarias. Este primer Fast Track fue un intento por conservar las características esenciales del veto legislativo, pero introduciendo un elemento clave para la entonces desconfianza del Congreso hacia el Presidente: el Período Previo de Consultas al Congreso. Luego, con posterioridad a 1983, además el Congreso debió sortear los límites constitucionales que el caso "Chadha" le impuso al veto legislativo.

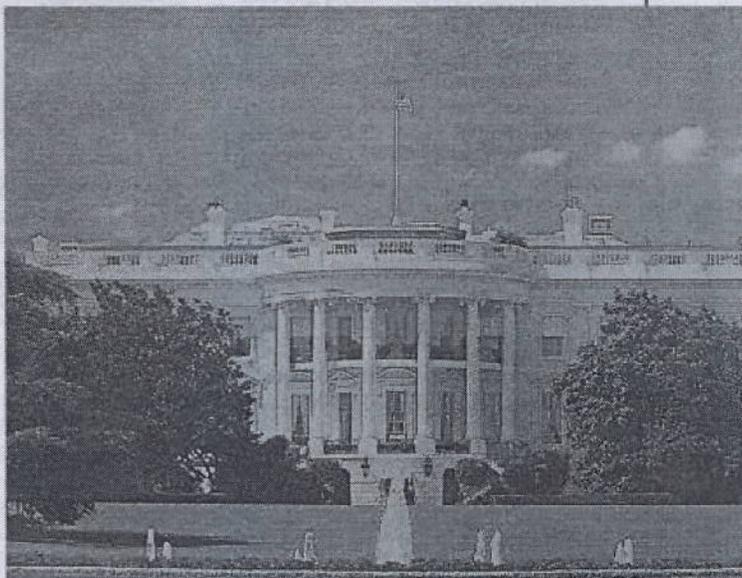
El Período de Consultas Previas, consiste en someter al Presidente, antes de que negocie cualquier Acuerdo Comercial, a un período forzoso de consultas al Congreso sobre materias como la naturaleza del acuerdo, políticas y objetivos comerciales del acuerdo, la extensión en que tal acuerdo permitirá alcanzar los diversos objetivos comerciales que se señalan, y todas las materias sobre la futura implementación del acuerdo. Así diseñado, el Trade Act de 1974, y el Omnibus Trade Competitiveness Act de 1988, han señalado los siguientes elementos para procedimiento

de negociación "Fast Track":

a) Período de Consultas. El Presidente pone en conocimiento del Congreso su intención de negociar un acuerdo comercial y le consulta acerca de los elementos indicados. Los comités claves sugieren modificaciones o alteran los objetivos presidenciales.

b) Delegación. El congreso (titular original del poder, art. i, Secc. 8ª Constitución), delega al Presidente autoridad para negociar el acuerdo comercial.

c) Negociación Técnica. El Presidente



El origen del actual déficit presupuestario norteamericano de varios trillones de dólares, cuyos intereses anuales alcanzan cerca de 15 billones, ha sido precisamente la diversificación constitucional en la iniciativa parlamentaria, que atribuye un protagonismo legislativo desequilibrante al Congreso

negocia con gobiernos extranjeros los términos técnicos del acuerdo.

d) Enmiendas pre-envío formal al Congreso. Esta fase tiene por objeto adecuar el tratado a términos legales, para mejorar posibilidades de posterior aprobación y habida consideración de que su texto no se modificará. Una vez concluida la negociación técnica, el Presidente es obligado a enviar al Congreso el texto del acuerdo y un borrador de la ley que lo implementa. Esta ley está sujeta a modificaciones en los comités competentes del Congreso, los que intentarán adecuarla a la legislación norteamericana vigente, sin alterar los términos del tratado.

e) Envío formal al Congreso. Una vez

introducido formalmente el proyecto de ley que implementa el acuerdo; el procedimiento ofrece los dos efectos más famosos del Fast Track: i.- El Congreso debe pronunciarse en un máximo de 90 días. Los plazos máximos que se conceden son 45 días para los Comités de la Cámara de Representantes, 15 para la Sala de la Cámara; 15 días para el Comité de Finanzas del Senado y 15 para la Sala del Senado; y ii.- No se admiten modificaciones de ninguna clase al proyecto enviado al Congreso por el Presidente. De esta forma, quedan vedados los "mark ups" y el proyecto como un todo se somete a una votación de aprobación o rechazo. De esta forma, tanto las votaciones de ensayo - esencialmente modificatorias del proyecto original- como las comisiones mixtas quedan excluidas. El Fast Track, desde que impide modificaciones al proyecto presentado por el Presidente, proscribió tácitamente las comisiones mixtas.

4.-El "Trade Agreement Authority Act" de 1995

El borrador de Fast Track hoy pendiente en el Congreso norteamericano, llamado hasta ahora "Trade Agreement Authority Act of 1995", reconoce ciertas diferencias con las anteriores experiencias de Fast Track, que han sido el Trade Act de 1974, y el Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988 (bajo cuyo texto aprobó el NAFTA en diciembre de 1993). Algunos aspectos relevantes son los siguientes:

a) **Período.** El período que cubre la delegación negociadora va entre el 1º de enero de 1996 al 31 de diciembre de 1999. Por esto se ha dicho que, si este borrador finalmente se aprueba por el Congreso, pero Bill Clinton no quiere usarlo, habría tiempo para que el nuevo Presidente que se elegirá en diciembre de 1996 lo utilice a partir de 1997. El período puede ser extendido, además, hasta el año 2001, salvo acuerdo contrario del Congreso.

b) **Período de Consultas.** Chile aparece expresamente exceptuado del período de consultas previas que contempla todo Fast Track, sin duda en atención a que las negociaciones ya han comenzado desde la administración del Presidente Bush. En casos normales, el Congreso puede rechazar la negociación, mediante resolución conjunta, si el Presidente omite las consultas.

c) **Objetivos.** Se trata de objetivos gené-

ricos. Dentro de las metas de los acuerdos que autorizan negociar, además de las clásicas "obtener un comercio más abierto, equitativo, y recíproco..." el borrador de 1995 agrega "... promover el pleno empleo en Estados Unidos y en la economía global (mundial) y clarificar las reglas de las prácticas distorsionadoras de la importaciones y exportaciones".

d) **Asuntos Relacionados (Laborales y Medioambientales).** El Presidente puede incluir en el proyecto de ley que implementa el acuerdo asuntos relacionados (como laborales y medioambientales), pero sólo si son "directamente relacionados" y "necesarios" para los objetivos de comercio primeramente señalados. Por esto, se ha interpretado que los estándares medioambientales y laborales están fuera de la competencia del Presidente bajo este Fast Track.

d) **Ley Implementante.** Bajo los anteriores Fast Tracks, el Presidente debía demostrar que el proyecto de ley que implementaba el acuerdo era apropiado. En el borrador 1995, el Presidente debe demostrar que esa ley "...es necesaria para implementar el acuerdo.."

5.- Conclusiones

a) El Fast Track tiene su origen en las condicionantes que ofrece un sistema de supremacía institucional parlamentaria. Tal supremacía proviene de disposiciones constitucionales precisas y del proceso de formación histórica de Estados Unidos como país, y se manifiesta mediante diversos fenómenos políticos de subordinación presidencial. El Fast Track sucedió al veto legislativo como herramienta usada por el Congreso para controlar al ejecutivo, y

representa un intento para armonizar el control parlamentario del Presidente con la credibilidad negociadora de Estados Unidos. En el pasado, esta credibilidad se vio seriamente afectada cuando, con motivo de revisar la ley que implementaba diversos acuerdos comerciales suscritos por el Presidente, el Congreso modificaba, rechazaba o simplemente no se pronunciaba sobre el texto aprobado. b) Son reglas comunes del procedimiento de Fast Track la delegación Congreso - Presidente, el período de consultas previas, el período de discusión y enmiendas informales del Congreso, la urgencia para el despacho del acuerdo formalmente enviado por el Congreso, y la proscripción de las enmiendas parlamentarias al proyecto, que debe ser votado como un todo (en Chile, este último elemento tiene rango constitucional: art. 50 N 1 Constitución, congreso debe "aprobar o desechar" los tratados antes de su ratificación). c) El Fast Track propuesto para este año, el Trade Agreement Authority Act de 1995, bastante postergado en su tramitación, contiene pocas diferencias con otros dos Fast Tracks aprobados previamente. Ellas se refieren a la excepción aplicable específicamente a Chile del período de consultas previas al Congreso antes de que el Presidente "entre" o suscriba un acuerdo comercial, y al lenguaje con las que las cuestiones anexas al Convenio son autorizadas. En el actual borrador, dichos asuntos - presumiblemente laborales y medioambientales - sólo podrán ser incluidos si resultan directamente relacionados y necesarios para el libre comercio. Esta clase de autorización ha sido llamada "clean Fast Track". d) Con o sin la modalidad de Fast Track, la Constitución norteamericana impide que el Presidente regule el comercio con naciones extranjeras sin una previa delegación de facultades del Congreso (art. I, Sección 8º de la referida Carta Fundamental). e) El Fast Track es la única forma satisfactoria para Chile de anular parte de la gigantesca incerteza inherente al proceso legislativo de Estados Unidos. Esta incerteza deriva, a su vez, del sistema de preeminencia parlamentaria y debilidad presidencial, de la debilidad de los partidos políticos norteamericanos, del control de la agenda legislativa por los Presidentes de la Cámaras y Comités, Subcomités y líderes de la mayoría y minoría y de la carencia por parte del Presidente, en definitiva, de toda herramienta legislativa que no sea su propia capacidad de persuasión. ●

El Fast Track es la única forma satisfactoria para Chile de anular parte de la gigantesca incerteza inherente al proceso legislativo norteamericano