

NOVA SOUTHEASTERN UNIVERSITY  
Law Library

NOVA SOUTHEASTERN UNIVERSITY



# ILSA Journal of International And Comparative Law

SHEPARD BROAD LAW CENTER

**BILINGUAL EDITION**

**ILSA JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW  
NOVA SOUTHEASTERN UNIVERSITY  
SHEPARD BROAD LAW CENTER**

## ARTICLES

- Building a Common Frontier or Deconstructing a National Identity?:  
An Analysis of the Effort to Centralize Control of Third Country  
Immigration in the European Union. .... Catherine E. Halliday-Roberts
- General Electric/Honeywell Merger: European Commission Antitrust  
Decision Strikes a Sour Note ..... Ricky D. Rivers
- A Change for the Better: An Inside Look to the Judicial  
Reform of the Dominican Republic ..... Ingrid Suarez

## COMMENT

- The Hidden Cost of Free Trade: The Impact of U.S. World Trade  
Organization Obligations on U.S. Environmental Law Sovereignty ..... George Cavros

## ARTICLES-SP

- ¿Construyendo Una Frontera Común o Desconstruyendo Una Identidad Nacional?:  
Un Análisis del Esfuerzo de Centralizar Control de Inmigración de  
Tercer País en la Unión Europea ..... Catherine E. Halliday-Roberts
- Fusión de General Electric/Honeywell: Decisión Antimonopolio  
de la Comisión Europea Golpea una Nota Ágria ..... Ricky D. Rívers
- Una Mirada Adentro de la República Dominicana Después  
de la Reforma Constitucional de 1994: Un Cambio Beneficioso ..... Ingrid Suarez

## COMMENT-SP

- El Costo Oculto del Comercio Libre: El Impacto de la Organización  
Mundial de Comercio y los E.E.U.U. Sobre Las Obligaciones a La  
Soberanía del Derecho Ambiental de los E.E.U.U. .... Jorge Cavros

VOLUME 9

SUMMER 2003

NUMBER 3

---

**ILSA JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW**  
**NOVA SOUTHEASTERN UNIVERSITY**  
**SHEPARD BROAD LAW CENTER**  
**BILINGUAL EDITION**

---

Volume 9

Summer 2003

Number 3

---

**TABLE OF CONTENTS**

**ARTICLES**

- Building a Common Frontier or  
Deconstructing a National Identity?:  
An Analysis of the Effort to Centralize  
Control of Third Country Immigration  
in the European Union ..... Catherine E. Halliday-Roberts 501
- General Electric/Honeywell Merger:  
European Commission Antitrust Decision  
Strikes a Sour Note ..... Ricky D. Rivers 525
- A Change for the Better:  
An Inside Look to the Judicial Reform  
of the Dominican Republic ..... Ingrid Suarez 541

**COMMENT**

- The Hidden Cost of Free Trade:  
The Impact of U.S. World Trade  
Organization Obligations on U.S.  
Environmental Law Sovereignty ..... George Cavros 563

## ARTICLES-SP

- ¿Construyendo Una Frontera Comun  
o Desconstruyendo Una Ideal Nacional?:  
Un Analisis del Esfuerzo de Centralizar  
Control de Inmigracion de Tercer Pais  
en la Union Europea ..... Catherine E. Halliday-Roberts 587
- Fusion de General Electric/Honeywell:  
Decision Antimonopolio de la Comision  
Europea Golpea una Nota Agria ..... Ricky D. Rívers 615
- Una Mirada Adentro de la Republica Dominicana  
Despues de la Reforma Constitucional  
de 1994: Un Cambio Beneficioso ..... Ingrid Suarez 633

## COMMENT-SP

- El Costo Oculto del Comercio Libre:  
El Impacto de la Organizacion  
Mundial del Comercio de los E.U.  
Obligaciones Sobre la Soberania del  
Derecho Amiental ..... Jorge Cavros 657

# BUILDING A COMMON FRONTIER OR DECONSTRUCTING NATIONAL IDENTITY?: AN ANALYSIS OF THE EFFORT TO CENTRALIZE CONTROL OF THIRD COUNTRY IMMIGRATION IN THE EUROPEAN UNION

*Catherine E. Halliday-Roberts\**

I.	INTRODUCTION .....	501
II.	THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF IMMIGRATION LAW IN THE EU .....	504
	A. <i>Immigration Law Eludes Centralization</i> .....	504
	B. <i>Thirteen Nations Flirt with Unification</i> .....	506
	C. <i>The EU Institutions Ponder Centralization</i> .....	508
III.	CENTRALIZATION JUXTAPOSED WITH DECENTRALIZATION .....	511
	A. <i>Centralization of Immigration Law Ensures Uniformity</i> .....	511
	B. <i>Decentralization of Immigration Law Maintains National Sovereignty</i> .....	513
	C. <i>EU Federalism Initially Emulates United States Federalism</i> .....	516
IV.	DECENTRALIZATION PRESERVES SOVEREIGNTY WHILE LEAVING AN OPEN DOOR FOR INTERNATIONAL, RATHER THAN SUPRANATIONAL, CONTROL .....	520
V.	CONCLUSION .....	523

## I. INTRODUCTION

Faraway from the frightening attacks on the World Trade Center and the Pentagon, a wall next to a mosque in Northern England reads, “Avenge USA – kill a Muslim now.”<sup>1</sup> The terrorist attacks on September 11, 2001, although

---

\* Catherine Halliday-Roberts graduated Summa Cum Laude from Valparaiso University School of Law. She served as the Executive Managing Editor of her school’s Law Review and received the Burton Award for Excellence in Legal Writing for her Student Note on Immigration Law, published in 2001. She is a member of the State Bar of California and an Adjunct of Professor at Santa Monica College.

1. Peter Ford, *Xenophobia Follows US Terror; Amnesty International Says Government Curbs On Immigration Are Adding to the Anti-Arab Backlash*, CHRISTIAN SCIENCE MONITOR, Oct. 11, 2001, at 4 [hereinafter Ford, *Xenophobia*].

launched against the United States, have left no corner of the world untouched. Even in Europe, the acts of violence have incited a "swelling mood of xenophobia."<sup>2</sup> Far right parties have drawn on the attacks to renew their campaigns against foreigners and refugees.<sup>3</sup> In response, national governments are tightening their immigration policies in the name of fighting international terrorism.<sup>4</sup>

Likewise, the European Union ("EU") institutions are proposing increased control of external borders.<sup>5</sup> The institutions are pushing for greater autonomy by the EU in order to ensure that the border policies of member nations are uniform.<sup>6</sup> The appeal to increased control, however, is not a complete change from previous policy. Since the oil crisis of the 1970's created an economic scare, Europe has more or less closed its door to primary immigration.<sup>7</sup> Moreover, increased migration due to political instability and the extreme poverty of neighboring countries has also contributed to the fear that floods of refugees to the EU would deplete the supply of jobs in Europe.<sup>8</sup> Most recently, the war in Bosnia and United States presence in Afghanistan have resulted in a large flood of refugees to safe havens in the EU, arousing xenophobia and contributing to the move toward stricter, more uniform policies.<sup>9</sup>

2. *Id.* Moroccans in Madrid, Spain complain of increased affronts by police after September 11th; police have marched into Moroccan establishments asking for immigration papers and throwing anyone who cannot produce them in jail. *Id.* Mosques in the Netherlands have been covered with graffiti and firebombed, while in Sweden, Britain, and the Netherlands, a handful of people from Islamic countries have been physically assaulted. Geoff Winestock, *Attack on America: Relaxation of Immigration Rules Is Put On Hold Following the Attacks On the U.S., Europeans Retreat From Moves to Change Asylum, Refugee Status*, WALL ST. J. EUR., Oct. 8, 2001, at 12[hereinafter Winestock].

3. Winestock, *supra* note 2, at 12.

4. *Id.*; Andrew Borowiec, *Europe Tightens Arab Migration Rules; Tunisian Symposium Cites Deepening Social Rift Across Mediterranean Sea*, WASH. TIMES, Nov. 14, 2001, at A12. In Britain, the government announced "new measures to clamp down on illegal immigrants" in early October 1999, raising concern that the fight against terrorism will impede on the refugees' ability to seek asylum. Ford, *Xenophobia*, *supra* note 1, at 4. The German Interior Minister, Otto Schilly, delayed debate on a non-refugee status bill, determining that it needed to be "reevaluated." Winestock, *supra* note 2, at 12. The leader of the National Front in France called for creation of a national guard to stop crime in cities with large migrant populations. *Id.*

5. *See infra* Part II.C.

6. *See infra* Part II.C.

7. F.T. McCarthy, *Go For It: Many European Countries Are Getting Hot Under the Political Collar About Immigration. Yet in Truth, the European Union Needs More Immigrants, Not Fewer*, ECONOMIST, May 6, 2000, at 1, available at 2000 WL 8141841 [hereinafter McCarthy]. Primary immigrants are economic migrants who are the first members of their families to settle in a particular country. *Id.* In contrast, secondary immigrants migrate to a country to reunite with their families. *Id.* The EU members continue to permit secondary immigrants to enter their countries. *Id.*

8. JOHN HANDOLL, FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EU 352 (1995).

9. Nathan A. Adams, IV, *Human Rights Imperative: Extending Religious Liberty Beyond the Border*, 33 CORNELL INT'L L.J. 1, 11 (2000); Peter Ford, *Migrant Crisis Divides Europe; Britain and France*

Disparate immigration policies among the nations of the EU have prompted third country immigrants<sup>10</sup> to attempt to enter through nations with the laxest border policies, creating additional controversy among the member nations.<sup>11</sup> The French government, in particular, has requested that Britain toughen its treatment of asylum applicants in order to prevent asylum shopping among the nations of the EU.<sup>12</sup> France has established a camp outside of the English Channel to house the growing number of refugees lining up at Britain's gates in order to take advantage of more lenient policies, and the French Interior Minister appealed to the English government to harmonize its immigration legislation in order to make the country less attractive to asylum seekers.<sup>13</sup>

Europe has thus pushed for greater centralization of immigration policies.<sup>14</sup> Although the member states currently maintain control of immigration matters through intergovernmental action in the Justice and Home Affairs pillar of the EU, thirteen member states have voluntarily unified their immigration policies through the Schengen Agreement.<sup>15</sup> Nonetheless, voluntary uniformity through regional cooperation is inherently different than ceding control to an increasingly supranational institution via centralization.<sup>16</sup>

This paper analyzes the impact of the EU's effort to unify the immigration law of its member states by vesting more power in its institutions. Specifically, this Paper addresses the vital role that third country immigration matters play in a nation's sovereignty and the importance of respecting that sovereignty when considering centralization of immigration law under an international regime. Following this Introduction, Part II of this paper briefly discusses the history and development of immigration law in the EU and the origins of the move toward federalism, as well the recent proposals of the EU institutions to centralize control of the nations' external borders.<sup>17</sup>

Part III compares the impact of centralization with the effect of decentralization on immigration policies and juxtaposes the EU with a

---

*Fight as 390,000 Immigrants Per Year – 10 Times the US Rate – Seek Asylum in Europe*, CHRISTIAN SCIENCE MONITOR, Sept. 7, 2001, at 1 [hereinafter Ford, *Migrant Crisis*].

10. The term "third country immigrants" refers to persons from non-member states seeking admission into an EU member state. This Paper primarily focuses on third country immigration, rather than immigration within the EU. Internal immigration is only discussed in order to explain the EU's desire to unify external immigration policies as a means of facilitating immigration between members of the EU.

11. Ford, *Migrant Crisis*, *supra* note 9, at 1 (asserting that "illegal immigrants say they are attracted by the relative leniency of British asylum procedure, the lure of jobs, the lack of ID cards which makes it easier to hide - as well as the other Afghans and Iraqis already living in England").

12. *Id.*

13. *Id.*

14. *See infra* Part II.C.

15. *See infra* Part II.A and II.B.

16. *See infra* Part III.C.

17. *See infra* Part II (outlining immigration law in the EU).

federation that has successfully federalized immigration law, the United States.<sup>18</sup> Part IV proposes a decentralized approach to control of external borders in order to protect national sovereignty, history, and culture while permitting countries to achieve uniformity via international agreements.<sup>19</sup> Furthermore, Part IV explores the benefits of targeting the root cause of immigration, rather than merely attempting to correct immigration after the fact by fortifying external borders.<sup>20</sup> This approach balances the countries' interest in national sovereignty with the EU's interest in achieving free movement across internal borders because it allows the nations to control their own immigration policies while retaining the option to enter into regional agreements without ceding complete control to an increasingly supranational authority.<sup>21</sup>

## II. THE HISTORY AND DEVELOPMENT OF IMMIGRATION LAW IN THE EU

This section analyzes the foundation and history of immigration law as it has developed in the EU. A review of the evolution of immigration law is important in order to provide the necessary framework for understanding current developments and concerns. The first subpart begins by discussing the origins of the EU and the development of immigration policies in the face of centralization.<sup>22</sup> The second subpart then examines the current status of immigration law and the future trends in the EU.<sup>23</sup>

### A. Immigration Law Eludes Centralization

Although the EU had modest beginnings, originating with the European Coal and Steel Community,<sup>24</sup> it has evolved into an expansive community with fifteen member nations.<sup>25</sup> The Treaty of Rome ("Treaty") forms the cornerstone

---

18. See *infra* Part III (discussing benefits and burdens of centralization and decentralization).

19. See *infra* Part IV (discussing the decentralized approach).

20. See *infra* Part IV (discussing the eliminating of illegal immigration by targeting the root problems).

21. See *infra* Part IV (discussing the proposed solution).

22. See *infra* Part II.A (discussing the origin of the EU's immigration laws).

23. See *infra* Part II.C (discussing current immigration policies).

24. Treaty Instituting the European Coal and Steel Community (Treaty of Paris), Apr. 18, 1951, 261 U.N.T.S. 140 (entered into force Jul. 23, 1952) [hereinafter ECSC Treaty]; Barbara Crutchfield George, et al., *The Dilemma of the European Union: Balancing the Power of the Supranational EU Entity Against the Sovereignty of Its Independent Member Nations*, 9 PACE INT'L L. REV. 111, 112-13 (1997). The European Coal and Steel Community initiated the economic union of European nations when six countries joined together to create a common market in coal and steel. ECSC Treaty, *supra*; 1 DAMIAN CHALMERS, EUROPEAN UNION LAW: LAW AND EU GOVERNMENT 13 (1998) [hereinafter CHALMERS].

25. DESMOND DINAN, EVER CLOSER UNION?: AN INTRODUCTION TO THE EUROPEAN COMMUNITY 5 (LYNNE RIENNER PUBLISHERS, INC. 1994) (1957). The fifteen members include Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg, Netherlands, United Kingdom, Denmark, Ireland, Greece, Spain, Portugal, Austria,

of the present union by creating the European Economic Community ("EEC").<sup>26</sup> The EEC focuses on establishing a common market "to promote throughout the Community a harmonious and balanced development of economic activities...."<sup>27</sup> The Treaty has subsequently been amended on many occasions, most notably by the Maastricht Treaty on EU ("Maastricht Treaty").<sup>28</sup>

In furtherance of the common market, the Treaty advocates the free movement of persons across internal borders.<sup>29</sup> Article 3 mandates "an internal market characterized by the abolition, as between member states, of obstacles to the free movement of ... persons...."<sup>30</sup> Moreover, Article 8 provides every citizen of the Union with the right to move and reside freely within the territory of any member state.<sup>31</sup>

Despite the Treaty's promotion of free movement across internal borders, regulation of the movement of persons across external borders has been reserved to the member states, thus eluding centralization.<sup>32</sup> Immigration and asylum became key political issues during the 1970's and 1980's.<sup>33</sup> Although the economic expansion of Western Europe led to a tremendous increase in immigration from third countries in the 1950's and 1960's, a slump in the European economies as a result of a rise in the price of oil prompted tighter controls on entry in 1973.<sup>34</sup> Further, the collapse of the "Iron Curtain" incited fears of mass immigration from Eastern European countries and the former Soviet Union.<sup>35</sup> The southern members of the EU also dreaded migration from

---

Finland, and Sweden. *Id.* For further discussion of the origins and evolution of the EU, see 1 CHALMERS, *id.* note 24, at 5-50.

26. Treaty Establishing the European Economic Community, Mar. 25, 1957, 294 U.N.T.S. 17 (entered into force Jan. 1, 1958) [hereinafter EC Treaty]. "By this Treaty, the High Contracting Parties establish among themselves a European Community." *Id.* at art. 1.

27. EC Treaty, *id.* note 26, at art. 2.

28. HANDOLL, *supra* note 8, at 17; see also Treaty on European Union (Maastricht Treaty), Feb. 7, 1992, 31 I.L.M. 247 (entered into force Nov. 1, 1993) [hereinafter TEU].

29. HANDOLL, *supra* note 8, at 17.

30. EC Treaty, *supra* note 26, at art. 3(c).

31. *Id.* at art. 8a (1). "Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in this Treaty and by the measures adopted to give it effect." *Id.*

32. TEU, *supra* note 28, at art. K.1. Article K.1 provides:

Member States shall regard the following areas as matters of common interest:

1. asylum policy;
2. rules governing the crossing by persons of the external borders of the Member States and the exercise of controls thereon;
3. immigration policy and policy regarding nationals of third countries....

*Id.*

33. HANDOLL, *supra* note 8, at 351-52.

34. *Id.* at 351.

35. *Id.* at 352.



North Africa.<sup>36</sup> The events and ensuing reservations resulted in rigorous application of asylum and refugee policies.<sup>37</sup> Consequently, the Community determined that immigration issues would be best addressed through intergovernmental cooperation, rather than centralized action, as the member states were unwilling to risk losing control of a controversial arena domestically.<sup>38</sup>

The Maastricht Treaty thus divided the Union into three pillars: the European Community; the Common Security Policy; and the Justice and Home Affairs.<sup>39</sup> By vesting control of external immigration within the framework of cooperation on justice and home affairs, more commonly known as the third pillar, the EU institutions have limited authority over the field.<sup>40</sup> The European Court of Justice has no judicial review over the matters, and the role of the European Parliament is weak.<sup>41</sup> The primary control of third party immigration rests with the individual member nations.<sup>42</sup>

### *B. Thirteen Nations Flirt with Unification*

Rather than centralization, thirteen of the fifteen EU member states have opted for a self-imposed unification of immigration policies on their external frontiers.<sup>43</sup> Originally, nine EU members entered into the 1985 Schengen Agreement and the 1990 Convention applying the agreement (collectively, the "Schengen Instruments"), pledging to abolish internal borders and to cooperate

36. *Id.*

37. *Id.*

38. Amy L. Elson, *Baltic State Membership in the European Union: Developing a Common Asylum and Immigration Policy*, 5 *IND. J. GLOBAL LEGAL STUD.* 317, 328 (1997).

39. See TEU, *supra* note 28, at Titles V, VI; see also Diane P. Wood, *International Law and Federalism: What is the Reach of Regulation?*, 23 *HARV. J.L. & PUB. POL'Y* 97, 100 n.13 (1999) (discussing the Titles establishing the three pillars).

40. TEU, *supra* note 28, at arts. K, K.1 & K.2. The balance of power of the third pillar tips in favor of the Member States. HANDOLL, *supra* note 8, at 31. Although the Commission has the power of proposal in conjunction with the member states, "it does not have the role of Treaty guardian." *Id.* But see TEU, *supra* note 28, at art. K.9 (allowing the Council to bring asylum policy within the scope of the EC Treaty, or the first pillar, thus vesting the institutions with substantial authority).

41. Elson, *supra* note 38, at 329. Handoll writes:

The Court of Justice enjoys, with limited potential exceptions, no powers of interpretation or judicial review: its powers of review are restricted to the possibility of determining, as a matter of EC law, that the EC, rather than the Member States acting under the CJHA provisions, is competent in a particular area. The European Parliament has limited rights to be consulted: democracy is still to be seen at the national level.

HANDOLL, *supra* note 8, at 31.

42. TEU, *supra* note 28, at arts. K.1 & K.2.2; see also Elson, *supra* note 38, at 329.

43. *The Changing Face of Europe*, CNN.COM, at <http://www.cnn.com/SPECIALS/2000/eurounion/story/overview/> (last visited Feb. 3, 2003). (revealing that only Britain and Ireland have not signed the Schengen Agreements).

in an effort to enforce external borders.<sup>44</sup> Their central objective was the gradual abolition of controls at the common frontiers, similar to the EU's goal of eliminating internal borders in order to achieve a common market.<sup>45</sup> To facilitate the free movement of persons, the Schengen Instruments aimed to abolish controls at the common, internal frontiers, as well as synchronize controls at the external frontiers, by harmonizing immigration, visa, and asylum policies; increasing cooperation in the policing of external borders and enforcing laws; and establishing the Schengen Information System.<sup>46</sup> Article 21 of the Schengen Instruments even recognizes non-EU nationals' right of free movement within the Schengen territory once they have been admitted by one of the members to the agreement.<sup>47</sup>

Nonetheless, border checks may be carried out for a limited time period for public policy or national security reasons.<sup>48</sup> France, in fact, has raised security concerns as a justification for temporary reestablishment of some internal checks that the Schengen Instruments abolished.<sup>49</sup> Additionally, Spain refused to comply with an extradition order and threatened to suspend the Schengen provisions on legal cooperation, preferring to control crime on its own terms.<sup>50</sup> Although the Schengen Instruments do not form a part of the EU system, they have experimental merit and may pave the way for Union-wide integration.<sup>51</sup>

---

44. Schengen Agreement on the Gradual Abolition of Checks at their Common Border, June 14, 1985, 30 I.L.M. 68 [hereinafter the Schengen Agreement]; Convention Applying the Schengen Agreement of June 14, 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic, on the Gradual Suppression of Controls at Common Frontiers, June 19, 1990, 30 I.L.M. 84 (1991) [hereinafter the Schengen Convention]; HANDOLL, *supra* note 8, at 51; Giovanna I. Wolf, *Efforts Toward "An Ever Closer" European Union Confront Immigration Barriers*, 4 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 223, 225 (1996) [hereinafter Wolf]. "The Schengen Agreement of 1985 stemmed from the earlier Saarbrücken Agreement of 1984 eliminating controls at the mutual borders of France and the Federal Republic of Germany." Kerry E. McCarron, *The Schengen Convention As a Violation of International Law and the Need For Centralized Adjudication On the Validity of National and Multilateral Asylum Policies For Members of the United Nations*, 18 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 401, 409 (1995). The Schengen Agreement was named for Schengen, Luxembourg, the city where the parties signed it. *EU Ministers Discuss Common Visa Controls In View of Enlargement Article By Rafaele Rivais: "European Union Wants to Reconcile Enlargement and Security"*, WORLD NEWS CONNECTION, Oct. 13, 2001, available at 2001 WL 29287738. Interestingly, the parties initially signed the Schengen Agreements, in 1985, in response to a wave of terrorist attacks. *Id.*

45. EC Treaty, *supra* note 26, at art. 7a ("The Community shall adopt measures with the aim of progressively establishing the internal market . . ."); HANDOLL, *supra* note 8, at 51.

46. HANDOLL, *supra* note 8, at 51; Wolf, *supra* note 44, at 225.

47. The Schengen Agreement, *supra* note 44, at art. 21; Wolf, *supra* note 44, at 225.

48. HANDOLL, *supra* note 8, at 52.

49. Wolf, *supra* note 44, at 226.

50. *Id.*

51. *Id.* at 225.

### C. The EU Institutions Ponder Centralization

The Schengen Instruments' abolition of internal border controls posed some problems for asylum policies, permitting asylum seekers who have entered the EU to freely move from one member state to another and complete multiple asylum applications.<sup>52</sup> Consequently, all members of the Schengen Instruments signed the Dublin Convention in 1990<sup>53</sup> to prevent the phenomenon of asylum shopping.<sup>54</sup> The Dublin Convention creates a system whereby only one nation is responsible for review of an asylum application, thus avoiding the pitfalls of asylum shopping and "refugees in orbit," a trend created when no nation considers itself responsible for review of any asylum application and instead removes each applicant to a safe third country after every review.<sup>55</sup> Eventually all EU nations signed the Dublin Convention, which serves as the EU's main instrument in the field of asylum.<sup>56</sup>

In addition to the common asylum policy, in October of 1999, the European Council met in Tampere, Finland to consider the need for a common border policy in response to increased illegal immigration and the trade in human beings incited by the stricter border controls of the 1970's and 1980's.<sup>57</sup> The European Council determined that, in order to develop common policies on asylum and immigration, it must consider the need for consistent control of external borders to combat both illegal immigration and those who commit crimes involving immigration.<sup>58</sup>

---

52. Catherine Phuong, *Persecution By Third Parties and European Harmonization of Asylum Policies*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 81, 90 (2001).

53. Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Requests Lodged in One of the Member States of the European Communities, June 15, 1990, 30 I.L.M. 425 [hereinafter *Dublin Convention*].

54. Phuong, *supra* note 52, at 90.

55. *Id.* Articles 4 through 8 of the Dublin Convention set out the factors for determining the nation responsible for reviewing a particular asylum application. *Dublin Convention*, *supra* note 53, at arts. 4-8. Article 4 requires the State where the applicant's family member is a refugee and a legal resident to review the asylum application. *Id.* at art. 4. If an applicant possesses a valid residence permit or visa, Article 5 requires the State that issued the permit or visa to review the application. *Id.* at art. 5. Article 6 requires the member state whose borders an immigrant illegally crossed to review the application, unless the immigrant was living in another member State at least six months before making the asylum application. *Id.* at art. 6. Article 7 provides that the member State responsible for controlling the alien's entry must review the asylum application unless the State waived the need for a visa, and the alien subsequently applies for asylum in another member State that also waived the visa requirement. *Id.* at art. 7. In the event that no member State is responsible for examining the application based on the previous factors, the first member State with which the alien files the application is responsible. *Id.* at art. 8.

56. Phuong, *supra* note 52, at 90.

57. *Id.* at 94; Europa-The European Union On-line, *The Fight Against Illegal Immigration and the Trade in Human Beings*, at <http://www.ue2002.es/Presidencia/plantillaDetalle.asp?opcion=3&id=588&idioma=ingles> (last visited Feb. 17, 2002) [hereinafter *Fight*].

58. *Fight*, *supra* note 57

In response to the European Council's mandate, the European Commission issued a Communication on a common European policy on illegal immigration on November 15, 2001.<sup>59</sup> The Commission noted that, although a legal framework for the issuance of visas, border controls, and illegal entry exists individually in all member states and at the regional level through the Schengen Instruments, all members must work together to effectively apply common rules.<sup>60</sup> The Commission asserted that the "common security system is only as strong as its weakest point."<sup>61</sup>

The Commission further urged the Council to approve, as soon as possible, an Action Plan to combat illegal immigration.<sup>62</sup> It identified six major areas for possible action: (1) visa policy,<sup>63</sup> (2) information exchange,<sup>64</sup> (3) border management,<sup>65</sup> (4) police cooperation,<sup>66</sup> (5) aliens law and criminal law,<sup>67</sup> and (6) return and readmission policy.<sup>68</sup> Acknowledging the national efforts to combat illegal immigration, the Communication stressed the need for a European dimension to ensure further progress, asserting that immigration regulations, particularly visa policies, facilitate the EU's goal of free movement of persons across borders while contributing to the prevention of illegal immigration.<sup>69</sup>

---

59. Europa-The European Union On-line, *Commission of the European Communities, Communication From the Commission to the Council and the European Parliament on a Common Policy on Illegal Immigration*, at [http://a140.g.akamai.net/7/140/6631/f97fe6c0772571/multimedia.ue2002.es/pdf/com2001\\_0672en01.pdf](http://a140.g.akamai.net/7/140/6631/f97fe6c0772571/multimedia.ue2002.es/pdf/com2001_0672en01.pdf) (last visited Feb. 17, 2002) [hereinafter *Communication From the Commission*]; *EU to Intensify Controls on Illegal Immigration*, XINHUA NEWS AGENCY, Feb. 15, 2002, at 2, available at 2002 WL 13684581; *Fight*, *supra* note 57.

60. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, *supra* note 59, at 10.

61. *Id.*

62. *Id.* at 11-24.

63. Coordinated visa regulations facilitate the free movement of persons across borders, while also contribution to the prevention of illegal immigration. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, *supra* note 59, at 11.

64. Shared assessments assist in estimating the scale of illegal migration by compiling the number of refused entries, apprehensions of illegals at the border or in the country, rejected applications for international protection, applications for national regularization procedures, and escorted or forced returns. *Id.* at 14.

65. The Commission proposed a European Border Guard as a means of implementing high standard external border controls. *Id.* at 17.

66. Cooperation and co-ordination at the operational level will ensure coherence and consistency. *Id.* at 8.

67. A comprehensive and concerted approach to fighting illegal immigration and smugglers will ensure an internal as well as external preventative effective. *Id.* at 20.

68. *Id.* at 3. The EU, as an entity, may use its political weight to encourage third countries to fulfill their readmission obligations. *Id.* at 25.

69. *Id.* at 3, 11.

Based on the Communication from the European Commission, the Laeken European Council urged the development of an Action Plan.<sup>70</sup> The Council recommended the adoption of a common policy on immigration and asylum.<sup>71</sup> In particular, the European Council advocated more effective control of the external borders, determining that external border controls would “help in the fight against terrorism, illegal immigration networks and the traffic in human beings.”<sup>72</sup> Thus, the European Council directed the Council and the Commission to arrange cooperation between the services responsible for external controls.<sup>73</sup> It further requested that the Council and member states move toward a common visa identification system and review the possibility of creating common consular offices.<sup>74</sup>

In response to the European Council’s instructions, the 2002 Spanish Presidency of the EU intends to “move forward in the formulation of a common European policy on asylum and immigration” by considering the need for effective controls at external borders.<sup>75</sup> The President named fulfillment of the Tampere Council’s mandates as part of his six priorities during his six-month term in office, spanning the first six months of 2002.<sup>76</sup> Specifically, he supports improvement in managing the control of the external borders in furtherance of a common policy on asylum and immigration.<sup>77</sup> In the field of asylum, he proposes measures to apply the Dublin Convention more efficiently.<sup>78</sup> In the field of immigration, he will encourage an Action Plan based on the Commission’s Communication on illegal immigration.<sup>79</sup> Thus, although immigration matters are currently reserved to the Justice and Home Affairs pillar, preventing the EU institutions from exercising much control in the field, the EU has indicated a desire to centralize immigration law in order to facilitate control of its external borders.

---

70. Europa-The European Union On-line, *Presidency Conclusions, European Council in Laeken: 14 and 15 December 2001*, at 12, available at [http://ue.eu.int/Newsroom/makeFrame.asp?MAX=&BID=MEETING\\_76&DID=68827&LANG=1&File=/pressData/en/ec/68827.pdf](http://ue.eu.int/Newsroom/makeFrame.asp?MAX=&BID=MEETING_76&DID=68827&LANG=1&File=/pressData/en/ec/68827.pdf) (last visited Mar. 6, 2002) [hereinafter *Laeken Council*]; see also *Fight*, *supra* note 57.

71. LAEKEN COUNCIL, *supra* note 70, at 12.

72. *Id.* at 13.

73. *Id.*

74. *Id.*

75. Europa-The European Union On-Line, *Spanish Presidency Advocates "Facilitating Legal Immigration" and "Avoiding Illegal Immigration"*, at <http://www.ue2002.es/Presidencia/plantillaDetalle.asp?opcion=3&id=650&idioma=ingles> (last visited Mar. 06, 2002).

76. Europa-The European Union On-Line, *More Europe: Program of the Spanish Presidency of the EU 7*, at <http://www.ue2002.es/principal.asp?opcion=3&subopcion=1&idioma=ingles> (last visited Mar. 06, 2002).

77. *Id.* at 8.

78. *Id.* at 9.

79. *Id.*

### III. CENTRALIZATION JUXTAPOSED WITH DECENTRALIZATION

The evolution of immigration law in the EU lays the foundation for understanding the current debate regarding centralization. This part of the paper discusses the concerns raised by centralization and decentralization of national law regulating third country immigration.<sup>80</sup> The first subpart examines the implications of centralization and ceding control to EU institutions.<sup>81</sup> The second subpart analyzes implications of decentralization and retaining control at the national level.<sup>82</sup> Lastly, the final subpart discusses the United States' experience with federalism in immigration law in an attempt to predict whether the EU would benefit from a similar, centralized approach.<sup>83</sup>

#### A. Centralization of Immigration Law Ensures Uniformity

The EU was founded, in part, because its members were willing to cede their autonomy in areas where the individual countries were limited functionally.<sup>84</sup> The countries agreed to centralize power in Community institutions because common action would be more effective than national action alone.<sup>85</sup> Recently, the European institutions have been using the same justification for centralizing immigration law.<sup>86</sup>

Centralization of the EU's immigration law is often favored based on the notion that freedom of movement between internal borders will be compromised if the external borders are not adequately and uniformly guarded.<sup>87</sup> Nations would be unwilling to remove internal checkpoints if they were wary of the persons crossing internal borders due to the lax border policies of other member states. Consequently, nations would continue enforcement of visas and internal identity checks and impede, rather than promote, free movement within the EU.

Even if the nations continued their progress toward freedom of movement internally, despite the disparity of external border policies, the European institutions argue that the external borders would only be as strong as the nation

80. See *infra* Part III (discussing of the implications of centralization and decentralization of immigration law).

81. See *infra* Part III.A (discussing the implications of centralization of immigration law).

82. See *infra* Part III.B (discussing the implications of decentralization of immigration law).

83. See *infra* Part III.C (comparing the United States' experience with centralization of immigration to that of the EU).

84. 1 CHALMERS, *supra* note 24, at 7 (revealing that "the Second World War laid bare many of the functional limits of the nation-State").

85. See, e.g., EC Treaty, *supra* note 26, at art. 5 (establishing the principle of Subsidiarity, only allowing the Community to act in areas where its action would be more effective than national action).

86. See *supra* Part II.C (discussing the rationales of the Commission, European Council, and Presidency for centralizing immigration law).

87. See *supra* Part II.B.

with the most lenient laws.<sup>88</sup> Immigrants would enter the EU through the country with the most relaxed policies, and then, once inside the EU, they would cross successfully from one country to another without confronting internal checks. Due to the heightened awareness of national security prompted by threats of terrorism, centralization presents tremendous benefits by theoretically ensuring that all nations apply the same policies. Member nations may then feel secure in permitting entry from an internal border or a fellow member state. Nations will feel confident that common, agreed-upon immigration policies will prevent the entrance into their frontiers by terrorists and may even mitigate economic threats.<sup>89</sup>

Nonetheless, the Schengen Instruments have demonstrated a workable solution to the seemingly divergent aims of free movement across internal borders and national control of external borders by creating a scheme for voluntary uniformity without centralization. The countries that desire to push forward with the goals of the European Council Treaty are capable of entering into an international agreement, thereby allowing those who wish to coordinate their policies to participate.<sup>90</sup> At the same time, the countries that do not wish to coordinate may refuse to sign the agreement and may continue to maintain their own external borders.<sup>91</sup> Thus, uniformity can be achieved through international cooperation rather than centralization within the EU.

Britain and Ireland have maintained their own external controls, and consequently greater internal controls, while the parties to the Schengen Instruments have created common border policies in order to facilitate freedom of movement internally.<sup>92</sup> Thus, Britain and Ireland have avoided any affect of the policies of other nations by opting out of the Schengen Instruments. Although Britain and Ireland have had to forego some of the benefits of the Schengen Instruments, such as avoiding checkpoints on borders within the EU, they were able to maintain their autonomy while simultaneously safeguarding their frontiers. Likewise, the Schengen parties ceded a portion of their national control over their borders to common control; however, they have benefited from the lack of internal checkpoints within the Schengen territory, and they also retain their ability to alter their decision and resume national control.<sup>93</sup>

---

88. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, *supra* note 59, at 10.

89. *See, e.g.*, LAEKEN COUNCIL, *supra* note 70, at 13 (“Better management of the Union’s external border controls will help in the fight against terrorism, illegal immigration networks and the traffic in human beings.”).

90. *See supra* Part II.B.

91. *See supra* Part II.B.

92. *See supra* Part II.B.

93. Paola Michelle Koo, *The Struggle for Democratic Legitimacy Within the European Union*, 19 B.U. INT’L L.J. 111, 117 (2001) (citing Joseph H. Weiler, *After Maastricht: Community Legitimacy in Post-1992 Europe*, in SINGULAR EUROPE: ECONOMY AND POLITY OF THE EUROPEAN COMMUNITY AFTER 1992, at

In addition to the fact that the regional agreements can achieve the same benefits as federalization under the EU, centralization of immigration policies is less than desirable because it usually results in a problematic “race to the bottom,” where harmonization is achieved at the cost of stricter immigration and asylum policies.<sup>94</sup> Even the Schengen Instruments reflect the trend: nations, afraid of being less restrictive than the other countries, “level down [their] regulations on entry and residence of aliens in order to avoid an unwanted influx of immigrants and asylum seekers, attracted by more favorable conditions.”<sup>95</sup> Consequently, political refugees and economic migrants are deprived of a safe haven based purely on political motivations, rather than national requirements. In fact, many of the nations curbing their policies in order to remain comparable to other countries may actually do so to the detriment of their own needs and economy.<sup>96</sup> Any intergovernmental approach that induces countries to ignore not only the needs of their own citizens, but also the humanitarian needs of international refugees, must be avoided. Although regional agreements seem to pose the same problems, they do not bind the nations as tightly as entrance into EU treaties and further allow the nations to temporarily derogate from the agreement for public policy and national security reasons; thus, the countries are freer to craft and shape their policies to the dynamic needs of the world.<sup>97</sup>

### B. Decentralization of Immigration Law Maintains National Sovereignty

While ceding control to the EU institutions in matters that the EU could more effectively regulate, the nations specifically reserved the field of immigration to intergovernmental cooperation rather than centralized action.<sup>98</sup> The countries deliberately chose to retain the matters of immigration and naturalization for national control due to the controversial issues surrounding them.<sup>99</sup> Members of the EU are constantly confronted with the dilemma of ceding control to the EU for common action at the cost of preserving national sovereignty.<sup>100</sup>

---

11, 27 (William James Adams ed., 1993)). There has been “controversial concentration of legislative and executive power in the center [of the EU] at the expense of the constituent units.” *Id.*

94. Wolf, *supra* note 44, at 229.

95. *Id.* (citing Aleidus Woltjer, *Schengen: The Way of No Return?*, 2 MAASTRICHT J. COMP. L. 256, 259 (1995)).

96. McCarthy, *supra* note 7, at 1 (“Because Europeans are not having enough babies and are living so long, the European Union would need to import 1.6m migrants a year simply to keep its working-age population stable between now and 2050.”).

97. *See supra* Part II. C (discussing the EU’s increasingly supranational tendencies).

98. TEU, *supra* note 28, at art. K.1.

99. *See supra* Part II.A.

100. Patrick P. Griffin, *The Delaware Effect: Keeping the Tiger in its Cage. The European Experience of Mutual Recognition in Financial Services*, 7 COLUM. J. EUR. L. 337, 352 (2001) (“The EU by



A nation's ability to define its own immigration and naturalization policies third-country with respect to third country immigration is vital to its sovereignty.<sup>101</sup> First, classification of the persons within a nation's own borders directly impacts its sovereignty. Each modern nation "formally defines its citizenry, publicly identifying a set of persons as its members and residually designating all others as noncitizens, or aliens," thus determining who bears the rights and obligations accompanying citizenship.<sup>102</sup> By retaining the ability to establish which third country nationals may become citizens or legal residents, the state specifies who is excluded from any claim to the benefits of membership and who must incur the burdens and inconveniences of visa restrictions.<sup>103</sup> Thus, decentralizing the classification of third country immigrants and maintaining control at the national level reinforces national sovereignty on a fundamental level, a level that forms the very threads of a nation, the citizenry.

In addition to classification of immigrants, nations must also retain the ability to regulate the related matter of physical movement of third-country nationals. A nation's decision to allow additional immigrants to reside within its borders is vital to its ability to address the dynamic demands of its citizens and economy. It is empowered to open its own borders when its economy demands more laborers, and it is able to tighten its controls when its economy is unable to support additional workers. Perhaps most importantly, it is able to exercise discretion and distribute humanitarian relief when its citizens seek to admit relatives from third countries and to close its border to outsiders when the personal security of its citizens is threatened.<sup>104</sup> Therefore, a nation must be able to retain control over both classification of the persons within its borders and the related matter of the physical movement of third country immigrants in order to preserve its own sovereignty.

---

definition seeks to replace member state sovereignty with control at EU level.").

101. TOWARDS A EUROPEAN NATIONALITY I (Randall Hansen & Patrick Weil, eds., 2001) [hereinafter EUROPEAN NATIONALITY].

The importance of nationality law is beyond doubt. It gives institutional expression to the state's prerogative of inclusion and exclusion: nationality laws define those with an entitlement to a passport, and only those with such an entitlement possess the full range of rights and privileges granted by the nation-state to its citizens.

*Id.*

102. ROGERS BRUBAKER, CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND GERMANY 21 (1992) [hereinafter BRUBAKER] ("These rights and obligations define a region of legal equality—what T.H. Marshall called the 'basic human equality associated with ... full membership of a community.'"); see also *Swedish Justice Minister Opposes the Idea of Common EU Border Police*, BBC MONITORING, Feb. 19, 2002, available at 2002 WL 14251275 (revealing that the Swedish Justice Minister, Thomas Bodstroem, stated, "I believe police activity is a national issue and that we should retain national control").

103. EUROPEAN NATIONALITY, *supra* note 101, at 1.

104. *Id.*

More importantly, a nation claims its very legitimacy by expressing and furthering the interests of its citizenry.<sup>105</sup> The EU's principle of Subsidiary, itself, supports the importance of the individual nation's sovereign role.<sup>106</sup> Decentralization permits nations, rather than a supranational body, to implement rules and actions at levels of government where individuals have greater involvement and are more effectively represented.<sup>107</sup> Local governments are more accountable to their population than a supranational authority.<sup>108</sup> Likewise, the more distant the exercise of authority is from its subjects, the greater the temptation to ignore the national voices.<sup>109</sup> In order to effectively represent its citizens, a nation must be able to react when necessary to their dynamic needs. If the nation vests control with a supranational authority, the decision-making body will be distant and out of touch with the particular requirements of a group of people with which it has limited or no contact. Even if the supranational body responds favorably to the citizens' needs, the response may often be considerably delayed due to the extensive chain of command involved in changing the status quo of a complex institution. Thus, many citizens will suffer while their country waits helplessly for the elusive approval of a higher institution. If the nation retains control, however, it may quickly and effectively respond to changing circumstances and more aptly avoid any unnecessary harm to its people.

Decentralization of immigration policies, therefore, allows the individual nations to maintain their identity by determining the persons able to obtain the benefits and rights of citizenship and by reacting to the changing needs of their citizenry and economy. More vitally, decentralization of immigration law permits nations to effectively, and efficiently, carry out the will of their citizenry. If the needs of their people demand uniformity across international frontiers, the nations are empowered to enter into international agreements.

Again, countries that wish to engage in common border controls can enter into regional agreements such as the Schengen Instruments. The regional

---

105. BRUBAKER, *supra* note 102, at 21.

106. EC Treaty, *supra* note 26, at art. 5.

107. W. Gary Vause, *The Subsidiarity Principle in European Union Law—American Federalism Compared*, 27 CASE W. RES. J. INT'L L. 61, 66 (1995).

108. George A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, 94 COLUM. L. REV. 331, 340 (1994).

109. J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, 100 YALE L.J. 2403, 2472-73 (1991). Professor Weiler states:

The primary factor is, at least arguably, that the European electorate (in most Member States) only grudgingly accepts the notion that crucial areas of public life should be governed by a decisional process in which their national voice becomes a minority which can be overridden by a majority of representatives from other European countries.

agreements, perhaps unlike the EU treaties, allow the parties the flexibility to cooperate in matters beneficial to them while granting them the capability to withdraw when the best interests of their citizenry so demand. The Schengen Instruments, in particular, have provisions that allow countries to derogate from the uniform policies for public policy and national security ends, and many nations have taken advantage of the provisions. Control of immigration law by the centralized EU, however, contains the inherent risk of becoming supranational law, constricting the countries from later withdrawing their consent if domestic needs require it.<sup>110</sup> In an area as crucial to national sovereignty as the determination of one's own citizenry and residents, a complete cession of authority may be fatal to a country's own being.

### C. EU FEDERALISM INITIALLY EMULATES UNITED STATES FEDERALISM

The federal government of the United States first began to claim control of immigration law in 1875, determining that it should be subject to a "uniform system or plan."<sup>111</sup> Recognizing that the Constitution delegates to Congress the broad power to govern foreign commerce, the Supreme Court unanimously determined that state control of immigration infringed on congressional authority and therefore was unconstitutional.<sup>112</sup> The Court has since repeatedly affirmed the view that the federal government has plenary and exclusive power to regulate immigration and naturalization, expressing great deference to Congress and reluctance to interfere in controlling immigration.<sup>113</sup> Thus, the

110. Koo, *supra* note 93, at 117 (citing Joseph H. Weiler, *After Maastricht: Community Legitimacy in Post-1992 Europe*, in SINGULAR EUROPE: ECONOMY AND POLITY OF THE EUROPEAN COMMUNITY AFTER 1992, at 11, 27 (William James Adams ed., 1993)). "With gradual integration, the intergovernmental role of the EU has decreased while the supranational side has increased." *Id.*

111. *Henderson v. Mayor of New York*, 92 U.S. 259, 273 (1875). "The laws which govern the right to land passengers in the United States from other countries ought to be the same in New York, Boston, New Orleans, and San Francisco." *Id.*; see also ROY L. GARIS, IMMIGRATION RESTRICTION 80 (UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA 1919) (1927).

112. U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 3 (establishing that Congress shall "regulate Commerce with foreign Nations"); *Henderson*, 92 U.S. 259 (invalidating a New York statute that imposed a bond or commutation tax upon ships carrying foreign passengers); see also U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 4 (determining that Congress shall "establish a uniform rule of Naturalization"); GARIS, *supra* note 111, at 80.

113. See, e.g., *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 305 (1993); *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 224-25 (1982) ("Drawing upon this power, upon its plenary authority with respect to foreign relations and international commerce, and upon the inherent power of a sovereign to close its borders, Congress has developed a complex scheme governing admission to our Nation and status within our borders."); *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977) ("Over no conceivable subject is the legislative power of Congress more complete."); *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351, 354 (1976); *Matthews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81 (1976) ("For reasons long recognized as valid, the responsibility for regulating the relationship between the United States and our alien visitors have been committed to the political branches of the Federal Government."); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 765-66 (1972); *Boutilier v. INS*, 387 U.S. 118, 123 (1967) ("It has long been held that the Congress has plenary power to make rules for the admission of aliens and to exclude those who possess those characteristics

United States has deemed uniform immigration policy a greater priority than individual state sovereignty.

Following in the footsteps of the United States, recent communications from the European institutions have also signaled a move toward greater uniformity on the external borders in lieu of national control.<sup>114</sup> The institutions assert that centralized control of the borders will promote uniformity and help battle abuse of the immigration systems.<sup>115</sup> Nonetheless, whether a uniform, federal immigration system will suit the EU as well as it has suited the United States is questionable.

Since their inception, both the United States and the EU envisioned a central government of “limited” and “enumerated” powers.<sup>116</sup> Nonetheless, the EU and the United States systems are immensely divergent beyond their superficial similarity as federal systems. First, as the EU increases its membership, a potentially tremendous disparity in income may exist between the member states of the EU that is not present within the United States. Although currently the EU is composed of rich nations with similar

---

which Congress has forbidden.”); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 589 (1952) (asserting that immigration powers “are so exclusively entrusted to the political branches of government as to be largely immune from judicial inquiry or interference”); *Takahashi v. Fish & Game Comm’n*, 334 U.S. 410, 419 (1948); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 711 (1893); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 604 (1889); *Chiles v. United States*, 874 F. Supp. 1334, 1339 (D. Fla. 1994), *aff’d*, 69 F.3d 1094 (11th Cir. 1995) (pointing out that the Federal government’s plenary control over immigration is not disputed). Prior to 1875, the individual colonies and states individually regulated immigration matters. Robert J. Steinfeld, *Subjectship, Citizenship, and the Long History of Immigration Regulation*, 19 LAW & HIST. REV. 645, 647 (2001). Massachusetts passed statutes as early as 1701, preventing the landing of the “poor, vicious and infirm,” and requiring the master of each vessel to post a bond so that towns that received any “lame, impotent, or infirm persons, incapable of maintaining themselves ... would not be charged with their support.” *Id.* Likewise, due to the view that a large number of German immigrants were “strangers” who were “ignorant to our language and laws,” Pennsylvania enacted a statute that levied a tax of forty shillings on “every person being an alien born out of the allegiance of the King of Great Britain ... coming into this province by land or water” and twenty shillings on “any Irish servant or passenger upon redemption.” *Id.* at 647-48. Maryland passed an act requiring the masters of vessels “or others importing Irish Servants into this Province by Land or by Water” to furnish twenty shillings sterling “per poll.” *Id.* at 648. It was not until 1875 that the federal government asserted sole control over immigration matters, finding that a New York statute requiring the master of a vessel to post a bond to indemnify the municipalities of the state against any expense resulting from immigrants was an impermissible regulation of commerce under the Constitution. *Henderson*, 92 U.S. at 262-63.

114. See *supra* Part II.C.

115. Paul Martin, *Rising Flood: Illegal Immigrants in Europe Threaten Fortress’ Borders*, WASH. TIMES, Mar. 3, 2002, at A1.

116. Thomas C. Fischer, “Federalism” in the European Community and the United States: A Rose By Any Other Name . . . , 17 FORDHAM INT’L L.J. 389, 424 (1994) (“It is no forced analysis to suggest that [the Treaty of Rome’s reservation of power to the States] was nearly identical to the notion (expressed in the Federalist) that the U.S. central government was one of “limited” and “enumerated” powers.”).

economies,<sup>117</sup> many nations considering membership have very poor economies.<sup>118</sup> Both Turkey and the Balkan states have a gross domestic product (“GDP”) under \$10,001 per capita.<sup>119</sup> Turkey’s domestic product equals merely 18.7 percent of the GDP of Luxembourg, the richest member of the EU.<sup>120</sup> In stark contrast, in the United States, the state with the lowest personal income per capita totals 51.0 percent of the richest state’s income.<sup>121</sup>

Due to the potential economic disparity between the nations in the EU, some countries may need more workers and thus wish to increase immigration, while others may wish to bar entry due to high unemployment rates. Consequently, the lack of uniformity between the individual nations will make centralized enforcement of immigration law undesirable. Although free movement of workers across internal borders may lessen a nation’s need to import workers from third countries, it may not entirely eliminate the requirement due to EU citizens’ geographical preferences.

Additionally, although neither the United States nor the EU are fully sovereign powers due to their sharing of control with their member states, the nations of the EU have not granted it as much authority as their American counterparts have granted to the United States.<sup>122</sup> American federalism is based on a theory of dual sovereignty, granting both the individual states and the national government simultaneous authority over their respective areas of competence.<sup>123</sup> In the event of a conflict, however, national law trumps contrary state law, thus making national law supreme.<sup>124</sup>

117. *EU Commissioner Tells Poland To Accelerate Economic Reforms*, ASSOCIATED PRESS, Oct. 18, 1996, available at 1996 WL 4444863.

118. Central Intelligence Agency, *Figure 1. Gross Domestic Product Per Capita (1997)*, available at <http://www.cia.gov/cia/di/products/hies/graphics/figure01a.pdf> (Apr. 8, 2002) (revealing that Turkey and the Baltic states have a gross domestic product (“GDP”) ranging from \$3001 to \$10,000 per capita).

119. *Id.*

120. Central Intelligence Agency, *GDP-Per Capital*, at [http://www.odci.gov/cia/publications/factbook/fields/gdp\\_-\\_per\\_capita.html](http://www.odci.gov/cia/publications/factbook/fields/gdp_-_per_capita.html) (last visited Apr. 08, 2002) (last visited Apr. 8, 2002). Turkey’s GDP per capita totals \$6,800, whereas Luxembourg’s GDP equals \$36,400. *Id.*

121. U.S. Dep’t of Commerce, *Bureau of Economic Analysis, Regional Accounts Data*, at <http://www.bea.doc.gov/bea/regional/bearfacts/stbf/index.htm> (last updated Oct. 24, 2001) (last updated Oct. 24, 2001). The personal income per capita of Connecticut, the richest state, totals \$40,870, whereas the personal income per capita of Mississippi, the poorest state, equals \$20,856. *Id.*

122. Bradley C. Karkkainen, Comment, *Conceptions of Fiscal Federalism: Dual and Shared Sovereignty*, 2 COLUM. J. EUR. L. 565, 571 (1996).

123. *Id.* at 565.

124. U.S. CONST. art. IV, cl. 2 (“This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land ... any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”); Karkkainen, *supra* note 122, at 565-66.

Conversely, the EU is not currently a fully federalized system.<sup>125</sup> Some scholars have deemed it merely a free trade zone,<sup>126</sup> while others assert that it is nearing federalism but concede that it has not yet arrived because the nations have not created a dual sovereignty, permitting the EU to exercise control in areas simultaneously with the member nations.<sup>127</sup> The EU does, however, possess exclusive competence to preempt the laws of member states in some areas.<sup>128</sup>

The hesitancy to cede complete autonomous control to the EU institutions is perhaps indicative of the key distinction between the EU and the United States. The EU is comprised of individual nations, sovereign in their own right, with each encompassing a distinct history and culture.<sup>129</sup> In stark contrast, the United States is comprised of states connected with one another from the moment of their independence or creation. The states share a common history and a common identity. Their sovereignty tracks that of the federal system of which they are a part.

Conversely, the individual members of the EU began their existence independently of the Union. They have unique cultures, languages, histories, political and social ideals, and ultimately identities.<sup>130</sup> In order to preserve their unique attributes, qualities that make up their very being, the nations must ensure that they maintain sovereignty in spheres directly relating to their national identities. Thus, the member nations must maintain autonomous control over their external borders. They must ensure that they do not lose control of the ability to define laws that impact the fabric of their country by granting central control to an entity capable of asserting supremacy over national interests.

#### IV. DECENTRALIZATION PRESERVES SOVEREIGNTY WHILE LEAVING AN OPEN DOOR FOR INTERNATIONAL, RATHER THAN SUPRANATIONAL, CONTROL

Due to the unique composition of the EU, centralized control of immigration matters would have a devastating impact on member nations'

---

125. Karkkainen, *supra* note 122, at 569.

126. Lerke Osterloh, *Harmonization and Public Finance in Germany and Europe*, 2 COLUM. J. EUR. L. 519, 529, 531 (1996).

127. Karkkainen, *supra* note 122, at 571.

128. CHALMERS, *supra* note 24, at 236-39; Patrick Tangney, *The New Internationalism: The Cession of Sovereign Competences To Supranational Organizations and Constitutional Change in the United States and Germany*, 21 YALE J. INT'L L. 395, 424 n. 115 (1996). "The most common form of pre-emption is that of 'field occupation.'" CHALMERS, *supra* note 24, at 239. "Where Community legislation occupies a field, Member States are prohibited from enacting legislation within that field." *Id.*

129. Leyla Marrouk, *A Critique of the U.S. and EU Proposals For Improving International Enforcement of Antitrust Law*, 8 COLUM. J. EUR. L. 101, 123 (2002).

130. *Id.*

sovereignty.<sup>131</sup> A federation composed of individual, historically and culturally distinct nations risks destroying the character of each of its members by forcing them to follow a common approach to immigration matters.<sup>132</sup> At the same time, however, the EU is confronted with the dual dilemmas of achieving free movement of workers across borders and of responding to increased immigration from third countries.<sup>133</sup>

This paper proposes that the EU adopt a decentralized approach to third country immigration.<sup>134</sup> As already indicated, although centralization is beneficial due to its uniform application in all member nations, it fails to consider the individual needs of the participants.<sup>135</sup> Centralization consequently impedes the nations' ability to cater their policies to the dynamic needs of their citizens.<sup>136</sup> Furthermore, centralization of immigration law is inconsistent with national sovereignty.<sup>137</sup> The proposed approach addresses the dual dilemmas of achieving free movement of workers across borders and of responding to increased immigration from third countries.<sup>138</sup> It allows countries to participate in a common regional policy while safeguarding their ability to impose their own immigration standards by withdrawing from the policy when their internal needs so demand.<sup>139</sup> Additionally, it permits the EU to tackle the issue of third country immigrants by addressing the problem at its roots.<sup>140</sup>

First, in order to achieve the aim of free movement of workers across borders, the nations are free to enter into regional agreements that further common border policies.<sup>141</sup> By entering into regional agreements, such as the Schengen Instruments, nations wishing to promote free movement across borders may voluntarily take part, while those placing a higher priority on autonomous immigration policies may opt out. Further, the regional agreements do not pose the same risks of ceding sole control to a supranational authority such as the EU. Unlike the EU, the Schengen Instruments create an inter-governmental agreement that achieves uniformity without centralization, rather than a federalist regime.<sup>142</sup>

---

131. See *supra* Parts III.B & III.C.

132. See *supra* Part III.B.

133. *EU Justice Ministers Open Two-day Meeting on Terrorism, Illegal Immigration*, AGENCE FRANCE-PRESSE, Feb. 14, 2002, available at 2002 WL 2340020.

134. See *infra* Part IV.

135. See *supra* Parts III.A & III.B.

136. See *supra* Part III.B & III.C.

137. See *supra* Part III.B.

138. See *infra* Part IV.

139. See *infra* Part IV.

140. See *infra* Part IV.

141. See e.g., Schengen Agreement, *supra* note 44.

142. Ricou Heaton, *The European Community After 1992: The Freedom of Movement of People and Its Limitations*, 25 VAND. J. TRANSNAT'L L. 643, 655-56 (1992).

More importantly, the flexibility of joining a regional agreement allows nations to balance their own needs with their goal of achieving free movement across borders. A nation with a booming economy may avoid signing a common immigration agreement in order to import immigrants capable of satisfying its labor demand. Further, a nation that has entered into the intergovernmental agreement may temporarily derogate from the uniform policies in order to promote public policy or national security like many nations have already done under the Schengen Instruments. The individual requirements of the EU member nations make centralization, under a potentially supranational regime, ineffective.<sup>143</sup> Unlike the United States, the EU nations may potentially have extremely divergent economies and require varying amounts of immigrants to satisfy their labor demand.<sup>144</sup>

Second, in order to respond to immigration from third countries, EU members should rely on individual schemes or a regional scheme. Again, each nation may tailor its scheme to its own immigration demands or choose to align with other nations with similar goals. Although a centralized immigration scheme will ensure uniform policies, it will not deter illegal immigrants. One key example of the failure of a central scheme to deter undocumented migrants is the United States' experience: illegal immigration became an issue immediately after the country sought to curb entrance and has since become more overwhelming.<sup>145</sup>

Undocumented immigrants most often immigrate to a particular country due to the economic possibilities it presents.<sup>146</sup> Thus, a "fortress Europe" is unlikely to deter most would-be immigrants.<sup>147</sup> Instead, the EU should use its muscle to target the root problems of immigration. The EU should take steps to assist third countries economically; by improving the economies of third countries responsible for the immigrants, the EU will spare its own economy the pressure of illegal immigration.<sup>148</sup> Persons whose current economy presents the same possibilities as the EU would have no incentive to immigrate.<sup>149</sup>

---

143. See *supra* Part III.C.

144. See *supra* notes 117-20 (discussing the disparity of GDP per capita between potential member states of the EU and the current member states).

145. U.S. Department of Justice - Immigration and Naturalization Service, *Illegal Alien Resident Population*, at <http://www.ins.usdoj.gov/graphics/aboutins/statistics/illegalalien/index.htm> (last visited Feb. 19, 2001). As of October 1996, the INS estimated that five million undocumented immigrants were residing in the United States, with the number increasing by 275,000 annually. *Id.*

146. Gilberto Hinojosa, *Immigrants? It's the Economy*, SAN ANTONIO EXPRESS-NEWS, Oct. 13, 2000, at 7B (stating that "ultimately, economic forces control immigration").

147. McCarthy, *supra* note 7, at 2.

148. Wolf, *supra* note 44, at 228.

149. Some immigrants head to the EU to reunite with their family members already living there, however, most illegal immigrants leave their home countries for purely economic or political reasons. The Dublin Convention seeks to order immigration policies for political migrants. Dublin Convention, *supra* note 53.



In fact, the EU is currently attempting a similar approach with the Mediterranean States.<sup>150</sup> By 2010, the EU and the Mediterranean States have agreed to establish a free trade zone.<sup>151</sup> In furtherance of the agreement, the EU nations have agreed to invest six million Eurodollars in order to boost the Mediterranean States' economies.<sup>152</sup> The EU can thus prevent illegal immigration through means other than fortifying and unifying its external borders.<sup>153</sup> More importantly, the EU should not be tempted to shield itself from the needs of the international community by failing to offer a safe haven to international refugees.<sup>154</sup>

Nonetheless, even though decentralization is more appropriate for regulation of external borders and third country immigration, the EU should continue its common policy in the narrow area of asylum under the Dublin Convention. The Convention allows the nations to better address the needs of refugees by coordinating the review of applications and avoiding the temptation to deny responsibility for review. Further, the Convention prevents refugees from completing multiple asylum applications in various countries. Because asylum law is a reflection of a nation's responsibility to the international community, rather than the needs of its citizens and economy, it does not raise the same sovereignty concerns as other third party immigration. Thus, the Dublin Convention contains none of the vices of centralization, but it accords the benefit of uniformity. The EU, therefore, should avoid centralization of immigration matters with the exception of the narrow area of asylum law.

## V. CONCLUSION

By simultaneously decentralizing immigration law and addressing the root problems of third country immigration, the EU nations can retain an integral

150. *EU To Offer Aid To Brake Illegal Immigration*, AGENCE FRANCE-PRESSE, Sept. 8, 1999, at 1, available at 1999 WL 25102276; Wolf, *supra* note 44, at 228.

151. Wolf, *supra* note 44, at 228. The participating Mediterranean States are Algeria, Cyprus, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Malta, Morocco, Syria, Tunisia and Turkey, plus the Palestinian autonomous Territories. *Id.* at 228 n.33.

152. *Id.* at 228.

153. Some scholars argue that Europe does not have enough immigrants and thus does not need to create a common frontier in order to strengthen its border policies. McCarthy, *supra* note 7, at 1. McCarthy writes:

Because Europeans are not having enough babies and are living so long, the European Union would need to import 1.6m migrants a year simply to keep its working-age population stable between now and 2050. With Europe's unemployment now falling, and its people increasingly sniffy about the sorts of jobs they are prepared to do, or too ill-equipped to do the high-tech ones being created, the continent's workforce is in need of renewal as never before. Immigrants tend to inject into stale, ageing countries fresh vitality, fresh energy and an uncommon willingness to work hard at unappealing jobs.

*Id.*

154. See *supra* Part II.A.

part of their sovereignty and tailor their immigration policies to the demands of their economies. Currently, the EU institutions have indicated an increasing desire to centralize immigration law.<sup>155</sup> They urge the creation of a common border in order to combat what they perceive as a growing problem of illegal immigration.<sup>156</sup> While centralization has the superficial benefit of unifying the EU nations' external border policies, its burdens are severe.<sup>157</sup> Centralization will compromise the countries' national sovereignty in an area that is crucial to a nation's identity.<sup>158</sup> Centralization will also cripple the individual nations' ability to alter their policies to suit the needs of a changing economy and ensuing labor demands.<sup>159</sup> Furthermore, the Schengen Instruments have demonstrated that a common border policy, if in the nations' best interests, can be achieved through a regional agreement, rather than at the direction of a supranational authority.<sup>160</sup> Most importantly, centralization will compromise the individual nations' ability to provide humanitarian aid to international refugees, by causing them to engage in a "race to the bottom."<sup>161</sup>

This paper asserts that both the EU nations and their citizens benefit from decentralization of immigration law. Nations wishing to advance the goal of free movement across borders can enter into regional agreements, while those whose economies demand diverse policies can regulate their borders individually. Further, the EU can address the problem of third country immigration by considering the roots of the problem, rather than fortifying its borders. By boosting the economies of third countries, the EU will benefit from lower immigration and the third countries will benefit from the investment. Consequently, the EU will no longer be forced to choose between unifying control of external borders and upholding the sovereignty of the member Nations.

---

155. See *supra* Part II.C (discussing the EU institutions' move toward centralization).

156. See *supra* Part II.C.

157. See *supra* Parts III.A & III.B.

158. See *supra* Part III.B.

159. See *supra* Parts III.B & III.C.

160. Schengen Convention, *supra* note 44; see also *supra* Part II.B (discussing the Schengen Instruments).

161. See *supra* notes 93-96 and accompanying text.

# **GENERAL ELECTRIC/HONEYWELL MERGER: EUROPEAN COMMISSION ANTITRUST DECISION STRIKES A SOUR NOTE**

*Ricky D. Rivers*

I. INTRODUCTION .....	525
II. COMPETING THEORIES USED TO EVALUATE THE GE MERGER .....	526
III. APPLICATION OF THE DIFFERENT THEORIES - GE/HONEYWELL .....	528
IV. US-EC COOPERATIVE BILATERAL AGREEMENTS FOR THE ENFORCEMENT OF THEIR COMPETITION LAWS .....	530
V. HARMONIZATION AND ENFORCEMENT: THE ANSWER TO COMPETING MODELS? .....	534
VI. CONCLUSION .....	539

## **I. INTRODUCTION**

Although antitrust regulation is justified on neutral grounds of economic efficiency and consumer protection, it appears from the international perspective that nations instead may make decisions concerning the application of their antitrust laws based on what is good for the nation at the expense of the global community. For example, the European Commission ("Commission"), for the first time in its history, disapproved a merger between two American companies citing their market dominance now and in the future and the impact of that dominance on competitors as prohibitive factors in granting approval. The disapproval by the Commission of the General Electric/Honeywell ("GE merger") merger hit a sour note with U.S. authorities because they had approved the merger prior to the Commission's decision.

The US and the Commission had earlier entered into a bilateral agreement emphasizing cooperation, coordination, consultation, and positive comity to avoid an occurrence of the inconsistent result that was to subsequently follow in the GE merger. Notwithstanding this agreement, however, the two authorities took very different positions. This paper examines why the United States and the Commission reached differing conclusions on the GE merger even though both were looking at the same set of data and had agreed to cooperate. The hypothesis suggested by the GE merger is that bilateral agreements on the application of antitrust laws (also known as competition policy) are ineffective when national interests are involved, and that harmonization of the world's antitrust laws will also likely prove ineffective unless an enforcement mechanism is developed.

## II. COMPETING THEORIES USED TO EVALUATE THE GE MERGER

In May 2001, US and Canadian Antitrust authorities approved General Electric's \$42-billion purchase of Honeywell International after the companies agreed to sell a military helicopter engine unit and let a new company service some of Honeywell's small commercial jet engines.<sup>1</sup> On July 3, 2001, the European Commission issued its decision declaring the merger to be a concentration incompatible with the Common Market and the European Economic Area (EEA).<sup>2</sup>

There are fundamental differences between the United States and the European Union (EU) in the application of their respective antitrust rules to mergers. In America it is well settled that antitrust law promotes competition and the protection of consumers, not competitors.<sup>3</sup> What this means is that in the US mergers are allowed to go forward if the likely effect is that there will be a reduction in price, or an increase in quality or innovation that will result in a benefit for the consumer and competition will not be substantially lessened.<sup>4</sup> Both the United States and Canada concluded there was no likelihood of a substantial lessening of competition because General Electric and Honeywell were not and are not competitors.<sup>5</sup> Under American antitrust law competitors do not have a cause of action against a merger on the grounds that it makes the merged firms more efficient, even if they fear they may as a result of the merger be forced from the market.<sup>6</sup> Thus, United States and Canadian officials concluded the acquisition was likely to benefit, not harm, consumers.

---

1. George Priest & Franco Romani, *The GE/Honeywell Precedent*, Wall St. J., June 20, 2001, at A18.

2. *General Electric/Honeywell*, Commission Decision, Case COMP(2001)M.2220 at 128.

3. Aubry D. Smith, Note, *Bring Down Private Trade Barriers - An Assessment Of the United States Unilateral Options: Section 301 of the 1974 Trade Act and Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law*, 16 MICH. J. INT'L L. 241, 257 (1994).

4. Priest & Romani, *supra* note 1.

5. *Id.*

6. *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 477 (1977). Competitors challenged Brunswick's acquisition of several bowling centers that otherwise would have closed, claiming that they were injured because the profits would have increased if the centers had closed instead. The Court held that the competitors lacked standing because they were not alleging antitrust injury. Quoting *Brown Shoe*, 370 U.S. 294, 320 (1962), the Court emphasized that "antitrust laws were enacted for the protection of competition not competitors," and stated it would be "inimical to the purpose of those laws" to award damages for injury resulting from enhanced competition. The Supreme Court extended this doctrine in *Cargill v. Monfort of Colorado*, 479 U.S. 104, 114-117 (1986) by holding that competitors do not have standing to challenge a merger on the grounds that the merger may enable the merged firm to realize efficiencies and thereby lower its prices to a level at or only slightly above its costs).

The European antitrust law also promotes competition but for the protection of the competitors in the market.<sup>7</sup> Thus, EU antitrust law is more concerned with protecting competitors as opposed to the American emphasis on consumer. EU antitrust law seeks to prohibit or restrain a firm(s) from creating or abusing their dominance in the market at the expense of other competitors in the market.<sup>8</sup> Unlike United States regulators, the Commission allows competitors to provide input on the impact of a merger on the competitor's ability to compete in the market if the merger is approved.<sup>9</sup> Under the Merger Regulation a proposed merger is reviewed using a three step process:<sup>10</sup> (1) defining the relevant product and geographic markets; (2) determining whether the company in question has a dominant position; and (3) considering whether the dominant position, if any, presents a significant impediment to competition.

In the GE merger, the divergence between the American and European point of view on the substance related to their different interpretations of the meaning and impact of the basic theoretical concepts embodied in dominant position, "bundling" or "tying" of products, and the leverage that might be exerted through vertical integration.<sup>11</sup>

In expressing their disagreement with the EU decision, U.S. antitrust authorities have pointed to the divergence in theories used to evaluate the impact of the merger as the reason for the differing results.<sup>12</sup> After the EU blocked the GE merger, the United States expressed its concern over the EU's use of the "portfolio power theory" (also known as the "range effects theory" and the "entrenchment doctrine") of competitive injury as the mechanism for making antitrust enforcement decisions.<sup>13</sup> United States antitrust authorities

---

7. Eleanor Fox, *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, 75 N.Y.U. L. REV. 1781, 1791 n. 42 (2000).

8. Priest & Romani, *supra* note 1.

9. *Id.* See also GE and Honeywell Fail to Tie the Knot, CNET News.com (July 8, 2001), <http://news.cnet.com/news/0-1007-201-6477632-0.html?tag=1h>. (July 8, 2001) (last visited Nov. 15, 2001).

10. Commission Regulation, 4064/89, 1990 O.J. (L 257) 16.

11. Georg Koopman, *Transatlantic Irritations in Competition and Trade Policy*, INTERECONOMICS, July-Aug., 2001, at 166 at [www.hwwa.de/publikationen/Intereconomics/2001/ie-docs2001/ieol04-koopman.pdf](http://www.hwwa.de/publikationen/Intereconomics/2001/ie-docs2001/ieol04-koopman.pdf). In the view of the Commission, combining Honeywell with GE would have created new dominant positions in some markets, increased dominance in others, and would have squeezed out competitors because GE would have been able to offer a bundle of products that no other competitor could match. The U.S. on the other hand disagreed with the Commission's theories concerning the economic implication of size, bundling and vertical integration.

12. Mergers, *The Range Effects: The United States Perspective*, DOJ Antitrust Division Submission for OECD Roundtable on Portfolio Effects in Conglomerate at <http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.htm> (Oct. 12, 2001).

13. Charles A. James, *International Antitrust in the Bush Administration, An address before the Canadian Bar Association Annual Fall Conference on Competition Law, Ottawa, Canada*, (Sept. 21, 2001) <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9100.htm> (last visited Nov. 5, 2001).

have abandoned this theory or doctrine as a mechanism for challenging non-horizontal type conglomerate mergers such as the GE merger.<sup>14</sup>

Under the "entrenchment doctrine" as embodied in the Supreme Court's decision in *FTC v. Procter & Gamble*,<sup>15</sup> mergers could be condemned if they strengthened an already dominant firm through greater efficiencies or gave the acquired firm access to a broader line of products or greater financial resources, thereby making life harder for smaller firms. In the 1980s the United States eliminated entrenchment as a basis for challenging non-horizontal mergers, such as the GE/Honeywell merger.<sup>16</sup> The reason for eliminating the doctrine as a challenge to conglomerate mergers was that empirical evidence did not support the predicted competitive harms hypothesized.<sup>17</sup> In fact, United States data shows there is no lessening of competition in the market by allowing mergers such as GE/Honeywell to go forward and that there were significant benefits and increased efficiencies to society.<sup>18</sup> United States authorities have concluded from their 40 years of experience in evaluating the competitive effects of non-horizontal mergers such as GE's that efficiency and aggressive competition benefit consumers, even if rivals that fail to offer an equally good deal suffer loss of sales or market share.<sup>19</sup>

### III. APPLICATION OF THE DIFFERENT THEORIES - GE/HONEYWELL

To determine whether the GE merger would strengthen GE's dominance in its markets and have an anti-competitive effect on competition, the Commission used three related theories of competitive harm to review the GE/Honeywell merger:<sup>20</sup> (1) that the merger would create economies of scale and scope that other firms would not be able to match; (2) that the merger firm would gain a decisive advantage over its competitors by virtue of its size and financial resources; and (3) that the merger would facilitate the tying or bundling of complimentary products, thereby, allowing the merged firm to drive its competitors from the market. Based on its review the Commission came to

---

14. Mergers, *supra* note 12.

15. *FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568 (1967).

16. Mergers, *supra* note 12.

17. *Id.* at 5. (discussion by Professors' Areeda and Turner in the presentation paper on the fallacy of prohibiting mergers on the basis of dominance).

18. *Id.* Areeda and Turner state in their research that increased dominance and tying would only bring competition to an end if the same opportunities were not available to rivals. A result seen in no conglomerate merger case of which they were aware. Second they postulated based on their research the public would realize the fruits of the more efficient firm because the other firms would be forced to improve their efficiency or quality or be forced out of the market thereby resulting in reduced use of scarce resources to the benefit of society.

19. *Id.* at 2.

20. *Id.*

the conclusion that the GE merger would create new dominant positions in avionics, and engines for business aircraft.<sup>21</sup> The Commission also concluded that the merger would increase GE's dominance in engines for big commercial aircraft, and that it would also allow GE to bundle complementary products, thereby resulting in competitors being squeezed out of the markets.<sup>22</sup>

The United States came to the conclusion that the first two theories of competitive harm are no different than those found in Procter and Gamble and should be rejected by the Commission as a mechanism for challenging mergers for the same reason the United States abandoned the practice two generations ago.<sup>23</sup> The United States admitted the third theory may harm competition but only if it were the type of bundling that forecloses rivals from the market without advancing any legitimate business purpose.<sup>24</sup>

Since the Commission's decision not to approve the GE merger, the DOJ has conducted over 75 interviews of industry participants, deposed executives of the merging parties and reviewed the numerous responses requested from third parties to determine if there was a legitimate reason to challenge the merger under the EU theory.<sup>25</sup> Based on those discussions and responses, it concluded the merger should have been approved under EU law.<sup>26</sup> For example, DOJ concluded that it found little support for the EU's argument that GE was already dominant in the large aircraft market.<sup>27</sup> It pointed out that the market for large aircraft engines was a bid market with three strong competitors, GE, Rolls Royce, and Pratt & Whitney.<sup>28</sup> It noted that historic market shares are only weak indicators of future success, as illustrated by the recent contract awards almost evenly divided among the three firms.<sup>29</sup> The DOJ concluded this analysis by stating that all of the theories of competitive injury from the GE merger were dependent on the argument that the merger would ultimately drive competitors from the market or would reduce their shares to a point where they could no longer effectively constrain GE's competitive behavior.<sup>30</sup> The DOJ also found this argument lacking because it found most of GE's and Honeywell's competitors are large, financially healthy companies with large shares in many of the relevant markets and ready access to capital.<sup>31</sup> The DOJ

---

21. Koopman, *supra* note 11, at 166.

22. *Id.*

23. *Id.*

24. *Mergers*, *supra* note 12 at 3.

25. *Id.* at 15.

26. *Id.* at 18.

27. *Id.* at 16.

28. *Id.*

29. *Mergers*, *supra* note 12.

30. *Id.* at 17.

31. *Id.*

concluded its analysis by stating that there is no historical evidence of aerospace firms exiting or withdrawing from the market because it could offer only a narrow range of products, other than through mergers which kept their productive assets in the market.<sup>32</sup> The United States concluded the merged firm would have offered improved products at more attractive prices than either firm could offer on its own, and that the merged firm's competitors would then have a great incentive to improve their own product offerings.<sup>33</sup>

The difference between the United States and the EU on the GE merger flowed from the substantive difference between the two on the proper scope of antitrust law enforcement. Under EU antitrust law the central purpose is to protect competitors. Under United States antitrust law the central purpose is not to protect business from the workings of the market; it is to protect the public from the failure of the market.

#### IV. UNITED STATES-EC COOPERATIVE BILATERAL AGREEMENTS FOR THE ENFORCEMENT OF THEIR COMPETITION LAWS

The United States and EU reached inconsistent decisions on the GE merger despite analyzing the same set of facts and data, and a bilateral agreement between them to cooperate.<sup>34</sup> Before the GE merger, it was believed that divergent positions on particular mergers could be avoided or at least mitigated through a series of bilateral agreements aimed at resolving frictions created by the unilateral application of the respective antitrust laws extraterritorially.<sup>35</sup> Why, then, did the cooperative bilateral agreements between the United States and the EU for the enforcement of their respective competition laws fail to mitigate the divergent decisions in the GE/Honeywell merger?

Extraterritorial application of one nation's law to conduct that occurs entirely within another nation violates the most fundamental tenet of territorial sovereignty.<sup>36</sup> Frictions arise when a foreign government entity usurps the power of the domestic regulatory agency to regulate activity within its own borders.<sup>37</sup> Yet both the United States and the European Community have not hesitated to unilaterally apply their antitrust laws extraterritorially.

---

32. *Id.* at 17-18.

33. Charles A. James, *International Antitrust in the 21st Century: Cooperation and Convergence*, Address Before the OECD Global Forum on Competition, Paris, France, (Oct. 4, 2001) at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9330.htm>. (last visited Nov. 5, 2001).

34. *Id.*

35. *Id.*

36. Michael G. McKinnon, *Federal Judicial and Legislative Jurisdiction Over Entities Abroad: The Long-Arm of U.S. Antitrust Law and Viable Solutions Beyond the Timberlane/Restatement Comity Approach*, 21 PEPP. L. REV. 1219, 1224 (1994).

37. *Id.*



Recognizing the need to use more congenial methods of achieving their antitrust policies, the US and the EU entered into bilateral agreements with each other in 1991<sup>38</sup> and 1998.<sup>39</sup> The main objective of the agreements was to promote cooperation, and coordination, and to lessen the possibility of differences between the parties' competition laws through notification, exchange of information, consultation, and comity in the application and enforcement of the parties' respective competition laws.<sup>40</sup> Under the doctrine of positive comity set forth in Article V of the agreement, either party can request the other to initiate appropriate enforcement activities, if the requesting party believes anti-competitive practices are being carried out in the other's territory that are adversely affecting the requesting party's important interest.<sup>41</sup> Article VI of the agreement requires the parties to take into account the important interests of the other party and their reasonable suggestions during its investigation and enforcement proceedings.<sup>42</sup>

In 1998, the European Commission and the United States signed a supplemental agreement to the 1991 agreement.<sup>43</sup> The new agreement elaborated on the positive comity set forth in Article V of the 1991 agreement and provided details about each party's responsibilities.<sup>44</sup> Article VI of the new agreement stated that the new agreement was a supplement to the 1991 agreement, and to be interpreted consistent with the 1991 agreement.<sup>45</sup>

Notwithstanding this goal, the agreements have structural problems that lessen their ability to mitigate divergent views between the parties. First, the 1998 agreement specifically stated that it did not apply to merger enforcement because statutory deadlines in the United States and EU make the suspension or deferral of investigations inappropriate.<sup>46</sup> However, the agreements call for each authority to take into account not only the interests of the other party but also their reasonable suggestions. The fact that the United States and Canada approved the merger indicates that they had an interest in seeing the merger

---

38. Agreement Between The Government of the United States of America and The Commission of the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws, Sept. 23, 1991, 30 I.L.M. 1487 (1991).

39. Agreement Between the Government of the United States of America and The European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of Their Competition Laws, (June 4, 1998) at [www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm](http://www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm) (last visited Oct. 16, 2001).

40. Agreement, *supra* note 38 at 1491.

41. *Id.* at 1498.

42. *Id.*

43. Agreement, *supra* note 39.

44. Press Release, DOJ, U.S. and European Communities Sign Antitrust Cooperation Agreement, (June 4, 1998).

45. *Id.*

46. *Id.*

completed.<sup>47</sup> The United States and Canada have an interest in getting the best quality for its consumers at the lowest price.<sup>48</sup> The United States is the world's largest market for aircraft purchases<sup>49</sup> and therefore would be sensitive to any merger in the aerospace industry that would harm consumers or substantially lessen competition. The United States and Canada both concluded that the GE merger would deliver the best quality at the lowest price to the consumer without substantially lessening competition.<sup>50</sup> Thus, it is highly unlikely in this case that the United States and Canada<sup>51</sup> would have approved a merger that would result in higher cost to the consumer or substantially lessen competition.

Additionally, even though Article VI of the 1991 agreement requires each party to take into consideration the other party's important interests in all stages of the enforcement activities, it only requires this consideration to the extent compatible with the reviewing authority's own important interests.<sup>52</sup> Thus, there is no mechanism for resolving competing interests.

Another problem with the agreements is that the doctrine of positive comity and the comity considerations of the other party's interest, which the agreements are premised on, have been eroded in the United States by the Supreme Court's decision in *Hartford Fire Insurance Co. v. California*,<sup>53</sup> and in the EU by the ECJ's decision in *Wood Pulp*.<sup>54</sup> Both Courts have rejected comity considerations absent what they have characterized as "true conflict."<sup>55</sup> They have both defined conflict to mean that a company could not obey the law of one nation without violating the law of the other nation. At least from the American perspective, it was assumed that the bilateral agreement would create a comity in which even the most serious areas of antitrust divergence would be mutually resolved.<sup>56</sup>

---

47. GE and Honeywell Fail to tie the Knot, *supra* note 9; see also James, *supra* note 13.

48. James, *supra* note 13.

49. GE and Honeywell Fail to tie the Knot, *supra* note 9.

50. *Id.*

51. Andrew T. Guzman, *Is International Antitrust Possible?*, 73 N.Y.U. L. REV. 1501, 1539 (1998). Guzman points out that Canadian antitrust policy explicitly seeks not only to promote efficiency, but also to protect small and medium size businesses. Thus it would appear that Canada should have had the same concerns as the EU and prohibited the merger if it there was danger of GE dominance substantially lessen competition.

52. William K. Walker, *Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws: The Effect of the European Community-United States Antitrust Agreement*, 33 HARV. INT'L L.J. 583, 590 (1992).

53. *Hartford*, 113 S.Ct. 2891 (1993).

54. Roger P. Alford, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 34 VA. J. INT'L L. 213, 228-29 (1993).

55. Robert D. Shank, *The Justice Department's Recent Antitrust Enforcement Policy: Toward a "Positive Comity" Solution to International Competition Problems?*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 155, 174 (1996).

56. James, *supra* note 33.

And finally, an inherent weakness of the bilateral agreement is that it does not oblige the parties to make enforcement decisions based on comity or to comply with cooperation request.<sup>57</sup> However, even if it did, there again is no mechanism for resolving disputes over enforcement. As a result of the GE merger failure, the current Assistant Attorney General for the Antitrust Division concluded that there is a limit to the effectiveness of bilateral cooperation.<sup>58</sup>

Based on these observations, the Assistant Attorney General is correct in his assessment that there are limitations to bilateral agreements. Although there are limitations in the substantive content of the United States and EU agreements, without an enforcement mechanism, even if the limitations in the agreements were corrected, the result reached by the EU in the GE merger would be the same because the national interests of the EU were embodied in their decision.<sup>59</sup>

The bilateral agreement between the United States and the EU has worked extremely well when the sovereignties' national interests have not been implicated. Both the European Commissioner and the Assistant Attorney General for Antitrust pointed to the Sprint/MCI and MCI/Worldcom merger reviews as examples of their close coordination, cooperation, and consultation on their respective approaches to the merger reviews so as to avoid inconsistent results.<sup>60</sup> However, close cooperation on common interests ignores the strong temptation nations have to make decisions concerning the application of their antitrust laws based on what is good for the national interest at the expense of the global community.<sup>61</sup> The EU has a strong national interest in protecting its aerospace industry.<sup>62</sup> Thus, the United States should have been on notice that bilateral cooperation is ineffective when Europe perceives its strong national interests at risk,<sup>63</sup> and therefore, should not have been surprised at the European Community decision to block the GE merger.

---

57. Brian Peck, *Extraterritorial Application of Antitrust laws and the U.S.-EU Dispute over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict? An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, 35 SAN DIEGO L. REV. 1163, 1207 (1998).

58. James, *supra* note 33.

59. Priest & Romani, *supra* note 1; see also, Paul Erdman, *Europe, U.S. on a Collision Course*, CBS Marketwatch, July 3, 2001, explaining that Europe has an interest in protecting its aerospace industry, in particular Airbus, which he claims would not have survived competition with Boeing without the government subsidies.

60. Mario Monti, *EU-US Cooperation in the Control of International Mergers: Recent Examples and Trends*, Address Before the Institute for International Economics (Mar. 30, 2001) at <http://www.eurunion.org/news/speeches/2001/010330mm2.htm> (last visited Oct. 19, 2001); see also, James, *supra* note 13.

61. Fox, *supra* note 7.

62. Priest & Romani, *supra* note 1.

63. It is interesting to note that since the bilateral agreement the only two mergers that have caused friction between the U.S. and the EU have been in the aerospace industry.

Based on the conflict between the United States and the EU on the GE merger it seems clear that there is a need for an organizational mechanism that eliminates national interests from the equation in international antitrust decisions. The GE merger spotlights the need for an international agreement on a core set of values for enforcing antitrust law, and the creation of a supranational entity with the power to enforce its decisions through a binding dispute resolution mechanism. Ironically, it is the EU that has been a staunch advocate of adopting such a system.<sup>64</sup> The question, then, is how can one take divergent theories and national interest out of the equation in the application of antitrust law to international problems?

#### V. HARMONIZATION AND ENFORCEMENT: THE ANSWER TO COMPETING MODELS?

There is competition between the United States and the EU to expand the geographic scope of their antitrust law.<sup>65</sup> The EU and the United States use several techniques one of which is common and two of which are unique in competing for this hegemony. The common technique is that both the United States and the EU advocate for their system in the form of advice and technical assistance to countries on how to implement their competition laws.<sup>66</sup> The two divergent techniques are unilateral application of their antitrust laws and bilateral agreements.<sup>67</sup> There are buyers in this market.<sup>68</sup> Some 100 countries in the World Trade Organization (WTO) do not have competition laws, and the International Monetary Fund, the World Bank, the EU, and the United States are priming these countries to develop them.<sup>69</sup>

Until the GE merger divergence, the United States had increasingly turned to bilateral agreements to promote its brand of antitrust legislation.<sup>70</sup> Although the bilateral approach is less controversial than the unilateral approach it will always be limited in terms of cooperation and avoidance of conflict as long as the two most influential antitrust entities, the United States and the EU, are in

---

64. Fox, *supra* note 7.

65. Il Hyung Jung, *A Comparative Study on the Question of Extraterritorial Application of the Competition Law*, 18 DICK. J. INT'L L. 305, 340 (2000).

66. Fox, *supra* note 7; see International Competition Policy Advisory Comm., U.S. Dep't of Justice, Final Report Ch. 6, at 15 (2000).

67. Fox, *supra* note 7. The United States uses the unilateral approach significantly more than the EU. The EU follows the route of Bilateral agreements and free trade agreements. It requires all the Eastern European countries that hope/want to join the EU to adopt EU competition laws into their national law before they can even be considered for European Community status.

68. *Id.*

69. *Id.* at 1784, 1799. In 1999, the International Monetary Fund required Indonesia to adopt a competition law as part of the economic reforms on which rescue funds were conditioned.

70. James, *supra* note 33.

competition to gain hegemony over the competition laws.<sup>71</sup> Thus, the United States began to look for a more inclusive solution to bilateral agreements. While not dropping its opposition to the WTO as a forum for harmonizing competition laws and as a source for binding dispute resolution for antitrust disputes,<sup>72</sup> the United States has taken the lead in pushing for a forum outside the WTO to address solely antitrust issues, with the ultimate goal of harmonizing the world's antitrust laws.<sup>73</sup> The weaknesses of the United States approach is that the forum it has chosen does not contemplate a binding dispute resolution mechanism for the enforcement of international antitrust law.<sup>74</sup> Also, it is questionable whether the forum being pushed by the United States would avoid a situation such as the GE merger without a binding dispute resolution mechanism.

Europe also has expanded its antitrust law through bilateral agreements, in particular with the Eastern European nations by requiring that they harmonize their antitrust laws with the Community if they wish to join the European Community.<sup>75</sup> The U.S. has not advocated its competition model as forcefully as the EU has advocated its vision of its competition model.<sup>76</sup> As a result more nations have been adopting the EU competition model than the United States model.<sup>77</sup>

Nonetheless, unlike the United States, Europe has been willing to accept the WTO as the mechanism for harmonizing the world's competition laws and enforcing them.<sup>78</sup> It appears that there are more countries in the WTO that have adopted the EU model as opposed to the United States model.<sup>79</sup> Therefore, if the WTO is chosen as the forum for international antitrust harmonization and enforcement, it is very likely that the EU model of competition will be the model adopted rather than the American model because of the potential support of other countries already within the organization and because of the EU's strong advocacy of the WTO as the forum for antitrust policy and enforcement.<sup>80</sup>

Recognizing that the EU is advocating the WTO as the forum for the harmonization and enforcement of international antitrust law, the newly appointed antitrust chief for the DOJ has attempted to minimize the WTO as a

---

71. Jung, *supra* note 65, at 326.

72. See International Competition Policy Advisory Comm. U.S. Dept of Justice, Final Report Chapter 6 at 6 (2000), at <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm> (last visited Nov. 16, 2001).

73. James, *supra* note 33.

74. *Id.*

75. Fox, *supra* note 7.

76. *Id.* at 1799.

77. *Id.*

78. Monti, *supra* note 60.

79. Fox, *supra* note 7.

80. *Id.*

forum for antitrust policy by recommending the newly, United States-initiated, Global Competition Initiative (GCI) as the forum for international antitrust policy.<sup>81</sup> The focus of the GCI will be on the substantive and procedural issues surrounding the harmonization of international antitrust law harmonization.<sup>82</sup> The U.S. position is that the broad mandate of the WTO makes it unsuitable to deal adequately with the practical law enforcement issues raised by the internationalization of antitrust law.<sup>83</sup> The United States has set June 2002, as the target date for the implementation of the GCI.<sup>84</sup> It remains to be seen if the rest of the world will embrace the GCI initiative.

However, there are other significant nations that share America's aversion to the WTO as a body making competition policy.<sup>85</sup> Japan and Great Britain, two countries with substantial international trade but little historical competition policy, are equally as weary as the United States at having the WTO setting and enforcing global competition policy.<sup>86</sup> If the United States is successful at getting the GCI initiative moving it is likely to mute the movement to the WTO as the forum for international antitrust policy. The reason why the GCI is likely to prevail is because it will be focused exclusively on international antitrust issues<sup>87</sup> as opposed to the WTO which is primarily focused on trade issues and a broad range of other issues not related to antitrust issues.<sup>88</sup>

The United States may be right about excluding antitrust policy from the WTO. Professor Fox, the most prominent critic of the inclusion of antitrust within the WTO, has argued that international antitrust should be addressed in an independent forum, apart from the WTO.<sup>89</sup> Fox has concluded that antitrust harmonization would be impeded in the WTO because it would have to include both trade and competition representatives who have differing goals.<sup>90</sup> It is also Fox's opinion that because the WTO agreements typically include dispute resolution, some countries will be unwillingly to participate if the dispute

---

81. James, *supra* note 13.

82. *Id.* James says because the ultimate goal of the GCI is to converge the antitrust laws of the world, the GCI forum will concentrate on encouraging both the developed and developing countries to formulate and develop consensus on proposals for procedural and substantive convergence in antitrust enforcement. He further emphasized that the GCI would not deal with trade issues, that it "would be all antitrust, all the time."

83. *Id.*

84. *Id.*

85. Spencer Webber Waller, *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, 77 B.U.L. REV. 343, 384-85, (1997). Waller says the Soviet Union and the nations that were a part of the Soviet empire are unlikely to accept the prospects of competition policy being regulated by a single global body.

86. *Id.* at 384.

87. James, *supra* note 13.

88. Fox, *supra* note 7.

89. *Id.* at 665.

90. *Id.* at 677.

resolution is part of the agreement.<sup>91</sup> However, even Fox agrees that there is a need for some type of protocol to deal with the problem of one nation prohibiting a merger and another nation approving the same merger.<sup>92</sup> Probably Fox's strongest argument for leaving antitrust issues outside the WTO, is that the WTO does not have the ability to handle antitrust and other trade issues that require its immediate attention.<sup>93</sup> Other interested parties have also argued that the WTO lacks institutional experience in antitrust and therefore should not be used for settling disputes over anti-competitive practices.<sup>94</sup>

However, Professor Guzman, argues that the WTO is precisely the place where international antitrust policy ought to lie.<sup>95</sup> He argues that the history of the WTO's experience with intellectual property (IP) demonstrates that it is the best place for international antitrust policy development and implementation.<sup>96</sup> He notes that international cooperation on intellectual property was not achieved until the negotiations were incorporated in the WTO.<sup>97</sup> However, as Guzman himself points out, before IP was incorporated into the WTO, most countries had already agreed upon the minimum standards of IP protection, harmonized the registering process of IP, and incorporated laws prohibiting discrimination against foreign holders of IP rights.<sup>98</sup> International antitrust policy is nowhere near the level of harmonization that was reached by IP before its incorporation into the WTO.<sup>99</sup> Therefore it is unlikely that antitrust policy can be replicated in the WTO in the same manner in which IP was successfully incorporated in the WTO until significant progress occurs on international antitrust harmonization and enforcement.<sup>100</sup>

Among government, business, and academia the only consensus that has emerged over international antitrust policy is that there should be a

---

91. *Id.*

92. Eleanor M. Fox, *Extraterritoriality, and the Merger Law: Can All Nations Rule the World?*, Antitrust Report 2, Dec. 1999, at 7. Fox says that in the absence of a formal protocol for resolving clashes over the approval by one nation of a merger and the prohibition by another, the more restrictive nation will always win. She suggests development of rules of priority in deciding to enjoin or not to enjoin an international merger based on the net benefits to world wide competition as opposed to the benefits within the borders of a country.

93. *Id.* at 677.

94. Barbara Casassus, *The Interface Between Trade and Competition Policy*, April 22, 1998, at 3.

95. Andrew T. Guzman, *International Antitrust and WTO: The Lesson from Intellectual Property*, April 22, 1998, at 3.

96. *Id.* at 30.

97. *Id.* at 31.

98. *Id.* at 18-19.

99. James, *supra* note 13 at 6.

100. Joseph P. Griffin, *What Business People Want From A World Antitrust Code*, 34 NEW ENG. L.J. 1-40 (1999).

harmonization of the world's competition policy.<sup>101</sup> Business leaders have also expressed the importance of legal certainty, speed in approving transactions, and the need for some kind of international mechanism to control discretionary application of the antitrust policies.<sup>102</sup> Thus, it does not seem farfetched that someday multinational firms will eventually find it in their best interest to have one set of antitrust polices internationally, and one body in which to litigate and settle disputes.<sup>103</sup>

As seen in the GE merger, it would have been desirable to have a Supranational body to mitigate a decision based on national interest.<sup>104</sup> The assumption by proponents of a Supranational body for the harmonization and enforcement of international antitrust laws is that it will make decisions and enforce those decisions based on the law and not national interest.<sup>105</sup> Thus, it would seem incumbent upon America to use the new forum she has initiated to not only harmonize the antitrust competition rules but to develop a mechanism for a binding dispute resolution system within the GCI.

The United States GCI antitrust initiative should prevail over the WTO alternative because the GCI forum can devote its energy exclusively to antitrust and therefore should be better at dealing with antitrust problems than the WTO forum which by definition must view antitrust as a secondary issue within its primary focus of trade issues. The single focus of the GCI should allow the nations of the world to more effectively work toward harmonization, and to work on a binding dispute resolution system that is acceptable to all, because the participants attention will not be distracted by other issues as it would be in the WTO. At present, the United States only plans to use the GCI to harmonize international antitrust policy, but an international antitrust body that is successful at harmonizing international antitrust policy would still be ineffective without a binding dispute resolution mechanism.<sup>106</sup> At some point, the GCI will work toward incorporating a binding dispute resolution system into the forum if the GCI is to be fully successful.

If the United States is successful at implementing the GCI forum, it has the potential to mitigate the momentum already built by the EU to have the WTO designated as the body for the harmonization and enforcement of international antitrust policy. As well as placing America squarely in the forefront of shaping, and determining who and where that international antitrust body will be.

---

101. Casassus, *supra* note 94 at 1.

102. *Id.*

103. Griffin, *supra* note 100.

104. Peck, *supra* note 57.

105. Ernst-Ulrich Petersmann, INTERNATIONAL TRADE LAW AND THE GATT/WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 64-65 (1997).

106. *Id.*; see also Fox, *supra* note 7 and Peck, *supra* note 104.



## VI. CONCLUSION

The GE merger shows that bilateral agreements do not work when national interests are involved. There is a need to develop internationally a core set of antitrust codes, and to develop a binding dispute resolution system to enforce those codes and to mitigate the impact of national interest on antitrust decisions. America has the opportunity to develop its GCI initiative as the international forum through which harmonization and enforcement can occur. However, America must not only take up the harmonization of antitrust policy in the GCI forum but must also be willing to develop a binding dispute resolution system within the GCI forum for it to be an effective instrument of international antitrust policy.

Business wants one stop shopping when it comes to international antitrust policy. Thus, it seems a certainty that sometime in the future multinational firms will begin to push for the implementation of a supranational body where they can litigate and settle antitrust disputes crossing national boundaries. Therefore, it seems only prudent for the United States to have an alternative developed and modeled along lines it can accept. The GCI forum can be that alternative.

# A CHANGE FOR THE BETTER: AN INSIDE LOOK TO THE JUDICIAL REFORM OF THE DOMINICAN REPUBLIC

*Ingrid Suarez*

I.	INTRODUCTION . . . . .	542
II.	A BRIEF HISTORY OF THE DOMINICAN REPUBLIC . . . . .	542
III.	THE 1994 CONSTITUTIONAL REFORM . . . . .	544
	A. <i>The Executive Power</i> . . . . .	545
	B. <i>The Legislative Power</i> . . . . .	546
	C. <i>The Judiciary</i> . . . . .	547
IV.	THE NEW SUPREME COURT OF JUSTICE . . . . .	548
	A. <i>Selection of the New Supreme Court Justices</i> . . . . .	549
	B. <i>The New Supreme Court Justices</i> . . . . .	551
	1. Chief Justice Jorge A. Subero Isa . . . . .	551
	2. Justice Rafael Manuel Luciano Pichardo . . . . .	551
	3. Justice Juan Guilliani Vólquez . . . . .	552
	4. Justice Hugo Alvarez Valencia . . . . .	552
	5. Justice Julio Anibal Suarez Dubernay . . . . .	552
	6. Justice Margarita A. Tavares . . . . .	553
	7. Justice Julio Geñaro Campillo . . . . .	553
	8. Justice Eglys Margarita Esmurdoc . . . . .	554
	9. Justice Victor Jose Castellanos . . . . .	554
	10. Justice Julio Ibarra Rios . . . . .	555
	11. Justice Edgar Hernandez Mejia . . . . .	555
	12. Justice Dulce M. Rodriguez de Goris . . . . .	555
	13. Justice Ana Rosa Berges de Farray . . . . .	556
	14. Justice Juan Luperon Vazquez . . . . .	556
	15. Justice Enilda Reyes Perez . . . . .	556
	C. <i>The Case Process</i> . . . . .	557
V.	THE ECONOMY OF THE DOMINICAN REPUBLIC ROSE AS A RESULT OF THE NEW JUDICIARY . . . . .	558
VI.	CONCLUSION . . . . .	559
VII.	CHARTS . . . . .	561
	A. <i>An organizational chart of the judicial power</i> . . . . .	561
	B. <i>Economic growth since the 1994 reform act went into effect.</i> . . . .	562

## I. INTRODUCTION

A president above the law. A Legislature that would pass any law, without regard for the impact on its citizens. Corruption and careless government made for a country in economic and political chaos. These were some of the problems in the Dominican Republic prior to 1994 when the Constitutional Reform Act (hereinafter "the Act") was passed. As a result of the Act an independent judiciary was established and the law, instead of corruption, reigns supreme again. This article will discuss the Act and its accomplishments in the Dominican Republic, the country's financial improvement since the act was passed, and the possible effect it may have on other developing countries with weak or non-independent judiciaries.

## II. A BRIEF HISTORY OF THE DOMINICAN REPUBLIC

The Dominican Republic is located between the Caribbean sea and the North Atlantic Ocean on the island of Hispaniola.<sup>1</sup> It is an independent nation of Spanish heritage,<sup>2</sup> with a present population of 8.4 million people.<sup>3</sup> The island is about the size of Vermont and New Hampshire combined.<sup>4</sup> It was discovered by Christopher Columbus in 1492, and became part of the route for Spanish explorers.<sup>5</sup> In 1697, France acquired the island from Spain and settled on the western portion of the island.<sup>6</sup> The French named their colony Haiti, and they used it as a port for slave trade.<sup>7</sup> Almost one hundred years later, in 1793 the Haitians revolted and gained their freedom.<sup>8</sup>

In 1822, the now free Haitians crossed over unto the eastern side and took over the entire island for twenty-two years.<sup>9</sup> During this period, the Haitian constitution created a Supreme Court as a court of last resort, but with no power

---

1. *CIA The World Factbook 2000* at <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/dr.html> (last modified Jan. 1, 2000) [hereinafter *CIA*].

2. *Information and Resources from Countries Around the World* <http://www.virtualsources.com/Countries/Latin%20America%20Countries/Dominican%20Republic.htm> (last visited Sept. 9, 2000) [hereinafter *Information and Resources*].

3. *CIA*, *supra* note 1.

4. *Id.*

5. JACINTO GIMBERNARD, *HISTORIA DE SANTO DOMINGO [HISTORY OF SANTO DOMINGO]* 11 (1989).

6. At the end of the Spanish and French war, King Louis XIV of France signed a peace agreement with Spain. *Id.* This agreement gave the French the right to settle on the western part of the island, which was divided by, the Guayubin River. *Id.* The Spaniards agreed to keep the peace as long as none of the French colonists crossed over the line. *Id.* at 104.

7. *Id.*

8. The National Assembly declared that all children of the former African slaves had rights equal to the white people. This caused the rebellion of the slaves. *Id.* at 110.

9. *Id.* at 111.

to consider constitutional issues.<sup>10</sup> Haitian statutes, based on French legislation, were used for all criminal, civil, and corporate matters.<sup>11</sup>

In 1844, the Dominican Republic gained its independence from the Haitians, and the first constitution of the Dominican Republic was formed.<sup>12</sup> This constitution granted the Supreme Court of Justice the constitutional power to review the lower courts and to maintain uniformity throughout the country.<sup>13</sup>

In 1916, European creditors were threatening force to collect on unpaid debts. To ensure payment of the debts to the American banks, the United States occupied the island for eight years.<sup>14</sup> Under the administration of United States President Woodrow Wilson, the Marines restored order throughout the country. The country's budget was balanced, its debt was diminished, and economic growth resumed. The United States created infrastructure projects, which produced new roads that linked all the country's regions.<sup>15</sup>

In 1930, the dictator Rafael Trujillo gained power and controlled the island until his assassination in 1961.<sup>16</sup> During his control, Trujillo promoted economic development from which only he and his supporters benefited.<sup>17</sup> Also, Trujillo maintained a sham separation of powers in which the judiciary and legislative branches were at his complete control.<sup>18</sup> After Trujillo's death, the country was in political turmoil. A series of short-lived provisional governments ensued until a civil war broke out in 1963. Two years later, United States president, Lyndon B. Johnson,<sup>19</sup> sent out the Marines to secure Santo Domingo and restore order.<sup>20</sup> The intervention was granted hemispheric

10. Interview with Justice Julio G. Campillo, President of the Dominican History Academy and Supreme Court Justice of the Dominican Republic (July 29, 2000) [hereinafter *Interview with Justice Campillo*]; see also Dr. Julio G. Campillo, *Breve Historia de la Suprema Corte de Justicia* [*Brief History of the Supreme Court of Justice*] (last visited Jul. 31, 2000) <http://www.suprema.gov.do/sci/hscj.htm> [hereinafter *Supreme Court Webpage*]. Note: Justice Campillo passed away on June 1, 2001.

11. *Id.*

12. *Supreme Court Webpage*, *supra* note 10.

13. *Id.*

14. *Information and Resources*, *supra* note 2.

15. Occupation by the United States 1916-24, Library of Congress, Federal Research Division, Country Studies, Area Handbook Series, available at <http://rs6.loc.gov/frd/cs/dotoc.html#do0021>

16. *Information and Resources*, *supra* note 2.

17. *Id.*

18. MAIRENI RIVAS POLANCO, OTRA IMAGEN DEL PODER JUDICIAL DOMINICANO [ANOTHER IMAGE OF THE DOMINICAN JUDICIARY] 29 (Suprema Corte De Justicia De La Republica Dominicana 2000).

19. To learn more about the United States intervention in 1965, See Max Hilaire, *International Law and The United States Military Intervention in the Western Hemisphere*, 92 AM. J. INT'L. L. 586 (1998).

20. Victor Grimaldi, *El Diario Secreto de la Intervencion Norteamericana de 1965* [*The Secret Diary of the North American Intervention of 1965*], available at <http://www.rincondominicano.com/historia/abril1965/aintervenciondeabril1965.php>?

approval by the creation of an OAS<sup>21</sup> sponsored peace force to supplement the United States military.

In 1966, elections began to be held “normally” every four years.<sup>22</sup> However, every election since then has been plagued by accusations of fraud or intimidation.<sup>23</sup> In 1994, those allegations<sup>24</sup> were so widespread and so convincing that the major political parties entered into a Democracy Pact (Pacto por la Democracia), to avoid civil disturbances such as a *coup d’etat*, strikes and others.<sup>25</sup> The pact required the elected president, Joaquin Balaguer, to serve only for a two-year term, instead of four.<sup>26</sup> It also summoned the National Assembly<sup>27</sup> to make changes<sup>28</sup> to various parts of the constitution that affected the country’s judiciary.<sup>29</sup> The Organization of American States (OAS)<sup>30</sup> backed up the pact with the intent to strengthen the people’s confidence in their institutions. The United States government described the pact as an “acceptable solution” for the Dominican political crisis.<sup>31</sup> The changes to the constitution were extensive, and had a significant impact on the country.

### III. THE 1994 CONSTITUTIONAL REFORM

In 1994, although it was not in full force until 1997, the Dominican Republic’s constitution underwent an extensive series of changes for the purpose of restructuring the country into a true democracy. The changes focused on its values, institutions, and mechanisms to achieve a more open

---

21. OAS is an organization made up of 35 member states, from North, Central, and South America, Canada, and the Caribbean. It was created to affirm the state’s commitment to common goals and respect for each nation’s sovereignty. Information about the OAS, available at <http://www.oas.org> (last visited on Sept. 13, 2002).

22. “The Dominican Republic has held 10 elections since authoritarianism ended there in 1961. Ordinarily, this would certainly be enough for the country to be considered as a safely democratic one. However, only 4 of the 10 have been both fair and competitive, while the run-ups to, or outcomes of, the others have produced crises, coup d’etat, revolution, renewed authoritarianism, civil war, intervention by the US military, or near-national breakdowns.” Howard J. Wiarda, *Consensus Found, Consensus Lost: Disjuncture in US Policy Toward Latin America at the Turn of the Century*, 39 J. Interamerican Stud. & World Aff. 13, 17 (1997).

23. LARRY ROHTER, *Dominican Republic Votes, With New Blood in the Race*, N.Y. TIMES, May 17, 1996, at A10.

24. To learn more about the 1994 electoral fraud allegations, see Howard W. French, Jr., *Fraud Charged in Dominican Vote*, INT’L HERALD TRIBUNE, May 19, 1994, at News.

25. ROTHER, *supra* note 23.

26. *Id.*

27. The National Assembly is the congress in plenum at the time the constitution was voted on.

28. The 1994 constitutional change is number 36 in the history of the Dominican Republic. Interview with Justice Campillo, *supra* note 10.

29. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 32.

30. OAS *supra* note 21.

31. *Reform of Constitution*, 94-08 Latin American Newsletters, Ltd., Politics 6 (Oct. 6, 1994)

democracy.<sup>32</sup> A democracy flexible and respectful of the rights of minorities, not only based on the law, but on a new way to live and coexist with the citizens, and a more effective interaction between society and the state.<sup>33</sup>

Before the 1994 Reform, the three branches of government were said to be independent.<sup>34</sup> However, facts have shown that separation of powers has not existed.<sup>35</sup> Instead, the executive power has prevailed over the judiciary and legislative branches.<sup>36</sup> The president played the primary role of the state, often not even subject to any checks and balances by the other branches of government.<sup>37</sup> Among the main amendments to the constitution is the creation of a special council, the National Magistrature Council (Consejo Nacional de la Magistratura), to appoint the Supreme Court justices.<sup>38</sup>

### A. *The Executive Power*

Former president Joaquin Balaguer<sup>39</sup> headed the executive branch in 1966. The Constitution at that time allowed him to run for reelection at the end of his four-year term. He was reelected in 1970, and again in 1974, but lost the election in 1978 and 1982. He again ran for president and won, in 1986, 1990 and 1994.<sup>40</sup> A lack of restraints on reelection permitted Joaquin Balaguer to stay in power for a period of more than 20 years. Moreover, the 1966 constitution did not include any limitations or repercussions on any of the president's actions. Thus, the president was free of any constitutional check.<sup>41</sup>

---

32. A public opinion survey in 1997 defined democracy as "strong, statist, Peron-style, nationalistic, and top-down leadership." Wiarda, *supra* note 22.

33. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 28.

34. *Id.*

35. *Id.*

36. *Id.*

37. *Id.*

38. *Id.* at 29.

39. "Balaguer was born in Villa Bisono on Sep 1, 1907, the son of an immigrant merchant from Puerto Rico. He died on July 14, 2002 at the age of 95. Having published a book of poems at age 14, the intellectual Balaguer went on to receive a law degree before going to Paris and earning a doctorate at the Sorbonne. He entered the diplomatic service of the Dominican Republic and, after a brief career in teaching at the University of Santo Domingo; he served as an ambassador to several Latin American countries. He was part of the Cabinet of dictator Rafael Trujillo during the late 1940s and 1950s, heading several different ministries, and became vice president in 1957. In 1960 he became the figurehead president under Trujillo and was forced into exile after Trujillo's assassination a year later." *Biographies: Joaquin Balaguer Ricardo*, ABC-CLIO, Inc. (1999).

40. *Information and Resources*, *supra* note 2.

41. *Id.*

The 1994 constitution prohibits the consecutive reelection of the president.<sup>42</sup> This limitation allows the country to have a fresh start every four years, and avoids abuse of power. Presently, the president serves as both chief of state and head of government.<sup>43</sup> He has the power to issue decrees, and appoint the cabinet and the governors of the twenty-nine provinces.

### B. The Legislative Power

The Legislative power of the Dominican Republic is exercised by a bicameral congress.<sup>44</sup> The congress is composed of a senate with thirty members, and a chamber of deputies with 120 members.<sup>45</sup> Both the senate and the chamber are elected by popular vote to serve a four-year term.<sup>46</sup> Under the old Constitution, the senate, which was influenced by the president, was in charge of electing all the judges, including the Supreme Court justices.<sup>47</sup> The constitutional reform put an end to that power by the senate.<sup>48</sup> Congress is now independent of the executive branch, and represents the opinions of the people.<sup>49</sup> The controlling government party only holds a minority of the seats in both the senate and the chamber of deputies.<sup>50</sup>

The bicameral Legislature plays a vital role in generating policy support, debating proposed measures, and delaying executive initiatives.<sup>51</sup> However, congress cannot unilaterally propose monetary allocations.<sup>52</sup> It is limited to two ninety-day sessions each year.<sup>53</sup> International loans for the public sector, as well as any new taxes, require congress' approval.<sup>54</sup>

Presently, the National Magistrature Council is empowered to designate the Supreme Court justices.<sup>55</sup> The Council is headed by the president of the country, or in his absence by the vice president, or in his absence by the attorney general.<sup>56</sup> The rest of the members include: the president of the senate, a

---

42. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DOMINICANA DE 1994 [DOM. REP. CONST. OF 1994] art. 49.

43. CIA, *supra* note 1.

44. *Id.*

45. *Id.*

46. *Id.*

47. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DOMINICANA DE 1966 [DOM. REP. CONST. OF 1966] art. 23

(1).

48. *Report on situation of Human Rights in the Dominican Republic*, Organization of American States, 104 Inter-Am. C.H.R., Doc. 49 (1999) [hereinafter *Human Rights in the Dominican Republic*].

49. *Id.*

50. *Id.*

51. Interview with Justice Campillo, *supra* note 10

52. *Id.*

53. *Id.*

54. *Id.*

55. *Human Rights in the Dominican Republic*, *supra* note 48.

56. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 64 (1).

senator belonging to a party different to that of the senate's president; the president of the chamber of deputies, a deputy belonging to a party different to that of the Chamber's president; the chief justice of the supreme court, and a supreme court justice to serve as secretary.<sup>57</sup>

### C. *The Judiciary*

The judicial branch<sup>58</sup> is led by the Supreme Court of Justice.<sup>59</sup> It is composed by the Courts of Appeals, and the other courts of lesser jurisdiction, such as the Courts of Land, the Courts of First Instance,<sup>60</sup> and the Justices of the Peace.<sup>61</sup> The Supreme Court is the highest court of the nation, and it has jurisdiction over the entire country.<sup>62</sup> Its job is to review the application of the law by the lower courts, as well as the constitutionality of the laws.<sup>63</sup> Prior to the 1994 Act, the Supreme Court was not at liberty to declare any laws unconstitutional.<sup>64</sup> The judiciary was subject to the other two branches of government for any decision it would make.<sup>65</sup> It was not free to choose its own financial or human resources.<sup>66</sup> The legislative branch, specifically the senate, appointed the judges and approved the judiciary's budget.<sup>67</sup> The executive branch appointed the judicial staff and prepared and executed the budget.<sup>68</sup> The judicial power was so weak, that the Dominican citizens called it the "power without power" [el poder sin poder], or the Cinderella of powers [la Cenicienta de los poderes].<sup>69</sup>

The judiciary had lost the sword of its power and the scales of its justice.<sup>70</sup> It had drowned in a sea of corruption, inefficiency, extremely long delays, disorganization, and ineptitude.<sup>71</sup> In other words, it was in legal chaos.

---

57. *Id.*

58. For a graphic description of the judicial branch, please see Section VI, Chart 1 at the end of this article.

59. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42 at art. 64.

60. The Courts of First Instance (Juzgado de Primera Instancia) is equivalent to the Federal District Courts of the United States.

61. The Justices of the Peace (Juzgado de Paz) is equivalent to the Circuit and County courts of the United States.

62. Human Rights in the Dominican Republic, *supra* note 48.

63. *Id.*

64. *Supreme Court Webpage*, *supra* note 10.

65. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 30.

66. *Id.*

67. *Id.*

68. *Id.*

69. *Id.* at 29.

70. Rivas Polanco, *supra* note 18 at 29.

71. *Id.* at 30.



The new constitution gives the judiciary autonomy in administration and financial issues.<sup>72</sup> It orders the creation of the National Magistrature Council,<sup>73</sup> whose sole job is to appoint the Supreme Court justices.<sup>74</sup> It also orders the Council to create a law establishing the rules for the members of the judiciary [Ley de Carrera Judicial].<sup>75</sup> It allows for constitutional issues to be brought directly before the Supreme Court by the executive branch, the legislative branch, or any interested party.<sup>76</sup> It also grants the Supreme Court the power to select the judges for the entire nation.<sup>77</sup> The president is no longer above the law. He is subject to scrutiny by the Supreme Court, whose members are now the watchdogs of the nation.

#### IV. THE NEW SUPREME COURT OF JUSTICE

The new Supreme Court sits in a two-story building remodeled in 1997.<sup>78</sup> A picture frame with the Dominican Republic's flag's emblem sits above each justice's desk on the center wall, indicating their respect for their country.<sup>79</sup> On the left-hand side of the chambers, the scales of justice sits on the center of the bookcase surrounded by codes and law books.<sup>80</sup> To the right of the office a framed picture of the justices' inauguration ceremony with the former President Leonel Fernandez.<sup>81</sup> This building carries within many years of experience, responsibility, efficiency, wisdom, willingness, and potential to carry out their duties by its current members.<sup>82</sup>

Under the old constitution, the Supreme Court had the duty to act as trial court for criminal cases against the President, vice-president, senators, deputies, Secretary of State, Supreme Court justices, Attorney General, State Attorneys, and the lower court judges.<sup>83</sup> The Court also had the duty to act as a court of last resort for those cases in which the court of appeals acted as a trial court.<sup>84</sup> It had jurisdiction to hear appeals for annulment of judgments, and had the duty to exercise the highest level of disciplinary authority over all the members of the judiciary, with the ability to impose suspension or destitution, as required by

---

72. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 63.

73. Hereinafter "the Council."

74. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 64 (1).

75. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 63 (1).

76. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 67 (1).

77. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 67 (4).

78. Personal perception from my visit to the Dominican Republic on July 2000.

79. *Id.*

80. *Id.*

81. *Id.*

82. *Id.*

83. DOM. REP. CONST. of 1966, *supra* note 47, at §2, art. 67.

84. *Id.*

law.<sup>85</sup> It also had the power to transfer to a different jurisdiction, either permanently or temporarily, any of the lower court judges, as they saw fit.<sup>86</sup>

The 1994 Act added to these duties the ability to hear constitutional issues presented by the executive branch, congress, or any interested party.<sup>87</sup> It also gave the Supreme Court the power to create administrative positions necessary to carry out their duties, to select the staff members, and to determine salary and bonuses of the justices and administrative personnel of the judicial branch.<sup>88</sup>

#### A. Selection of the New Supreme Court Justices

The National Magistrature Council met for the first time in September 1996.<sup>89</sup> At this meeting they agreed on the procedure to select the justices, and the requirements the candidates<sup>90</sup> must meet before being nominated.<sup>91</sup> However, the council meetings did not always go smoothly, and by March 1997, the Council could still not agree on issues like the lifetime appointment of the justices.<sup>92</sup> In a second meeting in March 1997 the Council announced in a national press release that they would accept candidate nominations from its members of society, religious entities, private companies, and political parties.<sup>93</sup> The citizens responded to this request by nominating lawyers from every part of the nation.<sup>94</sup>

In April 1997, the Council published a list of 252 names they had received from different entities.<sup>95</sup> The goal was to choose sixteen justices and two alternates of the highest morals and qualifications.<sup>96</sup> The Council started their selection process by disqualifying nominees based on an elimination criterion.<sup>97</sup> Five candidates were disqualified for not accepting their nomination.<sup>98</sup> Twenty-

---

85. *Id.*

86. *Id.*

87. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 67(1).

88. *Id.* at (7)(8)(9).

89. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 46.

90. Under Article 65 of the Dominican Republic's constitution to be a supreme court justice, the individual must be a natural born Dominican citizen, be over 35 years of age, must have a juris doctor degree, must be fully capable of exercising their civil and political rights, and must have practiced law or been a judge for at least twelve years. DOM. REP. CONST. of 1994, *supra* note 42, at art. 65.

91. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 46

92. *Id.*

93. *Id.*

94. *Id.*

95. *Id.*

96. Rafael Alonso, *Sin Salida: El Consejo Nacional de la Magistratura Debe Escoger los Mejores Jueces [Without a choice: The National Magistrature Council Must Choose the Best Justices]*, 7 Gaceta Judicial 4, (May 15 1997).

97. *Id.*

98. *Id.*

three candidates were disqualified for being active members or for previous participation in any political party activity, since this would prejudice the Council's goal of creating a truly independent judicial system.<sup>99</sup> Six candidates were disqualified for old age or for not having the physical stamina desired by the Council, for the fulfillment of a position with such high responsibilities.<sup>100</sup> The Council also disqualified 122 of the candidates for being known only in a very closed circle of lawyers, not having any specialized legal field, not having any known publications, or for not having a previous appearance before the Supreme Court.<sup>101</sup>

The Council was left with ninety-six candidates who would obtain one to three points according to an established point system.<sup>102</sup> The maximum points obtainable were thirty-six points.<sup>103</sup> The points were accumulated according to their legal formation, doctrine, professional, and community services.<sup>104</sup> The legal formation was calculated by reviewing their postgraduate studies, special legal training as professors, or participants in international or national legal symposiums.<sup>105</sup> The points for doctrine were accumulated according to their ideological beliefs in social, economic, political, and legal issues.<sup>106</sup> The professional service points were determined by their work experience, any independent legal research, any dissertations or petitions presented before the Supreme Court, teaching experience in higher education, any official consultant position, and participation in legal projects, investigations, or studies.<sup>107</sup> After all the criteria were considered, the field was narrowed to thirty candidates.<sup>108</sup>

The remaining thirty candidates were then required to participate in a nationally televised question and answer session with the Council.<sup>109</sup> This stage lasted approximately five hours.<sup>110</sup> After a two-hour deliberation, the Council came back on national television and announced the eleven<sup>111</sup> men and five

---

99. *Id.* at 5.

100. *Id.*

101. *Id.*

102. The point system used by the Council was modeled against the point system used in Spain, Costa Rica, and Guatemala to select their Supreme Court justices. Alonso, *supra* note 96.

103. *Id.*

104. *Id.*

105. *Id.*

106. *Id.*

107. Alonso, *supra* note 96, at 5.

108. *Id.*

109. Interview with Justice Julio A. Suarez, Justice of the Dominican Republic Supreme Court (Aug. 4, 2000) [hereinafter *Interview with Justice Suarez*].

110. *Id.*

111. After being selected, one of the male candidates declined the position. *Id.* The position was left vacant until the council met again on 2002.

women who would be the new Supreme Court justices.<sup>112</sup> The day after the announcement, the Justices were sworn into office. The following day, the Justices took their seats on the Supreme Court.<sup>113</sup>

### B. *The New Supreme Court Justices*

The Council chose the best fifteen men and women of the Dominican Republic, and handed them the reins of justice. Each of the justices has a very distinct and exemplary background. Here are their stories.

#### 1. Chief Justice Jorge A. Subero Isa

Until the hour of his appointment, Chief Justice Subero was the President of the National Electoral Committee [Junta Central Electoral].<sup>114</sup> He was born in 1947, and obtained his Juris Doctor degree in 1970 from Universidad Autonoma de Santo Domingo (UASD). He specialized in civil responsibility and insurance rights.<sup>115</sup> He also worked as claims manager for Seguros San Rafael, the largest insurance company in the Dominican Republic.<sup>116</sup> From 1979 to 1981, he served as President of the School of Notaries<sup>117</sup> [Colegio de Notarios] in Santo Domingo. He was an arbitrator with the National Council of Conciliation and Arbitration of the Chamber of Commerce, and a law professor and founder of the Universidad de Derecho Iberoamericana (UNIBE).<sup>118</sup>

#### 2. Justice Rafael Manuel Luciano Pichardo

Justice Luciano is assigned as first substitute to the Chief Justice.<sup>119</sup> He is also head of the civil division within the Supreme Court. He was born in 1935 and obtained his Juris Doctor degree in 1961 from the University of Santo Domingo.<sup>120</sup> He then obtained a Postgraduate degree in Penitentiary Sciences from the Catholic University of Chile.<sup>121</sup> He is presently a civil procedure professor at Universidad Iberoamericana (UNIBE) and Universidad Nacional Pedro Henriquez Ureña (UNPHU). He was a practicing attorney for thirty-six

---

112. *Id.*

113. *Id.*

114. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 55.

115. *Id.*

116. *Id.*

117. In contrast to the United States, in the Dominican Republic all notaries have a juris doctor degree. Interview with Justice Suarez, *supra* note 109.

118. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 55.

119. *Id.* at 56.

120. *Id.*

121. *Id.*

years. He was also an arbitrator with the National Conciliation and Arbitration Council of the Chamber of Commerce.<sup>122</sup> He acted as the legal consultant to the Central Bank and the Reserves Bank of the Dominican Republic. He was the coordinator of the Commission to update the Dominican Civil Code.<sup>123</sup> He has authored many articles, tests, and monographs on civil, criminal, and sentencing matters.<sup>124</sup> Justice Luciano is a very cordial and helpful man who is always in a fast-paced mode.<sup>125</sup>

### 3. Justice Juan Guilliani Vólquez

He is designated as second substitute to the Chief Justice, and president of the Labor division within the Supreme Court.<sup>126</sup> Justice Guilliani was born in 1913, and graduated from law school in 1936, from the University of Santo Domingo.<sup>127</sup> He was a practicing attorney for sixty-one years. On several occasions, he served as senator and deputy of Santo Domingo. He acted as attorney general for two terms.<sup>128</sup>

### 4. Justice Hugo Alvarez Valencia

Justice Alvarez is the president of the criminal division within the Supreme Court.<sup>129</sup> He was born in 1923, and graduated in 1945 from the University of Santo Domingo, School of Law.<sup>130</sup> He practiced law for fifty-two years before being appointed to the Supreme Court. He specialized in traffic accidents and corporate law.<sup>131</sup> He is a former Solicitor General, and a former substitute to the president of the National Electoral Committee [Junta Central Electoral].<sup>132</sup>

### 5. Justice Julio Anibal Suarez Dubernay

Justice Suarez forms part of the labor division within the Supreme Court. He was born in 1942, and obtained his juris doctor degree at the age of twenty-five, from the Universidad Autonoma de Santo Domingo (UASD).<sup>133</sup> He

---

122. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 56.

123. *Id.*

124. *Id.*

125. Personal perception from my meeting with Justice Luciano at the Supreme Court, Dom. Rep. (Jul. 24, 2000).

126. *Supreme Court Webpage*, *supra* note 10.

127. *Id.*

128. *Id.*

129. *Id.*

130. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 62.

131. *Id.*

132. *Id.*

133. *Id.* at 60.

specialized in labor and employment law, representing the union members and defending wrongfully discharged employees.<sup>134</sup> He is a man who uses words to solve problems instead of creating them.<sup>135</sup> He was always the equilibrium and moderation between the fire and wantonness union members and the companies during a strike.<sup>136</sup> He teaches labor law at Universidad Catolica Madre y Maestra (PUCMM). He is an honorary professor at Universidad Central del Este, and he has participated as a professor in different extracurricular courses.<sup>137</sup> He is a former president of the Dominican Association of Employment Right and Social Security (Asociación Dominicana del Derecho de Trabajo y la Seguridad Social).<sup>138</sup> He is also a former president of the Dominican Association of Lawyers (Asociación Dominicana de Abogados).<sup>139</sup> In 1997, he was proclaimed Distinguished Visitor in San Juan, Puerto Rico, and received the key to the city from San Juan's Mayor Sila Calderón.<sup>140</sup>

#### 6. Justice Margarita A. Tavares

Justice Tavares was born in 1924, and graduated in 1947 from the University of Santo Domingo.<sup>141</sup> She is a former member of the commission designated by the president for the review and update of the Dominican Civil Procedure Code.<sup>142</sup> She is also a former member of the Senate's Women Advisory Committee.<sup>143</sup> She is a member of the civil division within the Supreme Court.<sup>144</sup>

#### 7. Justice Julio Genaro Campillo

Justice Campillo was born in 1922, and graduated from the Diplomatic and Consular School of the Secretary of State for Foreign Relations in 1941.<sup>145</sup> He obtained his law degree in 1943 from the University of Santo Domingo.<sup>146</sup> He

---

134. *Id.*

135. Ramon E. Colombo, *Sin Frontera: Dos Abogado de Combate en la Suprema Corte de Justicia [Without a choice: Two Knockout Attorneys in the Supreme Court of Justice]*, 17 *Gaceta Judicial* 17, (Oct. 2, 1997)

136. *Id.*

137. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 60.

138. *Id.*

139. *Id.*

140. *Distinguen Julio Anibal Suarez (Distinction to Julio Anibal Suarez)*, *Ultima Hora* 27 (Jul. 22, 1997)

141. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 60.

142. *Id.*

143. *Id.*

144. *Supreme Court Webpage*, *supra* note 10.

145. *Id.*

146. *Id.*

is currently the president of the Dominican Academy of History, and Corresponding Member of the Academies of Histories of Uruguay, Puerto Rico, Colombia, Guatemala, Spain, Venezuela, Paraguay, and an honorary member of the Academy of Portugal.<sup>147</sup> He is a former Council Member of the Directors of the Inter-American Foundation of Lawyers, in Washington, D.C..<sup>148</sup> He was Vice-president of the Association for the Development of Eastern Santo Domingo.<sup>149</sup> As a government official he was a temporary Justice of the Peace (Juez de Paz) of the municipality of Santiago in the Dominican Republic.<sup>150</sup>

#### 8. Justice Eglys Margarita Esmurdoc

Justice Esmurdoc was born in 1954, and was a Cum Laude graduate from the University of Santo Domingo, School of Law in 1979.<sup>151</sup> She practiced law for nineteen years prior to her appointment. She was a law professor at the Northeastern University of Santo Domingo, and a former Court of Appeals judge in Santo Domingo.<sup>152</sup> She now forms part of the civil division committee within the Supreme Court.

#### 9. Justice Victor Jose Castellanos

Justice Castellanos was born in 1950, and is a Cum Laude juris doctor graduate from Universidad Catolica Madre y Maestra in 1971.<sup>153</sup> He obtained a family law postgraduate degree from the University of Rio de Janeiro, Brazil, and another postgraduate degree from the University of Rio Piedras, Puerto Rico.<sup>154</sup> He is a professor of the Universidad Catolica Madre y Maestra, School of Law, and is a former director of their Legal Sciences Department.<sup>155</sup> He practiced law for twenty-eight years before being selected for the Supreme Court.<sup>156</sup> He is a former Justice of the Peace and, judge of the Ecclesiastical Court of the Archbishop of Santiago.<sup>157</sup>

---

147. *Id.*

148. *Id.*

149. *Supreme Court Webpage, supra* note 10.

150. *Id.*

151. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 59.

152. *Id.*

153. *Id.* at 58.

154. *Id.*

155. *Id.*

156. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 58.

157. *Id.*

### 10. Justice Julio Ibarra Rios

Justice Ibarra was born in 1934, and obtained his juris doctor degree in 1958 from the University of Santo Domingo, School of Law.<sup>158</sup> He practiced law for thirty-nine years, and is a history professor at the University of Santo Domingo and a law professor at the Universidad Pedro Henriquez Ureña (UNPHU).<sup>159</sup> He served as Attorney General for three years, and is the former sports, physical education, and recreation Secretary of State.<sup>160</sup> He is a member of the criminal justice committee within the Supreme Court.<sup>161</sup>

### 11. Justice Edgar Hernandez Mejia

Justice Hernandez was born in 1948, and obtained his juris doctor degree in 1971 from the University of Santo Domingo, School of Law.<sup>162</sup> He obtained a Penitentiary Planning degree from Gendarmerie University in Chile in 1985, and completed a criminal investigation course at the Tegucigalpa Judicial School in Honduras.<sup>163</sup> He received a postgraduate degree on International Law and Relations in 1994.<sup>164</sup> He is currently a criminal law professor at the Universidad Catolica Madre y Maestra.<sup>165</sup> He is a member of the criminal justice division within the Supreme Court.<sup>166</sup>

### 12. Justice Dulce M. Rodriguez de Goris

Justice Rodriguez was born in 1942, and obtained her juris doctor degree in 1966 from the Universidad Autonoma de Santo Domingo (UASD).<sup>167</sup> She is a former law professor of the Technological University of Santiago (UTESA).<sup>168</sup> She is also a former Justice of the Peace, and a former Attorney General for the Court of Appeals.<sup>169</sup> She is part of the criminal justice division within the Supreme Court.<sup>170</sup>

---

158. *Id.*

159. *Id.*

160. *Id.*

161. *Supreme Court Webpage, supra* note 10.

162. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 61.

163. *Id.*

164. *Id.*

165. *Id.*

166. *Supreme Court Webpage, supra* note 10.

167. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 57.

168. *Id.*

169. *Id.*

170. *Supreme Court Webpage, supra* note 10.



### 13. Justice Ana Rosa Berges de Farray

Justice Berges was born in 1942, and graduated Summa Cum Laude from the University of Santo Domingo, School of Law in 1964.<sup>171</sup> She specialized in civil, commercial, and banking law. She obtained a postgraduate degree from the University of Slovenia in Belgium.<sup>172</sup> She was a legal consultant to the Central Bank (Banco Central) and the Dominican Industrial Bank Society.<sup>173</sup> She is part of the civil division of the Supreme Court.<sup>174</sup>

### 14. Justice Juan Luperon Vazquez

Justice Luperon was born in 1932, and graduated in 1959 from the University of Santo Domingo, School of Law.<sup>175</sup> He practiced law for forty years before being appointed to the Supreme Court.<sup>176</sup> He is a former legal consultant to the Attorney General of the Dominican Republic.<sup>177</sup> He is a former law professor at Escuela Normal de Barahona, in Barahona, Dominican Republic.<sup>178</sup> He is a member of the labor and land committee of the Supreme Court.<sup>179</sup>

### 15. Justice Enilda Reyes Perez

Justice Reyes was born in 1943, and graduated in 1967 from the University of Santo Domingo, School of Law.<sup>180</sup> She is the former head of the Department of Foreign Trade and Investment, Transport and Communications of the National Office of Statistics [Departamento de Comercio Exterior, Transporte, y Comunicaciones de la Oficina Nacional de Estadísticas].<sup>181</sup> She was the first woman appointed to preside a criminal court in the Dominican Republic.<sup>182</sup> She is a member of the labor division within the Supreme Court.<sup>183</sup>

---

171. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 59.

172. *Id.*

173. *Id.*

174. *Supreme Court Webpage*, *supra* note 10.

175. *Id.*

176. *Id.*

177. *Id.*

178. *Id.*

179. *Supreme Court Webpage*, *supra* note 10.

180. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, at 61.

181. *Id.*

182. *Id.*

183. *Supreme Court Webpage*, *supra* note 10.

### C. The Case Process

The Supreme Court hears five different types of cases.<sup>184</sup> First and most common, are those for annulments of a final judgment dictated by a court of last resort.<sup>185</sup> Second, the Supreme Court hears cases involving constitutional issues presented by any interested party, as required by Article 67 of the 1994 constitution.<sup>186</sup> Third, the Supreme Court hears cases as an appeals court, when the court of appeals was the trial court or court of first instance.<sup>187</sup> Fourth, the Supreme Court hears all cases regarding declaratory relief and change of venue.<sup>188</sup> Last, the Supreme Court acts as a trial court for criminal cases against the president or vice-president of the state.<sup>189</sup>

The Justices do not have power of discretion to hear cases, therefore every case presented before the Supreme Court is reviewed and heard by the Court, because there is no discretion to hear cases. Only cases not presented according to the local rules are returned to the petitioner for appropriate re-submission.<sup>190</sup> Once a case is received by the Supreme Court Clerk, the Clerk's office sends it to the Chief Justice's office.<sup>191</sup> For cases requesting an annulment of final judgment, the Chief Justice signs an order requesting the petitioner to notify opposing counsel within fifteen days.<sup>192</sup> After opposing counsel files their answer with the Supreme Court, the Chief Justice sends an order to the Attorney General requesting their opinion on the matter. After the Attorney General's answer is received, the case is then sent to the appropriate division within the Supreme Court, either the criminal, civil or labor and land division.<sup>193</sup> The corresponding division sets a hearing and notifies the interested parties so that they may appear before them and orally present their case.<sup>194</sup>

After the parties have appeared before the Supreme Court, the Court has three months to render a decision, which can be to remand to a lower court, or deny the petition if the law was properly applied.<sup>195</sup> The decision is rendered after the members of the respective division have met and discussed the case. The order is then prepared by one of the justices or their assistants.<sup>196</sup> The

---

184. Interview with Justice Suarez, *supra* note 109.

185. *Id.*

186. *Id.*

187. *Id.*

188. *Id.*

189. Interview with Justice Suarez, *supra* note 109.

190. *Id.*

191. *Id.*

192. *Id.*

193. *Id.*

194. Interview with Justice Suarez, *supra* note 109.

195. *Id.*

196. *Id.*

justices' assistants are then in charge of circulating the order among the fifteen justices for their signature.<sup>197</sup> A copy of the order with the decision is then mailed by the Clerk to the interested parties.<sup>198</sup>

All Supreme Court decisions are published in their now monthly reporter, the *Boletín Judicial*.<sup>199</sup> Before the 1997 installment of the justices, the reporter was only published several times a year, and it was a very small volume.<sup>200</sup> The new justices have issued a reporter every month, some of which have been two volumes. The backlog of cases since 1970 has been cleared out, but some of the Supreme Court divisions still have a few cases pending that were filed before 1997.<sup>201</sup> The labor and land division is the most expeditious one of the three, as it hears cases as they are filed, and does not have any pending cases.<sup>202</sup>

#### V. THE ECONOMY OF THE DOMINICAN REPUBLIC ROSE AS A RESULT OF THE NEW JUDICIARY

As part of the 1994 Reform Act, another change of great impact to the Dominican Republic has been the revision to the Foreign Investment Law.<sup>203</sup> Foreign investments and technology exchanges are a major contribution to the economic growth and social development of the Dominican Republic, insofar as they favor the creation of jobs and foreign exchange, promote the process of capitalization and contribute to efficient methods of production, marketing and administration.<sup>204</sup> This law was changed to provide investors, both foreign and domestic, the same rights and obligations regarding investment matters.<sup>205</sup> The new law permits the foreign investors to invest in any sector, except the military.<sup>206</sup> Previously, foreign investors were only allowed to invest 25 percent of the value, whereas the new law allows 100 percent investment by a foreigner.<sup>207</sup> All investments must be registered with the Central Bank within 90 days.<sup>208</sup>

Lic. Nacyra Cury stated, "the clear rules of the game established by the foreign investment law of 1995, have inspired a trust to invest which, added to

---

197. *Id.*

198. *Id.*

199. Interview with Justice Suarez, *supra* note 109.

200. *Id.*

201. *Id.*

202. *Id.*

203. DOM. REP. FOREIGN INVESTMENT LAW, 16-95 (1995) [hereinafter FOREIGN INVESTMENT LAW].

204. Interview with Lic. Nacyra Cury de Gonzalez, President of the International Department of the Central Bank (Aug. 1, 2000) [hereinafter *Interview with Cury de Gonzalez*].

205. FOREIGN INVESTMENT LAW, *supra* note 203.

206. *Id.* at art. 2.

207. Interview with Cury de Gonzalez, see *supra* note 204.

208. FOREIGN INVESTMENT LAW, *supra* note 203, at art. 4.

the other attractions of our country, have resulted in an increase of double the direct foreign investment."<sup>209</sup>

After passing the power to a new generation, and institutionalizing a political democracy, the Dominican Republic now leads the world in economic growth.<sup>210</sup> In the past three years, the Dominican Republic has had a record setting economic growth. The main sources of economic growth have been tourism, remittances, construction, telecommunications and the free-zone assembly parts.<sup>211</sup> Even though the Act was passed in 1994, it was not implemented until 1997, and the foreign investment data<sup>212</sup> reflects the effect of this.<sup>213</sup>

## VI. CONCLUSION

Prior to 1994, the Dominican Republic was run by corrupt politicians who lined their pockets at the cost of the citizens. The Supreme Court of Justice, the Dominican Republic's highest court, was unwilling and unable to intervene. The national economy was at a virtual stand still due to little or no foreign investment. The international community would not invest in a country where the court system would not afford them any legal protection. The Dominican people had enough with the corruption. The voice of the people was heard. Clearly, the country had to change something if it was going to turn things around. This something occurred in the form of the 1994 Reform.

The 1994 Constitutional Reform Act had an enormous effect on the country. The Supreme Court of Justice became an independent power. Justices were chosen selectively, judged by their professionalism and credentials only, not by their political affiliations. This brought honor and respect to the country's judicial system.

Another major impact is the effect the 1994 Reform Act had on the international community. The Dominican Republic was once again a player in the international economic market. Investors could now own industry in the country. They could also invest with the surety that the laws would protect their investment. They could expect that should a dispute arise they would receive impartial treatment and equity. This faith of the international community has manifested itself in the form of an economic influx of foreign investment.

---

209. Interview with Cury de Gonzalez, *supra* note 205.

210. Howard Wiarda, *LEADING THE WORLD FROM THE CARIBBEAN: THE DOMINICAN REPUBLIC*, VII CSIS Hemisphere 2000 4 (Jul. 1999) [hereinafter *Leading the World*].

211. *Id.*

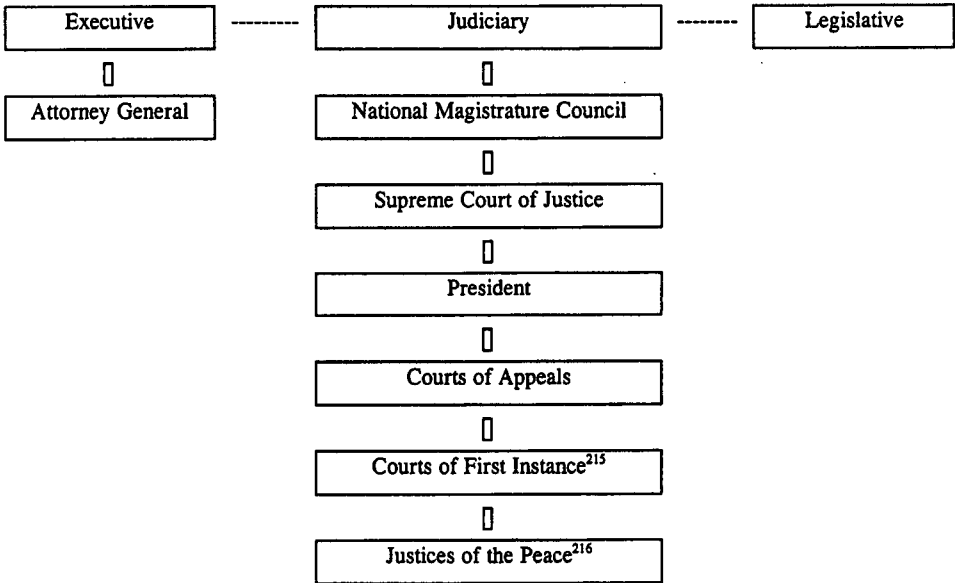
212. For graphical statistics see Banco Central de la Republica Dominicana, *Departamento Internacional, Balanza de Pagos de la Republica Dominicana 1993-1998* (Jun. 2000); and Banco Central de la Republica Dominicana, *Informe de la Economia Dominicana Enero-Diciembre 1999* [Report on the Dominican Economy Jan. – Dec. 1999 (Feb. 2000)]

213. Interview with Cury de Gonzalez, *supra* note 204.

There are many other countries, particularly in Central and South America that have the same problems the Dominican Republic faced prior to 1994. Those countries may need to address the problems in a similar way, as did the Dominican Republic. For those countries the 1994 Constitutional Reform Act may serve as a guide to better their country. They can look to the Dominican Republic for guidance as a leader in reform, and as a leader in democracy in Latin America.

VII. CHARTS

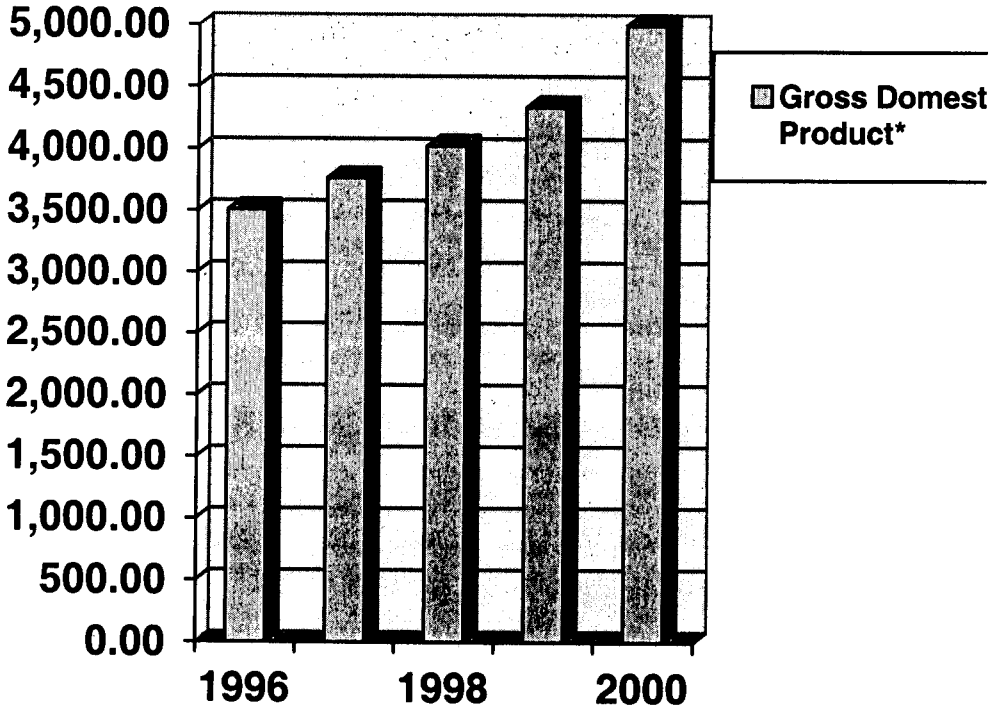
A. An organizational chart of the judicial power<sup>214</sup>



214. Supreme Court Webpage, *supra* note 10.

B. Economic growth since the 1994 reform act went into effect.<sup>215</sup>

\*Based on Millions of Dominican Pesos.



215. Banco Central de la Republica Dominicana, *Departamento Internacional, Balanza de Pagos de la Republica Dominicana 1993-1998* (Jan. 2000); and Banco Central de la Republica Dominicana, *Informe de la Economia Dominicana Enero-Diciembre 1999* [Report on the Dominican Economy Jan. – Dec. 1999 (Feb. 2000)]; available at <http://www.bancentral.gov.do/pib00-9.html>.

# THE HIDDEN COST OF FREE TRADE: THE IMPACT OF UNITED STATES WORLD TRADE ORGANIZATION OBLIGATIONS ON UNITED STATES ENVIRONMENTAL LAW SOVEREIGNTY

*George Cavros\**

I.	INTRODUCTION .....	563
II.	BACKGROUND .....	565
	A. <i>Development of the WTO</i> .....	565
	B. <i>WTO Dispute Resolution Process</i> .....	566
	C. <i>Development of the Shrimp Turtle Controversy</i> .....	568
III.	SHRIMP TURTLE DISPUTE .....	570
	A. <i>United States Appeals the Panel ruling</i> .....	571
	B. <i>The Appellate Body Ruling</i> .....	573
	C. <i>United States Complies with Appellate Body Ruling</i> .....	576
	D. <i>Shrimp Turtle II</i> .....	577
IV.	ANALYSIS .....	578
	A. <i>Conflict of Interest</i> .....	578
	B. <i>Inflexibility</i> .....	579
	C. <i>Failure to Negotiate</i> .....	581
	D. <i>Differential Treatment</i> .....	583
	E. <i>Impact on Section of 609</i> .....	584
V.	CONCLUSION .....	584

## I. INTRODUCTION

It is well settled that international trade is an integral part of an ever-growing interdependent world economy. The World Trade Organization (WTO) was established in 1995 to provide its 144 member nations<sup>1</sup> (members) with a regulatory and enforcement framework to facilitate free trade.<sup>2</sup> Free trade refers to the absence of tariffs or other obstructions that hinder the flow of goods and services across international boundaries.<sup>3</sup> President George W. Bush has declared free trade “a moral imperative” and his predecessor, Bill Clinton, was

---

\*

1. World Trade Organization, *The WTO*, at [http://www.wto.org/english/the\\_wto\\_e/thewto\\_e.htm](http://www.wto.org/english/the_wto_e/thewto_e.htm) (last visited Aug. 29, 2002).

2. *Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organization*, 33 I.L.M. 1144-45 (1994).

3. Mark Weisbrot, *Tricks of Free Trade*, SIERRA, Sept./Oct., 2001, at 64.



an unabashed proponent of free trade.<sup>4</sup> While “free trade” is heralded as a positive and benign pursuit, the term is a misnomer because there are hidden environmental costs associated with WTO free trade regulations.

The WTO has come under attack by a cross section of United States society concerned with the diminished United States power to restrict environmentally dangerous products or products harvested or produced in environmentally dangerous methods out of the United States market. United States environmental groups are concerned that the WTO quest to remove trade barriers is also removing many hard-fought national environmental laws.<sup>5</sup> The groups cite recent WTO decisions ruling that environmental protection laws are impediments to free trade.<sup>6</sup> WTO rulings in the Tuna-Dolphin dispute,<sup>7</sup> the Reformulated-Gasoline dispute,<sup>8</sup> and the most recent Shrimp-Turtle dispute,<sup>9</sup> are cited as a pattern of a WTO assault on United States environmental law sovereignty. Members of Congress have expressed concern about the WTO, on the floor of the House of Representatives, stating that the social and environmental costs of free trade far outweigh the benefits.<sup>10</sup> As WTO decisions remove barriers to trade by distorting United States environmental laws, a recent Gallup poll found that almost 60% of Americans side with environmental protection where environmental and economic needs conflict.<sup>11</sup>

The WTO openly proclaims that it is not an environmental protection agency, and has no intention of becoming one.<sup>12</sup> The WTO believes that GATT/WTO provisions allow significant latitude for countries to pursue their own environmental laws, provided that the environmental laws do not

---

4. *Id.*

5. See Public Citizen, *WTO and Environment, Health & Safety*, at <http://www.citizen.org/trade/two/ENVIRONMENT/> (last visited June 10, 2002).

6. *Id.*

7. The WTO ruled that the Marine Mammal Protection Act requiring a ban on tuna caught with nets that kill dolphins violated GATT. *General Agreement on Tariffs and Trade: Dispute Settlement Panel Report on United States Restrictions on Imports of Tuna*, 30 I.L.M. 1594, 1623 (1991).

8. *World Trade Organization Appellate Body: Report of the Appellate Body in United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, 35 I.L.M. 603 (1996).

9. The WTO ruled in the first Shrimp Turtle Dispute that the United States certification requiring the use of Turtle Exclusion Devices by countries importing wild shrimp to the United States violated GATT. WTO Appellate Body Report on United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, para.155 (Oct. 12 1998) [hereinafter Appellate Body Report I] (last visited Mar. 1, 2003).

10. *Concern with the Next Round of the WTO and Trade Liberalization: Hearing on HE2276*, 106th Cong., 1st Sess. (statement of Eni F.H. Faleomavega).

11. *Gallup's 2001 Earth Day Report*, Gallup Pool Special Reports, at <http://www.gallup.com/poll/specialReports/poolSummaries/sr010416.asp?Version=p> (last visited June 13, 2002).

12. *The WTO and its Committee on Trade and Environment*, *supra*, at [http://www.wto.org/english/trato\\_e/envir\\_e/issu1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/trato_e/envir_e/issu1_e.htm) (last visited May 28, 2002).

discriminate.<sup>13</sup> This article will examine the interpretation of applicable WTO rules as they apply to United States environmental laws as discriminatory and barriers to free trade, and the effect of the WTO's rulings on the sovereignty of United States environmental laws. This article will include background on: the WTO and the dispute resolution process; the recently decided trade dispute where India, Pakistan, Malaysia, and Thailand attacked a United States environmental law aimed at protecting sea turtles from United States and international shrimp trawling activities (Shrimp Turtle I); an analysis of the impact on United States environmental law sovereignty of WTO rulings in Shrimp Turtle I and a later WTO ruling on a complaint against the United States by Malaysia (Shrimp Turtle II).

## II. BACKGROUND

### A. *Development of the WTO*

In 1947, the original GATT agreement was created to reduce trade barriers and to promote economic growth among all nations of the world.<sup>14</sup> In an effort to strengthen the original agreement, trade ministers from the 124 nations that signed the GATT agreement met in Uruguay in 1986 for the "Uruguay Round" of trade negotiations.<sup>15</sup> To monitor evolving trade issues, members met annually to reduce trade barriers.<sup>16</sup> On April 15, 1994, the Uruguay Round created the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.<sup>17</sup> President Clinton signed the agreement on December 8, 1994 that made the United States a WTO member effective January 1, 1995.<sup>18</sup> The original GATT agreement and subsequent amendments comprising GATT 1994 had no enforcement mechanism for settling disputes between members.<sup>19</sup> For the first time, the WTO provided GATT members with a mechanism for international trade dispute resolution.<sup>20</sup> Basically, the WTO is an international legal entity

---

13. *Id.*

14. Cindy Joffe Hyman, *Food for Thought: Defending the Organic Foods Production Act of 1990 Against Claims of Protectionism*, 14 *Emory Int'l. Rev.* 1719, 1737 (1990).

15. *Id.*

16. *Id.* at 1738.

17. *Id.*

18. Scott Daniel McBride, *Reformulating Executive and Legislative Relationships After Reformulated Gasoline: What's Best for Trade and the Environment?*, 23 *WM. & MARY J. ENVTL. L. & POL'Y REV.* 299, 304 (1998).

19. *Id.*

20. *Id.*

incorporating, governing, and enforcing the GATT agreement.<sup>21</sup> The Uruguay Round's Dispute Settlement Understanding (DSU) created the Dispute Settlement Body (DSB) for more effective dispute resolution.<sup>22</sup> The DSB is charged with overseeing the four phases of dispute resolution: consultation; the use of a judicial panel; the appeal of panel decisions to the Appellate Body; and the implementation and compliance of final decisions.<sup>23</sup>

The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and Annex II of the agreement delineate the structure and dispute resolution process of the WTO. The WTO is accorded a legal personality and is granted the legal capacity by its members as may be necessary to exercise its functions.<sup>24</sup> The Ministerial Conference is the head of the WTO organizational structure and is composed of representatives from all members that meet at least once every two years.<sup>25</sup> The General Council, composed of representatives of all members, meets in the intervals between the Ministerial meetings as appropriate.<sup>26</sup> The General Council meets when necessary as the DSB and appoints a panel to resolve trade disputes between members.<sup>27</sup> The Committee on Trade and the Environment (CTE) is a corollary committee mandated "to identify relationship between trade measures and environmental measures in order to promote sustainable development...[and] to make appropriate recommendations on whether any modifications of the provisions of the multilateral trading system are required, compatible with the open, equitable and non-discriminatory nature of the system."<sup>28</sup> The CTE has failed to make any modifications to any substantive provisions of GATT relating to environmental trade disputes as of the date of the Shrimp Turtle I Appellate Body report of 1998.<sup>29</sup>

### B. WTO Dispute Resolution Process

The DSB was created to administer the trade rules of the WTO and to handle consultations and dispute settlement between disputing trade members.<sup>30</sup>

---

21. *Id.* at 305.

22. Tracy P. Varghese, *The WTO's Shrimp-Turtle Decisions: The Extraterritorial Enforcement of United States Environmental Policy Via Unilateral Trade Embargoes*, 8 ENVTL. L. 421, 426 (2002) [hereinafter Varghese].

23. *Id.*

24. *Marrakesh Agreement*, *supra* note 2, at art. 4.

25. *Id.*

26. *Id.*

27. *Id.*

28. *The WTO and its Committee on Trade and Environment*, *supra* note 12.

29. Appellate Body Report I, *supra* note 9, at ¶155.

30. *Understanding on Rule and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, 33 I.L.M. 1225, 1226 (1994), available at <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?204:64888616544:295> [hereinafter

The DSB has the authority to establish panels, adopt Panel and Appellate Body reports, oversee the implementation of rulings and authorize trade sanctions against non-compliant members.<sup>31</sup> The Panel and Appellate Body are appointed, not elected, and the deliberations are confidential and limited to the members involved in the dispute.<sup>32</sup> If a request is made for consultation by one trade member to another, the other member is required to respond within ten days and enter into negotiations no later than thirty days from the date of the request.<sup>33</sup> If the consultations fail to settle a dispute within sixty days after the request for consultations, the complaining party may request the establishment of a panel.<sup>34</sup> A panel, composed of three members with trade law experience, examines: the dispute in light of the relevant provisions cited by the parties to the dispute, and provides findings that will assist the DSB in following the ruling or making alternate recommendations.<sup>35</sup> A single panel is established when more than one member requests the establishment of a panel related to the same dispute.<sup>36</sup> The Panel submits its findings to the DSB typically within six months from the Panel's establishment.<sup>37</sup> During this period a draft report is sent to the disputing members that includes the Panel's tentative findings and conclusions and provides the disputing members an opportunity to submit their comments to the Panel in writing.<sup>38</sup> Panel discussions are strictly confidential and opinions expressed by the panelists remain anonymous.<sup>39</sup> After submission of the Panel's final report, the DSB has sixty days to adopt the report unless a member to the dispute formally notifies the DSB of its decision to appeal the decision.<sup>40</sup> When a member notifies the DSB of intent to appeal, a seven-person Appellate Body is assembled by the DSB.<sup>41</sup> The proceedings of the Appellate Body are strictly confidential and they must produce a final report to the DSB.<sup>42</sup> The Appellate Body may offer recommendations on how a member can bring a trade policy into compliance and suggest methods of implementation.<sup>43</sup> The

---

*Understanding on Rules and Procedures*].

31. *Id.*

32. *Id.* at arts.4, 8 & 14.

33. *Id.*

34. *Id.*

35. *Understanding on Rules and Procedures, supra* note 30, at art. 8.

36. *Id.* at art. 9.

37. *Id.* at art. 12.

38. *Id.* at art. 15.

39. *Id.* at art. 14.

40. *Understanding on Rules and Procedures, supra* note 30, at art. 16.

41. *Id.* at art. 17.

42. *Id.* at art. 19.

43. *Id.*

Appellate Body Report is adopted by the DSB, unless the DSB decides not to adopt the report by consensus within thirty days of receiving it.<sup>44</sup> If the member found violating its WTO obligations does not comply within a reasonable time to the stated recommendations, the member must enter into negotiations with the complaining member to determine mutually acceptable compensation. If these negotiations fail to produce a satisfactory result, the member bringing the complaint can implement appropriate trade barriers to the non-conforming members goods and services.<sup>45</sup>

### C. Development of the Shrimp Turtle Controversy

Shrimp trawling is destructive to essential marine habitat and snares and kills millions of tons of incidental marine life, and kills thousands of endangered sea turtles every year. The destructive ecological impact of trawling is evidenced in the Gulf of Mexico where shrimp trawlers incidentally kill not only sea turtles, but throw overboard approximately two billion pounds of commercially feasible fish a year.<sup>46</sup> There are six species of sea turtles present in United States waters that are protected from trawling and other disruptive human activity by the Endangered Species Act (ESA) of 1973.<sup>47</sup> Since 1975, all species of sea turtles have been internationally recognized as endangered through inclusion in the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna.<sup>48</sup> In 1990, The National Academy of Sciences (NAS) report, *The Decline of the Sea Turtles – Causes and Prevention*, estimated that up to 55,000 sea turtles died annually in the Gulf of Mexico and the Southeast Atlantic shrimp trawl fisheries.<sup>49</sup> The report found shrimp trawling to be the most destructive human cause of sea turtle mortality.<sup>50</sup> The NAS recommended that the best method of reducing sea turtle mortality, short of eliminating trawling, was the use of Turtle Exclusion Devices (TEDs).<sup>51</sup> The NAS report further found that sea turtles were a highly migratory species, not limited to the waters of the United States In 1987, pursuant to the ESA,

---

44. *Id.* at art. 17.

45. *Understanding on Rules and Procedures*, *supra* note 30, at art. 22.

46. Ted Williams, *The Exclusion of Sea Turtles*, AUDUBON, Jan., 1990, at 28.

47. Endangered Species Act, 16 U.S.C. §§ 1531-1544 (2000).

48. Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Mar. 3, 1973, 1087 U.S.T. 8249.

49. NAT'L OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMIN., DEP'T OF COMMERCE, PUBLIC REVIEW OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES REPORT ON THE DECLINE OF SEA TURTLES - -CAUSES AND PREVENTION, 55 Fed. Reg. 23259, 23262.

50. *Id.*

51. *Id.* at 23, 265.

regulations were passed requiring all United States shrimp trawlers to use TEDs by 1990.<sup>52</sup> A TED is panel of large mesh webbings or metal grids inserted into shrimp nets. As the nets are dragged along the ocean floor, shrimp pass by the TED and are collected, while other large marine mammals like sea turtles are deflected out of the net by an escape hatch.<sup>53</sup> In 1989, the United States Congress amended Title Eight of the Endangered Species Act, with Section 609, to protect sea turtles on an international basis.<sup>54</sup> Section 609(a)(1) required the Secretary of State to initiate bilateral and multi-lateral negotiations with foreign countries to protect sea turtles. Secondly, Section 609(b)(1) banned the importation of wild shrimp into the United States, harvested with commercial fishing technology without meeting a prescribed certification process.<sup>55</sup> Under the original 1991 Section 609(b)(2)(A-C) guidelines, the President had to certify that:

[T]he harvesting nation had provided documentary evidence of the adoption of a regulatory program regarding the incidental taking of turtles during harvesting that was comparable to the U.S.; the incidental taking of the vessel of the harvesting nation must be comparable to the incidental taking of sea turtles by U.S. vessels; or the specific fishing environment of the harvesting nation did not pose a threat of the incidental taking of sea turtles during harvesting.<sup>56</sup>

Soon thereafter, the United States initiated hemispheric negotiations on turtle protection specifically requiring the use of TEDs that culminated in the Inter-American Convention for the Protection and Conservation of Sea Turtles (Inter-American Convention) in 1996.<sup>57</sup> Earth Island Institute, a United States environmental organization, brought suit against the Department of State to expand the Section 609 use of TEDs internationally.<sup>58</sup> In 1995, the United States Court of International Trade ruled in favor of the environmental plaintiffs and gave the federal government until May 1996 to implement the Section 609

---

52. Sea Turtle Conservation: Shrimp Trawling Requirements 52 Fed. Reg. 24,244, 24,247-49 (June 29, 1987).

53. See Tom Bayles, *Sea Turtle Deaths Set Record in 2001; Boat Collisions, Shrimping Nets and an Unidentified Parasite are Being Blamed*, SARASOTA HERALD-TRIBUNE, Feb. 12, 2002, at B, available at 2002 WL 3884571.

54. 16 U.S.C. § 1537.

55. *Id.* at § 1537(a), (b).

56. *Id.*

57. Sanford Gaines, *The WTO's Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures*, 22 U. PA. J. INT'L ECON. L. 739, 766-67 (2001) [hereinafter Gaines].

58. *Id.*

TED requirements worldwide.<sup>59</sup> The 1996 guidelines promulgated by the Department of State, assessing and certifying the regulatory program of all harvesting nations, specifically required the use of TEDs that were comparable in effectiveness of the United States.<sup>60</sup>

### III. SHRIMP TURTLE DISPUTE

The new certification guidelines requiring TEDs were immediately challenged by India, Pakistan, Malaysia, and Thailand and a panel was established by the DSB in February 1997.<sup>61</sup> The Panel concluded that the United States guidelines violated Article XI (1) of GATT 1994 as a quantitative barrier to trade, and could not be justified as an exception under article XX of GATT 1994.<sup>62</sup> The Panel recommended to the DSB that the United States bring the guidelines into compliance with its obligations under the WTO agreement.<sup>63</sup> The United States appealed the Panel's decision.

It will be helpful to address the pertinent sections of Article XI and XX of GATT referred to in the Panel's decision. Article XI (1) states:

[N]o prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licenses or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation or sale for export of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.<sup>64</sup>

Article XX states the allowable exceptions to Article XI (1). Article XX is comprised of the introductory paragraph, referred to as the "chapeau", and is followed by paragraphs (b) and (g). Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by

---

59. *Earth Is. Inst. v. Christopher*, 890 F. Supp. 1085 (Ct. Int'l Trade 1995).

60. The revised guidelines stated that "the average incidental take rate will be deemed comparable if the harvesting nation requires the use of TEDs in a manner comparable to that of the United States program . . ." Revised Notice of Guidelines for Determining Comparability of Foreign Programs for the Protection of Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations, 61 Fed. Reg. 17342, (April 19, 1996).

61. *WTO: US - Import Prohibition of Shrimp*, 37 I.L.M 832, 835.

62. *See id.* at 857.

63. *Id.*

64. General Agreement on Tariffs and Trade, *opened for signature* Oct. 30, 1947, 61 Stat. A3, 55 U.N.T.S. 187, Oct. 30, 1947.

any contracting party of measures: (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.<sup>65</sup>

#### A. *United States Appeals the Panel ruling*

On July 23, 1998, the United States filed an appellant's submission and on August 19, 1998, oral arguments commenced before the Appellate Body.<sup>66</sup> The United States appeal included four arguments: the Panel's reasoning that "a threat to the multilateral trading system" precluded the measure for consideration under Article XX; the Panel's decision that the Section 609 guidelines were unjustifiably discriminatory; the Panel's assertion that Section 609 treats members differently; and the Panel's sequence of analysis of Article XX pursuant to the controversy.<sup>67</sup>

The Panel report ruled that the United States measure, irrespective of the important environmental purpose, was a clear threat to the multilateral trading system.<sup>68</sup> Since Article XX made no mention of the hypothetical effects of threats to the multilateral trading system as a disqualifying criterion, the United States argued that the Panel had added a new obligation under Article XX of GATT.<sup>69</sup> Moreover, the U.S warned that the Panel's adoption of a nebulous and subjective threat to the multilateral trading system would alter the intended role of the Panel under the DSU, and would question the legitimacy of the dispute resolution process.<sup>70</sup>

Secondly, the United States asserted that it had presented adequate rationale regarding the justifiability of Section 609's import restrictions.<sup>71</sup> They argued that most members, including the appellees, recognize the importance of preserving sea turtles, and it's undisputed that shrimp trawling without using TEDs greatly contributes to sea turtle mortality.<sup>72</sup> The Panel recognized that "TEDs when properly installed and used and adapted to the local area, would be an effective tool for the preservation of sea turtles."<sup>73</sup> Furthermore the United States claimed that the Panel failed to consider the context of the term

---

65. *Id.* at art. XX (b), (g).

66. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶¶ 9 – 28.

67. *Id.*

68. *Id.* ¶ 13.

69. *Id.* ¶ 13.

70. *Id.* ¶ 23.

71. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 11.

72. *Id.*

73. *Id.* ¶ 26.



“unjustifiable discrimination.”<sup>74</sup> The Article XX chapeau allows for exceptions such as paragraph (g) if they are not abusive.<sup>75</sup> The Panel’s ruling was inconsistent with that of the Appellate Body in the Reformulated - Gasoline Report of 1996.<sup>76</sup> The United States asserted, in that context, trade restrictions between countries where the same conditions prevail is not abusive as unjustifiable or arbitrary discrimination, or disguised restrictions, where the policy goal of the Article XX exception provides rationale for the justification.<sup>77</sup>

The United States contended that Section 609 did not treat countries whose shrimp trawling industries pose similar risk to sea turtles differently.<sup>78</sup> The United States reasoned that restrictions applied only to members with shrimp trawling industries that employ mechanized equipment that harvest shrimp in waters with the presence of sea turtles.<sup>79</sup> United States shrimp trawlers were burdened by the same TED regulation as foreign shrimp trawlers. The United States reiterated that it applied exactly the same sea turtle conservation guidelines to United States and foreign shrimp trawling vessels.

Lastly, the United States argued that the Panel made no findings as to the applicability of section 609 to Article XX (b) or (g).<sup>80</sup> In essence, the panel disqualified the United States trade restriction by virtue of the chapeau’s unjustifiable discrimination, arbitrary discrimination, and disguised restrictions tests, without first testing the applicability of the restrictions under the exceptions of Article XX (b) or (g).<sup>81</sup> The United States reasoned that had the Panel initially applied the section 609 guideline to Article XX (g), it would have found that they met each element under Article XX (g), thus qualifying under the chapeau.<sup>82</sup> Sea turtles are an endangered species and an exhaustible natural resource under paragraph (g), and the international trade harvesting restrictions were made in conjunction with domestic harvesting restrictions.<sup>83</sup> Alternatively, the United States argued that Section 609 was necessary to protect human, animal or plant life or health, under Article XX (b), as TEDs are necessary because other measures to protect sea turtles are much less effective.<sup>84</sup>

---

74. *Id.* ¶ 14.

75. *Id.*

76. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 14.

77. *Id.*

78. *Id.* ¶ 21.

79. *Id.*

80. *Id.* ¶ 24.

81. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 24.

82. *Id.* ¶ 25.

83. *Id.*

84. *Id.* ¶ 28.

The appellees parroted the Panel's findings in their response to the Appellate Body. They claimed that the 1996 Section 609 guidelines were implemented without first trying to reach a joint multilateral solution with the appellees.<sup>85</sup> They argued that the United States had negotiated an agreement with Caribbean basin nations to protect and conserve sea turtles but did not propose negotiations with the appellees until after having concluded an agreement with other members.<sup>86</sup> The appellees further stated that section 609 was interpreted correctly by applying the restrictions of the chapeau before addressing whether the United States trade restriction qualified as an exception.<sup>87</sup>

### B. The Appellate Body Ruling

The first order of the Appellate Body decision was to determine whether the Section 609 trade restriction provisionally qualified under the Article XX exceptions.<sup>88</sup> The Appellate Body found that the Panel ruled incorrectly in making the chapeau and not paragraph (g) the critical test.<sup>89</sup> It held that the Panel misinterpreted Reformulated Gasoline by evaluating the United States measure initially under the chapeau conditions.<sup>90</sup> The Appellate Body recalled that Reformulated Gasoline asked first whether the trade measure qualified provisionally under paragraphs (b) or (g), and then applied the chapeau test.<sup>91</sup> The Appellate Body reversed the Panel's legal interpretation of initially applying the measure to the chapeau test.<sup>92</sup>

The Appellate Body's second step was to examine if the section 609 trade restriction qualified as an exception under paragraph (g). Did the measure qualify as a conservation measure of an exhaustible natural resource? The appellees argued that "exhaustible" referred to finite resources such as a mineral as opposed to biological resources.<sup>93</sup> The Appellate Body held that biological science had taught them that species, in principle, are capable of reproduction and in that sense renewable, and are in certain circumstances susceptible of depletion, exhaustion, and extinction, frequently because of human activity.<sup>94</sup>

---

85. *Id.*

86. Appellate Body Report I, *supra* note, 9 ¶ 41.

87. *Id.* ¶ 43.

88. *Id.* ¶ 115.

89. Gaines, , *supra* note 57, at 770.

90. *Id.*

91. *Id.* at 771.

92. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 122.

93. *Id.*

94. *Id.* ¶ 128.

The Appellate Body also referred to the following preamble of the WTO agreement to emphasize the generic use of the terms “resources” and “sustainable development.”

The Parties to this Agreement, Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavor should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment.”<sup>95</sup>

The Appellate Body ruled that sea turtles constituted an exhaustible natural resource under paragraph (g).<sup>96</sup>

Having determined that the Section 609 guidelines qualified provisionally under paragraph (g) of Article XX, the Appellate Body next addressed the requirements under the Article XX chapeau. The Appellate Body examined the overall context for discrimination under the chapeau and identified four discrete areas of the United States policy under Section 609 that constituted arbitrary or unjustifiable discrimination but reached no conclusion regarding Section 609 as a disguised trade restriction.<sup>97</sup> The Appellate Body ruled that the inflexibility of the United States certification policy was unjustifiably and arbitrarily discriminatory and that the United States lack of effort to negotiate a multilateral treaty with appellees and the differential treatment towards members was unjustifiably discriminatory.<sup>98</sup>

The Appellate Body ruled the section 609 certification process to be unjustifiably and arbitrarily discriminatory because it imposed a mandatory, rigid requirement for TEDs on countries applying for certification, without considering the prevailing conditions in the exporting country.<sup>99</sup> The Section 609 1996 guidelines were ruled discriminatory because they were too inflexible in allowing inquiry into the appropriateness of the program for the conditions prevailing in the exporting countries.<sup>100</sup> The Appellate Body labeled Section 609 as an economic embargo that forced other members to adopt the same comprehensive regulatory program that was in force in the United States without taking into consideration “different conditions” which “may” occur in other members’ territories.<sup>101</sup> It further ruled that the United States prohibition

---

95. *Id.* ¶ 129.

96. *Id.* ¶ 134.

97. Gaines, , *supra* note 57, at 773.

98. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶¶ 161 – 185.

99. *Id.* ¶ 177.

100. *Id.* ¶ 165.

101. *Id.*

on the importation of wild shrimp and shrimp products from vessels that employed TED's harvested in waters of countries that were not certified under Section 609 was discriminatory.<sup>102</sup> It preferred a ship-by-ship certification test as opposed to the member-to-member certification requirement under Section 609.<sup>103</sup> Furthermore, it found that the certification process was unjustifiable under GATT because it was conducted in an informal and casual manner that lacked due process and could negate members' rights.<sup>104</sup> It held that the guidelines were not sufficiently "transparent" because members who were denied certification failed to receive formal notification of such denial and there was no formal appeal procedure for the denial of an application.<sup>105</sup>

Secondly, the Appellate Body found that the United States entered into serious multilateral negotiations regarding the implementation of TEDs with some members but not with others.<sup>106</sup> The United States negotiated an international agreement for the protection and conservation of sea turtles mandating the use of TEDs with Caribbean rim nations before the May 1996 guidelines became effective but negotiated with appellees after that date.<sup>107</sup> The United States failure to initiate negotiations with all members exporting wild shrimp to the United States weighed heavily in the Appellate Body's decision in finding discrimination against the United States. It pointed out that the United States did not follow its own law under section 609(a) (1) that directed the Secretary of State to "initiate negotiations as soon as possible for the development of bilateral or multilateral agreements with other nations for the protection and conservation of . . . sea turtles."<sup>108</sup> The Appellate Body exhibited a preference for treaties in dealing with environmental challenges outside the member's borders by stating that environmental laws addressing global environmental problems should be based on international consensus.<sup>109</sup> It pointed out that the need for such agreements is recognized through the Rio Declaration on Environment and Development and Agenda, The Convention on Biological Diversity, The Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, and a CTE endorsement that international cooperation and consensus is the most effective method of tackling transboundary environmental problems.<sup>110</sup>

---

102. *Id.*

103. *See* Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 165.

104. *Id.* ¶¶ 181, 182.

105. *Id.*

106. *Id.* ¶ 172.

107. *Id.* ¶ 166.

108. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 167.

109. *Id.*

110. *Id.* ¶ 168..

Lastly, the Appellate Body found differential treatment between different members by the United States.<sup>111</sup> Under the Inter-American Convention, the fourteen nations in the wider Caribbean and western Atlantic region had to commit to the use of TEDs by 1994 and had a three year phase-in period to implement the changes to their fleets.<sup>112</sup> With respect to the appellees and other members, the United States Court of International Trade directed the Department of State to apply the import ban worldwide no later than May 1996 thus leaving appellees only four months to comply with the United States measure.<sup>113</sup> The shorter time period for compliance produced a heavier burden on parties not part of the Inter-American Convention. The Appellate Body held that the difference in treatment between shrimp exporting countries constituted unjustifiable discrimination.<sup>114</sup>

### C. United States Complies with Appellate Body Ruling

On July 8, 1999, in response to the Appellate Body's decision, the United States substantially altered its shrimp importation certification guidelines. In response to the inflexibility of the certification guidelines, it revised Section 609 by making the use of TED's optional. If sea turtles are present during trawling, the new Section 609 guidelines state:

If the government of a harvesting nation demonstrates that it has implemented and is enforcing a comparably effective regulatory program to protect sea turtles in the course of shrimp trawl fishing without the use of TEDs, that nation will also be eligible for certification. Average incidental take rates will be deemed comparable if the harvesting nation requires the use of TEDs or otherwise demonstrates that it has implemented a comparably effective program to protect sea turtles in the course of shrimp trawl fishing without the use of TED's.<sup>115</sup>

The United States also revised the section 609 guidelines to comply with the Appellate Body's demand that the United States negotiate even-handedly with all members and to provide a transparent certification system. The United States agreed to notify members in writing who did not appear to qualify for

---

111. *Id.* ¶ 173.

112. *Id.*

113. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 173.

114. *Id.* ¶ 176.

115. Revised Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162 Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations, 64 Fed. Reg. 36946, 36950 (Dep't State July 8, 1999), available at WL 457857 [hereinafter Revised Guidelines].

certification by March 15th of every year.<sup>116</sup> The written notification will explain the reasons for denial and suggested steps that will lead to certification.<sup>117</sup> Between March 15 and May 1, the United States government will allow the non-compliant member to offer evidence that it has met the suggested steps.<sup>118</sup> On May 1, the United States Department of State will make a formal decision on certification.<sup>119</sup> The United States also agreed to use a revised “DSP-121” form that certifies imported shrimp or shrimp products when harvested by vessels using TEDs, even when harvested in a country that is not certified under the Section 609 guidelines.<sup>120</sup>

#### D. Shrimp Turtle II

Despite United States compromise efforts, Malaysia filed another complaint with the WTO arguing the remedial measures still didn't qualify under Article XX of GATT.<sup>121</sup> Malaysia argued that the United States did not conclude a multilateral agreement with appellees, and that the United States program is discriminatory because it conditions the import of shrimp on the United States standards.<sup>122</sup> In June 2001, the Panel approved the United States measures and the Appellate Body upheld the Panel's ruling.<sup>123</sup> They held that the United States did not have to conclude a multilateral agreement, but rather exhibit a “good faith” effort in a multilateral approach to an agreement.<sup>124</sup> Moreover, they held that the new, more flexible, Section 609 guidelines give sufficient latitude to the exporting member in adopting their own turtle protection program, thus is sufficiently flexible and not discriminatory.<sup>125</sup> The Panel and Appellate Body agreed that the new guidelines would allow the United States to consider particular conditions prevailing in foreign waters.<sup>126</sup> Was the WTO decision in Shrimp Turtle II evidence that free trade and

---

116. *Id.* at 36, 951.

117. *Id.*

118. *See id.*

119. *Id.*

120. Revised Guidelines, *supra* note 115, at 36949.

121. WTO Dispute Panel Report on United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/RW, ¶ 6.1 (June 15, 2001), available at [http://www.wto.org/english/tratop\\_edispu\\_e/distabase\\_wto\\_members3\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_edispu_e/distabase_wto_members3_e.htm).

122. WTO Appellate Body Report on United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/RW, ¶¶ 132-35 (Oct. 22, 2001), [http://www.wto.org/English/tratop\\_e/dispu\\_e/distabase\\_wto\\_members3\\_e.htm](http://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members3_e.htm).

123. *Id.* ¶ 10.

124. *Id.* ¶ 134.

125. *See id.* ¶ 144.

126. *Id.* ¶ 148

environmental protection could coexist, or did it expose the WTO's inability to simultaneously accommodate free trade and protection of the environment?

#### IV. ANALYSIS

##### A. Conflict of interest

Multinational corporations, which rely on governmental free trade perspectives, will hail the WTO ruling in Shrimp Turtle II as evidence that the WTO can be a neutral arbiter of disputes between free trade and national environmental laws.<sup>127</sup> The WTO in Shrimp Turtle II had put itself on record for the first time in not disqualifying a unilateral trade measure under Article XX.<sup>128</sup> The United States environmental law was maintained, but was the integrity of the law compromised through its transformation to WTO conformity? Organizations with a global environmental prospective will criticize the Shrimp Turtle II ruling as a blow to international environmental protection and another relinquishment of United States environmental law sovereignty to the WTO.<sup>129</sup>

The WTO has an inherent conflict of interest in neutrally arbitrating disputes between trade and national environmental protection laws. Although the WTO deserves credit for attempting to balance environmental and trade concerns in Shrimp Turtle II, it is a compromise weighted towards a free trade perspective. The WTO is a trade promotion body not an environmental regulatory body.<sup>130</sup> Its mandate is to reduce tariffs and destroy barriers to trade.<sup>131</sup> The organization's mandate demands that it weigh decisions in favor of free trade when balancing national environmental trade laws against members' international trade obligations. The biggest challenge facing the WTO and the global economy, as stated by WTO Director General Renato Ruggiero, is divergent national regulatory structures, like environmental laws.<sup>132</sup> He claims that as tariffs are stripped away, WTO policy will focus on regulatory differences, including environmental laws because they limit market access and investment flows.<sup>133</sup> The WTO accommodates environmental laws to the extent

---

127. Varghese, *supra* note 22, at 453.

128. Gaines, *supra* note 57, at 793.

129. See Lakshman Guruswamy, *The Annihilation of Sea Turtles: World Trade Organization Intransigence and United States Equivocation*, 30 ENVTL. L. REP. 10261 (2000).

130. *The WTO and its Committee on Trade and the Environment*, *supra* note 12.

131. The General Agreement on Tariffs and Trade, *supra* note 64 at 21.

132. *Trade Policy: WTO Chief Cites Challenges to Multilateral Trading System*, 15 INT'L TRADE REP. 336 (1998).

133. *Id.*

that they do not interfere with free trade. In *Shrimp Turtle I*, the Appellate Body Report cites the creation of the CTE as an example of its commitment in identifying and promoting positive interaction between trade and environmental regulations.<sup>134</sup> Yet, the CTE has made no substantive environmental protection reformations to GATT.<sup>135</sup>

It is not reasonable to expect an organization committed to free trade to provide overriding deference to national environmental laws that are frequently deemed as roadblocks to free trade. The WTO is directed to be a good steward of the world's ecosystem, but only to the extent of promoting sustainable development that is compatible with a non-discriminatory trading system. In *Shrimp Turtle II*, the WTO approved a unilateral trade measure, but with very circumscribed conditions.<sup>136</sup> Based on the Director General's statements, and the rulings in *Shrimp Turtle I* and *II*, one must conclude that the WTO views national environmental laws as disruptions in free trade and prefers that such disputes be resolved outside the WTO framework. An analysis of the WTO *Shrimp Turtle* rulings ruling reveals the subtle methodology the WTO used in promoting uninhibited access to markets at the expense of global environmental conservation.

The Appellate Body report in *Shrimp Turtle I* found the application of Section 609 to be unjustifiably and arbitrarily discriminatory largely because: the certification guidelines of Section 609 were too inflexible; the United States failed to negotiate a multilateral agreement with the appellees; and the appellees received differential treatment from the United States.<sup>137</sup> The Appellate Body in *Shrimp Turtle II* mitigated the decision in *Shrimp Turtle I* by ruling that the United States could implement a unilateral environmental measure, but only under severely constrained conditions.<sup>138</sup>

### B. Inflexibility

The Appellate Body in *Shrimp Turtle I* used questionable reasoning in ruling that the inflexibility of the Section 609 doomed its compliance under the Article XX chapeau. It ruled that the measure was "inflexible" and "coercive," and that it did not consider different "conditions" in a member's territory that "may" occur.<sup>139</sup> The questionable reasoning surrounds the alleged discriminatory application of Section 609 as "inflexible" and "coercive" because it did not

---

134. Appellate Body Report I, *supra* note, 9 ¶ 154.

135. *Id.* at ¶ 155.

136. Varghese, *supra* note 22, at 455.

137. Appellate Body Report I, *supra* note, 9 ¶ 161-186.

138. Varghese, *supra* note 22, at 454.

139. *Id.* ¶¶ 161-64.



consider different “conditions” in members’ territory that “may” occur.<sup>140</sup> The United States argument contending that the application of the Section 609 1996 guidelines was reasonable and not discriminatory appears justified because TEDs were found by the NAS report to be the most effective form of sea turtle conservation. Furthermore, the regulations were applied uniformly to United States trawlers and foreign flagged trawlers. There is no mention of the terms “coercive” or “inflexible” in defining unjustifiable discrimination in the chapeau that the Appellate Body used to invalidate the United States law. The Appellate Body found Section 609 coercive and inflexible because the United States only recognized compliance under Section 609 when shrimp importing members’ used TEDs on their trawling vessels. The Section 609 guidelines mandated a specific harvesting procedure without allowing flexibility for members to employ comparable methods given their different conditions. Such reasoning would be valid if different conditions prevailed in the South Asian seas.

The Appellate Body report implies that different conditions existed in United States and South Asian waters that rendered the strict Section 609 guidelines discriminatory.<sup>141</sup> Yet, the Appellate Body report failed to identify the different conditions that existed in Asian waters that made Section 609 unjustifiably discriminatory.<sup>142</sup> The demonstrated suitability of TEDs in the Gulf of Mexico, the Atlantic Ocean and the Caribbean Sea should establish convincing evidence that conditions in South Asia are not meaningfully different for shrimp trawling with TEDs.<sup>143</sup> The chapeau requires that measures not be discriminatory where the same conditions prevail. Since conditions in United States and South Asian waters are not meaningfully different, it appears the use of TEDs is not discriminatory. The Appellate Body found Section 609 discriminatory because it did not take into considerations different conditions that “may” occur in another member’s territory. This interpretation runs counter to the explicit language in the chapeau that disallows discriminatory measures between members where the “same conditions” prevail.<sup>144</sup> In the end, the Shrimp Turtle I chapeau analysis turned the chapeau provision on its head.<sup>145</sup> The Appellate Body analysis has in effect precluded not only measures that discriminate where the same conditions prevail, but measures that do not consider different conditions that “may” prevail. This chapeau analysis effectively precludes members from adopting environmental measures that require a specific technology for the conservation of the environment, even if

---

140. *Id.*

141. *Gaines, supra* note 57, at 784.

142. *Id.*

143. *Id.*

144. The General Agreement on Tariffs and Trade, *supra* note 64.

145. *Gaines, supra* note 57, at 784.

that technology is reasonably obtainable and vastly superior to other methods. The NAS report described TEDs as the best method of reducing turtle mortality short of eliminating trawling. The Department of State stated that TED's are readily available on the open market or can be constructed at modest expense from materials that are readily available on the market.<sup>146</sup>

It should be expected on occasion that unilateral environmental protection measures imposed by economically and legally advanced members will be challenged by lesser-developed members as discriminatory. The WTO ruling in Shrimp Turtle I and Shrimp Turtle II diluted the technologically advanced measure of the United States to the level of the lesser-developed member, like Malaysia, in order to maintain Malaysia's environmental sovereignty. Preserving the environmental sovereignty of lesser-developed members runs counter to the global environmental perspective. The WTO promotion of free access to markets is predicated on preserving the lesser-developed members environmental sovereignty. Yet, in order to promote environmental sustainability, it is essential to preserve the advanced members environmental sovereignty by approving reasonable unilateral measures that raise environmental protection standards throughout the world. Members, such as the United States and western European nations that have raced past other members in environmental awareness and protection, are forced to degrade their laws to accommodate access to their markets from other members who do not place the same priority on environmental protection. Since the effectiveness of TEDs is well established, a more appropriate WTO response would have been to allow the use of TEDs as a criterion for import into the United States while granting South Asian nations more time for compliance. Such a ruling would have truly balanced free access to markets with global environmental protection.

### C. Failure to Negotiate

In Shrimp Turtle I, the WTO shifted the burden of international environmental disputes away from itself and placed in the lap of the disputing parties. The Appellate Body ruled that the United States failure to negotiate in "serious, across-the-board negotiations," especially with the South Asian shrimp trawling members, was a reason in finding of unjustifiable discrimination.<sup>147</sup> It stated that the migratory nature of the sea turtle demanded a cooperative and concerted measure of all the members.<sup>148</sup> To emphasize the need for international cooperation, the Appellate Body referred to the United States' successful regional agreement to protect sea turtles through the Inter-American

---

146. Revised Guidelines, *supra* note 115, at 36,948.

147. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 166.

148. *Id.*

Convention.<sup>149</sup> The Shrimp Turtle I ruling failed to articulate any historical or legal basis that failure to make efforts to negotiate a treaty falls within the chapeau's meaning of unjustifiable discrimination.<sup>150</sup> The WTO's preference for multilateral agreement resolution of international environmental trade disputes is explicitly stated in the Appellate Body ruling by reference to several international treaties promoting multilateral agreements for environmental trade disputes.<sup>151</sup> The message in Shrimp Turtle I is that the WTO will not allow a member to use a unilateral measure to preserve an international resource. The message in Shrimp Turtle II is that the WTO will allow a unilateral measure if it is broad enough to make it practically ineffective. The CTE principles state that the WTO agreement provides a forum for members to pursue national environmental policies, provided that the policies are not discriminatory. The Appellate Body in Shrimp Turtle I ruled that the unilateral national environmental policies are discriminatory by nature when they lack international consensus. Yet, if there were international consensus on a national environmental policy, it would never be brought before the WTO DSB. The Appellate Body used a circular argument, in effect, to find all unilateral environmental trade measures discriminatory. This requirement was mitigated by the Shrimp Turtle II decision that designated a "good faith" effort towards multilateral agreement as non-discriminatory.

International consensus is not easy to accomplish. It must be noted that the United States approached three of the complaining members in 1996 regarding a multilateral agreement on sea turtle protection with no results.<sup>152</sup> A vivid example of the difficulty of reaching global consensus or involvement on crucial environmental issues is the Kyoto Protocol, calling for the systematic reduction of worldwide carbon dioxide emissions. The Kyoto Protocol was opened for signatures March 1997 and requires the signature of at least 55 countries.<sup>153</sup> Only 22 countries were reported to have ratified the Protocol as of February 2000.<sup>154</sup> The Bush administration's opposition to the Protocol and its plans not to participate has dimmed momentum and optimism that a global

149. *Id.* ¶ 169.

150. Gaines, *supra* note 57, at 806.

151. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶¶ 166-172.

152. The United States stated in paragraph 32 of the First Submission Brief to the WTO Dispute Settlement Panel (June 9, 1997) that three of the complaining governments "declined to accept the offer, in late 1996, of multilateral negotiations" toward a protocol for the Asian region. Gaines, *supra* note 57 at 818.

153. *Proceedings of the Twenty-Second Annual Energy & Mineral Law Institute*, ENERGY & MIN. L. FOUND. Ch. §1.05 (2002) (citing Susan R. Fletcher. Congressional Research Service, 98-2: Global Climate Change Treaty: Kyoto Protocol," at 1, <http://www.cnle.org/nle/clim-3.html>).

154. *Id.*

solution can be forged on worldwide climate change caused by carbon dioxide emissions.<sup>155</sup>

The WTO decision also disregards the effectiveness in unilateral measures in encouraging other nations to participate in conservation measures. The threat of trade sanctions can be effective in luring unwilling members to the negotiating table that would otherwise ignore multilateral efforts at environmental conservation.<sup>156</sup> Despite the efforts of the WTO to forge a compromise between free trade and environmental protection, it is clear that from a global environmental perspective, it is not the best forum to resolve environmental disputes.<sup>157</sup>

#### D. Differential Treatment

In *Shrimp Turtle I*, the United States measure was found unjustifiably discriminatory because it resulted in differential treatment among members during the certification process.<sup>158</sup> It pointed to the three-year phase-in period of TED technology for the countries under the Inter-American Convention as contrasted to the four month period allowed appellees to implement TED technology after passage of the 1996 Section 609 guidelines.<sup>159</sup> Perhaps the United States could have been initially more aggressive in pursuing a worldwide agreement with all nations that harvested wild shrimp where sea turtles were present. The Appellate Body made a poignant observation in stating that Section 609 (a) requires the Secretary of State to initiate negotiations with all foreign governments engaged in fishing operations that might adversely affect sea turtles. The WTO makes a valid claim that the United States did not strictly adhere to its own law in not reaching out simultaneously to the appellees and the countries that forged the Inter-American Convention. Yet, the Appellate Body failed to recognize that the United States agreement with the Western hemisphere countries was not discriminatory under GATT because those negotiations had no effect on the import restrictions in the 1996 Section 609 guidelines.<sup>160</sup> The regional cooperation agreement that was finalized as the Inter-American Convention did not precipitate the later 1996 guidelines.<sup>161</sup> Moreover, nothing in the record confirms the Appellate Body's assumption that the appellees would have negotiated seriously with the United States on sea

---

155. *Id.*

156. Varghese, *supra* note 22, at 453.

157. *Id.*

158. Appellate Body Report I, *supra* note 9, ¶ 17.

159. *Id.*

160. Gaines, *supra* note 57, at 817.

161. *Id.*

turtle protection.<sup>162</sup> The WTO Shrimp Turtle II ruling held that the new United States guidelines provided for more international cooperation between members and a more transparent certification process.

*E. Impact on Section of 609*

The effectiveness of Section 609 was compromised when the United States revised the certification guidelines to comply with the Appellate Body decision. Under the revised 1999 guidelines, a member trawling in waters where sea turtles were present need only provide documentary evidence that its program is “comparable” to that of the United States in the incidental taking of sea turtles.<sup>163</sup> Evaluating comparability of members trawling activities has added a layer of complexity to the verification process. The system of evaluating comparability is predictably more vulnerable to fraud than the 1996 guidelines requiring the mandatory use of TEDs. The United States highlighted the results of the revised guidelines in its defense against Malaysia in the Shrimp Turtle II Panel report. The United States cited that Pakistan and Malaysia were now compliant under the revised Section 609 guidelines.<sup>164</sup> Pakistan was certified based on a program combining trawling prohibitions and the use of TEDs, and certification for Malaysia would be granted despite the absence of the use of TEDs in Malaysian waters.<sup>165</sup>

The United States was also forced to revise its guidelines to allow importation of shrimp and shrimp products from TED equipped vessels harvesting in a member’s uncertified waters. This ship-to-ship certification system is arguably a more complex certification system. The 1996 member-to-member mandatory TED use guidelines were far less burdensome on the United States government. As the complexity of a verification system increases, so does its vulnerability to fraud. The revised 1999 guidelines provide for a more difficult and complex verification procedure that inevitably provides less sea turtle protection than intended by the original 1996 guidelines.

---

162. *Id* at 818.

163. The revised 1999 guidelines stated: “Under Section 609 (b) (2), the Department of State shall certify . . . if the government of that nation has provided documentary evidence of the adoption of a regulatory program governing the incidental taking of such sea turtles in the course of such harvesting that is comparable to that of the United States and if the average rate of that incidental taking by vessels of the harvesting nation is comparable to the average rate of incidental taking of sea turtles by United States vessels in the course of such harvesting.” Revised Guidelines, *supra* note 115, at 36,946.

164. WTO Dispute Panel Report on United States – Import Prohibitions of Certain Shrimp and Shrimp Products, *supra* note 121, at ¶¶ 5.100 – 101.

165. *Id.*

## V. CONCLUSION

The Shrimp Turtle dispute presents a vivid example of how two opposing perspectives can interpret a decision differently. From a trade perspective, the WTO did an admirable job in accommodating an environmental based unilateral trade measure within the rules of the WTO. From an environmental perspective, the WTO compromised United States sovereignty and global environmental protection by diluting a United States law aimed at protecting a global resource. The WTO essentially gutted a United States law mandating a technology far superior to other turtle protection methods. The WTO free trade rulings, as evidenced in the Shrimp Turtle disputes, are predicated on preserving the environmental sovereignty of members with less environmental awareness, in which case, the United States will always come out a loser. The WTO could have reasonably compromised by maintaining the TED technology requirement of the United States law and demanding reformation of the other aspects of the Section 609 guidelines it found discriminatory. Instead, it gave full deferential treatment to the unbridled flow of trade and forced the United States to change an effective law that preserved an endangered international environmental resource. This trend does not bode well for future United States and global environmental protection efforts. It is evident through the Shrimp Turtle decisions that the United States will have to work with other members outside the WTO framework to preserve the global environment. Without the threat of unilateral trade measures, efforts at reaching international accords will be rendered impotent. Due to its WTO obligations, the United States government will have to tailor future unilateral environmental protection measures so broadly as to render them ineffective. The United States WTO obligations have forced an ever-growing and permanent relinquishment of United States environmental law sovereignty in order to accommodate its WTO obligations dictating free access to the United States market.

# ¿CONSTRUYENDO UNA FRONTERA COMÚN O DESCONSTRUYENDO UNA IDENTIDAD NA- CIONAL?: UN ANÁLISIS DEL ESFUERZO DE CENTRALIZAR CONTROL DE INMIGRACIÓN DE TERCER PAÍS EN LA UNIÓN EUROPEA

*Catherine E. Halliday-Roberts\**

I.	INTRODUCCIÓN .....	587
II.	LA HISTORIA Y DESARROLLO DE LA LEY DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA .....	590
	A. <i>Ley de Inmigración Elude Centralización</i> .....	591
	B. <i>Trece Naciones Coquetean con la Unificación</i> .....	593
	C. <i>Las Instituciones de la UNIÓN EUROPEA Consideran Centralización</i> .....	595
III.	CENTRALIZACIÓN YUXTAPUESTA CON DESCENTRALIZACIÓN.....	598
	A. <i>Centralización de Ley de Inmigración Asegura Uniformidad</i> .....	599
	B. <i>Descentralización de Ley de Inmigración Mantiene Soberanía Nacional</i> .....	601
	C. <i>Federalismo de Unión europeo Inicialmente Emula Federalismo de los Estados Unidos</i> .....	604
IV.	DESCENTRALIZACIÓN CONSERVA SOBERANÍA MIENTRAS DEJA UNA PUERTA ABIERTA PARA EL CONTROL INTERNACIONAL, EN VES DE UNA SUPRANACIONAL.....	608
V.	CONCLUSIÓN .....	612

## I. INTRODUCCIÓN

Lejos de los ataques espantosos sobre las torres gemelas y el Pentágono, una pared al lado de una mezquita en Inglaterra del Norte lee, “Vengue EE. UU – maten a un Musulmán ahora.”<sup>1</sup> Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, aunque lanzado contra los Estados Unidos,

---

\* Catherine Halliday-Roberts se graduó Summa Cum laude de la Escuela de Derechos de la Universidad de Valparaíso . Ella sirvió como el Ejecutivo Revisión de las publicaciones de artículos legales de su escuela y recibió el Premio Burton para la Excelencia en la Escritura Legal por su Nota de Estudiante sobre la ley de Inmigración, publicado en 2001. Ella es actualmente una Ayudante del Consejo del Distrito del Servicio de Inmigración y Naturalización para los Estados Unidos en Los Angeles y una Profesora adjunta en Santa Mónica el Colegio.

1. El Ford de Peter, *la Xenofobia Sigue el Terror ESTADOUNIDENSE; la amnistía Internacional Dice que los Frenos De gobierno Sobre la Inmigración Agregan al Contragolpe Anti-rabe*, el MONITOR CRISTIANO SCIENCE, el 11 de octubre de 2001, en 4 [en lo sucesivo el Ford, *la Xenofobia*].

no han dejado ninguna esquina del mundo intacta. Hasta en Europa, los actos de violencia han incitado “un humor que se hincha de xenofobia.”<sup>2</sup> Partidos derechistas han utilizado los ataques para renovar sus campañas contra extranjeros y refugiados.<sup>3</sup> En respuesta, gobiernos nacionales aprietan su política de inmigración en nombre de la lucha contra el terrorismo internacional.<sup>4</sup>

De la misma manera, las instituciones de la Unión Europea proponen un aumentado en el control de fronteras externas.<sup>5</sup> Las instituciones insisten en una mayor autonomía de parte de la Unión Europea para asegurar que las políticas de frontera de naciones miembros sean uniforme.<sup>6</sup> La súplica para mayor control, sin embargo, no es un cambio completo de la política anterior. Desde la crisis petrolera de los años 70 creó un susto económico, Europa más o menos cerró su puerta a la inmigración primaria.<sup>7</sup> Además, la migración aumentada debido a la inestabilidad política y la pobreza extrema de países vecinos también han contribuido al miedo de que inundaciones de refugiados a la Unión Europea agotarían el suministro de empleos en Eu-

---

2. *Id.* Marroquíes en Madrid, España se queja de afrentas aumentadas por la policía después el 11 septiembre; la policía ha marchado en establecimientos marroquíes la petición de papeles(periféricos) de inmigración y el lanzamiento de cada uno quien no puede producirlos en la cárcel. *Id.* Las mezquitas en Países Bajos han sido cubiertas de graffiti y bombardeados, mientras en Suecia, Gran Bretaña, y Países Bajos, un puñado de la gente de países Islámicos físicamente ha sido asaltado. Geoff Winestock, *Ataque sobre América: la Relajación de Reglas de Inmigración Es Puesta el Asimiento Después los Ataques Sobre EE UU, la Marcha atrás de europeos de Movimientos para Cambiar el Asilo, el Estado de Refugiado*, LA PARED S. J. EUR., el 8 de octubre de 2001, en 12 [en lo sucesivo Winestock].

3. Winestock, *supra* nota 2, en 12.

4. *Id.*; Borowiec de Andrés, *Europa Aprieta Reglas de Migración árabes; el simposio Tunecino Cita la Grieta Social que se Hace más profundo A través de Mar Mediterráneo*, LAVARSE. VECES, el 14 de noviembre de 2001, en A12. En Gran Bretaña, el gobierno anunció “medidas nuevas para restringir a inmigrantes ilegales “ en temprano de(temprano) de octubre 1999, levantando la preocupación(interés) que la lucha contra el terrorismo impedirá sobre la capacidad de los refugiados de pedir asilo. El Ford, la *Xenofobia*, *supra* nota 1, en 4. El Ministro de asuntos interiores alemán, Otto Schilly, el debate retrasado sobre una cuenta(ley) de estado de no refugiado, determinando que esto tuvo que ser “reconsiderado. Winestock, *supra* nota 2, en 12. El líder del Frente Nacional en Francia pidió la creación de una guardia nacional a parar el crimen en ciudades con poblaciones grandes migratorias. *Id.*

5. *Visto part infra* II.C.

6. *Visto part infra* II.C.

7. F.T. McCarthy, *Vaya Para Ello: Muchos Países europeos Se hacen Calientes Bajo el Cuello(de cuello) Político Sobre la Inmigración. Aún de verdad, la Unión europea Necesita a Más Inmigrantes, No Menos*, EL ECONOMISTA, el 6 mayo de 2000, en 1, disponible en 2000 WL 8141841 [en lo sucesivo McCarthy]. Inmigrantes primarios son las especies migratorias económicas quien son los primeros miembros de sus familias para instalarse un país particular. *Id.* Al contrario inmigrantes secundarios emigran a un país para reunirse con sus familias. *Id.* Los miembros de UNIÓN EUROPEA siguen permitiendo a inmigrantes secundarios entrar en sus países. *Id.*



ropa.<sup>8</sup> Recientemente, la guerra en Bosnia y la presencia de los Estados Unidos en Afganistán ha causado una gran inundación de refugiados a zonas seguras en la Union Europea, despertando la xenofobia y contribuyendo al movimiento hacia políticas mas estrictas y uniformes.<sup>9</sup>

Diferentes políticas de inmigración entre las naciones de la Union Europea han incitado a inmigrantes de países terceros<sup>10</sup> a intentar entrar por naciones con la política de frontera menos estricta, creando mas controversia entre las naciones miembros.<sup>11</sup> El gobierno francés, en particular, ha solicitado que Gran Bretaña endurezca su tratamiento de aspirantes de asilo para prevenir el seleccionar el asilo mas conveniente entre las naciones de la Union Europea.<sup>12</sup> Francia ha establecido un campo al exterior del Canal Inglés para hospedar el número creciente de refugiados que se alinean en portones Británicas para aprovechar de la política más clemente, y el Ministro de asuntos interiores francés apeló al gobierno inglés para armonizar su legislación de inmigración para hacer el país menos atractivo a buscadores de asilo.<sup>13</sup>

Europa así ha insistido en una mayor centralización de la política de inmigración.<sup>14</sup> Aunque los estados miembros actualmente mantengan el control sobre asuntos de inmigración por la acción intergubernamental en la Justicia y el pilar de Asuntos De Casa de la Union Europea, trece Estados miembros voluntariamente han unificado su política de inmigración por el Acuerdo Schengen.<sup>15</sup> Sin embargo, la uniformidad voluntaria por parte de la

8. JUAN HANDOLL, MOVIMIENTO LIBRE(GRATIS) DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA 352 (1995).

9. Nathan A. Adams, IV, *Imperativo de Derechos humanos: Ampliación de Libertad Religiosa Más allá de la Frontera*, 33 CORNELL INT'L L.J. 1, 11 (2000); el Ford de Peter, *la Crisis Migratoria Divide Europa; Gran Bretaña y la Lucha de Francia como 390,000 Inmigrantes Por Año - 10 Veces los EU la Tarifa - Piden asilo en Europa*, EL MONITOR CRISTIANO SCIENCE, el 7 de septiembre de 2001, en 1 [en lo sucesivo el Ford, *la Crisis Migratoria*].

10. El término "terceros inmigrantes de país" se refiere a personas de estados de no miembro buscando la admisión en un Estado miembro de UNIÓN EUROPEA. Este Papel principalmente enfoca en tercera inmigración de país, más bien que la inmigración dentro de la UNIÓN EUROPEA. La inmigración interna sólo es hablada para explicar el deseo de la Unión Europea de unificar la política de inmigración externa como el medio de facilitar la inmigración entre los miembros de la UNIÓN EUROPEA.

11. El Ford, *la Crisis Migratoria*, *supra* nota 9, en 1 (la afirmación que " inmigrantes ilegales dicen que ellos son atraídos por la indulgencia relativa de procedimiento de asilo Británico, el señuelo de empleos, la carencia de los CARNETS DE IDENTIDAD que lo hacen más fácil de ocultar - así como otros afganos e iraqués ya que viven en Inglaterra").

12. *Id.*

13. *Id.*

14. *Ve part infra* II.C.

15. *Ve part infra* II.A y II.B.

cooperación regional es inherentemente diferente de el ceder el control a una institución cada vez más supranacional vía la centralización.<sup>16</sup>

Este artículo analiza el impacto del esfuerzo de la Unión Europea de unificar la ley de inmigración de sus Estados miembros mediante el concedimiento de más poder en sus instituciones. Específicamente, este artículo se dirige al papel vital que asuntos de inmigración de países terceros hacen en una soberanía nacional, y la importancia de respetar aquella soberanía cuando se esta considerando la centralización de ley de inmigración bajo un régimen internacional. Después de esta introducción, la Parte II de este artículo discute brevemente la historia y el desarrollo de la ley de inmigración en la Union Europea y los orígenes del movimiento hacia el federalismo, también las recientes propuestas de las instituciones de la Union Europea para centralizar el control de las fronteras externas de las naciones.<sup>17</sup>

La Parte III compara el impacto de centralización con el efecto de descentralización sobre la política de inmigración y yuxtapone la Union Europea con una federación que ha satisfactoriamente federalizado la ley de inmigración, los Estados Unidos.<sup>18</sup> La Parte IV propone un enfoque descentralizado al control de fronteras externas para proteger la soberanía nacional, su historia, y su cultura mientras permite que países alcancen la uniformidad vía acuerdos internacionales.<sup>19</sup> Además, la Parte IV explora las ventajas de apuntar a la causa de origen de inmigración, más bien que simplemente intentar corregir la inmigración después del hecho, mediante la fortificacione de fronteras externas.<sup>20</sup> Este enfoque equilibra el interés de los países en la soberanía nacional con el interés de la Unión Europea en alcanzar el movimiento libre a través de fronteras internas porque esto permite a las naciones controlar su propia política de inmigración mientras conservan la opción de entrar en acuerdos regionales sin ceder el control completo a una autoridad cada vez más supranacional.<sup>21</sup>

## II. LA HISTORIA Y DESARROLLO DE LA LEY DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Esta Sección analiza la fundación y la historia de la ley de inmigración como esta se ha desarrollado en la Unión Europea. Una revisión de la evolución de la ley de inmigración es importante para proporcionar el

---

16. *Ve part infra* III.C.

17. *Ve la Parte II infra* (perfilando la ley de inmigración en la UNIÓN EUROPEA).

18. *Ve part infra* III (ventajas que hablan y las cargas de centralización y la descentralización).

19. *Ve part infra* IV (la discusión del acercamiento descentralizado).

20. *Ve part infra* IV (la discusión de la eliminación de inmigración ilegal por apuntando los problemas de raíz).

21. *Ve part infra* IV (la discusión de la solución propuesta).

marco necesario para el entendimiento de acontecimientos corrientes y preocupaciones. El primer subparte comienza hablando de los orígenes de la Unión Europea y el desarrollo de política de inmigración ante la centralización.<sup>22</sup> El segundo subparte entonces examina el estado corriente de la ley de inmigración y las futuras tendencias en la Unión Europea.<sup>23</sup>

#### A. *Ley de Inmigración Elude Centralización*

Aunque la Unión Europea tuvo principios modestos, que provienen de la Comunidad Europea De Carbón y De Acero,<sup>24</sup> se ha desarrollado en una comunidad expansiva con quince naciones miembros.<sup>25</sup> El Tratado de Roma forma la base de la unión presente, por crear la Comunidad Económica Europea ("la CEE").<sup>26</sup> LA CEE se concentra en establecer un mercado común "para promover en todas partes de la comunidad un desarrollo armonioso y equilibrado de actividades económicas ...."<sup>27</sup> El Tratado ha sido posteriormente enmendado en muchas ocasiones, más notablemente por el Tratado Maastricht sobre la Unión Europea (" El Tratado Maastricht").<sup>28</sup>

---

22. *Ve part infra* II.A (la discusión del origen de las leyes de inmigración de la Unión Europea).

23. *Ve part infra* II.C (la discusión de la política de inmigración corriente).

24. Tratado que Instituye la Comunidad europea De carbón y De acero (Tratado de París), el 18 de abril de 1951, 261 U.N.T.S. 140 (entraron en vigor el 23 de julio de 1952) [en lo sucesivo ECSC el Tratado]; Barbara Crutchfield Jorge, et al., *el Dilema de la Unión europea: Equilibrio del Poder de la Entidad de UNIÓN EUROPEA Supranacional Contra la Soberanía de Sus Naciones miembros Independientes*, 9 PASO INT'L L. REVERENDO 111, 112-13 (1997). La Comunidad europea De carbón y De acero inició la unión económica en naciones europeas cuando seis países unidos juntos para crear un Mercado común en carbón y el acero. ECSC Tratado, *supra*; 1 DAMIAN CHALMERS, DERECHO(LEY) DE UNIÓN EUROPEO: DERECHO(LEY) Y GOBIERNO DE UNIÓN EUROPEA 13 (1998) [En lo sucesivo CHALMERS].

25. ¿DESMOND DINAN, UNIÓN ALGUNA VEZ CERCANA?: UNA INTRODUCCIÓN A LA COMUNIDAD EUROPEA 5 (LYNNE RIENNER EDITORES, SOCIEDAD ANÓNIMA. 1994) (1957). Los quince miembros incluyen Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, el Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia, y Suecia. *id.* Para la remota discusión de los orígenes y la evolución de la UNIÓN EUROPEA, *visto* 1 CHALMERS, *id.* nota 24, en 5-50.

26. Tratado que Establece la Comunidad Económica Europea, el 25 de marzo de 1957, 294 U.N.T.S. 17 (entraron en vigor el 1 de enero de 1958) [en lo sucesivo el Tratado de CE]. "Según este Tratado, los Partidos de Contracción Altos establecen entre ellos una Comunidad europea." *Id.* en arte. 1.

27. El Tratado de CE, *id.* nota 26, en el arte. 2.

28. HANDOLL, *supra* nota 8, en 17; *visto también* el Tratado sobre la Unión europea (Maastricht el Tratado), febrero. 7, 1992, 31 I.L.M. 247 (entraron en vigor el 1 de noviembre de 1993) [en lo sucesivo TEU].

Con el adelanto del mercado común, el Tratado aboga por el movimiento libre de personas a través de fronteras internas.<sup>29</sup> El Artículo 3 hace un mandato para “un mercado interno caracterizado por la abolición, como entre estados miembros, de obstáculos al movimiento libre de ... personas ....”<sup>30</sup> Además, el Artículo 8 le provee a cada ciudadano de la Unión el derecho de moverse y residir libremente dentro del territorio de cualquier estado miembro.<sup>31</sup>

A pesar de la promoción del Tratado de movimiento libre a través de fronteras internas, la regulación del movimiento de personas a través de fronteras externas ha sido reservada a los estados miembros, así, eludiendo la centralización.<sup>32</sup> La inmigración y el asilo se hicieron cuestiones políticas claves durante los años 70 y los años 80.<sup>33</sup> Aunque la extensión económica de Europa Occidental llevo hacia un aumento enorme de la inmigración de países terceros en los años 50 y los años 60, una depresión en las economías europeas como consecuencia de una subida del precio de aceite, incitó mandos más apretados sobre la entrada en 1973.<sup>34</sup> Más allá, el derrumbamiento “de la Cortina De hierro” incito temor de inmigración masiva de países Orientales europeos y la vieja Unión Soviética.<sup>35</sup> Los miembros del sur de la Unión Europea también temian la migración de África del Norte.<sup>36</sup> Los acontecimientos y reservaciones que ocurrieron, causaron el uso riguroso de la política de refugiados y asilo.<sup>37</sup> A consecuencia, la Comunidad determinó que las cuestiones de inmigración serían dirigidas mejor por la cooperación intergubernamental, más bien que por la acción centralizada,

---

29. HANDOLL, *supra* nota 8, en 17.

30. El Tratado de CE, *supra* nota 26, en el arte. 3 (c).

31. *Id.* en arte. 8a (1). “Cada ciudadano de la Unión tendrá el derecho de mover y residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros, sujetos a las limitaciones y condiciones posadas(dejadas) en este Tratado y por las medidas adoptadas para darlo el efecto.” *Id.*

32. TEU, *supra* nota 28, en el arte. K 1. La k 1 de Artículo provee:

Los Estados miembros considerarán las áreas siguientes como los asuntos de interés común:

1. Política de asilo;
2. Reglas que gobiernan el cruce por las personas de las fronteras externas de los Estados miembros y el ejercicio de mandos sobre eso;
3. Política de inmigración y política en cuanto a los nacionalistas de terceros países ....

*Id.*

33. HANDOLL, *supra* nota 8, en 351-52.

34. *Id.* en 351.

35. *Id.* en 352.

36. *Id.*

37. *Id.*

como los estados miembros estaban indispuestos a arriesgar perder el control de una arena polémica en el interior del país.<sup>38</sup>

El Tratado Maastricht entonces dividió la Unión en tres pilares la Comunidad europea; la Política de Seguridad Común; y la Justicia y Asuntos De casa.<sup>39</sup> Concediendo el control de inmigración externa dentro del marco de cooperación sobre la justicia y asuntos de casa, más comúnmente conocido como el tercer pilar, las instituciones de la Union Europea han limitado la autoridad sobre el campo.<sup>40</sup> La Corte de la Justicia europea no tiene ninguna revisión judicial sobre los asuntos, y el papel del Parlamento europeo es débil.<sup>41</sup> El control primario de inmigración de terceros grupos cae sobre las naciones miembros individuales.<sup>42</sup>

### B. Trece Naciones Coquetean con la Unificación

Más bien que la centralización, trece de los quince estados miembros de la Union Europea han optado por una unificación auto-impuesta de política de inmigración sobre sus fronteras externas.<sup>43</sup> Al principio, nueve miembros de la Union Europea establecieron el Acuerdo Schengen del 1985 y la Convención de 1990 que aplica el acuerdo (en conjunto, los "Instrumentos Schengen"), prometiendo suprimir fronteras internas y cooperar en

38. Amy L. Elson, *Socios bálticos Estatales en la Unión europea: Desarrollo de un Asilo Común y Política de Inmigración*, 5 IND. J. TACHÓN GLOBAL LEGAL. 317, 328 (1997).

39. *Ve* TEU, *supra* nota 28, en la V de Títulos, VI; *visto también* Diane P. *Derecho(ley)* de madera, *Internacional y Federalismo: ¿Cuál es el Alcance de Regulación?*, 23 HARV. J.L. Y PUBLICACIÓN. POL'Y 97, 100 n 13 (1999) (discusión de los Títulos que establecen los tres pilares).

40. TEU, *supra* nota 28, en artes. K, K.1 & K 2. El equilibrio de poder de las terceras puntas(consejos) de pilar a favor de los Estados miembros. HANDOLL, *supra* nota 8, en 31. Aunque la Comisión tenga el poder de oferta en la conjunción con los Estados miembros, "esto no tiene el papel de guarda de Tratado." *Id. Pero visto* TEU, *supra* nota 28, en el arte. K 9 (permitiendo al Consejo traer política de asilo en la amplitud de el Tratado de CE, o el primer pilar, así concediendo las instituciones con autoridad sustancial).

41. Elson, *supra* nota 38, en 329. Handoll escribe:

El Palacio de la Justicia no disfruta, con excepciones limitadas potenciales, ningunos poderes de interpretación o la revisión judicial: sus poderes de revisión son restringidos a la posibilidad de determinación, por la ley de CE, que la CE, más bien que los Estados miembros que actúan bajo el CJHA aprovisiona, está competente en un área particular. El Parlamento europeo ha limitado derechos para ser consultados: la democracia debe todavía ser vista en el nivel nacional.

HANDOLL, *supra* nota 8, en 31.

42. TEU, *supra* nota 28, en artes. K 1 y K 2.2; *visto también* Elson, *supra* nota 38, en 329.

43. *La Cara que se Cambia de Europa*, CNN.COM, en <http://www.cnn.com/SPECIALS/2000/euunion/story/overview/> (durán febrero visitado. 3, 2003). (Revelando que sólo Gran Bretaña y Irlanda no han firmado los Acuerdos Schengen).

un esfuerzo de hacer cumplir fronteras externas.<sup>44</sup> Su objetivo central era la abolición gradual de mandos en las fronteras comunes, similares a los objetivos de la Unión Europea de eliminar fronteras internas para alcanzar un mercado común.<sup>45</sup> Para facilitar el movimiento libre de personas, los Instrumentos Schengen apuntaban a suprimir mandos en las fronteras comunes, y internas, así como sincronizar mandos en las fronteras externas, mediante la armonización de la inmigración, visado, y política de asilo; aumentando la cooperación en la vigilancia de fronteras externas y leyes de cumplimiento; y el establecimiento de el Sistema de Información Schengen.<sup>46</sup> El Artículo 21 de los Instrumentos hasta reconoce el derecho de movimiento libre de nacionalistas que no son del EU, directamente dentro del territorio Schengen una vez que ellos han sido admitidos por uno de los miembros al acuerdo.<sup>47</sup>

Sin embargo, las comprobaciones de frontera pueden ser realizadas por un tiempo limitado para la política pública o motivos de seguridad nacional.<sup>48</sup> Francia, de hecho, ha levantado preocupaciones de seguridad como una justificación para la restauración temporal de algunas comprobaciones internas que los Instrumentos Schengen suprimieron.<sup>49</sup> Además, España rechazó cumplir con una orden de extradición y amenazó con suspender las provisiones de Schengen sobre la cooperación legal, prefiriendo controlar el

44. Schengen Acuerdo sobre la Abolición Gradual de Comprobaciones ante su Frontera Común, el 14 de junio de 1985, 30 I.L.M. 68 [en lo sucesivo el Acuerdo Schengen]; convención que Aplica el Acuerdo Schengen del 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Benelux Económica, República Federal de Alemania y la República francesa, sobre la Supresión Gradual de Mandos en Fronteras Comunes, el 19 de junio de 1990, 30 I.L.M. 84 (1991) [en lo sucesivo la Convención Schengen]; HANDOLL, *supra* nota 8, en 51; Giovanna isla. El lobo, *Esfuerzos Hacia " un Alguna vez Más cerca" la Unión europea Enfrenta Barreras de Inmigración*, 4 IND. J. TACHÓN GLOBAL LEGAL. 223, 225 (1996) [en lo sucesivo Lobo]. "El Acuerdo Schengen de 1985 contenido del antes Saarbrücken Acuerdo de 1984 eliminando mandos en las fronteras mutuas de Francia y República Federal de Alemania." Kerry E. McCarron, *la Convención Schengen Como una Violación de Derecho(ley) Internacional y la Necesidad de Juicio Centralizado Sobre la Validez de Política de Asilo Nacional y Multilateral Para los Miembros de las Naciones Unidas*, 18 AC. INT'L Y COMP. L. REVERENDO 401, 409 (1995). El Acuerdo Schengen ha sido llamado para Schengen, Luxemburgo, la ciudad donde los partidos lo firmaron. *Los ministros de UNIÓN EUROPEA Hablan de Mandos de Visado Comunes En vista del Artículo de Ampliación Por Rafaele Rivais: " la unión europea Quiere Reconciliar la Ampliación y la Seguridad"*, LA CONEXIÓN DE NOTICIAS MUNDIAL, el 13 de octubre de 2001, *disponible en* 2001 WL 29287738. De modo interesante, los partidos al principio firmaron los Acuerdos Schengen, en 1985, en respuesta a una onda(ola) de ataques terroristas. *Id.*

45. El Tratado de CE, *supra* nota 26, en el arte. 7a ("la Comunidad adoptarán medidas con el objetivo de cada vez más para establecer el mercado interno..."); HANDOLL, *supra* nota 8, en 51.

46. HANDOLL, *supra* nota 8, en 51; el lobo, *supra* nota 44, en 225.

47. El Acuerdo Schengen, *supra* nota 44, en el arte. 21; el lobo, *supra* nota 44, en 225.

48. HANDOLL, *supra* nota 8, en 52.

49. El Lobo, *supra* nota 44, en 226.

crimen sobre sus propios términos.<sup>50</sup> Aunque los Instrumentos Schengen no formen parte del sistema de la Union Europea, ellos tienen el mérito experimental y pueden preparar el terreno para la integración de union amplia.<sup>51</sup>

### C. *Las Instituciones de UNION EUROPEA Consideran Centralización*

La abolición de los Instrumentos Schengen, de mandos de frontera internos, planteó algunos problemas para la política de asilo, permitiendo a los buscadores de asilo quien han entrado en la Union Europea moverse libremente de un estado miembro a otro y completar usos de asilo múltiples.<sup>52</sup> A consecuencia, todos los miembros de los Instrumentos Schengen firmaron la Convención de Dublin en 1990<sup>53</sup> para prevenir el fenómeno de búsqueda de asilo de conveniencia.<sup>54</sup> La Convención crea un sistema por el cual sólo una nación es responsable de la revisión de una aplicación de asilo, así evitando las trampas de búsquedas de asilo convenientes” y refugiados en la órbita, “una tendencia creada cuando ninguna nación se considera responsable de la revisión de alguna aplicación de asilo y en cambio mueve a cada aspirante a un tercer país sano después de cada revisión.<sup>55</sup> Eventualmente todas las naciones de la Union Europe firmaron la Convención, que sirve como el instrumento principal de la Unión Europea en el campo de asilo.<sup>56</sup>

---

50. *Id.*

51. *Id.* en 225.

52. Catalina Phuong, *Persecución Por Tercero y Armonización europea de Política de Asilo*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 81, 90 (2001).

53. Convención que Determina el Estado Responsable de Examen de Usos para Peticiones de Asilo Alojadas en Uno de los Estados miembros de las Comunidades europeas, el 15 de junio de 1990, 30 I.L.M. 425 [en lo sucesivo *Dublín Convención*].

54. Phuong, *supra* nota 52, en 90.

55. *Id.* Pacta 4 por 8 de *Dublín* el juego de Convención de los factores para determinar la nación responsable de repasar un uso de asilo particular. *Dublín* la Convención, *supra* nota 53, en artes. 4-8. El artículo 4 requiere el Estado donde el miembro de familia del aspirante es un refugiado y un residente legal para repasar el uso de asilo. *Id.* en arte. 4. Si un aspirante posee un permiso de residencia válido o el visado, el Artículo 5 requiere el Estado que publicó(emitió) el permiso o el visado para repasar el uso. *Id.* en arte. 5. El artículo 6 requiere el Estado miembro cuyas fronteras un inmigrante ilegalmente cruzado para repasar el uso, a no ser que el inmigrante viviera en otro Estado miembro al menos seis meses antes de la fabricación del uso de asilo. *Id.* en arte. 6. El artículo 7 proporciona que el Estado miembro responsable de controlar la entrada del ajeno debe repasar el uso de asilo a no ser que el Estado renunciara la necesidad de un visado, y el ajeno posteriormente solicita el asilo en otro Estado miembro lo que también renunció la exigencia de visado. *Id.* en arte. 7. En el caso de que ningún Estado miembro es responsable de examinar el uso basado en factores anteriores, el primer Estado miembro con el cual los archivos ajenos el uso es responsable. *Id.* en arte. 8.

56. Phuong, *supra* nota 52, en 90.

Además de la política de asilo común, en octubre de 1999, el Consejo Europeo se encontró en Tampere, Finlandia para considerar la necesidad de una política de frontera común en respuesta a la aumentada inmigración ilegal y el comercio de seres humanos incitado por los mandos de frontera estrictos de los años 70 y los años 80.<sup>57</sup> El Consejo determinó que, para desarrollar políticas comunes sobre el asilo y la inmigración, debe pensar en la necesidad para el control constante de fronteras externas para combatir, la inmigración ilegal y los que cometen crímenes que implican la inmigración.<sup>58</sup>

En respuesta al mandato del Consejo, la Comisión Europea emitió una Comunicación sobre una política europea común sobre la inmigración ilegal el 15 de noviembre de 2001.<sup>59</sup> La Comisión notó que, aunque un marco legal para la emisión de visados, los mandos de frontera, y la entrada ilegal existen individualmente en todos los estados miembros y en el nivel regional por los Instrumentos Schengen, todos los miembros deben trabajar juntos para con eficacia aplicar reglas comunes.<sup>60</sup> La Comisión afirmó que “el sistema de seguridad común es sólo tan fuerte como su punto más débil.”<sup>61</sup>

La Comisión más lejos impulsó al Consejo a aprobar, cuanto antes, un Plan de Acción para combatir la inmigración ilegal.<sup>62</sup> Esto identificó seis áreas principales para la possible acción: (1) política de visado,<sup>63</sup> (2) intercambio de la información,<sup>64</sup> (3) dirección de frontera,<sup>65</sup> (4) cooperación de

57. *Id.* en 94; Europa - la Unión europea En línea, *la Lucha Contra la Inmigración Ilegal y el Comercio en Seres humanos*, en <http://www.ue2002.es/Presidencia/plantillaDetalle.asp?opcion=3&Id=588&idioma=ingles> (Dura febrero visitado. 17, 2002) [*en lo sucesivo LUCHAN*].

58. *La Lucha*, *supra* nota 57

59. Europa - la Unión europea En línea, *la Comisión de las Comunidades europeas, la Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento europeo sobre una Política Común contra la Inmigración Ilegal*, en [http://a140.g.akamai.net/7/140/6631/f97fe6c0772571/multimedia.ue2002.es/pdf/com2001\\_0672en01.pdf](http://a140.g.akamai.net/7/140/6631/f97fe6c0772571/multimedia.ue2002.es/pdf/com2001_0672en01.pdf) (dura febrero visitado. 17, 2002) [*en lo sucesivo Comunicación DE LA COMISIÓN*]; *UNIÓN EUROPEA para Intensificar Mandos sobre Inmigración Ilegal*, XINHUA AGENCIA DE NOTICIAS, febrero. 15, 2002, en 2, *disponible* en 2002 WL 13684581; *LA LUCHA*, *supra* nota 57.

60. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *supra* nota 59, en 10.

61. *Id.*

62. *Id.* en 11-24.

63. Regulaciones de visado Coordinadas facilitan el movimiento libre(gratis) de personas a través de fronteras, mientras también la contribución a la prevención de inmigración ilegal. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *supra* nota 59, en 11.

64. Evaluaciones Compartidas asisten en la estimación de la escala de migración ilegal por compilando el número de entradas rechazadas, las aprehensiones de ilegals en frontera o en país, usos rechazados para la protección internacional, los usos para procedimientos de regularización nacionales, y escoltado o forzado vuelven. *Id.* en 14.



policía,<sup>66</sup> (5) ley de ajenos y derecho penal,<sup>67</sup> (6) vuelta y política de readmisión.<sup>68</sup> Reconociendo los esfuerzos nacionales de combatir la inmigración ilegal, la Comunicación acentuó la necesidad de una dimensión europea para asegurar más lejos el progreso, afirmando que regulaciones de inmigración, en particular la política de visado, facilitar el objetivo de la Unión Europea de movimiento libre de personas a través de fronteras contribuyendo a la prevención de inmigración ilegal.<sup>69</sup>

Basado en la Comunicación de la Comisión europea, el Consejo Europeo Laeken hizo fuerza para el desarrollo de un Plan de Acción.<sup>70</sup> El Consejo recomendó la adopción de una política común contra la inmigración y el asilo.<sup>71</sup> En particular, el Consejo Europeo abogó por el control más eficaz de las fronteras externas, determinando que mandos de frontera externos “ayudarían en la lucha contra el terrorismo, redes de inmigración ilegales y en el tráfico de seres humanos.”<sup>72</sup> Así, el Consejo Europeo dirigió el Consejo y la Comisión para arreglar la cooperación entre los servicios responsables de mandos externos.<sup>73</sup> Esto más lejos solicitó que el Consejo y los estados miembros se muevan hacia un sistema de identificación de visado común y la revisión de la posibilidad de crear oficinas comunes consulares.<sup>74</sup>

En respuesta a las instrucciones del Consejo Europeo, la Presidencia 2002 española de la Unión Europea tiene la intención” de avanzar en la formulación de una política común europea sobre el asilo y la inmigración”

65. La Comisión propusieron una Guardia de Frontera europea como el medio de poner en práctica mandos de frontera altos estándar externos. *Id.* en 17.

66. La Cooperación y la coordinación en el nivel operacional asegurarán la coherencia y la consistencia. *Id.* en 8.

67. Un acercamiento comprensivo y concertado a la lucha de la inmigración ilegal y contrabandistas asegurarán un interno así como externo preventivo eficaz. *Id.* en 20.

68. *Id.* en 3. La UNIÓN EUROPEA, como una entidad, puede usar su peso político para animar terceros países a realizar sus obligaciones de readmisión. *Id.* en 25.

69. *Id.* en 3, 11.

70. Europa - la Unión europea En línea, *Presidencia Conclusiones, Consejo europeo en Laeken: 14 y el 15 de diciembre 2001*, en 12, disponible en [HTTP://UE.EU.INT/NEWSROOM/MAKEFRAME.ASP?MAX=&BID=MEETING\\_76&DID=68827&LANG=1&File=/pressData/en/ec/68827.pdf](http://ue.eu.int/newsroom/MAKEFRAME.ASP?MAX=&BID=MEETING_76&DID=68827&LANG=1&File=/pressData/en/ec/68827.pdf) (Pasado visitado el 6 de marzo de 2002) [en lo sucesivo *Laeken CONSEJO*]; visto también *LA LUCHA*, *supra* nota 57.

71. LAEKEN EL CONSEJO, *supra* nota 70, en 12.

72. *Id.* en 13.

73. *Id.*

74. *Id.*

considerando la necesidad de mandos eficaces en fronteras externas.<sup>75</sup> El Presidente llamó el cumplimiento de los mandatos del Consejo de Tampere como parte de sus seis prioridades durante su término de seis meses en función, atravesando los seis primeros meses de 2002.<sup>76</sup> Específicamente, él apoya mejorar la dirección del control de las fronteras externas con el adelanto de una política común contra el asilo y la inmigración.<sup>77</sup> En el campo de asilo, él propone medidas para aplicar la Convención Dublin de una manera más eficiente.<sup>78</sup> En el campo de inmigración, él animará un Plan de Acción basado en comunicación de la Comisión sobre la inmigración ilegal.<sup>79</sup> Así, aunque los asuntos de inmigración actualmente sean reservados a la Justicia y el pilar de Asuntos De Casa, impidiendo a las instituciones de la Union Europea ejercer mucho control en el campo, la Union Europea ha indicado un deseo de centralizar la ley de inmigración para facilitar el control de sus fronteras externas.

### III. CENTRALIZACIÓN YUXTAPUESTA CON DESCENTRALIZACIÓN

La evolución de la ley de inmigración en la Unión Europea pone la base para entender el debate corriente en cuanto a la centralización. Esta Parte discute las preocupaciones que se encuentran por la centralización y la descentralización de la ley nacional que regula la inmigración de países terceros.<sup>80</sup> El primer Subapartado examina las implicaciones de centralización y cediendo el control a instituciones de la Union Europea.<sup>81</sup> El segundo Subapartado analiza las implicaciones de descentralización y conservando el control en el nivel nacional.<sup>82</sup> Finalmente, el Subapartado final discute la experiencia de los Estados Unidos con el federalismo en la ley de inmi-

---

75. Europa - la Unión europea *Abogados de Presidencia* En línea, *españoles "Facilitación de Inmigración Legal y Evitación de Inmigración Ilegal"*, en <http://www.ue2002.es/Presidencia/plantillaDetalle.asp?opcion=3&id=650&idioma=ingles> (Pasado visitado el 06 de marzo de 2002).

76. Europa - la Unión europea En línea, *Más Europa: Programa de la Presidencia española de la UNIÓN EUROPEA 7*, en <http://www.ue2002.es/principal.asp?opcion=3&subopcion=1&idioma=ingles> (Pasado visitado el 06 de marzo de 2002).

77. *Id.* en 8.

78. *Id.* en 9.

79. *Id.*

80. *Ve part infra* III (la discusión de las implicaciones de centralización y la descentralización de ley de inmigración).

81. *Ve part infra* III.A (la discusión de las implicaciones de centralización de ley de inmigración).

82. *Ve part infra* III.B (la discusión de las implicaciones de descentralización de ley de inmigración).

gración en un intento a predecir si la Unión Europea se beneficiaría de un similar, aborde centralizado.<sup>83</sup>

#### A. *Centralización de Ley de Inmigración Asegura Uniformidad*

La Unión Europea ha sido fundada, en parte, porque sus miembros estaban dispuestos a ceder su autonomía en áreas donde los países individuales eran limitados funcionalmente.<sup>84</sup> Los países acordaron a centralizar el poder en instituciones de Comunidad porque la acción común sería más eficaz que la acción nacional sola.<sup>85</sup> Recientemente, las instituciones europeas han usado la misma justificación para la centralización de la ley de inmigración.<sup>86</sup>

La centralización de la ley de inmigración de la Unión Europea es favorecida a menudo basada en la noción que la libertad de movimiento entre fronteras internas será comprometida si las fronteras externas no son uniformemente y suficientemente protegidas.<sup>87</sup> Las naciones estarían indispuestas a quitar puntos de comprobación internos si ellos fueran cautelosos de las personas que cruzan fronteras internas debido a la floja política de frontera de otros estados miembros. A consecuencia, las naciones seguirían la ejecución de visados y comprobaciones de identidad internas e impedirían, en vez de promover, el movimiento libre dentro de la Unión Europea.

Aunque las naciones siguieran su progreso hacia la libertad de movimiento internamente, a pesar de la disparidad de políticas de frontera externa, las instituciones europeas discuten que las fronteras externas sólo serían tan fuertes como la nación con las leyes más clementes.<sup>88</sup> Los inmigrantes entrarían en Unión por el país con la política más relajada, y luego, una vez dentro de la Unión, se cruzarían satisfactoriamente de un país a otro sin enfrentar comprobaciones internas. Debido a la conciencia aumentada de seguridad nacional incitada por las amenazas de terrorismo, la centralización presenta ventajas enormes, teóricamente asegurando que todas las

---

83. *Ve part infra* III.C (la comparación de la experiencia de los Estados Unidos con la centralización de inmigración a el de la UNIÓN EUROPEA).

84. 1 CHALMERS, *supra* nota 24, en 7 (revelando que "la Segunda guerra mundial desvelaron muchos los límites funcionales del estado nación").

85. *Ve, por ejemplo*, el Tratado de CE, *supra* nota 26, en el arte. 5 (el establecimiento del principio de Subsidiarity, sólo la permisión a la Comunidad para actuar en áreas donde su acción sería más eficaz que la acción nacional).

86. *Ve supra* part II.C (la discusión de los racionamientos de la Comisión, el Consejo europeo, y la Presidencia para la centralización de la ley de inmigración).

87. *Ve supra* part II.B.

88. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *supra* nota 59, en 10.

naciones aplican la misma política. Las naciones que son miembros entonces pueden sentirse seguras en permitir la entrada de una frontera interna o un estado de miembro de número. Las naciones se sentirán confidentes que políticas de inmigración comunes, y convenidas - prevendrán la entrada en sus fronteras de terroristas y hasta puede mitigar amenazas económicas.<sup>89</sup>

Sin embargo, los Instrumentos Schengen han demostrado una solución realizable con los objetivos aparentemente divergentes de movimiento libre a través de fronteras internas y el control nacional de fronteras externas, creando un esquema para la uniformidad voluntaria sin la centralización. Los países que desean ir hacia adelante con los objetivos del Tratado de CE son capaces de establecer un acuerdo internacional, así permitiendo a participar, a los que desean coordinar su política.<sup>90</sup> Al mismo tiempo, los países que no desean coordinar pueden rechazar firmar el acuerdo y pueden seguir manteniendo sus propias fronteras externas.<sup>91</sup> Así, la uniformidad puede ser alcanzada por la cooperación internacional más bien que la centralización dentro de la Unión Europea.

Gran Bretaña y Irlanda han mantenido sus propios mandos externos, y a consecuencia, mandos internos más grandes, mientras que los partidos a los Instrumentos Schengen han creado la política de frontera común para facilitar la libertad de movimiento internamente.<sup>92</sup> Así, Gran Bretaña y Irlanda han evitado el efecto de la política de otras naciones, optando de los Instrumentos Schengen. Aunque Gran Bretaña y Irlanda hayan tenido que renunciar a algunas de las ventajas de los Instrumentos, como la evitación de puntos de comprobación sobre fronteras dentro de la Unión Europea, ellos fueron capaces de mantener su autonomía, simultáneamente salvaguardando sus fronteras. De la misma manera, los partidos Schengen cedieron una parte de su control nacional de sus fronteras al control común; sin embargo, ellos han beneficiado de la carencia de puntos de comprobación internos dentro del territorio Schengen, y ellos también conservan su capacidad de cambiar su decisión y reasumir el control nacional.<sup>93</sup>

---

89. *Ve, por ejemplo, LAEKEN EL CONSEJO, supra* nota 70, en 13 (" la Mejor dirección de los mandos de frontera externos de la Unión ayudarán en la lucha contra el terrorismo, redes de inmigración ilegales y el tráfico en seres humanos. ").

90. *Ve supra* part II.B.

91. *Ve supra* part II.B.

92. *Ve supra* part II.B.

93. Paola Michelle Koo, *la Lucha para Legitimidad Democrática Dentro de la Unión europea*, 19 B.U. INT'L L.J. 111, 117 (2001) (citación a Joseph H. Weiler, *Después de Maastricht: Legitimidad de Comunidad en Poste - 1992 Europa*, en *EUROPA SINGULAR: ECONOMÍA Y RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD EUROPEA DESPUÉS DE 1992*, en 11, 27 (Guillermo editor de James Adams, 1993)). Hubo "la concentración polémica de y poder ejecutivo legislativo en el centro [de la UNIÓN EUROPEA] a cargo de las unidades constituyentes." *Id.*

Además del hecho que los acuerdos regionales pueden alcanzar las mismas ventajas que la federalización bajo la Union Europea, la centralización de política de inmigración es menos que deseable porque esto, por lo general, causa una problemática “la carrera al profundizar, “donde la armonización es alcanzada a costa de la inmigración estricta y la política de asilo.”<sup>94</sup> Hasta los Instrumentos Schengen reflejan la tendencia: naciones, con miedo de ser menos restrictivo que otros países, “rebajan sus regulaciones sobre la entrada y la residencia de ajenos para evitar una afluencia no deseada de inmigrantes y buscadores de asilo, atraídos por condiciones más favorables.”<sup>95</sup> A consecuencia, refugiados políticos y especies migratorias económicas son privados de una zona segura basada puramente en motivaciones políticas, más bien que exigencias nacionales. De hecho, muchas de las naciones que reducen el poder de su política para permanecer comparable a otros países, en realidad pueden hacerlo al detrimento de sus propias necesidades y economía.<sup>96</sup> Cualquier aborde intergubernamental que induce países a ignorar no sólo a las necesidades de sus propios ciudadanos, pero también las necesidades humanitarias de refugiados internacionales, debe ser evitado. Aunque acuerdos regionales parezcan plantear los mismos problemas, ellos no obligan a las naciones con tanta fuerza como la entrada en tratados de la Union Europea y más allá, permiten a las naciones quitar temporalmente, méritos al acuerdo para la política pública y motivos de seguridad nacional; así, los países son libres a crear formar su política a las necesidades dinámicas del mundo.<sup>97</sup>

### B. *Descentralización de Ley de Inmigración Mantiene Soberanía Nacional*

Cediendo el control a las instituciones de la Union Europea en asuntos que la Union Europea podría con más eficacia regular, las naciones expresamente reservaron el area de inmigración a la cooperación intergubernamental más bien que a la acción centralizada.<sup>98</sup> Los países deliberadamente decidieron conservar los asuntos de inmigración y la naturalización para el

---

94. El Lobo, *supra* nota 44, en 229.

95. *Id.* (Citando Aleidus Woltjer, *Schengen: ¿el Camino(manera) de Ninguna Vuelta?*, 2 MAASTRICHT J. COMP. L. 256, 259 (1995)).

96. McCarthy, *supra* nota 7, en 1 (“ como los europeos no tienen a bastante bebés y viven tan hace mucho, la Unión europea tendría que importar 1.6m a especies migratorias a año simplemente para guardar(mantener) su población de funcionamiento-edad estable entre ahora y 2050.”).

97. *Ve la Parte II supra*. C (hablando de las tendencias cada vez más supranacionales de la Unión Europea).

98. TEU, *supra* nota 28, en el arte. K 1.

control nacional debido a las cuestiones polémicas que los rodean.<sup>99</sup> Los miembros de la Unión Europea son constantemente enfrentados con el dilema de ceder el control a la Unión Europea para la acción común a costa de la conservación de la soberanía nacional.<sup>100</sup>

La capacidad de una nación para definir su propia inmigración y la política de naturalización en lo que concierne a la inmigración de países terceros, es vital a su soberanía.<sup>101</sup> Primero, la clasificación de las personas dentro de las propias fronteras nacionales directamente impacta su soberanía. Cada nación moderna "formalmente define su ciudadanía, públicamente identificando un grupo de personas como sus miembros y residualmente designando todo otros como no ciudadanos, o ajenos," así determinando quien lleva los derechos y obligaciones que acompañan a la ciudadanía.<sup>102</sup> Conservando la capacidad de establecer que nacionalistas de países terceros pueden hacerse ciudadanos o residentes legales, el estado especifica quien es excluido de cualquier reclamación de las ventajas de socios y quien debe incurrir las cargas y las molestias de restricciones de visado.<sup>103</sup> Así, descentralizando la clasificación de inmigrantes de países terceros y manteniendo el control al nivel nacional, refuerza la soberanía nacional a un nivel fundamental, un nivel que forma los mismos hilos de una nación, la ciudadanía.

Además de la clasificación de inmigrantes, las naciones también deben conservar la capacidad de regular la materia(asunto) relacionada de movimiento físico de terceros nacionalistas de país. Una decisión nacional

99. *Ve supra* part II.A.

100. Patrick P. Griffin, *el Efecto de Delaware: Cuidado del Tigre en su Jaula. La Experiencia europea de Reconocimiento Mutuo en Servicios Financieros*, 7 COLUM. J. EUR. L. 337, 352 (2001) ("la UNIÓN EUROPEA por definición procura sustituir la soberanía de Estado miembro por el control en el nivel de UNIÓN EUROPEA.").

101. HACIA UNA NACIONALIDAD EUROPEA 1 (Randall Hansen y Patrick Weil, editores., 2001) [NACIONALIDAD EN LO SUCESIVO EUROPEA].

La importancia de ley de nacionalidad está fuera de la duda. Esto da la expresión institucional a la prerrogativa del estado de inclusión y la exclusión: las leyes de nacionalidad definen los que con un derecho a un pasaporte, y sólo los que con tal derecho poseen la gama llena de derechos y privilegios concedidos por el estado nación a sus ciudadanos. *Id.*

102. ROGERS BRUBAKER, LA CIUDADANÍA Y EL CARÁCTER DE LA NACIÓN EN FRANCIA Y ALEMANIA 21 (1992) [en lo sucesivo BRUBAKER] ("Estos derechos y obligaciones definen una región de igualdad legal - que T.H. El mariscal llamó ' la igualdad básica humana asociada con ... Los socios llenos de una comunidad.' "); *visto también al Ministro de la justicia sueco Se opone la Idea de Policía de Frontera de UNIÓN EUROPEA Común*, LA SUPERVISIÓN de B.B.C., febrero. 19, 2002, *disponible en* 2002 WL 14251275 (revelando que el Ministro de la justicia sueco, Thomas Bodstroem, indicado, "creo la actividad de policía es una cuestión nacional y que nosotros deberíamos conservar el control nacional").

103. LA NACIONALIDAD EUROPEA, *supra* nota 101, en 1.

de permitir a inmigrantes adicionales para residir dentro de sus fronteras es vital a su capacidad de dirigir las exigencias dinámicas de sus ciudadanos y economía. Esto es autorizado para abrir sus propias fronteras cuando su economía exige a más trabajadores, y esto es capaz de apretar sus mandos cuando su economía es incapaz de apoyar a trabajadores adicionales. Tal vez más importante aún, es capaz de ejercer discreción y distribuir amparo humanitario cuando sus ciudadanos buscan el admitir parientes de países terceros y cerrar sus fronteras a los forasteros cuando es amenazada la seguridad personal de sus ciudadanos.<sup>104</sup> Por lo tanto, una nación debe ser capaz de conservar el control, y de clasificación de las personas dentro de sus fronteras y la material (asunto) relacionada del movimiento físico de terceros inmigrantes de país para conservar su propia soberanía.

Más importanteaún, una nación reclama su muy legitimidad expresando y fomentando los intereses de su ciudadanía.<sup>105</sup> El principio de la Unión Europea de Subsidiario, de sí mismo, apoya la importancia del papel individual nacional soberano.<sup>106</sup> La descentralización permite a naciones, más bien que un cuerpo supranacional, poner en práctica reglas y acciones en los niveles de gobierno donde los individuos tienen la participación más grande y con eficacia son más representados.<sup>107</sup> Las administraciones locales son más responsables a su población que una autoridad supranacional.<sup>108</sup> De la misma manera, más distante el ejercicio de autoridad es de sus sujetos, más grande la tentación para hacer caso a las voces nacionales.<sup>109</sup> Para representar a sus ciudadanos con eficacia, una nación debe ser capaz de reaccionar de acuerdo a sus necesidades dinámicas. Si el control de chalecos de nación con una autoridad supranacional, el cuerpo de toma de decisiones será distante y fuera del alcance con las exigencias particulares de un grupo de la gente con la que esto no ha limitado ningún contacto. Aunque el cuerpo supranacional responde favorablemente a las necesidades de los ciudadanos, la respuesta bastante a menudo puede ser retrasada debido a la cadena extensa de mando (orden) complicado en el

---

104. *Id.*

105. BRUBAKER, *supra* nota 102, en 21.

106. El Tratado de CE, *supra* nota 26, en el arte. 5.

107. W. Gary Vause, *el Principio Subsidiarity en el Federalismo de Americano de la ley de Unión europeo Se comparó*, 27 W DE CASO. R. J. INT'L L. 61, 66 (1995).

108. Jorge A. Bermann, *Tomando Subsidiarity Seriamente: Federalismo en la Comunidad europea y los Estados Unidos*, 94 COLUM. L. REVERENDO 331, 340 (1994).

109. J.H.H. Weiler, *la Transformación de Europa*, 100 YALE L.J. 2403, 2472- 73 (1991). El profesor Weiler declara: El factor primario es, al menos posiblemente, que el electorado europeo (en la mayor parte Estados miembros) sólo de mala gana acepta la noción que las áreas cruciales de vida pública deberían ser gobernadas por un proceso de decisional en el que su voz(voto) nacional se hace una minoría que puede ser anulada por una mayoría de representantes de otros países europeos. *Id.*

cambio del status quo de una institución compleja. Así, muchos ciudadanos sufrirán mientras su país espera desválidamente la aprobación evasiva de una institución más alta. Si la nación conserva el control, sin embargo, esto rápidamente con eficacia puede y responder a circunstancias que se cambian y más acertadamente evitar cualquier daño innecesario a su gente.

La descentralización de política de inmigración, por lo tanto, permite las naciones individuales mantener su identidad por determinando a las personas capaces de obtener las ventajas y los derechos de ciudadanía y por reaccionando a las necesidades que se cambian de su ciudadanía y economía. Más sumamente, la descentralización de naciones de permisos de ley de inmigración a con eficacia, y de manera eficiente, realiza la voluntad de su ciudadanía. Si las necesidades de su uniformidad de demanda de la gente a través de fronteras internacionales, las naciones son autorizadas para firmar (establecer) acuerdos internacionales.

Otra vez, los países lo que desean contratar en mandos de frontera comunes pueden firmar(establecer) acuerdos regionales como los Instrumentos Schengen. Los acuerdos regionales, quizás a diferencia de los tratados de UNIÓN EUROPEA, permiten a los partidos la flexibilidad cooperarles en asuntos beneficiosos concediéndolos la capacidad de retirar cuando los intereses de lo mejor de su ciudadanía tan la demanda. Los Instrumentos Schengen, en particular, tienen las provisiones que permiten a países quitar méritos a la política uniforme para la política pública y la seguridad nacional los finales, y muchas naciones han aprovechado las provisiones. El control de ley de inmigración por la UNIÓN EUROPEA centralizada, sin embargo, contiene el riesgo inherente de hacerse la ley supranacional, apretando los países de la retirada posterior su consentimiento si necesidades domésticas lo requieren.<sup>110</sup> En un área tan crucial a la soberanía nacional como la determinación de alguien propia ciudadanía y residentes, una cesión completa de autoridad puede ser fatal a un país propia ser.

### C. *Federalismo de Unión Europeo Inicialmente Emula Federalismo de los Estados Unidos*

El gobierno federal de los Estados Unidos primero comenzó a reclamar el control de ley de inmigración en 1875, determinando que esto debería ser sujeto "a un sistema uniforme o un plan."<sup>111</sup> El reconocer que los delegados

---

110. Koo, *supra* nota 93, en 117 (la citación a Joseph H. Weiler, *Después de Maastricht: Legitimidad de Comunidad en Poste - 1992 Europa*, en *EUROPA SINGULAR: ECONOMÍA Y RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD EUROPEA DESPUÉS DE 1992*, en 11, 27 (Guillermo editor de James Adams, 1993)). "Con la integración gradual, el papel intergubernamental de la UNIÓN EUROPEA se ha disminuído mientras el lado supranacional ha aumentado." *Id.*

111. *Henderson v. Alcalde de Nueva York*, 92 EE UU 259, 273 (1875). "Las leyes que gobiernan el derecho de conseguir a pasajeros en los Estados Unidos de otros países deberían ser las mis-



de Constitución al Congreso el amplio poder de gobernar el comercio exterior, el Tribunal Supremo unánimemente determinó que el control del Estado de inmigración infringida sobre la autoridad del Congreso y por lo tanto era inconstitucional.<sup>112</sup> El Tribunal repetidamente afirmaba el fallo que el gobierno federal tiene el poder plenario y exclusivo de regular la inmigración y la naturalización, expresando la gran diferenciación al Congreso y la renuncia para interferir en el control de la inmigración.<sup>113</sup> Así, los

mas en Nueva York, Boston, Nueva Orleans, y San Francisco." *Id.*; visto también ROY LA L. GARIS, RESTRICCIÓN 80 DE INMIGRACIÓN (UNIVERSIDAD DE CAROLINA DEL NORTE 1919) (1927).

112. EE UU. CONST. arte. Yo, § 8, cl. 3 (estableciendo aquel Congreso "regularán el Comercio con Naciones extranjeras"); *Henderson*, 92 EE UU 259 (la invalidación de un estatuto de Nueva York que impuso una obligación o el impuesto de conmutación sobre barcos que llevan a pasajeros extranjeros); visto también EE UU. CONST. arte. Yo, § 8, cl. 4 (la determinación que el Congreso "establecerá una regla uniforme de Naturalización"); GARIS, *supra* nota 111, en 80.

113. *No Ve, por ejemplo*, *Reninguna v. Flores*, 507 EE UU 292, 305 (1993); *Plyler v. La gama*, 457 EE UU 202, 224-25 (1982) ("Dibujando sobre este poder, sobre su autoridad plenaria en lo que concierne a relaciones exteriores y el comercio internacional, y sobre el poder inherente de un soberano para cerrar sus fronteras, Congreso ha desarrollado un esquema complejo la admisión gobernante a nuestra Nación y estado dentro de nuestras fronteras."); *Fiallo v. La campana*, 430 EE UU 787, 792 (1977) ("Sobre ningún sujeto concebible es el poder legislativo de Congreso más completa."); de *Canas v. Bica*, 424 EE UU 351, 354 (1976); *Matthews v. Diaz*, 426 EE UU 67, 81 (1976) ("Para motivos hace mucho aprobados como válido, la responsabilidad de regular la relación entre los Estados Unidos y nuestros visitantes ajenos ha sido cometido a las ramas políticas del Gobierno Federal."); *Kleindienst v. Mandel*, 408 EE UU 753, 765-66 (1972); *Boutillier v. INS*, 387 EE UU 118, 123 (1967) ("Esto hace mucho ha sido sostenido que el Congreso tiene el poder plenario de hacer reglas para la admisión de ajenos y excluir los que poseen aquellas características las que el Congreso ha prohibido."); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 EE UU 580, 589 (1952) (la afirmación que los poderes de inmigración "exclusivamente son tan confiados a las ramas políticas de gobierno para ser en gran parte inmunes de la pregunta judicial o la interferencia"); v de *Takahashi. Pescado y Juego Comm'n*, 334 EE UU 410, 419 (1948); *Fong Yue v de Tintineo. Los Estados Unidos*, 149 EE UU 698, 711 (1893); *Chae Chan v de Sonido metálico. Los Estados Unidos*, 130 EE UU 581, 604 (1889); v de *Chile. Los Estados Unidos*, 874 F. Supp. 1334, 1339 (D. Fla. 1994), *aff'd*, 69 F 3d 1094 (11o Cir. 1995) (indicando(advirtiendo) que el control plenario del gobierno Federal de la inmigración no es disputado). Antes de 1875, las colonias individuales y estados individualmente regularon asuntos de inmigración. Robert J. Steinfeld, *Subject-ship, Ciudadanía, y la Larga Historia de Regulación de Inmigración*, 19 DERECHO(LEY) Y HIST. REVERENDO 645, 647 (2001). Massachusetts pasó estatutos tan temprano como 1701, previniendo el aterrizaje del "pobre, vicioso y enfermizo," y el requerir al amo(maestro) de cada navío fijar una obligación para que las ciudades que recibieron cualquier "cojo, el impotente, o personas enfermizas, incapaces de mantenimiento ellos mismas... No seran cobrado(cargado) por su apoyo." *Id.* De la misma manera, debido a la vista(opinión) que un número grande de inmigrantes alemanes era "los forasteros" quien eran "ignorantes a nuestra lengua y leyes," Pensylvania promulgó un estatuto que grabó un impuesto de cuarenta chelines "cada persona que ser a un ajeno nacido de la lealtad del Rey de Gran Bretaña... Entrada en en esta provincia por tierra o agua "y veinte chelines sobre" cualquier criado irlandés o pasajero sobre rescate(amortización)." *Id.* en 647-48. Maryland pasó un acto que requiere a los maestros de navíos "u otros importará a Criados irlandeses en esta Provincia por la Tierra o por el Agua" amueblar veinte libra esterlina de chelines "por la encuesta." *Id.* en 648. Era no antes de que 1875 el gobierno federal afirmó el control exclusivo de asuntos de inmigración, encontrando que un estatuto de Nueva

Estados Unidos han considerado la política de inmigración uniforme una prioridad más gran que la soberanía individual estatal.

Lo siguiente en los pasos de las comunicaciones de los Estados Unidos, recientes de las instituciones europeas también ha señalado un movimiento hacia la uniformidad más grande sobre las fronteras externas en lugar del control nacional.<sup>114</sup> Las instituciones afirman que centralizar el control de las fronteras promoverá la uniformidad y ayudará combatir el abuso de los sistemas de inmigración.<sup>115</sup> Sin embargo, si un sistema de inmigración uniforme federal satisfará la Unión Europea así como esto ha satisfecho los Estados Unidos es cuestionable.

Desde su inicio, y los Estados Unidos y la Unión Europea previeron un gobierno central de poderes "limitados" y "enumerados".<sup>116</sup> Sin embargo, la UNIÓN EUROPEA y los sistemas de los Estados Unidos están enormemente divergentes más allá de su semejanza superficial como sistemas federales. Primero, como la Unión Europea aumenta sus socios, una disparidad potencialmente enorme en el ingreso puede existir entre los Estados miembros de la Unión Europea que no es el presente (regalo) dentro de los Estados Unidos. Aunque actualmente la Unión Europea sea compuesta de naciones ricas con economías similares,<sup>117</sup> muchas naciones que consideran socios tienen economías muy pobres.<sup>118</sup> Turquía y países de Balcanes tienen un producto nacional bruto ("el PBT") bajo \$10,001 per cápita.<sup>119</sup> El producto doméstico de la Turquía iguala simplemente 18.7 por ciento del PBI de Luxemburgo, el miembro más rico de la Unión Europea.<sup>120</sup> En con-

York que requiere al amo (maestro) de un navío fijar una obligación indemnizar los municipios del estado contra cualquier costo que es resultado de inmigrantes era una regulación prohibida de comercio bajo la Constitución. *Henderson*, 92 EE UU en 262-63.

114. *Ve supra* part II.C.

115. Paul Martin, *Elevándose Inundación: Inmigrantes Ilegales en Europa Amenazan a las Fronteras de la Fortaleza*, SE LAVAN. VECES, el 3 de marzo de 2002, en A1.

116. Thomas C. Fischer, "*Federalismo*" en *la Comunidad europea y los Estados Unidos: un elevado Por Cualquier Otro Nombre...*, 17 FORDHAM INT'L L.J. 389, 424 (1994) ("Esto no es ningún análisis forzado para sugerir que [el Tratado de la reservación de la Roma de poder con los Estados] fuera casi idéntico a la noción (expresado en el Federalista) el que el gobierno estadounidense central era uno" de limitado "y" enumeró "poderes").

117. *El Comisionado de UNIÓN EUROPEA Dice a Polonia Acelerar Reformas Económicas*, LA ASSOCIATED PRESS, el 18 de octubre de 1996, disponible en 1996 WL 4444863.

118. Agencia Central de Información, *Figura(número) 1. El producto nacional bruto Per cápita (1997)*, disponible en <http://www.cia.gov/cia/di/products/hies/graphics/figure01a.pdf> (el 8 de abril de 2002) (revelando que Turquía y los países del Báltico tienen un producto nacional bruto ("el PBT") en los límites de 3001 \$ a 10,000 \$ per cápita).

119. *Id.*

120. Agencia Central de Información, *PBI - POR Capital*, en [http://www.odci.gov/cia/publications/factbook/fields/gdp\\_-\\_per\\_capita.html](http://www.odci.gov/cia/publications/factbook/fields/gdp_-_per_capita.html) (pasado visitado el 08 de

traste duro, en los Estados Unidos, el estado con el ingreso personal el más bajo per cápita totales el 51.0 por ciento del ingreso del estado más rico.<sup>121</sup>

Debido a la disparidad potencial económica entre las naciones en la Unión Europea, algunos países pueden necesitar a más trabajadores y así desear aumentar la inmigración, mientras otros pueden desear excluir la entrada el nivel del desempleo debido a alto. Por consiguiente, la carencia de uniformidad entre las naciones individuales hará la ejecución centralizada de ley de inmigración indeseable. Aunque el movimiento libre (gratis) de trabajadores a través de fronteras internas pueda disminuir una necesidad nacional de importar a trabajadores de terceros países, esto completamente no puede eliminar la exigencia debido a los ciudadanos de Unión Europea preferencias geográficas.

Además, aunque ni los Estados Unidos ni la Unión Europea sean poderes totalmente soberanos debido a su compartir de control con sus Estados miembros, las naciones de la Unión Europea no lo han concedido tanto como autoridad que sus colegas Americanos han concedido a los Estados Unidos.<sup>122</sup> El federalismo americano es basado en teoría de soberanía dual, concediendo, y estados individuales y el gobierno nacional la autoridad simultánea sobre sus áreas respectivas de capacidad.<sup>123</sup> En caso de un conflicto, sin embargo, ley estatal de contrario de triunfos nacional de la ley, así haciendo ley nacional suprema.<sup>124</sup>

A la inversa, la Unión Europea no es una sistema totalmente federalismo.<sup>125</sup> Algunos eruditos lo han considerado simplemente una zona libre de aranceles,<sup>126</sup> mientras otros afirman que esto se acerca al federalismo, pero conceder que esto aún no ha llegado porque las naciones no han creado so-

abril de 2002) (pasado visitado el 8 de abril de 2002). El PBI de la Turquía per cápita 6,800 de totales \$, mientras que el PBI del Luxemburgo iguala 36,400 \$. *Id.*

121. EE UU. Dep't de Comercio, *Oficina de Análisis Económico, Datos de Cuentas Regionales*, en <http://www.bea.doc.gov/bea/regional/bearfacts/stbf/index.htm> (pasado puesto al día el 24 de octubre de 2001) (pasado puesto al día el 24 de octubre de 2001). El ingreso personal per cápita de Connecticut, el estado más rico, 40,870 de totales \$, mientras que el ingreso personal per cápita de Mississippi, el estado pobre, iguala 20,856 \$. *Id.*

122. Bradley C. Karkkainen, *Comentario, los Conceptos(concepciones) de Federalismo Fiscal: Soberanía Dual y Compartida*, 2 COLUM. J. EUR. L. 565, 571 (1996).

123. *Id.* en 565.

124. EE UU. CONST. arte. IV, cl. 2 (" Esta Constitución, y los Derechos(leyes) de los Estados Unidos que serán hechos en la Ejecución de eso; y todos los Tratados hechos, o que será hecho, bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán el Derecho(ley) supremo de la Tierra... Cualquier Cosa en la Constitución o los Derechos(leyes) de cualquier Estado al Contrario no obstante."); Karkkainen, *supra* nota 122, en 565-66.

125. Karkkainen, *supra* nota 122, en 569.

126. Lerke Osterloh, *Armonización y Finanzas Públicas en Alemania y Europa*, 2 COLUM. J. EUR. L. 519, 529, 531 (1996).

beranía dual, permitiendo a la Unión Europea ejercer el control en áreas simultáneamente con las naciones miembros.<sup>127</sup> La Unión Europea sin embargo, posee la capacidad exclusiva de apropiar(acaparar) las leyes de Estados miembros en algunas áreas.<sup>128</sup>

La vacilación para ceder el control completo autónomo a las instituciones de Unión Europea es quizás indicativa de la distinción clave entre la Unión Europea y los Estados Unidos. La Unión Europea es comprendida de naciones individuales, el soberano en su propio derecho, con cada abarcadura una historia distinta y la cultura.<sup>129</sup> En el contraste duro, los Estados Unidos son comprendidos de estados unidos(conectados) entre ellos del momento de su independencia o creación. Los estados comparten una historia común y una identidad común. Su soberanía rastrea el del sistema federal del cual ellos son una parte.

A la inversa, los miembros individuales de la UNIÓN EUROPEA comenzaron su existencia por separado de la Unión. Ellos tienen culturas únicas, lenguas, historias, ideales políticos y sociales, y en última instancia identidades.<sup>130</sup> Para conservar sus atributos únicos, calidades que arreglan su muy ser, las naciones deben asegurar que ellos mantienen la soberanía en esferas directamente que relacionan con sus identidades nacionales. Así, las naciones miembros deben mantener el control autónomo de sus fronteras externas. Ellos deben asegurar que ellos no pierden el control de la capacidad de definir las leyes que chocan la tela de su país por concediendo el control central a una entidad capaz de afirmar la supremacía sobre intereses nacionales.

#### IV. DESCENTRALIZACIÓN CONSERVA SOBERANÍA MIENTRAS DEJA UNA PUERTA ABIERTA PARA EL CONTROL INTERNACIONAL, EN VEZ DE UNA SUPRANACIONAL

Debido a la composición única de la UNIÓN EUROPEA, el control centralizado de asuntos de inmigración tendría un impacto devastador sobre

---

127. Karkkainen, *supra* nota 122, en 571.

128. CHALMERS, *supra* nota 24, en 236-39; Patrick Tangney, *el Internacionalismo Nuevo: la Cesión de Capacidades Soberanas a Organizaciones Supranacionales y Cambio Constitucional en los Estados Unidos y Alemania*, 21 YALE J. INT'L L. 395, 424 n. 115 (1996). "La forma más común de prioridad es el de la ocupación de campaña." "CHALMERS, *supra* nota 24, en 239." Donde la legislación de Comunidad ocupa un campo, los Estados miembros son prohibidos de promulgar la legislación dentro de aquel campo." *Id.*

129. Leyla Marrouk, *una Crítica de EE UU y UNIÓN EUROPEA Propuestas para de Mejoramiento de Ejecución Internacional de Derecho(ley) Antimonopolio*, 8 COLUM. J. EUR. L. 101, 123 (2002).

130. *Id.*

la soberanía de las naciones miembros.<sup>131</sup> Una federación tranquila de individuo, históricamente y naciones culturalmente distintas arriesga de destruir el carácter de cada uno de sus miembros por obligándoles a seguir un acercamiento común a asuntos de inmigración.<sup>132</sup> Al mismo tiempo, sin embargo, la UNIÓN EUROPEA es enfrentada con los dilemas duales de alcanzar el movimiento libre(gratis) de trabajadores a través de fronteras y de responder a la inmigración aumentada de terceros países.<sup>133</sup>

Este artículo propone que la UNIÓN EUROPEA adopte un acercamiento descentralizado a la tercera inmigración de país.<sup>134</sup> Como ya indicado, aunque la centralización sea beneficiosa debido a su uso uniforme en todas las naciones miembros, esto no logra considerar las necesidades individuales de los participantes.<sup>135</sup> La centralización por consiguiente impide la capacidad de las naciones de proveer comida a su política y a las necesidades dinámicas de sus ciudadanos.<sup>136</sup> Además, la centralización de ley de inmigración es incoherente con la soberanía nacional.<sup>137</sup> El acercamiento propuesto dirige los dilemas duales de alcanzar el movimiento libre de trabajadores a través de fronteras y de responder a la inmigración aumentada de terceros países.<sup>138</sup> Esto permite países participar en política común regional salvaguardando su capacidad de imponer sus propias normas de inmigración mediante retirándose de la política cuando sus necesidades internas lo demanda.<sup>139</sup> Además, esto permite a la UNIÓN EUROPEA abordar la cuestión de terceros inmigrantes de país dirigiéndose al problema en sus raíces.<sup>140</sup>

Primero, para alcanzar el objetivo de movimiento libre(gratis) de trabajadores a través de fronteras, las naciones son libres(gratis) de firmar acuerdos regionales que más lejos la política de frontera común.<sup>141</sup> Por firmando acuerdos regionales, como los Instrumentos Schengen, las naciones que desean para promover el movimiento libre(gratis) a través de fronteras voluntariamente pueden participar, mientras los que colocan una prioridad más

---

131. *Ve supra* Parts III.B y III.C.

132. *Ve supra* part III.B.

133. *Ministros de la justicia de UNIÓN EUROPEA Reunión Abierta De dos días sobre Terrorismo, Inmigración Ilegal*, AGENCE RANCIA-PRESSE, febrero. 14, 2002, disponible en 2002 WL 2340020.

134. *Ve part infra* IV.

135. *Ve supra* Parts III.A y III.B.

136. *Ve supra* part III.B y III.C.

137. *Ve supra* part III.B.

138. *Ve part infra* IV.

139. *Ve part infra* IV.

140. *Ve part infra* IV.

141. *Ve por ejemplo*, Schengen el Acuerdo, *supra* nota 44.

alta sobre la política de inmigración autónoma que puedan optarse. Más lejos, los acuerdos regionales no plantean los mismos riesgos de ceder el control exclusivo a una autoridad supranacional como la Unión Europea. A diferencia de la Unión Europea, los Instrumentos Schengen crean un acuerdo intergubernamental que alcanza la uniformidad sin la centralización, más bien que un régimen federalista.<sup>142</sup>

Es más importante la flexibilidad de unir un acuerdo regional permitiendo naciones equilibrar sus propias necesidades con su objetivo de alcanzar el movimiento libre(gratis) a través de fronteras. Una nación con una economía en auge puede evitar firmar un acuerdo de inmigración común para importar a inmigrantes capaces de satisfacer su demanda de trabajo. Más lejos, una nación que ha firmado(establecido) el acuerdo intergubernamental temporalmente puede quitar méritos a la política uniforme para promover la política pública o la seguridad nacional como muchas naciones ya ha hecho bajo los Instrumentos Schengen. Las exigencias individuales de las naciones miembros de Unión Europea hacen la centralización, bajo un régimen potencialmente supranacional, ineficaz.<sup>143</sup> A diferencia de los Estados Unidos, las naciones de Unión Europea potencialmente pueden tener economías sumamente divergentes y que requiere que la variación ascienda de inmigrantes para satisfacer su demanda de trabajo.<sup>144</sup>

Segundo, para responder a la inmigración de terceros países, los miembros de UNIÓN EUROPEA deberían confiar en esquemas individuales o a una esquema regional. Para reperfir, cada nación puede adaptar su esquema a sus propias exigencias de inmigración o decidir alinear con otras naciones con objetivos similares. Aunque un esquema de inmigración centralizado asegure la política uniforme, esto no disuadirá a inmigrantes ilegales. Un ejemplo clave del fracaso de un esquema central de disuadir a especies migratorias indocumentadas es la experiencia de los Estados Unidos: la inmigración ilegal se hizo una cuestión inmediatamente después de que el país procuró contener la entrada y se ha desde hecho más aplastante.

<sup>145</sup>

---

142. Ricou Heaton, *la Comunidad europea Después de 1992: la Libertad de Movimiento de la Gente y Sus Limitaciones*, 25 VAND. J. TRANSNAT'L L. 643, 655-56 (1992).

143. *Ve supra* part III.C.

144. *Ve que supra* nota 117-20 (la discusión de la disparidad de PBI per cápita entre los Estados miembros potenciales de la UNIÓN EUROPEA y los Estados miembros corrientes).

145. El Ministerio de Justicia estadounidense - el Servicio de Inmigración y Naturalización, *la Población Ilegal Ajena Residente*, en <http://www.INS.usdoj.gov/graphics/aboutins/statistics/illegalalien/index.htm> (dura febrero visitado. 19, 2001). Desde octubre 1996, el INS estimado que cinco millones de inmigrantes indocumentados residían en los Estados Unidos, con el número que aumenta por 275,000 cada año. *Id.*

Inmigrantes indocumentados inmigran más a menudo a un país particular debido a las posibilidades económicas las que esto presenta.<sup>146</sup> Así, “una fortaleza Europa” es improbable disuadir a los inmigrantes más sujetos.<sup>147</sup> En cambio, la Unión Europea debería usar su músculo al objetivo los problemas de raíz de inmigración. La Unión Europea debería tomar medidas para asistir a terceros países económicamente; mediante la mejora de las economías de terceros países responsables de los inmigrantes, la Unión Europea ahorrará su propia economía la presión de inmigración ilegal.<sup>148</sup> Las personas cuya economía corriente presenta las mismas posibilidades que la Unión Europea no tendrían ningún incentivo para inmigrar.<sup>149</sup>

De hecho, la Unión Europea actualmente intenta un acercamiento similar con los estados mediterráneos.<sup>150</sup> Para el 2010, la Unión Europea y los Estados mediterráneos han acordado a establecer una zona libre de aranceles.<sup>151</sup> Con el adelanto del acuerdo, las naciones de Unión Europea han acordado a invertir seis millones de Euro-dólares para aumentar (empujar) las economías de los Estados mediterráneos.<sup>152</sup> La Unión Europea así puede impedir la inmigración ilegal por significa otro que la fortificación y la unificación de sus fronteras externas.<sup>153</sup> Es más importante que no deberían

146. ¿Gilberto Hinojosa, *Inmigrantes? Esto es la Economía*, SAN ANTONIO NOTICIAS EXPRESO, el 13 de octubre de 2000, en 7B (la declaración que “ en última instancia, fuerzas económicas controlan la inmigración”).

147. McCarthy, *supra* nota 7, en 2.

148. El Lobo, *supra* nota 44, en 228.

149. Algún cabeza de inmigrantes a la UNIÓN EUROPEA para reunirse con sus miembros de familia ya que viven allí, sin embargo, los inmigrantes más ilegales dejan sus países de casa para motivos puramente económicos o políticos. Dublín la Convención procura ordenar(pedir) la política de inmigración para especies migratorias políticas. Dublín la Convención, *supra* nota 53.

150. UNIÓN EUROPEA Para Ofrecer Ayuda De Frenar Inmigración Ilegal, AGENCE RANCIAPRESSE, EL 8 de septiembre de 1999, en 1, disponible en 1999 WL 25102276; el lobo, *supra* nota 44, en 228.

151. El Lobo, *supra* nota 44, en 228. Los Estados del Mediterráneo participantes son Algeria, Chipre, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Malta, Marruecos, Siria, Túnez y Turquía, más los Territorios Palestinos autónomos. *Id.* en 228 n 33.

152. *Id.* en 228.

153. Algunos eruditos discuten que Europa no tiene bastante inmigrantes y así no tiene que crear una frontera común para reforzarlo la política de frontera. McCarthy, *supra* nota 7, en 1. McCarthy escribe:

Como los europeos no tienen a bastante bebés y viven tan hace mucho, la Unión europea tendría que importar 1.6m a especies migratorias a año simplemente para guardar(mantener) su población de funcionamiento-edad estable entre ahora y 2050. Con el paro de la Europa ahora que se cae, y su gente cada vez más sniffy sobre los empleos de tipos de ellos son preparados para hacer, o demasiado mal equipado para hacer de alta tecnología ser (siendo,estando) creados, la mano de

tentar la Unión Europea a protegerse de las necesidades de la comunidad internacional por no ofrecer una zona segura a refugiados internacionales.<sup>154</sup>

Sin embargo, si bien la descentralización sea más apropiada por la regulación de fronteras externas y la tercera inmigración de país, la Unión Europea debería seguir su política común en el área estrecha de asilo bajo la Convención de Dublín. La Convención permite las naciones dirigir mejor las necesidades de refugiados coordinando la revisión de usos y evitando la tentación de negar la responsabilidad de la revisión. Más lejos, la Convención impide a refugiados a completar usos de asilo múltiples en varios países. Como la ley de asilo es una reflexión de una responsabilidad nacional a la comunidad internacional, más bien que las necesidades de sus ciudadanos y economía, esto no levanta las mismas preocupaciones (intereses) de soberanía que otra inmigración de tercero. Así, Dublín la Convención no contiene ninguno de los vicios de centralización, pero ello concede la ventaja de uniformidad. La Unión Europea, por lo tanto, debería evitar la centralización de asuntos de inmigración a excepción de la área estrecha de ley de asilo.

## V. CONCLUSIÓN

Por simultáneamente descentralizando la ley de inmigración sea y dirigiendo los problemas de raíz de tercera inmigración de país, las naciones de Unión Europea pueden conservar una parte incorporada de su soberanía y adaptar su política de inmigración a las exigencias de sus economías. Corrientemente, las instituciones de Unión Europea han indicado un deseo creciente de centralizar la ley de inmigración.<sup>155</sup> Ellos impulsan la creación de una frontera común para combatir lo que ellos perciben como un problema creciente de inmigración ilegal.<sup>156</sup> Mientras la centralización tiene la ventaja superficial de unificar las naciones de Unión Europea la política de frontera externa, sus cargas es severa.<sup>157</sup> La centralización comprometerá la soberanía nacional de los países en un área que es crucial a una identidad nacional.<sup>158</sup> La centralización también mutilará la capacidad de las naciones individuales de cambiar su política para satisfacer las necesidades de una

---

obra del continente no está en la necesidad de renovación como nunca antes. Los inmigrantes tienden a inyectar en afejo, países envejecidos la vitalidad fresca, la energía fresca y una buena voluntad rara de trabajar mucho en empleos poco atractivos. *Id.*

154. *Ve supra* part II.A.

155. *Ve supra* part II.C (la discusión del movimiento de las instituciones de Unión Europea hacia la centralización).

156. *Ve supra* part II.C.

157. *Ve supra* Parts III.A y III.B.

158. *Ve supra* part III.B.



economía que se cambia y siguiendo exigencias de trabajo.<sup>159</sup> Además, los Instrumentos Schengen han demostrado que una política de frontera común, si en el los mejores intereses de las naciones, puede ser alcanzada por un acuerdo regional, más bien que en la dirección de una autoridad supranacional.<sup>160</sup> Es más pretenciosamente, la centralización comprometerá la capacidad de las naciones individuales de proporcionar la ayuda humanitaria a refugiados internacionales, causándolos contratar en “una raza (carrera) al profundizar.”<sup>161</sup>

Este artículo afirma que las naciones de Unión Europea y sus ciudadanos se benefician de la descentralización de ley de inmigración. Las naciones que desean para avanzar el objetivo de movimiento libre(gratis) a través de fronteras pueden firmar(establecer) acuerdos regionales, mientras aquellas cuyas economías exigen la política que diversa pueda regular sus fronteras individualmente. Más lejos, la Unión Europea puede dirigir el problema de tercera inmigración de país por considerando las raíces del problema, más bien que la fortificación de sus fronteras. Aumentando (empujando) las economías de terceros países, la Unión Europea se beneficiará de la inmigración inferior y los terceros países se beneficiarán de la inversión. Por consiguiente, más obligarán a la Unión Europea a escoger entre la unificación del control de fronteras externas y el mantenimiento de la soberanía de las naciones miembros.

---

159. *Ve supra* Parts III.B y III.C.

160. Schengen la Convención, *supra* nota 44; *visto también supra* part II.B (la discusión de los Instrumentos Schengen).

161. *Ve que supra* nota 93-96 y el texto de acompañamiento.

# FUSIÓN DE GENERAL ELECTRIC/HONEYWELL: DECISION ANTIMONOPOLIO DE LA COMISIÓN EUROPEA GOLPEA UNA NOTA ÁGRIA

*Ricky D. Rívers*

I. INTRODUCCIÓN .....	615
II. TEORÍAS COMPETIDORAS USADAS PARA EVALUAR LA FUSIÓN GE.....	616
III. USO DE LAS DIFERENTES TEORÍAS - GE/HONEYWELL.....	619
IV. US-EC ACUERDOS COOPERATIVOS BILATERALES PARA LA EJECUCIÓN DE SUS LEYES DE COMPETICIÓN .....	621
V. ARMONIZACIÓN Y EJECUCIÓN: ¿LA RESPUESTA A COMPETICIÓN DE MODELOS? .....	625
VI. CONCLUSIÓN.....	630

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque la regulación antimonopolio sea justificada sobre las razones neutras de eficacia económica y la protección al consumidor, parece que desde la perspectiva internacional que las naciones en cambio pueden tomar decisiones acerca del uso de sus leyes antimonopolio basadas en lo que es bueno para la nación, al costo de la comunidad global. Por ejemplo, la Comisión Europea, por primera vez en su historia, desaprobó una fusión entre dos empresas Americanas que citando su predominio del mercado actual y en el futuro y el impacto de aquel predominio sobre competidores como factores prohibitivos en la concesión de la aprobación. La desaprobación por la Comisión de la fusión entre General Electric/ Honeywell (en lo sucesivo la fusión GE) golpeo una nota ágría con las autoridades estadounidenses porque ellos habían aprobado la fusión antes de la decisión de la Comisión.

E.E.U.U. y la Comisión habían firmado un acuerdo bilateral acentuando la cooperación, coordinación, consulta, y cortesía positiva para evitar una ocurrencia del resultado inconsistente que posteriormente seguiría en la fusión GE. No obstante, este acuerdo, sin embargo, las dos autoridades tomaron posiciones muy diferentes. Este artículo examina por qué E.E.U.U. y la Comisión llegaron a diferentes conclusiones sobre la fusión GE, si bien los dos estaban mirando el mismo grupo de datos y habían acordado a cooperar. La hipótesis sugerida por la fusión GE es que acuerdos bilaterales sobre el uso de leyes antimonopolio (también conocido como la políza de competición, son ineficaces cuando intereses nacionales son implicados, y que la armonización de las leyes antimonopolio del

mundo también probablemente demostrarán ser ineficaces al no ser que un mecanismo de ejecución sea desarrollado.

## II. TEORÍAS COMPETIDORAS USADAS PARA EVALUAR LA FUSIÓN GE

En Mayo del 2001, las autoridades (ESTADOUNIDENSES) y Canadienses Antimonopolio le aprobaron a General la compra de \$42 billones de Honeywell International después de que las empresas acordaron a vender un motor de helicóptero militar y dejar que una empresa nueva atendiera algunos de los pequeños motores comerciales de motor de Honeywell.<sup>1</sup> El 3 de Julio de 2001, la Comisión Europea publicó su decisión declarando la fusión como una concentración incompatible con el Mercado común y el Área Europea Económica (AEE).<sup>2</sup>

Hay diferencias fundamentales entre E.E.U.U. y la Unión Europea en el uso de sus respectivas reglas antimonopolio a fusiones. En América se conoce que la ley antimonopolio promueve la competencia y la protección de consumidores, no de competidores.<sup>3</sup> Lo que esto significa es que fusiones en los E.E.U.U. se permiten ir a cabo si el efecto probable es que habrá una reducción del precio, o un aumento de la calidad o la innovación que causará una ventaja para el consumidor y la competencia no será considerablemente disminuída.<sup>4</sup> E.E.U.U. y Canadá concluyeron que no había ninguna probabilidad de una disminución sustancial de competencia porque General Electric y Honeywell no eran y no son competidores.<sup>5</sup> Bajo la ley antimonopolio Americana, competidores no tienen una causa de acción contra una fusión alegando que esto hace las firmas combinadas más eficiente, aunque ellos teman que puedan, como consecuencia de la fusion, ser obligados a abandonar el mercado.<sup>6</sup> Así, los funcionarios Estadounidenses y

---

1. Jorge Priest y Franco Romani, *el Precedente GE/Honeywell*, Pared S. J., el 20 de junio de 2001, en A18.

2. *General Electric/Honeywell*, Decisión de Comisión, Caso COMP (2001) M 2220 en 128.

3. Aubry D. Smith, Note, *Rebaje Barreras Privadas Comerciales - una Evaluación de las Opciones Unilaterales de los Estados Unidos: Sección 301 del Acto 1974 Comercial y Uso Extraterritorial de ley estadounidense Antimonopolio*, 16 MICH. J. L. 241, 257 (1994).

4. Priest y Romani, *supra* nota 1.

5. *Id.*

6. V de Corp. de Brunswick. Pueblo sociedad anónima de Tazón-o-estera., 429 EE UU 477 (1977). Los competidores desafiaron la adquisición de Brunswick de varios centros que juegan a los bolos que si no se hubieran cerrado, demandando que ellos fueron perjudicados porque las ganancias hubieran aumentado si los centros se hubieran cerrado. El Tribunal sostuvo que los competidores carecían una base por la cual hacer la demanda porque ellos no alegaban una herida antimonopolio. Citando el Zapato Marrón, 370 EE UU 294, 320 (1962), el Tribunal acentuó que las leyes antimonopolio han sido promulgadas para la protección de la competencia no para los competidores, y (indicadas) declaro que esto sería "A adverso al objetivo de aquellas leyes" para conceder daños para la herida que es resul-

Canadienses concluyeron que la adquisición probablemente iba a beneficiar, no dañar, a los consumidores.

La ley europea antimonopolio también promueve la competencia, pero para la protección de los competidores en el mercado.<sup>7</sup> Así, la ley antimonopolio de la Union Europea esta más concernida con la protección de competidores en comparacion con el énfasis Americano sobre el consumidor. La ley antimonopolio de la Union Europea procura prohibir o refrenar una firma (s) de crear o abusar de su predominio en el mercado a costo de otros competidores en el mercado.<sup>8</sup> A diferencia de reguladores Estadounidenses, la Comisión permite a los competidores proporcionar la entrada sobre el impacto de una fusión sobre la capacidad del competidor de competir en el mercado si la fusión es aprobada.<sup>9</sup> Bajo la Regulación de Fusión, una fusión propuesta es repasada usando un proceso de tres pasos:<sup>10</sup> (1) definición de el producto relevante y mercados geográficos; (2) determinar si la empresa en cuestión tiene una posición dominante; y (3) considerar si la posición dominante, si esta existe, presenta un impedimiento significativo a la competencia.

En la fusión GE, la divergencia entre el punto de vista Americano y Europeo sobre la sustancia relacionada a sus diferentes interpretaciones del significado y el impacto de los basicos conceptos teóricos incorporados en la posición dominante, el envío” o “la atadura” de productos, y el apalancamiento que podría ser ejercido por la integración vertical.<sup>11</sup>

En la expresión de su desacuerdo con la decisión de la Union Europea, las autoridades antimonopolio Estadounidenses han indicado la divergencia

tado de la competencia realizada. El Tribunal Supremo amplió esta doctrina en *Cargill . Y Monfort de Colorado*, 479 EE UU. 104, 114-117 (1986) opinando que los competidores no una base como para desafiar una fusión alegando que la fusión puede permitir a la firma combinada a realizar la eficacia y rebajar sus precios a un nivel en o sólo ligeramente encima de sus gastos).

7. Eleanor Fox, *Federalismo Antimonopolio y Regulador: Carreras Encima de, Abajo, y De reojo*, 75 N.Y.U. L. REVERENDO 1781, 1791 n. 42 (2000).

8. Priest y Romani, *supra* nota 1.

9. *Id.* *Vea también* GE y Honeywell no Atan el Nudo, CNET News.com (el 8 de julio de 2001), <http://news.CNET.com/news/0-1007-201-6477632-0.html?tag=1h>. (El 8 de julio de 2001) (visita el 15 de noviembre de 2001).

10. Regulación de Comisión, 4064/89, 1990 O.J. (L 257) 16.

11. Georg Koopman, *Irritaciones Transatlánticas en Competición(competencia) y Política de Comercio*, INTERECONOMÍA, agosto-julio., 2001, en 166 en [www.hwwa.de/publikationen/Interconomics/2001/ie-docs2001/ieol04-koopman.pdf](http://www.hwwa.de/publikationen/Interconomics/2001/ie-docs2001/ieol04-koopman.pdf). En la opinión de la Comisión, combinando a Honeywell con GE hubiera creado nuevas posiciones dominantes en algunos mercados, aumentado el predominio en otros, y hubieran salido con dificultad competidores porque GE hubiera sido capaz de ofrecer un bulto de productos los que ningún otro competidor podría igualar. EE UU de otra parte no discreparon con las teorías de la Comisión acerca de la implicación económica de tamaño, envío y la integración vertical.

en las teorías usadas para evaluar el impacto de la fusión como la razón por la que los resultados se diferencian.<sup>12</sup> Después que la Unión Europea bloqueó la fusión GE, los Estados Unidos expresaron su preocupación por el uso de la Unión Europea “de la teoría de poder de cartera” (también conocida como “la teoría de los efectos de la distancia” “y la doctrina de atrincheramiento”) de herida competitiva como el mecanismo para hacer decisiones sobre la ejecución antimonopolio.<sup>13</sup> Las autoridades estadounidenses antimonopolio han abandonado esta teoría o doctrina como un mecanismo para el desafío de fusiones de conglomerado de tipo no horizontales como la fusión GE.<sup>14</sup>

Bajo “la doctrina de atrincheramiento” como fue incorporada en la decisión de la Corte Suprema en *FTC v. Procter Gamble*<sup>15</sup>, las fusiones podrían ser condenadas si sirvieran para reforzar una firma que ya era dominante, por eficacias aun más grandes o si le dieran a la firma adquirida una línea más amplia de productos o recursos financieros mas grandes, así haciéndole la vida más difícil a las firmas más pequeñas. En los años 1980 US elimino el atrincheramiento como una base para el desafío de fusiones no horizontales, como la fusión GE/Honeywell.<sup>16</sup> La razón de eliminar la doctrina como un desafío a fusiones de conglomerado era que la evidencia empírica no apoyaba los predichos males competitivos que se habían hipotetizados.<sup>17</sup> De hecho, datos estadounidenses muestran que no hay ninguna disminución de competencia en el mercado por permitir fusiones como la de GE/Honeywell que vayan adelante y que había ventajas significativas y aumentaron las eficacias a la sociedad.<sup>18</sup> Las autoridades de E.E.U.U. han

---

12. *Fusiones, los Efectos de Gama: la Perspectiva de los Estados Unidos, DOJ Sumisión de División Antimonopolio para ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO Reunion sobre Efectos de Cartera en Conglomerado* en <http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.htm> (el 12 de Octubre de 2001).

13. Charles A. James, *Antimonopolio Internacional en la Administración de Bush, un discurso en la Conferencia anual para la Asociación de Barra Canadiense otoño sobre la ley de competencia, Ottawa, Canadá*, (el 21 de Septiembre de 2001) <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9100.htm> (ultima visita el 5 de Noviembre de 2001).

14. *Fusiones, supra* nota 12.

15. SISTEMA DE COMERCIO FEDERAL, 386 EE UU 568 (1967).

16. *Fusiones, supra* nota 12.

17. *Id.* en 5. (La discusión de los Profesores Areeda y Turner en el papel de la presentación sobre el error de prohibir fusiones sobre la base del predominio).

18. *Id.* Areeda y Turner declaran en su investigación que el aumentó del predominio y la atadura sólo traería la competición a un final si las mismas ocasiones no fueran disponibles a los rivales un resultado no visto en ningún caso de fusión de conglomerado del cual ellos eran consciente. Segundamente ellos postularon basado en su investigación que el público realizaría los frutos de la firma más eficiente porque obligarían a otras firmas a mejorar su eficacia o calidad o ser obligado a salir del mercado así causando el empleo reducido de recursos escasos a la ventaja de sociedad.

concluido de sus 40 años de experiencia en la evaluación de los efectos competitivos de fusiones no horizontales como el de GE, que la eficacia y la competencia agresiva benefician a los consumidores, aunque los rivales que no logran ofrecer un negocio semejantemente bueno, sufran la pérdida de ventas o la cuota de mercado.<sup>19</sup>

### III. USO DE LAS DIFERENTES TEORÍAS - GE/HONEYWELL

Para determinar si la fusión GE reforzaría el predominio del GE en sus mercados y tendría un efecto anti-competitivo sobre la competencia, la Comisión usó tres teorías de daño competitivo relacionadas para repasar la fusión GE/Honeywell.<sup>20</sup> (1) que la fusión crearía economías de una escala y alcance que otras firmas no serían capaces de alcanzar; (2) que la firma de la fusión ganaría una ventaja decisiva sobre sus competidores a virtud de su tamaño y recursos financieros; (3) que la fusión facilitaría la atadura o el envío de productos complementarios, así, permitiendo que la firma fusionada saque a sus competidores del mercado. Basado en su revisión, la Comisión llegó a la conclusión que la fusión GE crearía nuevas posiciones dominantes en aviación, y motores para aviones de comercio.<sup>21</sup> La Comisión también concluyó que la fusión aumentaría el predominio del GE en motores para aviones comerciales grandes, y que también permitiría a GE atar productos complementarios, así causando que competidores sean exprimidos de los mercados.<sup>22</sup>

E.E.U.U. llegó a la conclusión que las dos primeras teorías de daño competitivo no tienen ninguna diferencia con las que se encuentran en Procter & Gamble, y deberían ser rechazadas por la Comisión como un mecanismo para disputar fusiones por la misma razón por la cual E.E.U.U. abandono la práctica hace dos generaciones.<sup>23</sup> E.E.U.U. admitió que la tercera teoría puede dañar a la competencia, pero sólo si esto fuera el tipo de atadura que hecha a rivales del mercado sin avanzar ningun objetivo de negocio legítimo.<sup>24</sup>

Desde la decisión de la Comisión de no aprobar la fusión GE, el DOJ ha conducido más de 75 entrevistas de participantes de la industria, ha depuesto a los ejecutivos de los grupos que hicieron la fusion y ha repasado las numerosas respuestas solicitadas de terceras personas para determinar si habia una razón legítima para disputar la fusión bajo la teoría de la Union

---

19. *Id.* en 2.

20. *Id.*

21. Koopman, *supra* nota 11, en 166.

22. *Id.*

23. *Id.*

24. Fusiones, *supra* nota 12 en 3.

Europea.<sup>25</sup> Basado en aquellas discusiones y respuestas, el DOJ concluyó que la fusión debería haber sido aprobada bajo la ley de la Unión Europea.<sup>26</sup> Por ejemplo, DOJ concluyó que encontró poco apoyo para el argumento de la Unión Europea que GE ya era dominante en el mercado de aviones grandes.<sup>27</sup> Esto indicó que el mercado para motores de aviones grandes era un mercado de oferta con tres competidores fuertes, GE, Rolls Royce, y Pratt & Whitney.<sup>28</sup> El DOJ notó que cuotas del mercado histórico son sólo débiles indicadores del éxito en el futuro, como fue ilustrado por los recientes premios de contrato casi uniformemente divididos entre las tres firmas.<sup>29</sup> El DOJ concluyó este análisis declarando que todas las teorías de herida competitiva de la fusión GE dependían sobre el argumento que la fusión en última instancia echaría a los competidores del mercado o reduciría sus bienes hasta un punto donde no podrían, con eficacia, obligar el comportamiento competitivo del GE.<sup>30</sup> El DOJ también encontró que este argumento carecía porque encontró que la mayor parte de los competidores de GE y Honeywellson grandes empresas, económicamente sanas, con bienes grandes en muchos de los mercados relevantes y tienen a su disposición acceso al dinero.<sup>31</sup> El DOJ concluyó su análisis declarando que no hay ninguna evidencia histórica de firmas aeroespaciales retirándose del mercado por solo poder ofrecer una línea estrecha de productos, sin fusiones que mantuvieron activos sus recursos productivos en el mercado.<sup>32</sup> E.E.U.U. concluyó que la firma combinada habría ofrecido productos mejorados a precios más atractivos que los que una o otra firma podría ofrecer solo, y que los competidores de la firma combinada entonces tendrían un gran incentivo para mejorar sus propios ofrecimientos de producto.<sup>33</sup>

La diferencia entre E.E.U.U. y la Unión Europea sobre la fusión GE fluyó de la diferencia sustancial entre los dos sobre el alcance apropiado de la aplicación de la ley antimonopolio. Bajo la ley antimonopolio de la Unión Europea, el objetivo central es de proteger a los competidores. Bajo la ley antimonopolio estadounidense, el objetivo central es de no proteger al

---

25. *Id.* en 15.

26. *Id.* en 18.

27. *Id.* en 16.

28. *Id.*

29. Fusiones, *supra* nota 12.

30. *Id.* en 17.

31. *Id.*

32. *Id.* en 17-18.

33. Charles A. James, Antimonopolio Internacional en el siglo veintiuno: Cooperación y Convergencia, Discurso delante de la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO Foro Global sobre la Competición, París, Francia, (el 4 de octubre de 2001) en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9330.htm>. (Última visita el 5 de Noviembre de 2001).

negocio de los funcionamientos del mercado; es proteger al público del fracaso del mercado.

#### IV. US-EC ACUERDOS COOPERATIVOS BILATERALES PARA LA EJECUCIÓN DE SUS LEYES DE COMPETICIÓN

E.E.U.U. y la Union Europea alcanzaron decisiones incoherentes sobre la fusión GE a pesar de analizar el mismo grupo de hechos y datos, y un acuerdo bilateral entre ambos para cooperar.<sup>34</sup> Antes de la fusión GE, se creía que posiciones divergentes sobre fusiones particulares podrían ser evitadas o al menos mitigadas por una serie de acuerdos bilaterales apuntados a la resolución de fricciones creadas por el uso unilateral de las leyes respectivas antimonopolio extraterritorialmente.<sup>35</sup> Por qué, entonces, los acuerdos cooperativos bilaterales. E.E.U.U. y la Union Europea para la ejecución de sus respectivas leyes de competencia no lograron mitigar las decisiones divergentes en la fusión GE/Honeywell?

El uso extraterritorial de una ley nacional para conducir conducta que ocurre completamente dentro de otra nación, viola el principio más fundamental de soberanía territorial.<sup>36</sup> Las fricciones surgen cuando una entidad extranjera de gobierno usurpa el poder de la agencia doméstica reguladora para regular la actividad dentro de sus propias fronteras.<sup>37</sup> Aún los Estados Unidos y la Comunidad Europea (CE) no han vacilado en unilateralmente aplicar sus leyes antimonopolio extraterritorialmente.

Reconociendo la necesidad de usar métodos más congeniales para alcanzar su polizas antimonopolio, E.E.U.U. y la Union Europea firmaron acuerdos bilaterales entre ambos en 1991<sup>38</sup> y 1998<sup>39</sup>. El objetivo principal de los acuerdos era de promover la cooperación, y la coordinación, y disminuir la posibilidad de diferencias entre las leyes de competencia de los partidos por la notificación, el cambio de información, la consulta, y la cortesía en el uso y la ejecución de las respectivas leyes de competencia de los

---

34. *Id.*

35. *Id.*

36. Michael G. McKinnon, *Jurisdicción Federal Judicial y Legislativa Sobre Entidades En el extranjero: el Brazo largo de la ley estadounidense Antimonopolio y Soluciones Viabls Más allá de el Acercamiento de Cortesía Timberlane/Restatement*, 21 PEPP. L. REVERENDO 1219, 1224 (1994).

37. *Id.*

38. Acuerdo Entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades europeas en cuanto al Uso de Sus leyes de competencia, el 23 de septiembre de 1991, 30 I.L.M. 1487 (1991).

39. Acuerdo Entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y las Comunidades europeas sobre el Uso de Principios de Cortesía Positivos en la Ejecución de Sus leyes de competencia, (el 4 de Junio de 1998) *en* [www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm](http://www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm) (ultima visita el 16 de Octubre de 2001).



partidos.<sup>40</sup> Bajo la doctrina de cortesía positiva, promulgada en el Artículo V del acuerdo, cada partido puede solicitar que el otro inicie actividades de ejecución apropiadas, si el partido que lo solicita cree que prácticas anti-competitivas están siendo realizadas en territorio del otro, que están adversamente afectando el interés importante del partido que lo solicitó.<sup>41</sup> El Artículo VI del acuerdo requiere a los partidos a considerar los intereses importantes del otro partido y sus sugerencias razonables durante su investigación y procedimiento de ejecución.<sup>42</sup>

En 1998, la CE y U.S. firmaron un acuerdo suplemental de acuerdo al de 1991.<sup>43</sup> El Nuevo acuerdo elaboró sobre la cortesía positiva promulgada en el Artículo V del acuerdo de 1991 y abasteció detalles sobre las responsabilidades de cada partido.<sup>44</sup> El Artículo VI del acuerdo nuevo declaró que el acuerdo nuevo era un suplemento al acuerdo de 1991, y que sería interpretado consistentemente con el acuerdo de 1991.<sup>45</sup>

No obstante este objetivo, los acuerdos tienen problemas estructurales que disminuyen su capacidad de mitigar opiniones divergentes entre los partidos. Primero, el acuerdo de 1998 específicamente declaró que no se aplicaba a la ejecución de fusión porque plazos estatutarios en E.E.U.U. y la Unión Europea hacen la suspensión o el aplazamiento de la investigación inadecuada.<sup>46</sup> Sin embargo, los acuerdos le piden a cada autoridad tener en cuenta no sólo los intereses del otro partido, pero también sus sugerencias razonables. El hecho de que E.E.U.U. y Canadá aprobaron la fusión indica que ellos tenían un interés en ver a la fusión completada.<sup>47</sup> E.E.U.U. y Canadá tienen un interés en obtener la mejor calidad para sus consumidores al precio más bajo.<sup>48</sup> E.E.U.U. es el mercado más grande del mundo para compras de avión<sup>49</sup> y por lo tanto serían sensibles a cualquier fusión en la industria aeroespacial que dañaría a consumidores o que considerablemente disminuiría la competencia.<sup>50</sup> E.E.U.U. y Canadá ambos concluyeron que la fusión GE entregaría la mejor calidad al precio más bajo para el consu-

---

40. El Acuerdo, *supra* nota 38 en 1491.

41. *Id.* en 1498.

42. *Id.*

43. El Acuerdo, *supra* nota 39.

44. Boletín de prensa, DOJ, Comunidades estadounidense y europeas firman Acuerdo de Cooperación Antimonopolio, (el 4 de Junio de 1998).

45. *Id.*

46. *Id.*

47. GE y el Suspenso de Honeywell para atar el Nudo, *supra* nota 9; vea también a James, *supra* nota 13.

48. James, *supra* nota 13.

49. GE y el Suspenso de Honeywell para atar el Nudo, *supra* nota 9.

50. *Id.*

midor sin disminuir considerablemente a la competencia. Así, es sumamente improbable en este caso que E.E.U.U. y Canadá<sup>51</sup> hubieran aprobado una fusión que resultaría en un costo más alto para el consumidor o que considerablemente disminuiría la competencia.

Además, aunque el Artículo VI del acuerdo de 1991 requiere que cada partido tenga los intereses importantes de otro partido en cuenta a todas las etapas de las actividades de ejecución, sólo requiera esta consideración al grado compatible con los intereses importantes de la autoridad que revisa.<sup>52</sup> Así, no hay ningún mecanismo para la resolución de intereses que compiten.

Otro problema con los acuerdos consiste en que, la doctrina de cortesía positiva y las consideraciones de cortesía del interés del otro partido, en el cual están presupuestos los acuerdos, han sido erosionados en E.E.U.U. por la decisión de la Corte Suprema en *Hartford Fire Insurance Co. v. California*<sup>53</sup>, y en la Union Europea por la decisión del ECJ en *Wood Pulp*.<sup>54</sup> Ambos Tribunales han rechazado consideraciones de cortesía cuando falta lo que ellos han caracterizado como “ el verdadero conflicto.”<sup>55</sup> Ambos han definido el conflicto para que signifique cuando una empresa no pueda obedecer la ley de una nación sin violar la ley de otra nación. Al menos desde la perspectiva Americana, ha sido asumido que el acuerdo bilateral crearía una cortesía en la que hasta las áreas más serias de divergencia antimonopolio serian mutuamente resueltas.<sup>56</sup>

Y finalmente, una debilidad inherente del acuerdo bilateral es que no obliga a los partidos a tomar decisiones de ejecución basadas en cortesía o cumplir con la petición de cooperación.<sup>57</sup> Sin embargo, aunque lo hiciera,

---

51. ¿ Andrés T. Guzman, *Es Posible el Antimonopolio Internacional ?*, 73 N.Y.U. L. REVERENDO 1501, 1539 (1998). Guzman indica que la política canadiense antimonopolio explícitamente procura no sólo promover la eficacia, pero también proteger negocios de tamaño pequeños y medianos. Así aparecería que Canadá debería haber tenido las mismas preocupaciones que la Union Europea y haber prohibido la fusión si había peligro de predominio de GE que considerablemente disminuyera la competencia.

52. Guillermo K. Caminante, *Uso Extraterritorial de leyes estadounidenses Antimonopolio: el Efecto del Acuerdo Antimonopolio Comunidad Europea Estados Unidos*, 33 HARV. L.J. 583, 590 (1992).

53. *Hartford*, 113 S.Ct. 2891 (1993).

54. Roger P. Alford, *el Uso Extraterritorial de leyes Antimonopolio: Una Postdata sobre Seguro de incendios Compañía Hartford v. California*, 34 VA. J. L. 213, 228-29 (1993).

55. Robert D. Shank, *La reciente política del Departamento de la Justicia sobre la Ejecución Antimonopolio: ¿Hacia una Solución de “cortesía positiva” para Problemas de competencia Internacionales?*, 29 VAND. J. L. 155, 174 (1996).

56. James, *supra* nota 33.

57. Brian Peck, *Uso extraterritorial de leyes Antimonopolio y la Discusión E.E.U.U.-EU sobre la fusión Boeing y McDonnell Douglas : ¿Desde Cortesía asta el desacuerdo? Un Argumento para un*

igual no hay ningún mecanismo para resolver discusiones sobre la ejecución. Como consecuencia del fracaso de la fusión GE, el actual Ayudante Fiscal General para la División Antimonopolio concluyó que hay un límite a la eficacia de cooperación bilateral.<sup>58</sup>

Basado en estas observaciones, el Ayudante Fiscal General está correcto en su evaluación de que hay limitaciones a acuerdos bilaterales. Aunque, haya las limitaciones en el contenido sustancial de acuerdos entre E.E.U.U. y la Union Europea, sin un mecanismo de ejecución aunque las limitaciones en los acuerdos fueran corregidas, el resultado alcanzado por la Union Europea en la fusión GE sería el mismo porque los intereses nacionales de la Union Europea han sido incorporados en su decisión.<sup>59</sup>

El acuerdo bilateral entre los Estados Unidos y la Union Europea ha trabajado sumamente bien cuando los intereses nacionales de las soberanías no han sido implicados. El Comisionado Europeo y el Ayudante Fiscal General para Antimonopolio señalaron la revisión de las fusiones de Sprint/MCI y MCI/Worldcom como los ejemplos de su coordinación cercana, cooperación, y la consulta sobre sus respectivos accesos a las revisiones de fusión para evitar resultados incoherentes.<sup>60</sup> Sin embargo, la cooperación cercana sobre intereses comunes ignora a la fuerte tentación que las naciones tienen que tomar decisiones acerca del uso de sus leyes antimonopolio basadas en lo que es bueno para el interés nacional a cargo de la comunidad global.<sup>61</sup> La Union Europea tiene un fuerte interés nacional en proteger a su industria aeroespacial.<sup>62</sup> Así, E.E.U.U. debería haber estado avisado que la cooperación bilateral es ineficaz cuando Europa percibe que sus fuertes intereses nacionales están en peligro,<sup>63</sup> y por lo tanto, no debería haber sido sorprendido con la decisión de la CE de bloquear la fusión GE.

Basado en el conflicto entre E.E.U.U. y la Union Europea sobre la fusión GE, parece claro que hay una necesidad de un mecanismo de organi-

---

*Acuerdo Internacional Obligatorio sobre la Ejecución Antimonopolio y Resolución de Discusión*, 35 L de SAN DIEGO. REVERENDO 1163, 1207 (1998).

58. James, *supra* nota 33.

59. Priest y Romani, *supra* nota 1; *vea también*, Paul Erdman, *Europa, EE UU sobre un camino a la Colisión*, CBS Marketwatch, el 3 de Julio de 2001, explicando que Europa tiene un interés en la protección de su industria aeroespacial, particularmente Aerobús, el que él reclama no hubiera sobrevivido en la competencia con Boeing sin las subvenciones de gobierno.

60. Mario Monti, *EU-US Cooperación en el Control de Fusiones Internacionales: Ejemplos Recientes y Tendencias*, Discursión delante del Instituto para Economía Internacional (el 30 de Marzo de 2001) *en* <http://www.eurunion.org/news/speeches/2001/010330mm2.htm> (última visita el 19 de Octubre de 2001); *vea también*, James, *supra* nota 13.

61. Fox, *supra* nota 7.

62. Priest y Romani, *supra* nota 1.

63. Es interesante notar que desde el acuerdo bilateral las únicas dos fusiones que han causado la fricción entre E.E. U.U. y la Union Europea han estado en la industria aeroespacial.

zación que elimina intereses nacionales de la ecuación en decisiones internacionales antimonopolio. La fusión GE muestra la necesidad de un acuerdo internacional sobre un grupo principal de valores para hacer cumplir la ley antimonopolio, y la creación de una entidad supranacional con el poder de hacer cumplir sus decisiones por un mecanismo de resolución de discusión obligatorio. Irónicamente, es la Unión Europea que ha sido un abogado leal para adoptar tal sistema.<sup>64</sup> La pregunta, entonces, es cómo puede uno sacar teorías divergentes y al interés nacional de la ecuación en el uso de ley antimonopolio a problemas internacionales?

#### V. ARMONIZACIÓN Y EJECUCIÓN: ¿LA RESPUESTA A COMPETICIÓN DE MODELO?

Hay competencia entre los Estados Unidos y la Unión Europea para ampliar el alcance geográfico de su ley antimonopolio.<sup>65</sup> La Unión Europea y los Estados Unidos emplean varias técnicas una de las cual es común y dos que son únicas en la competición para esta hegemonía. La técnica común es que ambos los E.E.U.U. y la Unión Europea propugnan para su sistema en forma del asesoramiento y la ayuda técnica a países sobre como poner en práctica sus leyes de competencia.<sup>66</sup> Las dos técnicas divergentes son el uso unilateral de sus leyes antimonopolio y acuerdos bilaterales.<sup>67</sup> Hay compradores en este mercado.<sup>68</sup> Unos 100 países en el WTO no tienen leyes de competencia, y muchas fuerzas y fuentes como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Unión Europea, y los Estados Unidos están ejerciendo fuerza para que estos países las desarrollen.<sup>69</sup>

Hasta la divergencia de la fusión GE, los Estados Unidos cada vez más había vuelto a acuerdos bilaterales para promover su marca de legislación antimonopolio.<sup>70</sup> Aunque el abordaje bilateral sea menos polémico que el

---

64. Fox, *supra* nota 7.

65. Il Hyung Jung, *Un Estudio Comparativo sobre la Pregunta del Uso Extraterritorial de la ley de competencia*, 18 DICK. J. INT=L.L. 305, 340 (2000).

66. Fox, *supra* nota 7; *vea* la Política de competencia Internacional Comm. Consultivo., EE UU. Departamento de Justicia, Informe definitivo Ch. 6, en 15 (2000).

67. Fox, *supra* nota 7. Los Estados Unidos usan el tentativo unilateral considerablemente más que la Unión Europea. La Unión Europea sigue la ruta de acuerdos Bilaterales y acuerdos de comercio libre. Esto requiere que todos los países Orientales europeos que esperan / quieren unir la Unión Europea, adopten las leyes de competencia de la Unión Europea en su ley nacional antes de que ellos puedan ser considerados para el estado de Comunidad Europea.

68. *Id.*

69. *Id.* en 1784, 1799. En 1999, el Fondo Monetario Internacional requirió Indonesia a adoptar una ley de competencia como parte de las reformas económicas sobre las que los fondos de rescate han sido condicionados.

70. James, *supra* nota 33.

aborde unilateral, siempre será limitado en términos de la cooperación y la anulación de conflicto mientras que las dos entidades más influyentes antimonopolio, los E.E.U.U. y la Union Europea, esten en competencia para ganar la hegemonía sobre las leyes de competencia.<sup>71</sup> Así, E.E.U.U. ha comenzado a buscar una solución más global inclusive para acuerdos bilaterales. Mientras no aflojan su oposición a la Organización Mundial Comercial (WTO) como un foro para la armonización de leyes de competencia y como una fuente para la resolución de discusión obligatoria para discusiones antimonopolio<sup>72</sup>, los E.E.U.U. ha tomado la delantera en la insistencia para un foro fuera el WTO para dirigir cuestiones solamente de antimonopolio, con el objetivo último de armonizar las leyes antimonopolio del mundo.<sup>73</sup> La debilidad del aborde de E.E.U.U. consiste en que el foro que ha escogido no contempla un mecanismo de resolución de discusión obligatoria para la ejecución de ley internacional antimonopolio.<sup>74</sup> También, es cuestionable si el foro, siendo empujado por E.E.U.U. evitaría una situación como la de la fusión de GE sin un mecanismo de resolución de discusión obligatorio.

Europa también ha ampliado su ley antimonopolio con acuerdos bilaterales, en particular con las naciones Orientales Europeas, requiriendo que ellos armonicen sus leyes antimonopolio con la Comunidad si desean unir la Comunidad europea.<sup>75</sup> Los E.E.U.U. no ha propugnado su modelo de competición con tanta fuerza como con la que la Union Europea ha propugnado su visión de su modelo de competición.<sup>76</sup> A consecuencia, más naciones han adoptado el modelo de competencia de la Union Europea que el modelo estadounidense.<sup>77</sup>

Sin embargo, a diferencia de E.E.U.U., Europa ha estado dispuesta de aceptar el WTO como el mecanismo para armonizar las leyes de competencia del mundo y hacerlas cumplir.<sup>78</sup> Parece que hay más países en el WTO que han adoptado el modelo de la Union Europea a diferencia del modelo estadounidense.<sup>79</sup> Por lo tanto, si el WTO es escogido como el foro para la armonización internacional antimonopolio y la ejecución, es muy probable

---

71. Jung, *supra* nota 65, en 326.

72. *Vea* la Política de competencia Internacional Comm. Consultivo. Departamento estadounidense de Justicia, Capítulo 6 de Informe definitivo en 6 (2000), en <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm> ( última visita el 16 de Noviembre de 2001).

73. James, *supra* nota 33.

74. *Id.*

75. Fox, *supra* nota 7.

76. *Id.* en 1799.

77. *Id.*

78. Monti, *supra* nota 60.

79. Fox, *supra* nota 7.

que el modelo de la Union Europea de competencia será el modelo adoptado más bien que el modelo Americano, debido al apoyo potencial de otros países ya dentro de la organización y debido a la fuerte propugnación de la Unión Europea del WTO como el foro para la política antimonopolio y la ejecución.<sup>80</sup>

El reconocer que la Union Europea aboga por el WTO como el foro para la armonización y la ejecución de la ley internacional antimonopolio, el recién designado jefe antimonopolio para el DOJ ha intentado reducir al mínimo al WTO como un foro para la política antimonopolio, recomendando a la Iniciativa de Competición Global (GCI) iniciada por E.E.U.U. como el foro para la política internacional antimonopolio.<sup>81</sup> El foco del GCI estará sobre las cuestiones sustanciales y procesales que rodean la armonización de la armonización de la ley internacional antimonopolio.<sup>82</sup> La posición estadounidense es que el amplio mandato del WTO lo hace poco apropiado para tratar adecuadamente con las cuestiones practicas de la aplicación de la ley que surgen por la internacionalización de la ley antimonopolio.<sup>83</sup> E.E.U.U. ha marcado Junio 2002, como la fecha objetivo para la ejecución del GCI. Está por verse si el resto del mundo abrazará la iniciativa GCI.<sup>84</sup>

Sin embargo, hay otras naciones significativas que comparten la aversión de América al WTO como un grupo que hace la política de competencia.<sup>85</sup> Japón y Gran Bretaña, dos países con comercio internacional sustancial pero con poca política de competencia histórica, están tan cansados como los Estados Unidos en el tener al WTO ajustando y haciendo cumplir de la política de competencia global.<sup>86</sup> Si E.E.U.U. acertan en poner en juego la iniciativa GCI, probablemente va a poner sordina a el movimiento del WTO como el foro para la política internacional antimonopolio. La razón por la cual el GCI probablemente va a prevalecer es porque se con-

80. *Id.*

81. James, *supra* nota 13.

82. *Id.* James dice que porque el objetivo último del GCI es de convergir las leyes antimonopolio del mundo, el foro GCI se concentrará en alentar, a los países desarrollados y los países en vía de desarrollo para formular y desarrollar acuerdo general sobre propuestas para la convergencia procesal y sustancial en la ejecución antimonopolio. Él también acentuó que el GCI no se ocuparía de cuestiones comerciales, que sería "todo antimonopolio, todo el tiempo."

83. *Id.*

84. *Id.*

85. Spencer Webber Waller, *la Internacionalización de Ejecución Antimonopolio*, 77 B.U.L. Rev. 343, 384-85, (1997). Waller dice que la Unión Soviética y las naciones que eran parte del imperio soviético son improbables a aceptar las perspectivas de política de competencia ser regulado por solo un cuerpo global.

86. *Id.* en 384.

centrará exclusivamente sobre cuestiones antimonopolio internacionales<sup>87</sup>, a diferencia del WTO que principalmente se concentra en cuestiones comerciales y una amplia gama de otras cuestiones no relacionadas a cuestiones antimonopolio.<sup>88</sup>

Los Estados Unidos puede tener razón sobre la exclusión de la política antimonopolio del WTO. El profesor Fox, el crítico más prominente de la inclusión de antimonopolio dentro del WTO, ha discutido que el antimonopolio internacional debería ser dirigido en foro independiente, separado del WTO.<sup>89</sup> Fox ha concluido que la armonización antimonopolio sería impedida en el WTO porque tendría que incluir comercio y representantes de competición quien tienen objetivos diferentes.<sup>90</sup> Es también la opinión de Fox que porque los acuerdos WTO típicamente incluyen la resolución de discusión, algunos países deberán de mala gana participar si la resolución de discusión forma parte del acuerdo.<sup>91</sup> Sin embargo, hasta Fox esta de acuerdo que hay necesidad de algún tipo de protocolo para lidiar con el problema de una nación que prohíbe una fusión y otra nación que aprueba la misma fusión.<sup>92</sup> Probablemente el argumento mas fuerte de Fox para dejar cuestiones de antimonopolio fuera del WTO, es que el WTO no tiene la capacidad para manejar las cuestiones de antimonopolio y comerciales que requieren su atención inmediata.<sup>93</sup> Otros partidos interesados también han discutido que el WTO carece de la experiencia institucional en antimonopolio y por lo tanto no debería ser usado para resolver discusiones sobre prácticas anti-competitivas.<sup>94</sup>

Sin embargo, el Profesor Guzman discute que el WTO es precisamente el lugar donde la política internacional antimonopolio debería estar.<sup>95</sup> Él

---

87. James, *supra* nota 13.

88. Fox, *supra* nota 7.

89. *Id.* en 665.

90. *Id.* en 677.

91. *Id.*

92. Eleanor M. Fox, *Extraterritorialidad, y el Derecho de Merger: ¿Podran Todas las Naciones Gobernar el Mundo?*, Informe 2 Antimonopolio, diciembre. 1999, en 7. Fox dice que en la ausencia de un protocolo formal para la resolución de choques sobre la aprobación por una nación de una fusión y la prohibición por parte de otro, la nación más restrictiva siempre ganará. Ella sugiere el desarrollo de las reglas de prioridad en la decisión de imponer o no imponer una fusión internacional basada en ventajas netas a la competencia global a diferencia de las ventajas dentro de las fronteras de un país.

93. *Id.* en 677.

94. Barbara Casassus, *el Interfaz Entre Comercio y Política de competencia*, el 22 de abril de 1998, en 3.

95. Andrés T. Guzman, *Antimonopolio Internacional y WTO: la Lección de Propiedad intelectual*, el 22 de abril de 1998, en 3.

discute que la historia de la experiencia del WTO con la propiedad intelectual (IP) demuestra que es el mayor lugar para el desarrollo y la ejecución de la política internacional de antimonopolio.<sup>96</sup> Él nota que la cooperación internacional sobre la propiedad intelectual no ha sido alcanzada antes de que las negociaciones hayan sido incorporadas al WTO.<sup>97</sup> Sin embargo, como él mismo Guzman indica, antes de que IP fuera incorporado en el WTO, la mayoría de los países ya habían convenido en normas mínimas de protección IP, habían armonizado el proceso de registrar de IP, y habían incorporado leyes que prohibían la discriminación contra los sostenedores extranjeros de derechos IP.<sup>98</sup> La política internacional antimonopolio no está ni cerca del nivel de armonización que fue alcanzada por IP antes de su incorporación en el WTO.<sup>99</sup> Por lo tanto, es improbable que la política antimonopolio pueda ser reproducida en el WTO de la misma manera en la que IP satisfactoriamente fue incorporado al WTO hasta que haya un progreso significativo sobre la armonización y la ejecución internacional de antimonopolio.<sup>100</sup>

Entre el gobierno, el negocio, y la academia el único acuerdo general que ha surgido sobre la política internacional antimonopolio consiste en que debería haber una armonización de la política de competición del mundo.<sup>101</sup> Líderes de negocio también han expresado la importancia de la certeza legal, la velocidad en la aprobación de transacciones, y la necesidad de algún mecanismo internacional para controlar el uso discrecional de la política antimonopolio.<sup>102</sup> Así, no parece forzado que un día las firmas multinacionales eventualmente lo encontrarán en su interés mejor un grupo de pólizas de antimonopolio internacionalmente, y un sitio en cual pleitear y resolver discusiones.<sup>103</sup>

Como visto en la fusión GE, hubiera sido deseable tener un cuerpo supranacional para mitigar una decisión basada en el interés nacional.<sup>104</sup> La asunción por parte de los defensores de un cuerpo supranacional para la armonización y la ejecución de leyes internacionales antimonopolio, es que tomará decisiones y hará cumplir aquellas decisiones basadas en la ley y no

---

96. *Id.* en 30.

97. *Id.* en 31.

98. *Id.* en 18-19.

99. James, *supra* nota 13 en 6.

100. Joseph P. Griffin, *Lo Que la Gente De negocio Quiere de un Código Mundial Antimonopolio*, 34 NEW. ENG. L.J. 1-40 (1999).

101. Casassus, *supra* nota 94 en 1.

102. *Id.*

103. Griffin, *supra* nota 100.

104. Peck, *supra* nota 57.



el interés nacional.<sup>105</sup> Así, esto parecería que incumbe a América a usar el foro nuevo que inicio para no sólo armonizar las reglas de competición antimonopolio, pero tambien para desarrollar un mecanismo para un sistema de resolución de discusión obligatorio dentro del GCI.

La iniciativa antimonopolio de E.E.U.U. y GCI debería prevalecer sobre la alternativa WTO porque el foro GCI puede dedicar su energía exclusivamente a antimonopolio y por lo tanto debería funcionar mejor en ocuparse de problemas antimonopolio que el foro WTO, que por definición debe ver antimonopolio como una cuestión secundaria dentro de su foco primario de cuestiones comerciales. El unico foco del GCI debería permitir a las naciones del mundo a trabajar con más eficacia hacia la armonización, y trabajar sobre un sistema de resolución de discusión obligatorio que es aceptable para todos, porque la atención de participantes no será distraída por otras cuestiones como estaría en el WTO. Actualmente, E.E.U.U. sólo planea usar el GCI para armonizar la política internacional antimonopolio, pero un cuerpo internacional de antimonopolio que tiene exito en armonización de la política internacional antimonopolio todavía sería ineficaz sin un mecanismo de resolución de discusión obligatorio.<sup>106</sup> En algún punto el GCI trabajará hacia la incorporación de un sistema de resolución de discusión obligatorio en el foro si el GCI debe ser totalmente existoso.

Si los Estados Unidos son acertados en realizar el foro GCI, esto tiene el potencial para mitigar el ímpetu ya construído por la Unión Europea para que el WTO sea designado como el cuerpo para la armonización y la ejecución de política internacional antimonopolio. Así colocando a América directamente en la vanguardia de formación, y determinando quien y donde este cuerpo internacional antimonopolio será.

## VI. CONCLUSIÓN

La fusión GE muestra que acuerdos bilaterales no trabajan cuando intereses nacionales son implicados. Hay una necesidad de desarrollar internacionalmente un grupo principal de códigos antimonopolio, y desarrollar un sistema de resolución de discusión obligatorio para hacer cumplir aquellos códigos y mitigar el impacto de interés nacional sobre decisiones antimonopolio. América tiene la oportunidad de desarrollar su iniciativa GCI como el foro internacional por el que la armonización y la ejecución pueden ocurrir. Sin embargo, América sólo no debe subir la armonización de la política antimonopolio en el foro GCI, pero también debe estar dispuesta a desarrollar un sistema de resolución de discusión obligatorio dentro del foro

---

105. Ernst - Ulrich Petersmann, LEY INTERNACIONAL COMERCIAL Y EL SISTEMA DE RESOLUCION DE DISCUSIÓN DE GATT/WTO 64-65 (1997).

106. *Id.*; vea también Fox, *supra* nota 7 y Peck, *supra* nota 104.

GCI para que sea un instrumento de política internacional de antimonopolio eficaz.

El comercio desea comprar en un solo sitio cuando se trata de la política internacional antimonopolio. Así, parece una certeza que algún día las futuras firmas multinacionales comenzarán a insistir en la implementación de un cuerpo supranacional donde ellos pueden pleitear y resolver discusiones antimonopolio que cruzan fronteras nacionales. Por lo tanto, parece sólo prudente para los E.E.U.U. tener una alternativa desarrollada y modelada a lo largo de medidas que pueda aceptar. El foro GCI puede ser aquella alternativa.

# UNA MIRADA ADENTRO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: UN CAMBIO BENEFICIOSO

*Ingrid Suarez*

I.	INTRODUCCIÓN .....	634
II.	HISTORIA BREVE DE LA REPÚBLICA DOMINICANA .....	634
III.	LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 .....	637
	A. <i>El Poder ejecutivo</i> .....	638
	B. <i>El Poder legislativo</i> .....	638
	C. <i>La Judicatura</i> .....	639
IV.	LA NUEVA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.....	641
	A. <i>Selección de los Jueces del Tribunal Supremo</i> .....	642
	B. <i>Los nuevos Jueces de la Corte Suprema</i> .....	644
	1. Presidente del tribunal Jorge A. Subero Isa .....	644
	2. Juez Rafael Manuel Luciano Pichardo .....	645
	3. Juez Juan Guilliani Vólquez .....	645
	4. Juez Hugo Alvarez Valencia.....	646
	5. Juez Julio Anibal Suarez Dubernay .....	646
	6. Juez Margarita A. Tavares .....	647
	7. Juez Julio Genaro Campillo.....	647
	8. Juez Eglys Margarita Esmurdoc .....	648
	9. Juez Victor Jose Castellanos.....	648
	10. Juez Julio Ibarra Ríos.....	648
	11. Juez Edgar Hernandez Mejia .....	649
	12. Juez Dulce M. Rodriguez de Gori .....	649
	13. Juez Ana Rosa Berges de Farraay .....	649
	14. Juez Juan Luperon Vázquez .....	650
	15. JUEZ ENILDA REYES PEREZ .....	650
	C. <i>El Proceso de Casos</i> .....	642
V.	LA ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA SE ELEVÓ COMO CONSECUENCIA DE LA NUEVA JUDICATURA.....	652
VI.	CONCLUSIÓN .....	653
VII.	DIAGRAMAS .....	655
	A. <i>Un organigrama del poder Judicial</i> .....	655
	B. <i>Crecimiento Económico desde la efectucción de la Reforma del 1994</i> .....	656

## I. INTRODUCCIÓN

Un Presidente estaba por encima de la ley. Una Legislatura pasaría cualquier ley sin pensar en el impacto sobre sus ciudadanos. Corrupción y un gobierno descuidado eran parte de un país en caos económico y político. Estos eran algunos de los problemas en la República Dominicana antes de 1994 cuando el Acto de Reforma Constitucional (en lo sucesivo "el Acto") fue pasado. Como consecuencia del Acto una judicatura independiente fue establecida, y la ley en vez de la corrupción, reina supremamente otra vez. Este artículo hablará del Acto y sus logros en la República Dominicana, la mejora financiera del país después que el acto fue pasado, y el posible efecto que esto puede tener sobre otros países en vía de desarrollo con poderes judiciales débiles o no independientes.

## II. HISTORIA BREVE DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

La República Dominicana esta localizada entre el Mar Caribe y el norte del Océano Atlántico en la isla de la Española.<sup>1</sup> Es una nación independiente de herencia española,<sup>2</sup> con una población actual de 8.4 millones de personas.<sup>3</sup> La isla es como del tamaño de Vermont y New Hampshire combinados.<sup>4</sup> La isla fue descubierta por Cristóbal Colón en 1492, y se convirtió en parte de la ruta para los exploradores españoles.<sup>5</sup> En 1697, Francia obtuvo la isla de España y se colocó en la parte occidental de la isla.<sup>6</sup> Los franceses llamaron a su colonia Haití, y ellos la usaron como un puerto para el comercio de esclavos.<sup>7</sup> Cien años más tarde, los haitianos se rebelaron y ganaron su libertad en 1793.<sup>8</sup>

---

1. CIA *The World Factbook 2000* at <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/dr.html> (última modificación 1 de enero del 2000) [de aquí en adelante CIA].

2. *Recursos e Información de Países alrededor del Mundo* <http://www.virtualsources.com/Countries/Latin%20America%20Countries/Dominican%20Republic.htm> (última visita a de septiembre del 2000) [de aquí en adelante Recursos e Información].

3. CIA, *supra* note epígrafe 1.

4. *Id.*

5. JACINTO GIMBERNARD, *HISTORIA DE SANTO DOMINGO [HISTORY OF SANTO DOMINGO]* 11 (1989).

6. Al final de la Guerra entre España y Francia, el Rey Louis XIV de Francia firmo un Acuerdo de Paz con España. *Id.* Este Acuerdo Concede a Francia I derecho de establecerse en la parte oeste de la isla, lo cual es dividida por el Rio Guayybin. *Id.* Los España (es acordaron Mantener la paza siempre en cuanto los colonizadores Frances no cruzaran la linen. *Id.* en. 104.

7. *Id.*

8. La Asamblea Nacional declaró que todos los niños de pasados esclavos Africanos tenían derechos iguales a los blancos. Esto casvo la rebe lion de los esclavos. *Id.* en 110.

En 1822, los haitianos ahora libres atravesaron al lado Este de la isla y tomaron posesión de toda la isla durante veintidos años.<sup>9</sup> Durante este período, la constitución haitiana creó un Tribunal Supremo como un tribunal de último recurso, pero sin el poder de considerar cuestiones constitucionales.<sup>10</sup> Estatutos haitianos, basados en la legislación francesa, fueron usados para todos los asuntos criminales, civiles, y corporativos.<sup>11</sup>

En 1844, la República Dominicana ganó su independencia de los haitianos, y la primera constitución de la República Dominicana fue formada.<sup>12</sup> Esta constitución dió a la Suprema corte de Justicia el poder constitucional de repasar los tribunales inferiores y mantener la uniformidad en todo el país.<sup>13</sup>

En 1916, acreedores europeos amenazaban por la fuerza para obtener las deudas impagadas.<sup>14</sup> Para ayudar con esto y asegurar el pago de deudas a bancos Americanos, los Estados Unidos ocuparon la isla durante ocho años. Bajo la administración del Presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson, los Infantes de Marina restauraron el orden en todo el país. El presupuesto del país fue equilibrado, la deuda fue disminuída, y el crecimiento económico reasumido. Los Estados Unidos crearon los proyectos de infraestructura que produjeron los caminos nuevos que unieron las regiones de todo el país.<sup>15</sup>

En 1930, el dictador Rafael Trujillo ganó el poder y controló la isla hasta su asesinato en 1961.<sup>16</sup> Durante su control, Trujillo promovió el desarrollo económico de el que sólo él y sus partidarios se beneficiaron.<sup>17</sup> También, Trujillo mantuvo una separación de impostor de poderes en los que la judicatura y poderes legislativos estaban bajo su completo control.<sup>18</sup>

9. *Id.* en 111.

10. <http://www.suprema.gov.do/scj/hscj.htm>. La Entrevista Personal con la Justicia Julio G. Campillo, el Presidente de la Academia de Historia dominicana y la Justicia de Tribunal Suprema de República Dominicana (el 29 de julio de 2000) [en lo sucesivo *Entrevista con la Justicia Campillo*]; visto también al Doctor Julio G. Campillo, *Breve Historia Suprema de la Corte de Justicia [la Historia Breve del Palacio de la Justicia Supremo]* (visitado el 31 de julio de 2000) < [el Tribunal en lo sucesivo *Supremo Webpage*].

11. *Id.*

12. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

13. *Id.*

14. Fuentes Virtuales, *supra* nota 2.

15. <http://rs6.loc.gov/frd/cs/dotoc.html#do0021>. Ocupación de los Estados Unidos 1916-24, Biblioteca de Congreso, División de Investigación Federal, Estudios de País, Serie de Manual de Área.

16. Fuentes Virtuales, *supra* nota 2.

17. *Id.*

18. MAIRENI RIVAS POLANCO, OTRA IMAGEN DEL PODER DOMINICANO JUDICIAL [OTRA IMAGEN DE LA JUDICATURA DOMINICANA] 29 (2000).

Después de la muerte de Trujillo, el país se encontraba en una confusión política. Una serie de gobiernos provisionales de breve duración siguió antes de que una guerra civil estallara en 1963. Dos años más tarde, el Presidente de los Estados Unidos, Lyndon B. Johnson,<sup>19</sup> envió a los Infantes de Marina para asegurar Santo Domingo y restaurar el orden.<sup>20</sup> La intervención concedió la aprobación hemisférica de la creación de la OEA<sup>21</sup> y la paz patrocinada obliga a suplementar los militares de los Estados Unidos.

En 1966, las elecciones comenzaron a ser sostenidas “normalmente” cada cuatro años.<sup>22</sup> Sin embargo, desde entonces cada elección ha sido llena de acusaciones de fraude o de intimidación.<sup>23</sup> En 1994, las alegaciones<sup>24</sup> eran tantas y tan convincentes que los partidos principales políticos firmaron un Pacto por la Democracia, para evitar perturbaciones civiles como un golpe de estado, huelgas y otros.<sup>25</sup> El Pacto requirió al Presidente electo, Joaquín Balaguer, a servir solamente por un término de dos años, en vez de cuatro.<sup>26</sup> Esto también convocó a la Asamblea nacional<sup>27</sup> a hacer cambios<sup>28</sup> a las varias partes de la constitución que afectó la judicatura del

19. Para aprender más sobre la intervención de los Estados Unidos en 1965, *Visto a Abraham D. Sofaer, el Derecho(ley) Internacional y la Intervención Militar de los Estados Unidos en el Hemisferio Occidental*, 92 SOY. J. INT'L. L. 586 (1998).

20. Victor Grimaldi(vencedor Grimaldi), *Diario El-Secreto Intervencion de la Norteamericana de 1965* [el *Diario Secreto de la Intervención north Americana de 1965*], < [http://www.rincondominicano.com/1965.shtml.com / >](http://www.rincondominicano.com/1965.shtml.com/).

21. Nota *Infra* 30.

22. “República Dominicana ha sostenido 10 elecciones desde authoritarianism terminado allí en 1961. Generalmente, esto seguramente sería bastante para el país para ser considerado como seguramente democrático. Sin embargo, sólo 4 de 10 ha sido, y feria y competitivo, mientras las carreras a , o los resultados de, otros han producido crisis, el golpe de estado, la revolución, han renovado authoritarianism, la guerra civil, la intervención por militares de los EU, o interrupciones nearnational. “ Howard J. Wiarda, *Acuerdo general Encontrado, Acuerdo general Perdido: Disyunción en Política ESTADOUNIDENSE Hacia América Latina en la Vuelta del Siglo*, 39 J. Tachón Interamericano. Y Mundo Aff. 13 (1997).

23. LARRYIGEN ROHTER, *República Dominicana Votos, con Sangre nueva en la Raza(carrera)*, NUEVA YORK. VECES, el 17 mayo de 1996, en A10.

24. Para aprender más sobre las alegaciones de fraude electoral 1994, *visto a Howard W, el francés, junior, el Fraude Cargado en el Voto dominicano*, INT'L ANUNCIA LA TRIBUNA, el 19 mayo de 1994, en Noticias.

25. ROTHER, *supra* nota 23.

26. *Id.*

27. La Asamblea nacional es el congreso en afluente en el tiempo la constitución ha sido votada sobre.

28. El cambio 1994 constitucional es el número 36 en la historia de República Dominicana. La entrevista con la Justicia Campillo, *supra* nota 10.

país.<sup>29</sup> La Organización de Estados Americanos (la OEA)<sup>30</sup> sostuvo el Pacto con la intención de reforzar la confianza de la gente en sus instituciones. El gobierno de los Estados Unidos describió el Pacto como “una solución aceptable” para la crisis política dominicana.<sup>31</sup> Los cambios a la constitución eran extensos, y tuvieron un impacto significativo sobre el país.

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En 1994, la Constitución de la República Dominicana sufrió una serie de cambios extensos con el objetivo de reestructurar el país en una verdadera democracia. Los cambios enfocaron los valores, instituciones, y mecanismos para alcanzar una democracia más abierta.<sup>32</sup> Una democracia flexible y respetuosa de los derechos de las minorías, no sólo basado en la ley, pero en un modo nuevo de vivir y coexistir con los ciudadanos, y una interacción más eficaz entre la sociedad y el estado.<sup>33</sup>

Antes de la Reforma de 1994, las tres ramas del gobierno, se decía, que eran independientes.<sup>34</sup> Sin embargo, los hechos han mostrado que la separación de poderes no ha existido.<sup>35</sup> En cambio, el poder ejecutivo ha prevalecido por encima de las ramas de la judicatura y los poderes legislativos.<sup>36</sup> El Presidente jugó el papel primario del estado, a menudo sin estar sujeto a comprobaciones y balances por otras ramas del gobierno.<sup>37</sup> Entre las enmiendas principales a la constitución estuvo la creación de un Consejo especial, el Consejo Nacional de la Magistratura, designar jueces del Tribunal Supremo.<sup>38</sup>

---

29. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 32.

30. <http://www.oas.org>. La OEA está una organización arreglada de 35 Estados miembros, de Al norte, la América Central y América del Sur, Canadá y el Caribeño. Esto ha sido creado a afirmado el compromiso de los estados a objetivos comunes y el respeto para cada soberanía nacional. Sobre la OEA.

31. *Reforma de Constitución*, 94-08 Boletines de noticias Latinoamericanos, Ltd., Política 6 (el 6 de octubre de 1994).

32. Una revisión de opinión pública en 1997 definieron la democracia como “ fuerte, statist, el Peron-estilo, nacionalista, y la cima - abajo el mando. “ Wiarda, *supra* nota 22.

33. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 28.

34. *Id.*

35. *Id.*

36. *Id.*

37. *Id.*

38. *Id.* en 29.

### A. *El Poder ejecutivo*

El Ex-Presidente Joaquin Balaguer<sup>39</sup> encabezó el poder ejecutivo en 1966. La constitución en ese entonces le permitió lanzarse por una reelección al final de su término de cuatro años. Él fue reelegido en 1970, y otra vez en 1974, pero perdió la elección en 1978 y 1982. Esto lo ayudo a ser reelegido como Presidente, cuando gano en 1986, 1990 y 1994.<sup>40</sup> Una carencia de refrenamientos sobre la reelección permitió a Joaquin Balaguer quedarse en el poder durante un período de más de 20 años. Además, la constitución de 1966 no incluyó limitaciones o repercusiones sobre las acciones presidenciales. Así, el Presidente era libre de cualquier revisión constitucional.<sup>41</sup>

La Constitución de 1994 prohíbe la reelección consecutiva del Presidente.<sup>42</sup> Esta limitación permite al país tener un comienzo fresco cada cuatro años, y evita el abuso de poder. En este momento, el Presidente sirve, como Presidente y Jefe de Gobierno.<sup>43</sup> Él tiene el poder de emitir decretos, y designar el gabinete y los gobernadores de las veinte nueve provincias.

### B. *El Poder legislativo*

El poder legislativo de la República Dominicana es ejercido por un congreso de doble cámara.<sup>44</sup> El congreso es compuesto de un Senado con treinta miembros, y una Cámara de Autoridades con 120 miembros.<sup>45</sup> Tanto el Senado y la cámara son elegidos por el voto popular para servir un término de cuatro años.<sup>46</sup> Bajo la vieja Constitución, el Senado, que estaba

---

39. "Balaguer nacieron en el Chalet Bisono el 1 de septiembre de 1907, el hijo de un inmigrante Comerciante de Puerto Rico. Habiendo publicado un libro de poemas en edad 14, el El intelectual Balaguer continuó a recibir un grado de la ley antes ir a París y Ganancia de un doctorado en el Sorbonne. Él entró en servicio diplomático de el República Dominicana y, después de una carrera breve en enseñanza en la Universidad de Santo Domingo, él sirvió como un embajador a varios países Latinoamericanos. Él estaba la parte del Gabinete de dictador Rafael Trujillo durante el tardío de(tarde) de los años 1940 y Los años 1950, encabezando sobre varios ministerios diferentes, y se hicieron el vicepresidente en 1957. En 1960 él se hizo el presidente de mascarón de proa bajo Trujillo y obligó en Exilio después del asesinato del Trujillo un año más tarde." *Biografías: Joaquin Balaguer Ricardo*, ABECÉ-CLIO, sociedad anónima. (1999).

40. Fuentes Virtuales, *supra* nota 2.

41. *Id.*

42. CONSTITUCION REPUBLICA DE LA DOMINICANA DE 1994 [DOM. REP. CONST. DE 1994] arte. 49.

43. La AGENCIA CENTRAL DE INFORMACIÓN, *supra* nota 1.

44. La AGENCIA CENTRAL DE INFORMACIÓN, *supra* nota 1.

45. *Id.*

46. *Id.*



bajo la influencia del Presidente, era responsable de elegir a todos los jueces, incluyendo los jueces del Tribunal Supremo.<sup>47</sup> La reforma constitucional acabó con aquel poder del Senado.<sup>48</sup> El Congreso ahora es independiente del poder ejecutivo, y representa las opiniones de la gente.<sup>49</sup> El partido de gobierno que controla sólo sostiene una minoría de los asientos, en ambos el Senado y la Cámara de Autoridades.<sup>50</sup>

La legislatura de doble cámara juega un papel vital en la generación del apoyo de polizas, el debate de medidas propuestas, y el retraso de iniciativas ejecutivas.<sup>51</sup> Sin embargo, el congreso unilateralmente no puede proponer asignaciones monetarias.<sup>52</sup> Esto es limitado por dos sesiones de 90 días cada año.<sup>53</sup> Préstamos internacionales para el sector público, así como nuevos impuestos, requieren la aprobación del Congreso.<sup>54</sup>

En este momento, el Consejo Nacional Magistrature es autorizado para designar jueces del Tribunal Supremo.<sup>55</sup> El Consejo es encabezado por el Presidente del país, o en su ausencia por el Vicepresidente, o en su ausencia por el Fiscal General.<sup>56</sup> El resto de los miembros incluye: el Presidente del Senado, un Senador que pertenece a un partido diferente a el del Presidente del Senado; el Presidente de la Cámara de Autoridades, un diputado que pertenece a un partido diferente a el del Presidente de la Cámara; el Presidente del Tribunal Supremo, y un Juez del Tribunal Supremo para servir como Secretario.<sup>57</sup>

### C. La Judicatura

La rama judicial<sup>58</sup> es conducida por la Suprema Corte de Justicia.<sup>59</sup> Este está compuesto por los Tribunales de Apelación, y otros tribunales de

47. CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE LA DOMINICANA DE 1966 [DOM. REP. CONST. DE 1966] arte. 23 (1).

48. *El Informe sobre la situación de Derechos humanos en República Dominicana*, la Organización de Estados Americanos, 104 Inter-es(-está). C.H.R., Doc. 49 (1999) [en lo sucesivo OEA].

49. *Id.*

50. *Id.*

51. La Entrevista con la Justicia Campillo, *supra* nota 10.

52. *Id.*

53. *Id.*

54. *Id.*

55. La OEA, *supra* nota 51.

56. DOM. REP. CONST. de 1994, arte. 64 (1).

57. *Id.*

58. Para una descripción gráfica de la rama judicial, por favor visto la Sección VI, la Carta 1 en el final de este artículo.

59. DOM. REP. CONST. de 1994, arte. 64.

jurisdicción menor, como los Tribunales de Tierra, los Tribunales de Primera Instancia,<sup>60</sup> y los Jueces de la Paz.<sup>61</sup> El Tribunal Supremo es el tribunal alto de la nación, y esto tiene la jurisdicción sobre el país entero.<sup>62</sup> Su trabajo debe repasar el uso de la ley por los tribunales inferiores, así como la constitucionalidad de las leyes.<sup>63</sup> Antes del Acto 1994, el Tribunal Supremo no estaba en la libertad de declarar ninguna ley inconstitucional.<sup>64</sup> La judicatura ha sido sujeta a otras dos ramas del gobierno para cualquier decisión que quisiera hacer.<sup>65</sup> No era libre de escoger sus propios recursos financieros o humanos.<sup>66</sup> El poder legislativo, expresamente el Senado, designó los jueces y aprobó el presupuesto de la judicatura.<sup>67</sup> El poder ejecutivo designó el personal judicial y preparó y ejecutó el presupuesto.<sup>68</sup> El poder judicial era tan débil, que los ciudadanos dominicanos lo llamaron “el poder sin poder”, o la Cenicienta de los poderes.<sup>69</sup>

La judicatura había perdido la espada de su poder y la balanza de su justicia.<sup>70</sup> Esta se había ahogado en un mar de corrupción, ineficiencia, extremadas tardanzas, desorganización, e ineptitud. En otras palabras, estaba en un caos legal.<sup>71</sup>

La nueva Constitución da la autonomía de judicatura en la administración y cuestiones financieras.<sup>72</sup> Esta ordena la creación del Consejo Nacional de Magistratura,<sup>73</sup> cuyo trabajo exclusivo es designar jueces al Tribunal Supremo.<sup>74</sup> Ésta también ordena al Consejo crear una Ley que establezca las reglas para los miembros de la judicatura [Ley de Carrera Judicial].<sup>75</sup> Ésta permite que cuestiones constitucionales sean traídas directamente antes del Tribunal Supremo por el poder ejecutivo, el

60. Los Tribunales de Primer Caso (Juzgado de Primera Instancia) es equivalente con los Tribunales de distrito Federales de los Estados Unidos.

61. Los Jueces de la Paz (Juzgado de Paz) es equivalente con el Circuito y los Juzgados comarcales de los Estados Unidos.

62. La OEA, *supra* nota 48.

63. *Id.*

64. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

65. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 30.

66. *Id.*

67. *Id.*

68. *Id.*

69. *Id.* en 29.

70. *Id.*

71. *Id.* en 30.

72. DOM. REP. CONST. de 1994, arte. 63.

73. En lo sucesivo “el Consejo.”

74. *Id.* en arte. 64 (1).

75. *Id.* en arte. 63 (1).

poder legislativo, o cualquier parte interesada.<sup>76</sup> También concede al Tribunal Supremo el poder de seleccionar los jueces para la nación entera.<sup>77</sup>

El Presidente ya no esta más por encima de la ley. Él esta sujeto al escrutinio del Tribunal Supremo, cuyos miembros son ahora los perros guardianes de la nación.

#### IV. LA NUEVA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

La nueva Suprema Corte de Justicia se encuentra en un edificio de dos pisos remodelado en 1997.<sup>78</sup> Un marco con el emblema de la bandera de la República Dominicana se encuentra encima del escritorio de la justicia sobre la pared del centro, indicando su respeto por su país.<sup>79</sup> A la izquierda de la oficina, la balanza de justicia se encuentra sobre el centro del estante rodeado por códigos y libros de la ley.<sup>80</sup> A la derecha de la oficina un cuadro enmarcado de la ceremonia de toma de posesión de los jueces con el ex-Presidente Leonel Fernández.<sup>81</sup> Este edificio lleva adentro muchos años de experiencia, responsabilidad, eficacia, sabiduría, buena voluntad, y el potencial para llevar los deberes de sus miembros actuales.<sup>82</sup>

Bajo la constitución vieja, el Tribunal Supremo tenía el deber de actuar como el tribunal de primera instancia para casos criminales contra el Presidente, el Vicepresidente, senadores, diputados, el Secretario de Estado, jueces de la Corte Suprema, el Ministro de la Justicia, Fiscales del Estado, y los jueces de tribunal inferiores.<sup>83</sup> El Tribunal también tenía el deber de actuar como un tribunal de último recurso para aquellos casos en los cuales el Tribunal de Apelación actua como un tribunal de primera instancia.<sup>84</sup> Este tenía la jurisdicción para conocer reclamaciones por la anulación del juicio, y tenía el deber de ejercer el nivel mas alto de autoridad disciplinaria sobre todos los miembros de la judicatura, con la capacidad de imponer la suspensión o la destitución, según fuera requerido por la ley.<sup>85</sup> Este también tenía el poder de transferir a una jurisdicción diferente, o sea

---

76. *Id.* en arte. 67 (1).

77. *Id.* en arte. 67 (4).

78. Percepción Personal de mi visita a República Dominicana en julio, 2000.

79. *Id.*

80. *Id.*

81. *Id.*

82. *Id.*

83. DOM. REP. CONST. de 1966, §2, arte. 67.

84. *Id.*

85. *Id.*

permanentemente o temporalmente, cada uno de los jueces de tribunal inferiores, como ellos vieran apto.<sup>86</sup>

El Acto 1994 adiciona a estos impuestos la capacidad de conocer de cuestiones constitucionales presentadas por el poder ejecutivo, el Congreso, o cualquier parte interesada.<sup>87</sup> Esto también dió al Tribunal Supremo el poder de crear posiciones administrativas necesarias para realizar sus deberes, seleccionar a todos los empleados, y determinar el sueldo y los bonos de los jueces y el personal administrativo de la rama judicatura.<sup>88</sup>

#### A. Selección de los Jueces del Tribunal Supremo

El Consejo Nacional de la Magistratura se encuentra por primera vez en septiembre de 1996.<sup>89</sup> En ésta reunión ellos acuerdan sobre el procedimiento para seleccionar jueces, y las exigencias que los candidatos<sup>90</sup> deben tener antes de ser denominados.<sup>91</sup> Sin embargo, las reuniones del consejo no siempre iban bien, y en Marzo de 1997, el Consejo todavía no podía ponerse de acuerdo sobre cuestiones como el tiempo por el que los jueces podían ser nombrados.<sup>92</sup> En una segunda reunión en marzo 1997 el Consejo anuncio en un boletín de prensa nacional que ellos aceptarían nominaciones para candidatos de los miembros de sociedad, entidades religiosas, compañías privadas, y partidos políticos.<sup>93</sup> Los ciudadanos respondieron a esta petición denominando a abogados de cada parte de la nación.<sup>94</sup>

En abril de 1997, el Consejo publicó una lista de 252 nombres los que ellos habían recibido de diferentes entidades.<sup>95</sup> El objetivo era de escoger dieciséis jueces y dos suplentes de las morales y calificaciones mas altas.<sup>96</sup>

---

86. *Id.*

87. DOM. REP. CONST. de 1994, arte. 67 (1).

88. *Id.* en (7) (8) (9).

89. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 46.

90. Bajo el Artículo 65 de la constitución de la República Dominicana para ser una justicia de tribunal suprema, el individuo debe ser a un ciudadano natural nacido dominicano, tener más de 35 años, debe tener a un doctor juris el grado, debe ser totalmente capaz de ejercer sus derechos civiles y políticos, y debe haber ejercido la abogacía o ha fcerá a un juez para una t la mayor parte doce años. DOM. REP. CONST. de 1994, arte. 65.

91. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 46

92. *Id.*

93. *Id.*

94. *Id.*

95. *Id.*

96. Rafael Alonso, *Pecado Salida: Consejo El-Nacional Magistratura de la Debe Escoger los Mejores Jueces [Sin una opción: el Consejo Nacional Magistrature Debe Escoger lo mejor Jueces]*, 7 Gaceta Judicial 4, (el 15 mayo 1997).

El Consejo comenzó su proceso de selección descalificando a candidatos basados en criterios de eliminación.<sup>97</sup> Cinco candidatos fueron descalificados por no aceptar su nombramiento.<sup>98</sup> Veinte tres candidatos fueron descalificados por ser miembros activos o por la participación anterior en cualquier actividad de un partido político, ya que esto perjudicaría el objetivo del Consejo de crear un sistema realmente independiente judicial.<sup>99</sup> Seis candidatos fueron descalificados por su vejez o por no tener la resistencia física deseada por el Consejo, para el cumplimiento de una posición con responsabilidades tan altas.<sup>100</sup> El Consejo también descalificó 122 de los candidatos por ser conocidos solamente en un círculo muy cerrado de abogados, no tener una especialidad en el campo legal, no tener publicaciones conocidas, o por no aparecer anteriormente ante el Tribunal Supremo.<sup>101</sup>

El Consejo quedó con 96 candidatos quienes obtendrían de uno a tres puntos según un sistema de punto establecido.<sup>102</sup> La máxima cantidad de puntos a conseguir serían treinta y seis puntos.<sup>103</sup> Los puntos fueron acumulados según su formación legal, doctrina, trabajos profesionales y trabajos comunitarios.<sup>104</sup> La formación legal fue calculada revisando los estudios de postgrado, la educación legal especial como profesores, o como participantes en simposios internacionales o nacionales legales.<sup>105</sup> Los puntos para la doctrina fueron acumulados según sus creencias ideológicas en cuestiones sociales, económicas, políticas, y legales.<sup>106</sup> Los puntos de servicio profesionales fueron determinados por su experiencia de trabajo, cualquier investigación independiente legal, disertaciones o peticiones presentadas ante el Tribunal Supremo, enseñando la experiencia en la enseñanza superior, cualquier posición de consultor oficial, y la participación en proyectos legales, investigaciones o estudios.<sup>107</sup> Después

---

97. *Id.*

98. *Id.*

99. *Id.* en 5.

100. *Id.*

101. *Id.*

102. El sistema de punto usado por el Consejo ha sido modelado contra el sistema de punto usado en España, Costa Rica y Guatemala para seleccionar sus jueces de tribunal supremos. Alonso, *supra* nota 96.

103. Alonso, *supra* nota 96.

104. *Id.*

105. *Id.*

106. *Id.*

107. Alonso, *supra* nota 96, en 5.

de que todos los criterios fueron considerados, el campo fue reducido a treinta candidatos.<sup>108</sup>

Los candidatos restantes fueron requeridos a participar en una sesión de preguntas y respuestas con el consejo difundidas y televisadas por todo el país.<sup>109</sup> Ésta etapa duró aproximadamente cinco horas.<sup>110</sup> Después de una deliberación de dos horas, el Consejo volvió a la televisión nacional y anunció a los once hombres y cinco mujeres quien serían jueces de la nueva Suprema Corte de Justicia.<sup>111</sup> El día después del anuncio, los Jueces fueron jurados en oficio.<sup>112</sup> Al día siguiente, los Jueces tomaron sus asientos en el Tribunal Supremo.<sup>113</sup>

### B. *Los nuevos Jueces de la Corte Suprema*

El Consejo escogió los mejores quince hombres y mujeres de la República Dominicana, y les dio las riendas de la justicia. Cada uno de los jueces tiene un fondo muy distinto y ejemplar. Aquí sus historias.

#### 1. *Presidente del Tribunal Jorge A. Subero Isà*

Hasta la hora de su nuevo cargo como Presidente del Tribunal, Subero era el Presidente de la Junta Central Electoral.<sup>114</sup> Él nació en 1947, y obtuvo su Doctor en Leyes en 1970 de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Él se especializó en responsabilidad civil y derechos de Seguros.<sup>115</sup> Él también trabajó como el gerente de reclamaciones para Seguros San Rafael, la compañía de Seguros más grande en la República Dominicana.<sup>116</sup> De 1979 a 1981, él sirvió como el Presidente del Colegio de Notarios en Santo Domingo.<sup>117</sup> Él era un árbitro en el Consejo Nacional de Conciliación y el Arbitraje de la Cámara del Comercio, y un profesor de

---

108. *Id.*

109. La Entrevista Personal con la Justicia Julio A. Suarez, la Justicia de República Dominicana el Tribunal Supremo (el 4 de agosto de 2000) [en lo sucesivo *Entrevista con la Justicia Suarez*].

110. *Id.*

111. Después del seleccionar, uno de los candidatos masculinos rehusa la posición. *Id.*

112. *Id.*

113. *Id.*

114. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 55.

115. *Id.*

116. *Id.*

117. En contraste con los Estados Unidos, en República Dominicana todos los notarios tienen un doctor juris el grado. La entrevista con la Justicia Suarez, *supra* nota 109.

Derecho y el fundador de la Universidad de Derecho Iberoamericana (UNIBE).<sup>118</sup>

## 2. Juez Rafael Manuel Luciano Pichardo

El Juez Luciano es asignado como el primer sustituto al Presidente del Tribunal.<sup>119</sup> Él es también el jefe de la división civil dentro del Tribunal Supremo. Él nació en 1935 y obtuvo su Doctor en Leyes en 1961 de la Universidad de Santo Domingo.<sup>120</sup> Él entonces obtuvo un grado de Postgraduado en Ciencias de Cárcel de la Universidad Católica de Chile.<sup>121</sup> Él es en este momento un profesor de procedimiento civil en la Universidad Iberoamericana (UNIBE) y la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU). Él fue un abogado que practicó durante treinta seis años. Él también fue un árbitro con la Conciliación Nacional y el Consejo de Arbitraje de la Cámara del Comercio.<sup>122</sup> Él fue consultor legal del Banco Central y el Banco de las Reservas de la República Dominicana. Él era el coordinador de la Comisión para poner al día el Código Civil Dominicano.<sup>123</sup> Él ha sido el autor de muchos artículos, pruebas y monografías sobre asuntos civiles, criminales, y asuntos de condena.<sup>124</sup> Juez Luciano es un hombre muy cordial y provechoso quien está siempre de prisa.<sup>125</sup>

## 3. Juez Juan Guilliani Vólquez

Él es designado como el segundo sustituto al Presidente del Tribunal, y el presidente de la división de trabajo dentro del Tribunal Supremo.<sup>126</sup> Juez Guilliani nació en 1913, y se graduó del colegio de abogados en 1936, de la Universidad de Santo Domingo.<sup>127</sup> Él fue un abogado que practicó durante sesenta y un años. Muchas veces, sirvió como el Senador y el

---

118. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 55.

119. *Id.* en 56.

120. *Id.*

121. *Id.*

122. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 56.

123. *Id.*

124. *Id.*

125. Percepción Personal de mi reunión con Justicia Luciano en el Tribunal Supremo, Dom. Rep. (El 24 de julio de 2000).

126. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

127. *Id.*

Diputado de Santo Domingo. Él actuó como Fiscal General por dos términos.<sup>128</sup>

#### 4. Juez Hugo Alvarez Valencia

Juez Alvarez es el Presidente de la División Criminal dentro del Tribunal Supremo.<sup>129</sup> Él nació en 1923, y terminó la carrera en 1945 en la Universidad de Santo Domingo, en la Escuela de derecho.<sup>130</sup> Él ejerció la abogacía durante cincuenta y dos años antes de la asignación al Tribunal Supremo. Él se especializó en accidentes de tráfico y la ley corporativa.<sup>131</sup> Él fue anteriormente un solicitador General y un sustituto al Presidente de la Junta Central Electoral.<sup>132</sup>

#### 5. Juez Julio Anibal Suarez Dubernay

Juez Suarez forma parte de la división del Trabajo dentro del Tribunal Supremo. Él nació en 1942, y obtuvo su doctor en leyes a la edad de veinte cinco, de la Universidad Autonoma de Santo Domingo (UASD).<sup>133</sup> Él se especializó en Trabajo y la ley de empleo, representando a los miembros de la unión y defendiendo a empleados que eran despedidos injustamente.<sup>134</sup> Él es un hombre quien usa palabras para solucionar problemas en vez de la creación de ellos.<sup>135</sup> Él fue siempre el equilibrio y la moderación entre el fuego y los miembros de la unión de perversidad y las empresas durante una huelga.<sup>136</sup> Él enseña la ley de Trabajo en la Universidad Catolica Madre y Maestra (PUCMM). Él es un profesor honorario en la Universidad Central Este, y él ha participado como un profesor en cursos diferentes extraescolares.<sup>137</sup> Él es un ex-Presidente de la Asociación Dominicana del Derecho de Trabajo y la Seguridad Social.<sup>138</sup> Él es también un ex-

---

128. *Id.*

129. *Id.*

130. RIVAS POLANCO, *supra* note 18, en 62.

131. *Id.*

132. *Id.*

133. *Id.* en 60.

134. *Id.*

135. Ramon E. Colombo, *Pecado Frontera: DOS Abogado de Combate Suprema en la Corte de Justicia [Sin una opción: Dos Abogados de Golpe de gracia en el Palacio de la Justicia Supremo]*, 17 Gaceta Judicial 17, (el 2 de octubre de 1997).

136. *Id.*

137. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 60.

138. *Id.*



Presidente de la Asociación Dominicana de Abogados.<sup>139</sup> En 1997, él fue proclamado al Visitante Distinguido en San Juan, Puerto Rico, y recibió la llave a la ciudad de San Juan por parte de la Alcaldesa, Sila Calderón.<sup>140</sup>

#### 6. Juez Margarita A. Tavares

Juez Tavares nació en 1924, y terminó la carrera en 1947 de la Universidad de Santo Domingo.<sup>141</sup> Ella fue un miembro de la comisión designada por el Presidente para la revisión y la modernización del Código de Procedimiento dominicano Civil.<sup>142</sup> Ella también fue miembro del Consejo asesor de Mujeres del Senado.<sup>143</sup> Ella es un miembro de la División Civil dentro del Tribunal Supremo.<sup>144</sup>

#### 7. Juez Julio Genaro Campillo

Juez Campillo nació en 1922, y se graduó de la Escuela Diplomática y Consular del Secretario de Estado para Relaciones exteriores en 1941.<sup>145</sup> Él obtuvo su doctor en leyes en 1943 de la Universidad de Santo Domingo.<sup>146</sup> Él es actualmente el Presidente de la Academia Dominicana de Historia, y el es Miembro Correspondiente de las Academias de las Historias de Uruguay, Puerto Rico, Colombia, Guatemala, España, Venezuela, Paraguay, y un miembro honorario de la Academia de Portugal.<sup>147</sup> Él fue Miembro del Consejo de los Directores de la Fundación Interamericana de Abogados, en Washington, D.C.<sup>148</sup> Él era el Vicepresidente de la Asociación para el Desarrollo de Santo Domingo Oriental.<sup>149</sup> Como funcionario del gobierno él fue temporalmente Juez de Paz del municipio de Santiago en la República Dominicana.<sup>150</sup>

---

139. *Id.*

140. *Distinguen Julio Anibal Suarez (Distinción a Julio Anibal Suarez)*, Última Hora 27 (el 22 de julio de 1997).

141. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 60.

142. *Id.*

143. *Id.*

144. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

145. *Id.*

146. *Id.*

147. *Id.*

148. *Id.*

149. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

150. *Id.*

### 8. Juez Egllys Margarita Esmurdoc

Juez Esmurdoc nació en 1954, y se graduó Cum laude de la escuela de derecho de la Universidad de Santo Domingo en 1979.<sup>151</sup> Ella ejerció la abogacía durante diecinueve años. Ella fue profesora de derecho en la Universidad Noreste de Santo Domingo, y fue Jueza del Tribunal de Apelación en Santo Domingo.<sup>152</sup> Ella ahora forma la parte del Comité de División Civil dentro del Tribunal Supremo.

### 9. Juez Victor Josó Castellanos

Juez Castellanos nació en 1950, y se graduó Cum laude doctor en leyes de la Universidad Católica Madre y Maestra en 1971.<sup>153</sup> Él obtuvo un grado de postgraduado de ley de familia de la Universidad de Río de Janeiro, Brasil, y otro grado de postgraduado de la Universidad de Puerto Rico.<sup>154</sup> Él es un profesor de la Universidad Católica Madre y Maestra, en la Escuela de Derecho, y fue el director del Departamento de Ciencias Legales.<sup>155</sup> Él ejerció la abogacía durante veinte ocho años antes de ser seleccionado para el Tribunal Supremo.<sup>156</sup> Él fue Juez de Paz y, el Juez del Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Santiago.<sup>157</sup>

### 10. Juez Julio Ibarra Rios

Juez Ibarra nació en 1934, y obtuvo su doctor en leyes en 1958 de la Universidad de Santo Domingo, de la Escuela de Derecho.<sup>158</sup> Él ejerció la abogacía durante treinta nueve años, y es un profesor de historia en la Universidad de Santo Domingo y un profesor de derecho en la Universidad Pedro Henriquez Ureña (UNPHU).<sup>159</sup> Él sirvió como ministro de Justicia durante tres años, y fue Secretario de Estado de Deportes, Educación Física, y Recreación.<sup>160</sup> Él es un miembro del Comité de Justicia Criminal dentro del Tribunal Supremo.<sup>161</sup>

---

151. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 59.

152. *Id.*

153. *Id.* en 58.

154. *Id.*

155. *Id.*

156. *Id.*

157. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 58.

158. *Id.*

159. *Id.*

160. *Id.*

161. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

### 11. Juez Edgar Hernandez Mejia

Juez Hernandez nació en 1948, y obtuvo su doctor en leyes en 1971 de la Universidad de Santo Domingo, de la Escuela de Derecho.<sup>162</sup> Él obtuvo un título en planeamiento penitenciario de la Universidad de Gendarmerie en Chile en 1985, y completó un curso de investigación criminal en la Escuela Judicial de Tegucigalpa en 1990, en Honduras.<sup>163</sup> Él recibió un postgraduado en relaciones y derecho internacional en 1994.<sup>164</sup> Él es actualmente un profesor de derecho penal en la Universidad Católica Madre y Maestra.<sup>165</sup> Él es un miembro de la División de Justicia Criminal dentro del Tribunal Supremo.<sup>166</sup>

### 12. Juez Dulce M. Rodriguez de Gori

Juez Rodriguez nació en 1942, y obtuvo su doctor en leyes en 1966 de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD).<sup>167</sup> Ella fue profesora de derecho de la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA).<sup>168</sup> Ella también fue un Juez de Paz, y un Ministro de la Justicia para el Tribunal de Apelación.<sup>169</sup> Ella es parte de la División de Justicia Criminal dentro del Tribunal Supremo.<sup>170</sup>

### 13. Juez Ana Rosa Berges de Farray

Juez Berges nació en 1942, y se graduó Summa Cum laude de la Universidad de Santo Domingo, en la Escuela de Derecho en 1964.<sup>171</sup> Ella se especializó en ley civil, comercial, y bancaria. Ella obtuvo un grado de postgraduado de la Universidad de Eslovenia en Bélgica.<sup>172</sup> Ella fue una consultora legal para el Banco Central y la Sociedad Dominicana Industrial Bancaria.<sup>173</sup> Ella es parte de la División Civil del Tribunal Supremo.<sup>174</sup>

---

162. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 61.

163. *Id.*

164. *Id.*

165. *Id.*

166. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

167. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 67.

168. *Id.*

169. *Id.*

170. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

171. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 59.

172. *Id.*

173. *Id.*

174. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

#### 14. Juez Juan Luperón Vázquez

Juez Luperón nació en 1932, y terminó la carrera en 1959 en la Universidad de Santo Domingo, en la Escuela de Derecho.<sup>175</sup> Él ejerció la abogacía durante cuarenta años antes de su asignación al Tribunal Supremo.<sup>176</sup> Él fue consultor legal para el Ministro de Justicia de la República Dominicana.<sup>177</sup> Él fue profesor de derecho en la Escuela Normal de Barahona, en Barahona, República Dominicana.<sup>178</sup> Él es un miembro del Trabajo y el Comité de Tierra del Tribunal Supremo.<sup>179</sup>

#### 15. Juez Enilda Reyes Perez

Juez Reyes nació en 1943, y terminó la carrera en 1967 de la Universidad de Santo Domingo, en la Escuela de Derecho.<sup>180</sup> Ella fue jefe de la Oficina Nacional de Estadística Departamento de Comercio Exterior, Transporte, y Comunicaciones Oficina de la Nacional de Estadísticas.<sup>181</sup> Ella fue la primera mujer designada para presidir un tribunal criminal en República Dominicana.<sup>182</sup> Ella es un miembro de la División de Trabajo dentro del Tribunal Supremo.<sup>183</sup>

### C. El Proceso de Caso

El Tribunal Supremo concede cinco tipos diferentes de casos.<sup>184</sup> Primero y el más común, son los de las anulaciones de un juicio final dictado por un tribunal de último recurso.<sup>185</sup> Segundo, el Tribunal Supremo concede casos que implican cuestiones constitucionales presentadas por cualquier parte interesada, según requerido por el Artículo 67 de la Constitución de 1994.<sup>186</sup> Tercero, el Tribunal Supremo concede casos como Tribunal de Apelación, cuando el Tribunal de Apelación era el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Primer Caso.<sup>187</sup> Cuarto, el

---

175. *Id.*

176. *Id.*

177. *Id.*

178. *Id.*

179. *Id.*

180. RIVAS POLANCO, *supra* nota 18, en 61.

181. *Id.*

182. *Id.*

183. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

184. La Entrevista con la Justicia Suarez, *supra* nota 109.

185. *Id.*

186. *Id.*

187. *Id.*

Tribunal Supremo conoce todos los casos en cuanto al alivio declaratorio y el cambio de lugar.<sup>188</sup> Por último, el Tribunal Supremo actúa como un Tribunal de Primera Instancia para casos criminales contra el Presidente o el Vicepresidente del Estado.<sup>189</sup>

Cada caso presentado ante el Tribunal Supremo es revisado y conocido por el Tribunal, porque no hay ninguna discreción para conocer casos. Sólo los casos no presentados según las reglas locales son devueltos al solicitante para la resumisión apropiada.<sup>190</sup> Una vez que un caso es recibido por el Empleado de Tribunal Supremo, la Oficina del Empleado se lo envía a la Oficina del Presidente del Tribunal.<sup>191</sup> Para casos que solicitan una anulación de juicio final, el Presidente del Tribunal firma una orden que solicita al solicitante notificar al consejero contrario dentro de quince días.<sup>192</sup> Después de que el consejero contrario archiva su respuesta con el Tribunal Supremo, el Presidente del Tribunal envía una orden al Ministro de la Justicia solicitando su opinión sobre la materia. Después de que la respuesta del Ministro de la Justicia es recibida, el caso entonces es enviado a la división apropiada dentro del Tribunal Supremo, o sea a la división criminal, civil, del trabajo, o la división de tierra.<sup>193</sup> La división correspondiente escucha y notifica a las partes interesadas para que ellos puedan aparecer ante el tribunal y oralmente presentar su caso.<sup>194</sup>

Después de que los partidos han aparecido ante el Tribunal Supremo, el Tribunal tiene tres meses para fallar, que puede ser una remanda a un tribunal inferior, o negar la petición si la ley fue correctamente aplicada.<sup>195</sup> La decisión es dada después de que los miembros de la división respectiva se han encontrado y han discutido el caso. La orden entonces es preparada por uno de los jueces o sus ayudantes.<sup>196</sup> Los ayudantes de los Jueces están entonces en cargado de difundir la orden entre los quince Jueces para su firma.<sup>197</sup> Una copia de la orden con la decisión es enviada por el Empleado a las partes interesadas.<sup>198</sup>

---

188. *Id.*

189. *Id.*

190. La Entrevista con la Justicia Suarez, *supra* nota 109.

191. *Id.*

192. *Id.*

193. *Id.*

194. *Id.*

195. *Id.*

196. La Entrevista con la Justicia Suarez, *supra* nota 109.

197. *Id.*

198. *Id.*

Todas las decisiones del Tribunal Supremo son publicados en su reportero mensual, el Boletín Judicial.<sup>199</sup> Antes de la instalación de los Jueces de 1997, el reportero sólo ha sido publicado varias veces al año, y era un volumen muy pequeño.<sup>200</sup> Los nuevos Jueces han publicado un reportero cada mes, el cual a veces ha sido dos volúmenes. El atraso de casos desde 1970 ha sido limpiado, pero algunas de las divisiones de la Suprema Corte de Justicia todavía tienen casos pendientes que han sido archivados antes de 1997.<sup>201</sup> El trabajo y la División de Tierra son los más expeditivos de tres, estos conocen casos según son archivados, y no tiene ningún caso pendiente.<sup>202</sup>

#### V. LA ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA SE ELEVÓ COMO CONSECUENCIA DE LA NUEVA JUDICATURA.

Como parte del Acto de Reforma de 1994, otro cambio de gran impacto a la República Dominicana fue la revisión al Derecho Extranjero De la Inversión.<sup>203</sup> Inversiones extranjeras y cambios de tecnología son una contribución principal al crecimiento económico y el desarrollo social de la República Dominicana, en la medida en que ellos favorecen la creación de empleos y divisas, promueven el proceso de capitalización y contribuyen a los métodos eficientes de producción, el control de comercialización y la administración.<sup>204</sup> Esta ley ha sido cambiada para proporcionar a inversionistas, extranjero y doméstico, los mismos derechos y obligaciones en cuanto a asuntos de la inversión.<sup>205</sup> La ley nueva permite a los inversionistas extranjeros invertir dinero en cualquier sector, excepto los militares.<sup>206</sup> Antes, inversionistas extranjeros solo podían invertir el 25 % del valor, mientras que la ley nueva permite inversiones del 100 % por un extranjero.<sup>207</sup> Todas las inversiones deben ser registradas con el Banco Central dentro de 90 días.<sup>208</sup>

---

199. *Id.*

200. La Entrevista con la Justicia Suarez, *supra* nota 109.

201. *Id.*

202. *Id.*

203. DOM. REP. DERECHO(LEY) EXTRANJERO DE LA INVERSIÓN, 16-95 (1995) [DERECHO(LEY) en lo sucesivo *EXTRANJERO DE LA INVERSIÓN*].

204. Entrevista Personal con Lic. Nacyra Cury de González, Presidente del Departamento Internacional del Banco central [Banco Central] (el 1 de agosto de 2000) [en lo sucesivo *Cury Entrevista*].

205. EL DERECHO(LEY) EXTRANJERO DE LA INVERSIÓN, *supra* nota 203.

206. *Id.* en arte. 2.

207. Cury la Entrevista, *supra* nota 204.

208. EL DERECHO(LEY) EXTRANJERO DE LA INVERSIÓN, *supra* nota 204 en el arte. 4.

Lic. Nacyra Cury indicó, “las claras reglas del juego establecidas según la Ley Extranjera de la Inversión de 1995, han inspirado una confianza para invertir dinero que adicionado a otras atracciones de nuestro país, ha causado un doble aumento de la inversión directa extranjera.”<sup>209</sup>

Después de la ida del poder a una generación nueva, y la acción de institucionalizar una democracia política, la República Dominicana ahora conduce al mundo en el crecimiento económico.<sup>210</sup> En los tres pasados años, la República Dominicana ha tenido un registro en el crecimiento económico. Las fuentes principales de crecimiento económico han sido el turismo, remesas, la construcción, telecomunicaciones y las zonas libres para ensamblaje de partes.<sup>211</sup> Si bien el Acto fue puesta en vigor después del 1994, este no fue puesto en práctica hasta 1997, y los datos extranjeros de la inversión<sup>212</sup> reflejan el efecto de esto.<sup>213</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Antes de 1994, la República Dominicana fue controlada por políticos corruptos quien llenaron sus bolsillos a costa de los ciudadanos. La Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Alto de la República Dominicana, estaban indispuestos e incapaces de intervenir. La economía nacional estaba en una virtual parada debido a pequeña o ninguna inversión extranjera. La comunidad internacional no invertía dinero en un país donde el sistema de tribunales no les permitiría protección legal. La gente dominicana se cansó de la corrupción. La voz del pueblo fue escuchada. Claramente, el país tuvo que cambiar algo si quería cambiar las cosas. Este algo ocurrió con la Reforma de 1994.

El Acto Constitucional de la Reforma de 1994 tuvo un enorme efecto sobre el país. La Suprema Corte de Justicia se hizo un poder independiente. Los Jueces fueron escogidos con criterio selectivo, juzgados por su profesionalismo y credenciales solamente, no por sus afiliaciones políticas. Esto trajo honor y respeto al sistema judicial del país.

Otro impacto principal es el efecto que la Reforma de 1994 tuvo sobre la comunidad internacional. La República Dominicana fue otra vez un

---

209. Cury la Entrevista, *supra* nota 205.

210. Howard Wiarda, CONDUCIENDO AL MUNDO DEL CARIBEÑO: REPÚBLICA DOMINICANA, VII Hemisferio 200 4 (julio 1999) [en lo sucesivo *Administración al Mundo*].

211. *Id.*

212. Para la estadística gráfica visto Banco Central República de la Dominicana, *Departamento Internacional, Balanza de Pagos República de la Dominicana 1993-1998* (junio 2000); y Banco Central República de la Dominicana, *Informe Economía de la Dominicana Enero - Diciembre 1999* [Informe sobre la Economía Dominicana Enero - Diciembre 1999 (febrero. 2000)

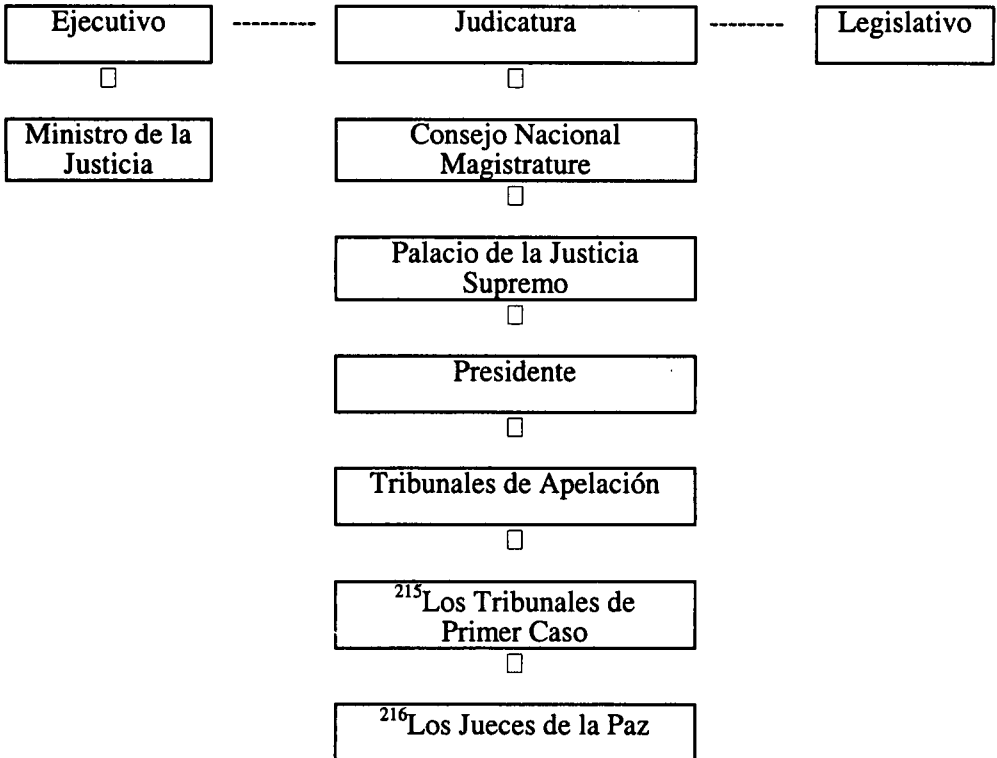
213. Cury la Entrevista, *supra* nota 205.

jugador en el mercado económico internacional. Los inversionistas ahora podrían poseer industrias en el país. Ellos también podrían invertir dinero con la seguridad de que su inversión sería protegida según las leyes. Ellos podrían esperar que si una discusión surgiera, ellos recibirían un trato imparcial y de igualdad. Esta fe de la comunidad internacional se ha manifestado en forma de una afluencia económica de inversión extranjera.

Hay muchos otros países, en particular en la América Central y América del Sur que tienen los mismos problemas que la República Dominicana afrontaba antes de 1994. Estos países deben dirigir los problemas de un modo similar como hizo la República Dominicana. Para estos países el Acto de Reforma Constitucional de 1994 puede servir como una guía a un mejor país. Ellos pueden buscar a la República Dominicana como un guía y un líder en la reforma, y como un líder en la democracia en América Latina.



## VII. CARTAS

A. *Un organigrama del poder Judicial*<sup>214</sup>

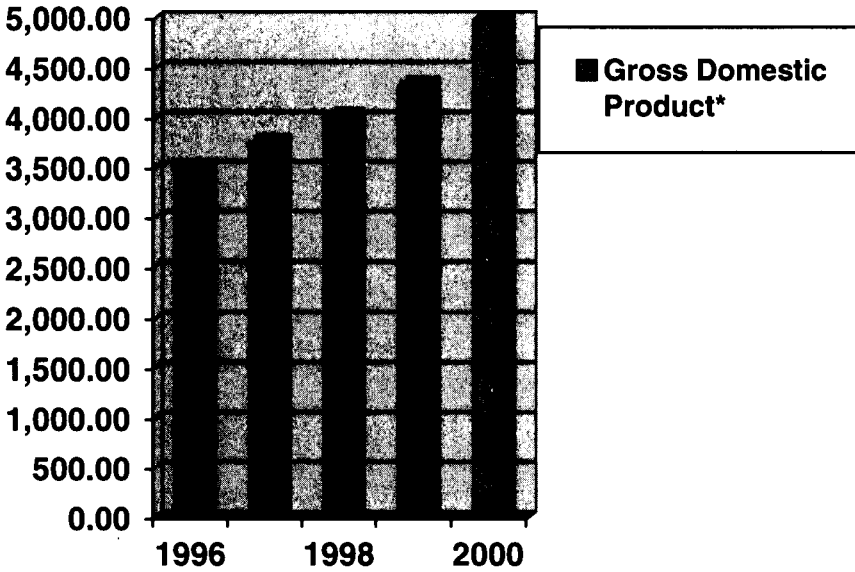
214. El Tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

215. Los Tribunales de Primer Caso es compuesto por los tribunales de primera instancia civiles y comerciales, tribunales de primera instancia criminales, tribunales, tribunales de policía, y tribunales juveniles. El tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

216. Los Jueces de la Paz (Juzgado de Paz) es compuesto por los tribunales de cuestiones municipales, y tribunales de tráfico. El tribunal Supremo Webpage, *supra* nota 10.

B. Crecimiento Económico desde la efectuaación de la Reforma del 1994.<sup>217</sup>

\* Sobre Millones de Pesos Dominicanos.



217. Banco Central Republica de la Dominicana, *Departamento Internacional, Balanza de Pagos Republica de la Dominicana 1993-1998* (junio 2000); y Banco Central Republica de la Dominicana, *Informe Economia de la Dominicana Enero - Diciembre 1999* [Informe sobre la Economía Dominicana Enero - Diciembre 1999 (febrero. 2000); disponible en <http://www.bancentral.gov.do/pib009.html>].

# EL COSTO OCULTO DEL COMERCIO LIBRE: EL IMPACTO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO Y LOS E.E.U.U. SOBRE LAS OBLIGACIONES A LA SOBERANÍA DEL DERECHO AMBIENTAL DE LOS E.E.U.U.

*Jorge Cavros*

I.	INTRODUCCIÓN .....	657
II.	FONDO.....	659
	A. <i>El Desarrollo de la WTO</i> .....	659
	B. <i>Proceso de Resolución de Disputa de la WTO</i> .....	661
	C. <i>Desarrollo de la Controversia de Camarón y Tortuga</i> .....	663
III.	DISCUSSION DE TORTUGA DE CAMARON .....	665
	A. <i>E.E.U.U. apela la decisión del Panel</i> .....	666
	B. <i>Fallos del Cuerpo de Apelación</i> .....	668
	C. <i>E.E.U.U. cumple con el fallo del Cuerpo de Apelación</i> .....	672
	D. <i>Camarón y Tortuga II</i> .....	673
IV.	ANALISIS.....	674
	A. <i>Conflicto de interés</i> .....	674
	B. <i>Inflexibilidad</i> .....	676
	C. <i>Fracaso de negociar</i> .....	678
	D. <i>Tratamiento diferencial</i> .....	680
	E. <i>Impacto sobre Sección 609</i> .....	681
V.	CONCLUSIÓN.....	682

## I. INTRODUCCIÓN

Está bien establecido que el comercio internacional es la parte integral de una economía creciente interdependiente mundial. La Organización Mundial del Comercio (WTO) fue fundada en 1995 para proporcionar a sus 144 naciones miembros<sup>1</sup> un marco de regulación y ejecución para facilitar el libre comercio.<sup>2</sup> El libre comercio se refiere a la ausencia de tarifas u otras obstrucciones que dificultan el flujo de bienes y servicios a través de fronteras internacionales.<sup>3</sup> El Presidente George W. Bush ha declarado el

---

1. EL WTO, en [http://www.WTO.org/english/the\\_WTO\\_e/thewto\\_e.htm](http://www.WTO.org/english/the_WTO_e/thewto_e.htm) (ultima visita en el 29 de agosto de 2002).

2. El Acuerdo Marrakesh resalta el objetivo, el alcance, y la estructura del WTO. El Acuerdo Marrueco que establece la Organización Mundial Comercial, el 15 de abril del 33 de 1994 I.L.M. 1143, disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov>.

3. Mark Weisbrot, *los Trucos del Libre*, Sierra, septiembre / octubre 2002 en 64.

libre comercio “un imperativo de moral” y su predecessor, Bill Clinton, fue un defensor imperturbable del libre comercio.<sup>4</sup> Mientras “el libre comercio” es anunciado como una búsqueda positiva y benigna, el término es un nombre poco apropiado porque existen costos ambientales asociados con regulaciones de comercio libre WTO.

La WTO ha venido siendo atacada por una parte de la sociedad estadounidense que está preocupada por la disminución del poder estadounidense de restringir productos ambientalmente peligrosos o productos cosechados o producidos con métodos ambientalmente peligrosos fuera del mercado estadounidense. A los grupos estadounidenses ambientales les preocupa que la búsqueda de la WTO por quitar barreras comerciales también quita muchas leyes nacionales ambientales muy reñidas.<sup>5</sup> Los grupos citan decisiones recientes de la WTO que declaran que las leyes de protección de medio ambiente son impedimentos al libre comercio.<sup>6</sup> Las regulaciones de la WTO que gobiernan en la disputa del Delfín-Atún<sup>7</sup>, sobre la disputa de la Gasolina – Reformulada,<sup>8</sup> y la disputa más reciente del Camaron-Tortuga,<sup>9</sup> son citadas como un modelo de asalto por parte de la WTO a la soberanía estadounidense de la ley ambiental. Los miembros de Congreso han expresado su preocupación sobre la WTO, en la sede de la Cámara de Representantes, declarando que los gastos sociales y ambientales del libre comercio pesan mucho más que las ventajas.<sup>10</sup> Cada vez que las decisiones de la WTO remueven barreras a través de la deformación de las leyes estadounidenses ambientales, un reciente Sondeo

---

4. *Id.*

5. *Ver* al Ciudadano Público, *WTO y el Ambiente, la Salud y la Seguridad*, en <http://www.citizen.org/trade/WTO/environment.html> (pasado visitado el 10 de junio de 2002).

6. *Id.*

7. La WTO dictó que el Acto de Protección de Mamífero Marítimo que requiere la captura de atún con que matan a los delfines violó el GATT. Informe de Panel de Establecimiento en Disputa de GATT sobre las Restricciones de los Estados Unidos en las Importaciones de Atún, 1990, 30 I.L.M. 1594, 1623.

8. La WTO dictó que la aplicación de normas según el Acto de Aire Limpio sobre los refinadores extranjeros de gasolina violó el GATT. La Organización Mundial Comercial, Informe del Cuerpo de Apelación, Normas de los Estados Unidos para Gasolina Formulada de nuevo y Convencional, 1996, 35 I.L.M. 603, 633.

9. La WTO dictó en la primera Discusión de Tortuga de Camarón, que la certificación estadounidense que requiere el empleo de Dispositivos de Exclusión de Tortuga a países que importan el camarón salvaje a EE UU violó el GATT. Informe del Cuerpo de Apelación de la WTO sobre EE UU: Prohibición de Importación de Ciertos Camarones y Productos de Camarón, WT/DS58/AB/R, párrafo 155 (el 12 de octubre 1998) [en lo sucesivo Informe I del Cuerpo de Apelación], [http://www.wto.org/english/tratop\\_edispu\\_e/distabase\\_wto\\_members3\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_edispu_e/distabase_wto_members3_e.htm).

10. Cong. Nueva c. El 5 de noviembre de 1999, (declaración del Rep. Faeomavaega) E2276-E2277, <http://www.wais.access.gpo.gov>.

Gallup encontró que casi el 60 % del lado Americanos con la protección de medio ambiente donde necesidades ambientales y económicas está en desacuerdo.<sup>11</sup>

La WTO proclama abiertamente no ser una agencia de protección de medio ambiente, y no tener intención alguna de serla.<sup>12</sup> La WTO cree que las provisiones del GATT/WTO permiten a una latitud significativa para que los países persigan sus propias leyes ambientales, con tal de que las leyes ambientales no sean discriminatorias.<sup>13</sup> Este artículo examinará la interpretación de las reglas de la WTO que son aplicables tal como aplican a leyes estadounidenses ambientales como discriminatorias y barreras al libre comercio, y el efecto de las regulaciones de la WTO sobre la soberanía de leyes ambientales estadounidenses. Este artículo incluirá el fondo de la WTO y el proceso de resolución de disputa; la discusión recientemente decidida comercial donde India, Paquistán, Malasia, y Tailandia atacaron una ley estadounidense ambiental tendiente a proteger las tortugas de mar de EE UU y las actividades de pesca de las tortugas del mar y los camarones internacionales (la Tortuga de Camarón I); un análisis del impacto de las regulaciones de la WTO sobre Tortuga Camarón I sobre la soberanía de la ley ambiental estadounidense y una posterior regulación de la WTO sobre la queja de Malasia (Tortuga Camarón II) en contra de E.E.U.U.

## II. FONDO

### A. El Desarrollo de la WTO

En 1947, el acuerdo original del GATT fue creado para reducir barreras comerciales y promover el crecimiento económico entre todas las naciones del mundo.<sup>14</sup> En un esfuerzo por reforzar el acuerdo original, los Ministros de Comercio de las 124 naciones que firmaron el acuerdo de GATT se reunieron en Uruguay en 1986 para las negociaciones comerciales del “Uruguay Round”.<sup>15</sup> Para supervisar salientes cuestiones comerciales,

---

11. *La Tierra de 2001 de Gallup el Informe de Día*, en <http://gallup.com/polls/special> hace un informe / vota summaries.html (última visita el 13 de junio de 2002).

12. *La WTO y su Comité contra Comercio y el Ambiente*, en [http://WTO.org/english/traptop\\_e/envir\\_e/issul\\_e.htm](http://WTO.org/english/traptop_e/envir_e/issul_e.htm) (última visita el 10 de junio de 2002).

13. *Id.*

14. Cindy Joffe Hyman, *Alimento para Pensamiento: Defensa del Acto de Producción de Productos de alimentación Orgánico de 1990 Contra las Reclamaciones de Proteccionismo*, 14 Emory Int'l. Reverendo 1719, 1737 (1990), WL EMORYILR 1719.

15. *Id.*

los miembros encontraron cada año a reducir barreras comerciales.<sup>16</sup> El 15 de abril de 1994, "Uruguay Round" creó el Acuerdo Marrueco que establece la Organización Mundial Comercial.<sup>17</sup> El Presidente Clinton firmó el acuerdo el 8 de diciembre de 1994 que hizo a E.E.U.U. un miembro eficaz de la WTO el 1 de enero de 1995.<sup>18</sup> El acuerdo original del GATT y las enmiendas subsecuentes que comprenden el GATT 1994 no tenían mecanismo de ejecución para la resolución de discusiones entre miembros.<sup>19</sup> Por primera vez, la WTO proporcionó a los miembros de GATT un mecanismo para la resolución de discusión internacional comercial.<sup>20</sup> Básicamente, la WTO es una entidad internacional legal, incorporando, gobernando, y haciendo cumplir el acuerdo de GATT.<sup>21</sup> El Uruguay Round creó el Cuerpo de Arreglos de Disputas (DSU) Entendimiento de Acuerdo de Disputas de la para la resolución de discusión más eficaz.<sup>22</sup> El DSB se encarga de la supervisión de las cuatro fases de resolución de discusión: consulta; el empleo de un panel judicial; la apelación de decisiones del panel ante el Cuerpo de Apelación; y la puesta en práctica y cumplimiento de decisiones finales.<sup>23</sup>

<sup>24</sup>El Acuerdo Marrueco que crea la Organización Mundial del Comercio y el Anexo II del acuerdo, delinean la estructura y el proceso de la resolución de discusión de la WTO. La WTO es una una persona jurídica con capacidad legal que le es concedida por sus miembros cuando sean necesaria para el ejercicio de sus funciones.<sup>25</sup> La Conferencia Ministerial encabeza la estructura organizacional de la WTO y está compuesta por representantes de todos los miembros que se reúnen al menos una vez cada dos años.<sup>26</sup> El Consejo General se reúne como el DSB según sea necesario

---

16. *Id.* en 1738.

17. *Id.*

18. Scott Daniel McBride, *Formulando de nuevo Relaciones Ejecutivas y Legislativas Después de Gasolina Formulada de nuevo: ¿Qué es el Mejor para el Comercio y el Ambiente?*, 23 Wm. y María Env'tl. L. y Reverendo Pol'y 299, 304 (1998), WL 23 WMELPR 299.

19. *Id.*

20. *Id.*

21. *Id.* at 305.

22. Tracy P. Varghese, *las Decisiones de Tortuga de Camarón de la WTO's: la Ejecución Extraterritorial de Política estadounidense Ambiental Vía Embargos Unilaterales Comerciales*, 8 Env'tl. L., 421, 426 (2002), WL 8 ENVT LAW 421.

23. *Id.*

24. *Id.*

25. Marrakesh el Acuerdo que Establece la Organización Mundial Comercial, *supra* nota 2, en el arte. 4.

26. *Id.*

y, designa un panel para resolver disputas comerciales entre miembros.<sup>27</sup> El Comité del Comercio y el Ambiente (CTE) es un comité de corolario conferido el mandato “a identificar la conexión entre las medidas comerciales y medidas ambientales a los fines de promover el desarrollo sostenible ... [Y] hacer recomendaciones apropiadas sobre si cualesquiera modificaciones de las provisiones del sistema de comercio multilateral son requeridas, compatible con la naturaleza abierta, equitativa y no discriminatoria del sistema.”<sup>28</sup> El CTE no ha logrado hacer modificaciones a cualesquiera provisiones sustanciales del GATT relativas a las disputas ambientales comerciales desde el Informe I de la Tortuga de Camarón y el informe de Cuerpo de Apelación de 1998.<sup>29</sup>

### *B. Proceso de Resolución de Disputa de la WTO*

El DSB ha sido creado para administrar las reglas comerciales de WTO y manejar consultas y el establecimiento de discusión entre miembros comerciales que discuten.<sup>30</sup> El DSB tiene la autoridad para establecer paneles, adoptar los Informes del Panel y el Cuerpo de Apelación, supervisar la puesta en práctica de las regulaciones y autorizar sanciones comerciales contra miembros no conformes.<sup>31</sup> El Panel y el Cuerpo de Apelación son designados, no elegidos, y las discusiones son confidenciales y limitadas a los miembros envueltos en la discusión.<sup>32</sup> Si una petición es hecha para la consulta por un miembro comercial a otro, el otro miembro es requerido a responder dentro de diez días y entrar en negociaciones no más tarde que treinta días de la fecha de la petición.<sup>33</sup> Si las consultas no logran resolver una discusión dentro de sesenta días después de la demanda de consultas, la parte quejosa puede solicitar el establecimiento de un panel.<sup>34</sup> Un panel, compuesto por tres miembros con la experiencia legal comercial, examina: La disputa a la luz de las provisiones relevantes citadas por las partes en la disputa, y proporciona los hallazgos que asistirán al DSB en el seguimiento de la relgamentación o proposición de recomendaciones

---

27. *Id.*

28. La WTO y su Comité contra Comercio y Ambiente, en [http://www.WTO.org/English/traptop\\_e/envir\\_e/issul\\_e.htm](http://www.WTO.org/English/traptop_e/envir_e/issul_e.htm) (Pasado visitado el 10 de junio de 2002).

29. El Informe de Cuerpo de Apelación, *supra* nota 9, en el párrafo 155

30. Anexan II del Acuerdo Marrakesh delinea el proceso de resolución de discusión de WTO. Entendimiento sobre Reglas y Procedimientos que Gobiernan el Establecimiento de Discusión (1994) 33 I.L.M. 1226 arte. 2, disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov>.

31. *Id.*

32. *Id.* en artes. 4,8, 14.

33. *Id.*

34. *Id.*

alternativas de fabricación.<sup>35</sup> Un solo panel es establecido cuando más de un miembro solicita el establecimiento de un panel relacionado a la misma discusión.<sup>36</sup> El Panel típicamente somete sus conclusiones al DSB dentro de seis meses del establecimiento del Panel.<sup>37</sup> Durante este período un informe preliminar que incluye los hallazgos y conclusiones tentativas y que proporciona a los miembros de la disputa una oportunidad de someter por escrito sus comentarios al Panel, es enviado a los miembros de la disputa.<sup>38</sup> Las discusiones en grupo son estrictamente confidenciales y las opiniones expresadas por los miembros del pánel permanecen anónimas.<sup>39</sup> Después de la sumisión del informe final del Panel, el DSB tiene sesenta días para adoptar el informe a no ser que un miembro a la discusión notifique formalmente al DSB su decisión de apelar la decisión.<sup>40</sup> Cuando un miembro notifica al DSB su intención de apelar, un Cuerpo de Apelación de siete personas es formado por el DSB.<sup>41</sup> Las medidas del Cuerpo de Apelación son estrictamente confidenciales y ellos deben producir un informe definitivo al DSB.<sup>42</sup> El Cuerpo de Apelación puede ofrecer recomendaciones sobre como un miembro puede traer una política comercial en cumplimiento y sugerir los métodos de puesta en práctica.<sup>43</sup> El Informe de Cuerpo de Apelación es adoptado por el DSB, a no ser que el DSB decida no adoptar el informe según el acuerdo general dentro de 30 días de su recibimiento.<sup>44</sup> Si el miembro se encontrara violando sus obligaciones a la WTO no obedece dentro de un tiempo razonable a partir de las recomendaciones indicadas, el miembro debe entrar en negociaciones con el miembro que se queja para determinar una compensación mutuamente aceptable. Si estas negociaciones no logran producir un resultado satisfactorio, el miembro que trae la queja puede poner en práctica barreras apropiadas comerciales a los bienes y servicios de los miembros no conformes.<sup>45</sup>

---

35. Entendiendo sobre Reglas y Procedimientos que Gobiernan el Establecimiento de Discusión, supra nota 30, en el arte. 8.

36. *Id.* en arte. 9.

37. *Id.* en arte. 12.

38. *Id.* en arte. 15.

39. *Id.* en arte. 14.

40. Entendiendo sobre Reglas y Procedimientos que Gobiernan el Establecimiento de Discusión, supra nota 30, en el arte. 16.

41. *Id.* en arte. 17.

42. *Id.* en arte. 19.

43. *Id.*

44. *Id.* en arte. 17.

45. Entendiendo sobre Reglas y Procedimientos que Gobiernan el Establecimiento de Discusión, supra nota 30, en el arte. 22.



### C. Desarrollo de la Controversia de Camarón y Tortuga

La pesca del camarón al arrastre es destructiva para el hábitat esencial marítimo y atrapa y mata millones de las toneladas de vida secundaria marítima, y mata miles de tortugas de mar en peligro cada año. El impacto ecológico destructivo de la pesca al arrastre es evidenciado en el Golfo de México donde los pescadores de camarón no solo matan incidentalmente las tortugas de mar, sino que también tiran al agua aproximadamente dos mil millones de libra de pescado comercialmente factible cada año.<sup>46</sup> En las aguas estadounidenses que están protegidas contra el arrastre y otra actividad quebrantadora humana, según Acto de Especie En peligro (ESA) de 1973, hay seis especies de tortugas de mar.<sup>47</sup> Desde 1975, todas las especies de tortugas de mar han sido internacionalmente reconocidas como puestas en peligro por su inclusión en la Convención sobre el Comercio Internacional como la Especie En peligro de Flora y la Fauna Salvajes.<sup>48</sup> En 1990, el Informe de la Academia Nacional de Ciencias (NASA), la Disminución de las Tortugas de Mar - Causas y Prevención, estimaron que hasta 55,000 tortugas de mar murieron anualmente en Golfo de México y en la industria pesquera de redes de arrastre de camarón del Sudeste Atlántica.<sup>49</sup> El informe encontró a la pesca al arrastre de camarón como la causa humana más severa de la mortalidad de tortuga de mar.<sup>50</sup> La NASA recomendó que el mayor método para reducir la mortalidad de tortuga de mar, excepto la eliminación de la pesca al arrastre, era el empleo de Dispositivos de Exclusión de Tortuga (HACE HENO).<sup>51</sup> El informe de la NASA más adelante, encontró que tortugas de mar eran una especie sumamente migratoria, no limitadas a las aguas de EE UU. En 1987, de conformidad con el ESA, las regulaciones pasadas requiriendo todo pescador estadounidense al arrastre de camarones usar HACE HENO desde 1990.<sup>52</sup> Un HACER HENO es el panel de red grande o rejillas metálicas insertadas en redes de camarón. Cuando las redes son arrastradas a lo largo del fondo marino, el camarón pasa el HACER HENO y es recogido, mientras otros mamíferos marinos grandes como tortugas de mar son

---

46. Eduardo Williams, *la Exclusión de Tortugas de Mar*, Audubon, enero 1990 en 28.

47. Acto de Especie En peligro, 16 Código de los EE.UU. §§ 1531-1544 (2000).

48. La Convención sobre el Comercio Internacional en la Especie En peligro de Fauna Salvaje y la Flora (CITA), 1976, 27 U.S.T. 1087.

49. Nat'l Acad. de Sci., *Disminuya de Tortugas de Mar: Causas y Prevención* 55 gobierno federal. Registro. 23,259, 23,262 (el 7 de junio de 1990), WL 55 FRANCO 23,259, 23,269.

50. *Id.*

51. *Id.* en 23,265.

52. Conservación de Tortuga de Mar: Camarón que Pesca al arrastre gobierno federal de Exigencias 52. Registro. 34, 244, 24-247-49 (el 29 de junio de 1987).

desviados de la red por una puerta de escape.<sup>53</sup> En 1989, el Congreso estadounidense enmendó el Título Ocho del Acto de las Especies En peligro, con la Sección 609, proteger tortugas de mar a nivel internacional.<sup>54</sup> La sección 609 (a) (1) requirió al Secretario de Estado a iniciar negociaciones bilaterales y multilaterales con países extranjeros para proteger las tortugas de mar. En segundo lugar, la Sección 609 (b) (1) prohibió la importación de camarón salvaje en E.E.U.U., cosechados con la tecnología de pesca comercial sin el cumplimiento de un proceso de certificación prescrito.<sup>55</sup> Bajo el original 1991 la Sección 609 (b) (2) (“una c”) las directrices, el Presidente tuvo que certificar que:

[T] La nación de cosecha había proporcionado la evidencia documental de la adopción de un programa regulador en cuanto a la toma secundaria de tortugas durante la cosecha que era comparable a E.E.U.U.; la toma secundaria del navío de la nación de cosecha debe ser comparable a la toma secundaria de tortugas de mar por navíos estadounidenses; o el ambiente específico de pesca de la nación de cosecha no representó una amenaza de la toma secundaria de tortugas de mar durante la cosecha.<sup>56</sup>

Poco tiempo después, E.E.U.U. inició negociaciones hemisféricas sobre la protección de tortuga que requiere expresamente el empleo de HACE HENO, lo cual culminó en Convención Interamericana para la Protección y la Conservación de Tortugas de Mar en 1996.<sup>57</sup> El Instituto de la Isla de Tierra, una organización estadounidense ambiental, introdujo demanda contra el Departamento de Estado para ampliar la Sección 609 empleo de HACE HENO internacionalmente.<sup>58</sup> En 1995, el Tribunal estadounidense de Comercio Internacional decidió a favor de los demandantes ambientales y dió al gobierno federal hasta Mayo 1996 para poner en práctica la Sección 609 HACEN HENO requerimientos mundiales.<sup>59</sup> Las directrices promulgadas por el Departamento de estado en

---

53. Ven a Tom Bayles, *las Muertes de Tortuga de Mar Baten record Registro(registrar,de registro) 2001; el barco Collissions, Shrimping Redes y un Parásito No identificado es culpado*, Sarasota Anuncia la Tribuna, el 15 de febrero de 2002, en B1, 2002 WL 2884571.

54. L de Publicación. No 101-162, título VI, § 609, 103 Stat. 1037, (1989) codificado como enmendado en 16 USC §1537 (Oeste Supp. 2002).

55. *Id.* en subdivisiones (a), (b).

56. *Id.*

57. Sanford Gaines, *la Lectura de la WTO's sobre el artículoGAT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra Medidas Ambientales*, 22 U. Pa. J. Int'l economía. L. 739, 766-67 (2001), WL 22 UPAJIEL 739.

58. *Id.*

59. *Instituto de la Isla de la Tierra v. Christopher*, 890 F. Supp. 1085 (C.I.T. 1995).

1996, evaluando y certificando el programa regulador de todas las naciones de cosecha, expresamente requirieron el empleo de HAGA HENO que era comparable a la de los E.E.U.U. en eficacia.<sup>60</sup>

### III. DISCUSSION DE TORTUGA DE CAMARON

Las directrices para una nueva certificación requiriendo HACEN HENO fueron inmediatamente desafiadas por India, Paquistán, Malasia, y Tailandia y un panel fue establecido por el DSB en febrero 1997.<sup>61</sup> El Panel concluyó que las directrices estadounidenses violaban el Artículo XI (1) de GATT 1994 como una barrera cuantitativa para negociar, y no podían ser justificadas como una excepción bajo el artículo XX de GATT 1994.<sup>62</sup> El Panel recomendó el DSB a los E.E.U.U. que adaptara las directrices al cumplimiento de sus obligaciones bajo el acuerdo WTO.<sup>63</sup> E.E.U.U. apeló la decisión del Panel.

Será provechoso dirigir señalar las secciones pertinentes de Artículo XI y XX de GATT referido por la decisión del Panel. Pacto XI (1) reza:

Las prohibiciones de o restricciones distintas a deberes, los impuestos u otras cargas, así sean eficaces a través de cuotas, las licencias de importación o exportación u otras medidas, no serán instituidas o mantenidas por cualquier parte en contacto con la importación o la venta para la exportación de cualquier otro contratante o con la exportación o la venta para la exportación de cualquier producto destinado al territorio de cualquier otro contratante.<sup>64</sup>

Artículo XX estatuye las excepciones aceptables al Artículo XI (1). El artículo XX comprende el párrafo introductorio, referido como el “chapeau”, y es seguido por párrafos (b) y (g). Sujeto a la exigencia que tales medidas no sean aplicados en una manera que constituiría medios de discriminación arbitraria o injustificable entre países donde las mismas

---

60. Las directrices revisadas declararon que “ el promedio secundario toman la tarifa serán consideradas comparables si la nación de cosecha requiere que el empleo de HAGA HENO en una manera comparable para el del programa estadounidense .... ” Aviso Revisado si Directrices para Determinación de Comparabilidad de Programas Extranjeros para la Protección de Tortugas en Operaciones de Pesca de Red de arrastre de Camarón, 61 gobierno federal. Registro. 17342, (el 19 de abril de 1996).

61. WTO El Informe del Panel de Disputa sobre los Estados Unidos: Prohibición de Importación de Cierta Camarón y Productos de Camarón, (el 15 mayo de 1998) 37 I.L.M. 832, 835.

62. *Visto id.* en 857.

63. *Id.*

64. GATT, Índice Analítico: Guía a Derecho(ley) de GATT y Práctica, 6a Edición 285 (1994), disponible en [http:// www.tcc.mac.doc.gov](http://www.tcc.mac.doc.gov).

condiciones prevalecen, o una restricción disfrazada contra el comercio internacional, nada en este Acuerdo será interpretado para prevenir la adopción o la ejecución de las medidas por cualquier contratante: ... (B) necesario de proteger humano, de animal o flora o salud; ... (G) relacionando con la conservación de recursos naturales agotables si tales medidas son hechas eficaces en la conjunción con restricciones contra la producción doméstica o el consumo.<sup>65</sup>

#### *A. E.E.U.U. apela la decisión del Panel*

El 23 de julio de 1998, E.E.U.U. introdujo submission de apelación, y el 19 de agosto de 1998, argumentos orales comenzados por ante el Cuerpo de Apelación.<sup>66</sup> La apelación de estadounidense incluyó cuatro argumentos que desafiaron: el razonamiento del Panel de que “una amenaza al sistema de comercio multilateral” precluyó la medida para la consideración según el Artículo XX; la decisión del Panel que las directrices de la Sección 609 eran injustificablemente discriminatorias; la aserción del Panel de que la Sección 609 trata los miembros de manera diferente; y la secuencia del análisis del Panel sobre el Artículo XX de conformidad con la controversia.<sup>67</sup>

El informe de Panel dictó que la medida estadounidense, independientemente del importante objetivo ambiental, era una clara amenaza al sistema de comercio multilateral.<sup>68</sup> Desde que el Artículo XX no hizo mención alguna sobre los efectos hipotéticos de amenazas al sistema de comercio multilateral como un criterio de descalificación, los E.E.U.U. argumentó que el Panel había agregado una obligación nueva bajo el Artículo XX de GATT.<sup>69</sup> Además, Estados Unidos advirtió que la adopción del Panel de una amenaza nebulosa y subjetiva al sistema de comercio multilateral cambiaría el papel que se busca del Panel bajo el DSU, y pondría en duda la legitimidad del proceso de resolución de disputa.<sup>70</sup>

En segundo lugar, E.E.U.U. afirmó que había presentado el racionamiento adecuado en cuanto a la justificación de las restricciones de importación de la Sección 609.<sup>71</sup> Discutió que la mayor parte miembros, incluyendo los apelados, reconocen la importancia de conservar las tortugas

---

65. *Id.* en 518 Artículo XX chapeau y párrafos. (B), (g).

66. El Informe de Cuerpo de Apelación, *supra* nota 9 párrafos. 9 - 28.

67. *Id.*

68. Visto *id.* en el párrafo. 12.

69. *Id.* en párrafo. 13.

70. *Id.* en párrafo. 23.

71. El Informe de Cuerpo de Apelación, *supra* nota 9, en el párrafo. 11

del mar, y no es indiscutible que la pesca al arrastre de camarón sin la utilización del HACE HENO contribuye enormemente con la mortalidad de la tortuga del mar.<sup>72</sup> El Panel reconoció que “ cuando el HACE HENO es correctamente instalado, usado y adaptado al área local, sería un instrumento eficaz para la preservación de tortugas de mar.”<sup>73</sup> Además Estados Unidos alegó que el Panel no logró considerar el contexto del término “ discriminación injustificable.”<sup>74</sup> El Artículo XX chapeau permite como excepciones tales como el párrafo (g) si estas no son abusivas.<sup>75</sup> La regulación del Panel era inconsistente con la del Cuerpo de Apelación en el Informe de 1996 sobre Gasolina-Reformulada.<sup>76</sup> Estados Unidos afirmó que, en aquel contexto, restricciones comerciales entre países donde las mismas condiciones prevalecen no son abusivas como la discriminación injustificable o arbitraria, o restricciones disfrazadas, donde el objetivo de política de la excepción del Artículo XX proporciona el racionamiento para la justificación.<sup>77</sup>

Estados Unidos afirmó que la Sección 609 no trató de diferente manera, a los países cuyas industrias de pesca de camarón al arrastre representaban un riesgo similar.<sup>78</sup> Estados Unidos razonó que las restricciones aplicaban sólo a miembros con industrias de pesca de camarón al arrastre que poseían el equipo mecanizado para la cosecha del camarón en aguas con la presencia de tortugas de mar.<sup>79</sup> Los pescadores al arrastre estadounidenses de camarón fueron obligados como los pescadores extranjeros por la misma regulación del HACE HENO ... E.E.U.U. reiteró que esto aplicaba exactamente las mismas directrices de conservación de tortuga de mar a los Estados Unidos y pescadores al arrastre extranjeros de camarón.

Finalmente, Estados Unidos discutió que el Panel no tuvo evidencia en cuanto a la aplicabilidad de la sección 609 al Artículo XX (b) o (g).<sup>80</sup> En esencia, el panel descalificó la restricción commercial americana de la discriminación injustificable del chapeau's, la discriminación arbitraria, y disfrazó las pruebas de restricciones, sin primero probar la aplicabilidad de

---

72. *Id.*

73. *Id.* en párrafo. 26.

74. *Id.* en párrafo. 14.

75. *Id.*

76. El Informe de Cuerpo de Apelación, *supra* nota 9, en el párrafo 14.

77. *Id.*

78. *Id.* en 21.

79. *Id.*

80. *Id.* en párrafo. 24.

las restricciones bajo las excepciones del Artículo XX (b) o (g).<sup>81</sup> E.E.U.U. razonó que de haber el Panel aplicado inicialmente la pauta de la sección 609 al Artículo XX (g), se habría encontrado que ellos cumplieron con cada elemento bajo el Artículo XX (g), calificando así para el chapeau.<sup>82</sup> Las tortugas de mar son una especie en peligro y un recurso natural no removible según el párrafo (g), y las restricciones de cosecha en el comercio internacional fueron hechas con conjunción con las restricciones de cosecha doméstica.<sup>83</sup> Alternamente, E.E.U.U. argumentó que la Sección 609 era necesaria para proteger la vida humana, animal, o floral, o a la salud, según el Artículo XX (b), tal como el HACE HENO son necesarios debido a que otras medidas para la protección de tortugas de mar son mucho menos eficaces.<sup>84</sup>

Los apelados imitaron en su respuesta al Cuerpo de Apelación las conclusiones del Panel. Ellos alegaban que las directrices de la Sección 609 de 1996 fueron implementadas sin primero intentar de alcanzar una solución conjunta multilateral con los apelados.<sup>85</sup> Ellos alegaban que E.E.U.U. había negociado un acuerdo con las naciones Caribeñas para proteger y conservar tortugas de mar, pero no propusieron negociaciones a los apelados sino hasta después de haber concluido un acuerdo con otros miembros.<sup>86</sup> Luego los apelados declararon que la sección 609 fue interpretada correctamente al aplicar las restricciones del chapeau antes de decidir si la restricción americana comercial calificaba como una excepción.<sup>87</sup>

### *B. Fallos del Cuerpo de Apelación*

La primera orden de la decisión de Cuerpo de Apelación era de determinar si la restricción commercial de la Sección 609 calificaba provisionalmente bajo las excepciones del Artículo XX.<sup>88</sup> El Cuerpo de Apelación encontró que el Panel reguló incorrectamente en la fabricación del chapeau y no la prueba crítica del párrafo (g).<sup>89</sup> Se sostuvo que el Panel malinterpretó la Gasolina Formulada de nuevo al evaluar la medida

---

81. El Informe de Cuerpo de Apelación, supra nota 9, en el párrafo 24.

82. *Id.* en párrafo. 25.

83. *Id.*

84. *Id.* en párrafo. 28.

85. El Informe I del Cuerpo de Apelación, nota 9 en el párrafo 41.

86. *Id.*

87. *Id.* en párrafo. 43.

88. *Id.* en párrafo. 115.

89. Sanford Beneficios, *la Lectura del WTO's del Artículo XX Chapeau de GATT: una Restricción Disfrazada contra Medidas Ambientales*, supra nota 57, en 770.

estadounidense bajos las condiciones del chapeau inicialmente.<sup>90</sup> El Cuerpo de Apelación recordó que la Gasolina Formulada preguntó primero si la medida comercial calificaba provisionalmente bajo párrafos (b) (o g), y luego aplicó la prueba de chapeau.<sup>91</sup> El Cuerpo de Apelación revirtió la interpretación legal del Panel de aplicar la medida a la prueba de chapeau inicialmente.<sup>92</sup>

El segundo paso del Cuerpo de Apelación era examinar si la restricción comercial de la sección 609 calificaba como una excepción bajo el párrafo (g). ¿La medida calificaba como una medida de conservación de un recurso natural agotable? Los apelados discutieron que recursos “agotables” se refería a recursos finitos como un mineral a diferencia de recursos biológicos.<sup>93</sup> El Cuerpo de Apelación sostuvo que la ciencia biológica les había enseñado que las especies, en principio, tenían capacidad de reproducción y en aquel sentido reanudable, y están en ciertas circunstancias susceptibles de agotamiento, el agotamiento, y la extinción, con frecuencia debido a la actividad humana.<sup>94</sup> El Cuerpo de Apelación también se refirió al preámbulo siguiente del acuerdo WTO para acentuar el empleo genérico de los términos “recursos” “y el desarrollo sostenible.”

Las Partes de este Acuerdo, reconociendo que sus relaciones en el campo de esfuerzo comercial y económico deberían ser conducidas con la idea de elevar niveles de vida, asegurando el empleo lleno y grande y regularmente creciente volumen de ingreso verdadero y demanda eficaz, y ampliando la producción y comercio de bienes y servicios, permitiendo el empleo óptimo de los recursos del mundo conforme al objetivo de desarrollo sostenible, buscando proteger y conservar el ambiente.”<sup>95</sup>

El Cuerpo de Apelación dictó que las tortugas de mar constituían un recurso natural agotable bajo el párrafo (g).<sup>96</sup>

Habiendo determinado que las directrices de la Sección 609 calificaban provisionalmente bajo el párrafo (g) del Artículo XX, el Cuerpo de Apelación después dirigió las exigencias del Artículo XX chapeau. El Cuerpo de Apelación examinó el contexto total de la discriminación bajo el chapeau e identificó cuatro áreas discretas de la política estadounidense bajo la Sección 609 que constituyó la discriminación arbitraria o injustificable, pero no alcanzó ninguna conclusión en cuanto a la Sección

---

90. *Id.*

91. *Id.* en 771.

92. El Informe de Cuerpo de Apelación, supra noto 9, en el párrafo. 122.

93. *Id.*

94. *Id.* en párrafo. 128.

95. *Id.* en párrafo. 129.

96. *Id.* en párrafo. 134.

609 como una restricción disfrazada comercial.<sup>97</sup> El Cuerpo de Apelación gobernó que la inflexibilidad de la política de certificación estadounidense era injustificablemente y arbitrariamente discriminatoria y que la carencia estadounidense de esfuerzo por negociar un tratado multilateral con apelados y el tratamiento diferencial hacia miembros era injustificablemente discriminatoria.<sup>98</sup>

El Cuerpo de Apelación gobernó que el proceso de certificación de la sección 609 era injustificablemente y arbitrariamente discriminatorio porque esto impuso una exigencia obligatoria, rígida de HACE HENO sobre países que solicitan la certificación, sin considerar las condiciones predominantes en país de exportación.<sup>99</sup> Las directrices de la Sección 609 de 1996 han sido gobernadas discriminatorias porque ellas eran demasiado inflexibles en permitir la solicitud de la adecuación del programa a las condiciones que prevalecen en países de exportación.<sup>100</sup> El Cuerpo de Apelación etiquetó la Sección 609 como un embargo económico que obligaba a otros miembros a adoptar el mismo programa comprensivo regulador que estaba en fuerza en Estados Unidos sin tener “ en cuenta “condiciones diferentes “ que “pueden” ocurrir en territorios de otros miembros.<sup>101</sup> Luego reguló que la prohibición sobre E.E.U.U. contra la importación de camarón salvaje y productos de camarón de los navíos que emplearon el TED cosechado en las aguas de los países no había sido certificada bajo la Sección 609 como discriminatoria.<sup>102</sup> Esto prefirió una prueba de certificación de barco-por-barco a diferencia de la exigencia de certificación de miembro-por-miembro bajo la Sección 609.<sup>103</sup> Además, se encontró que el proceso de certificación era injustificable bajo el GATT porque este había sido conducido en una manera informal y ocasional que carecía del justo proceso y pudo negar los derechos de los miembros.<sup>104</sup> Sostuvo que las directrices no eran suficientemente “transparentes” porque los miembros a quienes se les negó la certificación no lograron recibir la notificación formal de tal negación y no había ningún procedimiento de apelación para la negación de una aplicación.<sup>105</sup>

---

97. Sanford Gaines, *la Lectura del WTO's del Artículo de GATT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra Medidas Ambientales*, *supra* nota 57, en 773.

98. El Informe de Cuerpo de Apelación, *supra* nota 9, en párrafos 161 - 185.

99. *Id.* en párrafo. 177.

100. *Id.* en párrafo. 165.

101. *Id.*

102. *Id.*

103. *Ven* el Informe de Cuerpo de Apelación el que, *supra* nota 9, en el párrafo. 165.

104. *Id.* en párrafos. 181, 182.

105. *Id.*



En segundo lugar, el Cuerpo de Apelación encontró que E.E.U.U. firmó negociaciones serias multilaterales en cuanto a la puesta en práctica de HACE HENO con algunos miembros, pero no con otros.<sup>106</sup> E.E.U.U. negoció un acuerdo internacional para la protección y la conservación de tortugas de mar que confieren por mandato el empleo de HACE HENO con naciones fronterizas Caribeñas antes de que, las directrices de mayo del 1996 entraran en vigor, pero negociaron con apelados después de aquella fecha.<sup>107</sup> La falta estadounidense de iniciar negociaciones con todos los miembros que exportan el camarón salvaje a E.E.U.U. pesó enormemente en la decisión del Cuerpo de Apelación en el encuentro de la discriminación contra E.E.U.U. Esto indicó que E.E.U.U. no siguió su propia ley bajo la sección 609 (a) (1) que dirigió al Secretario de Estado para “ iniciar negociaciones en cuanto antes, para el desarrollo de acuerdos bilaterales o multilaterales con otras naciones para la protección y la conservación de ... tortugas de mar.”<sup>108</sup> “El Cuerpo de Apelación expuso una preferencia por tratados en relación con desafíos ambientales fuera las fronteras de miembros por declarar que las leyes ambientales dirigiendo problemas globales ambientales deberían ser basadas en acuerdo general internacional.”<sup>109</sup> Esto indicó que la necesidad de tales acuerdos es reconocida por la Declaración Río sobre el Ambiente y el Desarrollo y la Agenda, la Convención sobre la Diversidad Biológica, la Convención sobre la Conservación de Especie Migratoria de Animales Salvajes, y un endorso del CTE de que la cooperación internacional y el acuerdo general son el método más eficaz de abordar problemas trasnacionales ambientales.<sup>110</sup>

Finalmente, el Cuerpo de Apelación encontró el tratamiento diferencial entre distintos miembros por E.E.U.U.<sup>111</sup> Bajo la Convención Interamericana, las catorce naciones en la región más amplia Caribeña y occidental Atlántica tuvieron que comprometerse al empleo de HACE HENO antes de 1994 y tenían un período de fase de tres años para implementar los cambios a sus flotas progresivamente.<sup>112</sup> En lo que concierne a los apelados y otros miembros, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos ordenó que el Departamento de Estado se aplicara la prohibición mundial de importación no más tarde que mayo 1996 dejando así a apelados sólo cuatro meses para cumplir con la medida

---

106. *Id.* en párrafo. 172.

107. *Id.* en párrafo. 166.

108. El Informe de Cuerpo de Apelación, *supra* nota 9, en el párrafo 167.

109. *Id.*

110. *Id.* en párrafo 168.

111. *Id.* en párrafo. 173.

112. *Id.*

estadounidense.<sup>113</sup> El período de tiempo mas corto para el cumplimiento produjo una carga más pesada para quienes no eran partes de la Convención Interamericana. El Cuerpo de Apelación sostuvo que la diferencia en el tratamiento entre el camarón que exporta países constituyó la discriminación injustificable.<sup>114</sup>

### *C. E.E.U.U. cumple con el fallo del Cuerpo de Apelación*

El 8 de julio de 1999, en respuesta a la decisión del Cuerpo de Apelación, E.E.U.U. cambió considerablemente sus directrices de certificación para la importación de camarón. En respuesta a la inflexibilidad de las directrices de certificación, esto revisó la Sección 609 por hacer el uso del TED opcional. Si las tortugas de mar están presentes durante la pesca al arrastre, las nuevas directrices de la Sección 609 dictan:

Si el gobierno de una nación de cosecha demuestra que ha puesto en práctica y hace cumplir un programa de modo análogo eficaz regulador para proteger tortugas de mar en el curso de la pesca de red de arrastre de camarón sin el empleo de HACE HENO, aquella nación también será eligible para certificación...El promedio secundario toman tarifas será considerado comparable si la nación de cosecha requiere que el empleo de HAGA HENO ...O si no demuestra que esto ha puesto en práctica un programa comparativamente eficaz para proteger tortugas de mar en el curso de la pesca de red de arrastre de camarón sin el empleo del EDUARDO.<sup>115</sup>

Estados Unidos también revisó las directrices de la sección 609 para cumplir con la demanda del Cuerpo de Apelación de que E.E.U.U. negociara imparcialmente con todos los miembros y proporcionara un sistema de certificación transparente. Estados Unidos acordó notificar a miembros por escrito a quienes no aparecieron a dar derecho de la certificación antes del 15 marzo de cada año.<sup>116</sup> La notificación escrita explicará los motivos de la negación y los pasos sugeridos que conducirán a la certificación.<sup>117</sup> Entre el 15 de marzo y el 1 mayo, el gobierno

---

113. El Informe de Cuerpo de Apelación, supra nota 9, en el párrafo. 173.

114. *Id.* en párrafo. 176.

115. Directrices Revisadas para la Puesta en práctica de Sección 609 de Derecho público 101-162 Relacionar con la Protección de Tortugas de Mar en Operaciones de Pesca de Red de arrastre de Camarón 64 gobierno federal. Registro. 36,946, 36,950-51 (el 8 de julio de 1999), WL 64 FRANCO 36,946, 36,950-51.

116. *Id.* en 36,951.

117. *Id.*

estadounidense permitirá al miembro no conforme ofrecer evidencia de haber tomado los pasos sugeridos.<sup>118</sup> El 1 mayo, el Departamento de Estado estadounidense hará una decisión formal sobre la certificación.<sup>119</sup> E.E.U.U. también acordó usar una forma revisada de “DSP-121” que certifica el camarón importado o los productos de camarón cosechado por navíos que usan un HACEN HENO, hasta cuando es cosechado en país no certificado bajo las directrices de la Sección 609.<sup>120</sup>

#### *D. Camarón y Tortuga II*

A pesar de esfuerzos de compromisos estadounidenses, Malasia introdujo otra queja por ante la WTO argumentando que las medidas remediadoras todavía no calificaban bajo el Artículo XX de GATT.<sup>121</sup> Malasia alegó que E.E.U.U. no concluyeron acuerdo multilateral con apelados, y que el programa estadounidense es discriminatorio porque este condiciona la importación de camarón a las normas americanas.<sup>122</sup> En junio 2001, el Panel aprobó las medidas estadounidenses y el Cuerpo de Apelación mantuvo el Panel dirigente.<sup>123</sup> Ellos sostuvieron que E.E.U.U. no tuvo que concluir un acuerdo multilateral, pero mas bien exhibir un esfuerzo de “buena fe” para un acercamiento a un acuerdo multilateral.<sup>124</sup> Además, ellos sostuvieron que las nuevas, más flexibles directrices de la Sección 609 dan la latitud suficiente al miembro de exportación en la adopción de su propio programa de protección de tortuga, lo cual es así suficientemente flexible y no discriminatorio.<sup>125</sup> El Panel y el Cuerpo de Apelación convinieron que las directrices nuevas permitirían a E.E.U.U. considerar condiciones particulares que prevalecen en aguas extranjeras.<sup>126</sup> ¿Fue la decisión de la WTO en Camarón y Tortuga II evidencia de que el libre comercio y la protección del medio ambiente podrían coexistir, o esto

---

118. *Visto id.*

119. *Id.*

120. Directrices Revisadas para la Puesta en práctica de Sección 609 de Derecho público 101-162 Relacionar con la Protección de Tortugas de Mar en Operaciones de Pesca de Red de arrastre de Camarón, supra nota 115, en 36,949.

121. Informe del panel de Disputa sobre los Estados Unidos: Prohibición de Importación de Cierta Camarón y Productos de Camarón, WT/DS58/RW, párrafo. 6.1 (el 15 de junio de 2001), [http://www.WTO.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/distabase\\_WTO\\_members3\\_e.htm](http://www.WTO.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_WTO_members3_e.htm).

122. Informe del panel de Disputa sobre los Estados Unidos: Prohibición de Importación de Cierta Camarón y Productos de Camarón, WT/DS58/AB/RW, párrafos. 132-35 (el 22 de octubre de 2001), [http://www.WTO.org/English/tratop\\_e/dispu\\_e/distabase\\_WTO\\_members3\\_e.htm](http://www.WTO.org/English/tratop_e/dispu_e/distabase_WTO_members3_e.htm)].

123. *Id.* en párrafo. 10.

124. *Id.* en párrafo. 134.

125. *Visto id.* en el párrafo. 144.

126. *Id.* en 148.

expuso la inhabilidad de la WTO's de acomodar simultáneamente el comercio libre y la protección del ambiente?

#### IV. ANÁLISIS

##### A. *Conflicto de interés*

Corporaciones multinacionales, que confían en perspectivas de comercio libre gubernamentales, aclamarán que la regulación de la WTO sobre la Camarón y Tortuga II evidencia que la WTO puede ser a un árbitro neutro de discusiones entre el comercio libre y leyes nacionales ambientales.<sup>127</sup> La WTO en Camarón y Tortuga II se había registrado por primera vez en la no descalificación de una medida unilateral comercial bajo el Artículo XX.<sup>128</sup> ¿La ley estadounidense ambiental fue mantenida, pero estuvo la integridad de la ley comprometida a través de su transformación de conformidad con la WTO? Las organizaciones con una perspectiva global ambiental criticarán a la regulación de Camarón y Tortuga II como un golpe a la protección de medio ambiente internacional y otro abandono de la soberanía de la ley ambiental estadounidense a la WTO.<sup>129</sup>

La WTO tiene un conflicto de interés inherente en discusiones neutrales de arbitraje entre leyes de protección de medio ambiente comerciales y nacionales. Aunque la WTO merezca el crédito por el intento de equilibrar preocupaciones ambientales y comerciales en Camarón y Tortuga II, este era un compromiso ponderado hacia una perspectiva de libre comercio. La WTO es un cuerpo comercial de la promoción no un cuerpo ambiental regulador.<sup>130</sup> Su mandato debe reducir tarifas y destruir barreras para comercializar.<sup>131</sup> El mandato de la organización exige que esto pese decisiones a favor del libre comercio cuando equilibra leyes nacionales ambientales comerciales contra las obligaciones internacionales comerciales de los miembros. El desafío más grande que afronta la WTO y la economía global, como fue declarado por el Director General WTO,

---

127. *Visto las Decisiones de Tortuga de Camarón del WTO's: la Ejecución Extraterritorial de Política estadounidense Ambiental Vía el Comercio Unilateral Embaroes*, supra nota 22, en 453.

128. *La Lectura del WTO's del Artículo de GATT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra la Medida Ambiental*, supra nota 57, en 793.

129. *Visto Lakshman Guruswamy, el Annihilation de Tortugas de Mar: Intransigencia de Organización Mundial Comercial y Ambigüedad estadounidense*, 30 *Env'tl L.Rep.* 10261 (abril 2000), WL 30 ELR 10261.

130. *El WTO y su Comité contra el Comercio y el Ambiente*, supra nota 12.

131. GATT, Índice Analítico: la Guía al Derecho(ley) de GATT y la Práctica, supra nota 64 en

Renato Ruggiero, son las estructuras divergentes nacionales reguladoras, como leyes ambientales.<sup>132</sup> Él alega que como las tarifas son removidas, la política de la WTO se enfocará en las diferencias reguladoras, incluyendo leyes ambientales porque ellas limitan el acceso de mercado y flujos de la inversión.<sup>133</sup> La WTO acomoda leyes ambientales al grado en el que ellas no interfieran con el libre comercio. En Camarón y Tortuga I, el Informe de Cuerpo de Apelación citó la creación del CTE como un ejemplo de su compromiso para la identificación y la promoción de la interacción positiva entre regulaciones comerciales y ambientales.<sup>134</sup> Aún, el CTE no ha hecho ningunas reformas de protección de medio ambiente sustanciales al GATT.<sup>135</sup>

No es razonable esperar que una organización comprometida al libre comercio proporcione la diferenciación principal a las leyes nacionales ambientales que con frecuencia son consideradas como barricadas al libre comercio. La WTO es dirigida a ser una buena administradora del ecosistema del mundo, pero sólo al grado de promover el desarrollo sostenible que es compatible con un sistema de comercio no discriminatorio. En Camarón y Tortuga II, la WTO aprobó una medida unilateral comercial, pero con condiciones muy restringidas.<sup>136</sup> En base a las declaraciones del Director General, y las regulaciones de Camarón y Tortuga I y II, hay que concluir que la WTO ve leyes nacionales ambientales como interrupciones al libre comercio y prefiere que tales discusiones sean resueltas fuera del marco de la WTO. Un análisis de las regulaciones de la Tortuga Camarón de la WTO revelan la metodología sutil usada en la promoción del acceso sin inhibición a mercados a cargo de la conservación global ambiental.

El Reporte del Cuerpo de Apelación en Camarón y Tortuga I encontró la aplicación de la Sección 609 como injustificable y arbitrariamente discriminatoria en gran parte ya que: las directrices de certificación de la Sección 609 eran demasiado inflexibles; E.E.U.U. no logró negociar un acuerdo multilateral con los apelados; y los apelados recibieron el tratamiento diferencial por parte de E.E.U.U..<sup>137</sup> El Cuerpo de Apelación en Camarón y Tortuga II mitigó la decisión en Camarón y Tortuga I

---

132. *Visto la Política Comercial: WTO el Jefe Cita Desafíos al Sistema de Comercio Multilateral*, 15 Int'l Negocian Rep. 366 (el 4 de marzo de 1998).

133. *Id.*

134. El Informe I de Cuerpo de Apelación, nota 9 en el párrafo 154.

135. *Id.* en párrafo. 155.

136. *Las Decisiones de Tortuga de Camarón del WTO's: la Ejecución Extraterritorial de Política estadounidense Ambiental Vía el Comercio Unilateral Embaroes*, supra nota 22, en 455.

137. El Informe de Cuerpo de Apelación I, nota 9 en párrafos. 161-186.

regulando que E.E.U.U. podría poner en práctica una medida unilateral ambiental, pero sólo en condiciones severamente constrenidas.<sup>138</sup>

### B. Inflexibilidad

El Cuerpo de Apelación en Camarón y Tortuga arón usó el razonamiento cuestionable al regular que la inflexibilidad de la Sección 609 condenaba su cumplimiento bajo el Artículo XX chapeau. Esto declaró que la medida era “inflexible” “y coactiva”, y que esto no consideró “condiciones” diferentes, en territorio de un miembro en que “pueden” ocurrir.<sup>139</sup> El razonamiento cuestionable rodea el presunto uso discriminatorio de la Sección 609 como “inflexible” “y coactivo” porque esto no consideró “condiciones” diferentes en territorio de los miembros que “puede” ocurrir.<sup>140</sup> El argumento estadounidense que afirma que la aplicación de las directrices de la Sección el 609 de 1996 eran razonable y no discriminatoria, aparece justificado porque HACE HENOs fueron encontrados según el informe de la NASA como la forma más eficaz de conservación de la tortuga del mar. Además, las regulaciones han sido aplicadas uniformemente a los pescadores estadounidenses y extranjeros. No hay ninguna mención de los términos “coactivos” “o inflexibles” en la definición de la discriminación injustificable en el chapeau que el Cuerpo de Apelación haya usado para invalidar la ley estadounidense. El Cuerpo de Apelación encontró la Sección 609 como coactiva e inflexible porque E.E.U.U. reconocía el cumplimiento de la Sección 609 cuando los miembros importadores del camarón usaban HACE HENOs sobre sus navíos de pesca al arrastre. Las directrices de la Sección 609 ordenaba un procedimiento específico de cosecha sin permitir la flexibilidad para los miembros de emplear métodos comparables dadas sus condiciones diferentes. Tal razonamiento sería válido si condiciones diferentes prevalecieran en los mares de Asiático del Sur.

El informe de Cuerpo de Apelación implica que condiciones diferentes existieron en E.E.U.U. y el Asiático del Sur que determinaron las directrices de la Sección estricta 609 como discriminatorias.<sup>141</sup> Pero, el informe de Cuerpo de Apelación no logró identificar las condiciones diferentes que existieron en las aguas Asiáticas que hicieron la Sección 609

---

138. *Las Decisiones de Tortuga de Camarón del WTO's: la Ejecución Extraterritorial de Política estadounidense Ambiental Vía el Comercio Unilateral Embaroes*, supra nota 22, en 454.

139. *Id.* en párrafos. 161-64.

140. *Id.*

141. *La Lectura del WTO's del Artículo de GATT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra la Medida Ambiental*, supra nota 57, en 784.

injustificablemente discriminatoria.<sup>142</sup> La conveniencia demostrada de HACE HENOs en Golfo de México, el Océano Atlántico y Mar Caribe debería establecer la evidencia convincente de que las condiciones en el Sur Asia no son significativamente diferentes para la pesca al arrastre de camarón con HACE HENO.<sup>143</sup> El chapeau requiere que las medidas no sean discriminatorias donde las mismas condiciones prevalecen. Ya que las condiciones en E.E.U.U. y aguas de Asiático de Sur no son significativamente diferentes, aparece que el empleo de HACE HENO no es discriminatorio. El Cuerpo de Apelación encontró la Sección 609 discriminatoria porque esta no tomó en consideración las condiciones diferentes que “pueden” ocurrir en territorio de otro miembro. Esta interpretación controla en contra al lenguaje explícito en el chapeau que rechaza medidas discriminatorias entre miembros donde “las mismas condiciones” prevalecen.<sup>144</sup> Al final, el análisis de Camarón y Tortuga I chapeau giró la provisión de chapeau sobre ello de cabeza.<sup>145</sup> El análisis de Cuerpo de Apelación en efecto ha excluido no sólo medidas que discriminan donde las mismas condiciones prevalecen, sino también donde las medidas que no consideran condiciones diferentes que “pueden” prevalecer. Este análisis chapeau excluye con eficacia a los miembros de la adopción de las medidas ambientales que requieren una tecnología específica para la conservación del ambiente, aunque aquella tecnología es razonablemente fácil de conseguir e infinitamente superior a otros métodos. El informe de la NASA describió al HACE HENO como el mejor método para reducir la mortalidad de la tortuga excepto la eliminación de la pesca al arrastre. El Departamento de Estado declaró que el EDUARDO está fácilmente disponible en el mercado abierto o puede ser construido al costo modesto de los materiales que están fácilmente disponibles sobre el mercado.<sup>146</sup>

Ocasión debería esperarse que medidas de protección de medio ambiente unilaterales impuestas por miembros económica y legalmente avanzados serán desafiadas por miembros menos desarrollados como discriminatorio. La regulación de la WTO en Camarón y Tortuga I y Camarón y Tortuga II diluyó la medida tecnológicamente avanzada de E.E.U.U. al nivel de miembro menos-desarrollado, como Malasia, para

---

142. *Id.*

143. *Id.*

144. GATT, Índice Analítico: la Guía al Derecho(ley) de GATT y la Práctica, supra nota 64.

145. *La Lectura del WTO's del Artículo de GATT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra la Medida Ambiental*, supra nota 57, en 784.

146. Directrices Revisadas para la Puesta en práctica de Sección 609 de Derecho público 101-162 Relacionar con la Protección de Tortugas de Mar en Operaciones de Pesca de Red de arrastre de Camarón, supra nota 117, en 36,948.

mantener la soberanía ambiental de la Malasia. El conservar la soberanía ambiental de los miembros menores desarrollados controla en contra de la perspectiva global ambiental. La promoción de la WTO de accesos libres a mercados es afirmada en conservación de la soberanía ambiental de los miembros menores-desarrollados. Aún, para promover el mantenimiento ambiental, es esencial conservar la soberanía ambiental de los miembros avanzados por medio de la aprobación de medidas razonables unilaterales que eleven los standards de protección del medio ambiente en todo el mundo. Miembros, como E.E.U.U. y las naciones de Europa Occidental que han recorrido más allá de otros miembros en la conciencia ambiental y la protección, son forzados a degradar sus leyes para acomodar el acceso de otros miembros a sus mercados, quienes no colocan la misma prioridad sobre la protección de medio ambiente. Ya que la eficacia del EDUARDO es bien conocida, una respuesta apropiada de la WTO habría sido el permitir al empleo del EDUARDO como un criterio para la importación en E.E.U.U. concediendo naciones de Asiático del Sur más tiempo para el cumplimiento. Tal regulación habría equilibrado realmente los accesos libres a mercados con la protección de medio ambiente global.

### *C. Fracaso de negociar*

En Camarón y Tortuga, la WTO trasladó su carga de discusiones internacionales ambientales sobre las partes en disputa. El Cuerpo de Apelación declaró que el fracaso estadounidense de negociar en “negociaciones serias, generales”, sobre todo con el camarón de Asiático del Sur que pesca al arrastre a miembros, era una razón para encontrar una discriminación injustificable.<sup>147</sup> Esto declaró que la naturaleza migratoria de la tortuga de mar exigió una medida cooperativa y concertada de todos los miembros.<sup>148</sup> Para acentuar la necesidad de cooperación internacional, el Cuerpo de Apelación se refirió al acuerdo regional estadounidense destinado a proteger las tortugas de mar a través de la Convención Interamericana.<sup>149</sup> La regulación de Camarón y Tortuga I no logró articular cualquier base histórica o legal sobre la cual, la falta de hacer esfuerzos por negociar un tratado cae dentro del significado del *chapeau's* de discriminación injustificable.<sup>150</sup> La preferencia de la WTO's por la resolución de acuerdo multilateral de discusiones internacionales ambientales comerciales es explícitamente declarada en la regulación del

---

147. El Informe de Cuerpo de Apelación, *supra* nota 9, en el párrafo. 166.

148. *Id.*

149. *Id.* en párrafo. 169

150. *La Lectura del WTO's del Artículo de GATT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra la Medida Ambiental*, *supra* nota 57, en 806.



Cuerpo de Apelación por la referencia a varios tratados internacionales que promueven acuerdos multilaterales para discusiones ambientales comerciales.<sup>151</sup> El mensaje en Camarón y Tortuga I es que la WTO no permitirá a un miembro usar una medida unilateral para conservar un recurso internacional. El mensaje en Camarón y Tortuga II es que la WTO permitirá a una medida unilateral si es suficientemente amplia para hacerlo prácticamente ineficaz. Los principios del CTE declaran que el acuerdo de la WTO proporciona un foro para que los miembros persigan la política nacional ambiental, con tal de que la política no sea discriminatoria. El Cuerpo de Apelación en Camarón y Tortuga I dictó que las políticas ambientales unilaterales nacionales unilaterales son discriminatorias por naturaleza cuando estas carecen de un acuerdo general internacional. Si hubiere el acuerdo general internacional sobre una política nacional ambiental, este nunca sería traído por ante el WTO DSB. El Cuerpo de Apelación utilizó un argumento circular, en efecto, para encontrar todas las medidas comerciales ambientales unilaterales como discriminatorias. Esta exigencia fue mitigada por la decisión en Camarón y Tortuga II que designó un esfuerzo de "buena fe" hacia el acuerdo multilateral como no discriminatorio.

El acuerdo general internacional no es fácil de lograr. Esto debe ser notado que E.E.U.U. se acercó a tres de los miembros que se quejan en 1996 en cuanto a un acuerdo multilateral sobre la protección de tortuga de mar sin resultados.<sup>152</sup> Un ejemplo vivo en la dificultad de alcanzar el acuerdo general global o la participación sobre cuestiones cruciales ambientales es el Protocolo Kyoto, que pidió la reducción sistemática de las emisiones mundiales de dióxido de carbono. El Protocolo Kyoto ha sido abierto para firmas en marzo 1997 y requiere la firma de al menos 55 países.<sup>153</sup> Sólo 22 países, como se relataba, habían ratificado el Protocolo desde febrero 2000.<sup>154</sup> La oposición de la administración de Bush al Protocolo y sus proyectos para no participar tiene el fuerte ímpetu y

---

151. El Informe de Cuerpo de Apelación, supra noto 9, en párrafos 166-172.

152. Los Estados Unidos indicaron en el Primer Informe de Sumisión al Panel de Establecimiento de Discusión de WTO, el 9 de junio de párrafo de 1997. 32, que tres de los gobiernos de quejas "reusaron de aceptar la oferta, en tardío de(tarde) de 1996, de negociaciones multilaterales " hacia un protocolo para la región Asiática.

*La lectura del WTO's del Artículo de GATT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra la Medida Ambiental*, supra nota 57 en 818.

153. 22 Energía y minuto. L. Inst. Ch. 1.05 (2002) (citando Susan R. Fletcher. Servicio de Investigación del Congreso, 98-2: Clima Global Change Treaty: Kyoto Protocol, " en 1, <http://www.cnie.org/nle/clim-3.html>).

154. *Id.*

optimismo de que una solución global puede ser seguida por el cambio de clima mundial causado por emisiones de dióxido de carbón.<sup>155</sup>

La decisión de la WTO también desatiende la eficacia en medidas unilaterales al alentar otras naciones para participar en medidas de conservación. La amenaza de sanciones comerciales puede ser eficaz en miembros indispuestos que atraen a la mesa de negociaciones que de otro modo no harían caso a esfuerzos multilaterales en conservación ambiental.<sup>156</sup> A pesar de los esfuerzos de la WTO por forjar un compromiso entre el comercio libre y la protección de medio ambiente, es claro que desde una perspectiva global ambiental, esto no es el mayor foro para resolver discusiones ambientales.<sup>157</sup>

#### *D. Tratamiento diferencial*

En Camarón y Tortuga I, la medida estadounidense fue encontrada como injustificablemente discriminatoria porque resultó en un tratamiento diferencial entre miembros durante el proceso de certificación.<sup>158</sup> Esto señaló al período de tres años de introducción de la tecnología del HACEN HENO para los países bajo la Convención Interamericana en contraste con el período de cuatro meses para los apelados en la implementación de la tecnología del HACEN HENO después del pasaje de las directrices de la Sección 609 de 1996.<sup>159</sup> Quizás E.E.U.U. podría en principio haber sido más agresivo en la persecución del acuerdo mundial con todas las naciones que cosecharon el camarón salvaje donde tortugas de mar estaban presentes. El Cuerpo de Apelación hizo una observación conmovedora en la declaración de que la Sección 609 (a) requiere al Secretario de Estado a iniciar negociaciones con todos los gobiernos extranjeros involucrados en las operaciones de pesca que desfavorablemente podrían afectar tortugas de mar. La WTO hace una demanda válida porque los E.E.U.U. no se adhirieron a su propia ley al no extender la mano simultáneamente a los apelados y los países que forjaron la Convención Interamericana. Aún, el Cuerpo de Apelación no logró reconocer que el acuerdo estadounidense con los países de hemisferio Occidentales no fue discriminatorio bajo el GATT porque aquellas negociaciones no tenían ningún efecto sobre las restricciones de

---

155. *Id.*

156. *Las Decisiones de Tortuga de Camarón del WTO's: la Ejecución Extraterritorial de Política estadounidense Ambiental Vía Embargos Unilaterales Comerciales*, supra. nota 22, en 453.

157. *Id.*

158. El Informe de Cuerpo de Apelación yo, note 9, en el párrafo 17.

159. *Id.*

importación en las directrices de la Sección 609 de 1996.<sup>160</sup> El acuerdo regional de cooperación que ha sido ultimado como la Convención Interamericana no precipitó las directrices de 1996 posteriores.<sup>161</sup> Además, nada en el registro confirma la asunción del Cuerpo de Apelación de que los apelados habrían negociado seriamente con E.E.U.U. sobre la protección de tortuga de mar.<sup>162</sup> Las regulaciones en Camarón y Tortuga de la WTO sostuvieron que las directrices nuevas estadounidenses proveerían una mayor cooperación internacional entre miembros y un proceso de certificación más transparente.

### *E. Impacto sobre Sección 609*

La eficacia de Sección 609 estuvo comprometida cuando E.E.U.U. revisó las directrices de certificación para cumplir con la decisión de Cuerpo de Apelación. Bajo las directrices revisadas de 1999, una pesca al arrastre de miembro en aguas donde tortugas de mar eran la necesidad presente sólo proporciona la evidencia documental de que su programa es "comparable" con el de E.E.U.U. en la toma secundaria de tortugas de mar.<sup>163</sup> La evaluación de la comparabilidad de las actividades de los miembros que pescan al arrastre ha agregado una capa de complejidad al proceso de verificación. El sistema de evaluar la comparabilidad es predictoramente más vulnerable al fraude que las directrices de 1996 que requieren el empleo obligatorio de HAGA HENO. E.E.U.U. destacó los resultados de las directrices revisadas en su defensa contra Malasia en el Informe II del Panel en Camarón y Tortuga. Estados Unidos citó que Paquistán y Malasia estaban ahora conformes con las directrices revisadas de la Sección 609.<sup>164</sup> Paquistán fue certificado en base a la combinación de un programa de prohibiciones de pesca al arrastre y el empleo de HACE

---

160. *La Lectura del WTO's del Artículo de GATT XX Chapeau: una Restricción Disfrazada contra la Medida Ambiental*, supra nota 57, en 817.

161. *Id.*

162. *Id.* en 818.

163. Las directrices de 1999 revisadas indicadas: "bajo la Sección 609 (b) (2), el Departamento de estado deberá certificar... si el gobierno de aquella nación ha proporcionado la evidencia documental de la adopción de un programa regulador que gobierna la toma secundaria de tortugas de mar en el curso de tal cosecha que es comparable con el de los Estados Unidos y si la tarifa media de esto la toma secundaria por los navíos de la nación de cosecha es comparable con la tarifa media de toma secundaria de tortugas de mar por navíos de los Estados Unidos en el curso de tal cosecha. ". Directrices Revisadas para la Puesta en práctica de Sección 609 de Derecho público 101-162 en relación con la Protección de Tortugas de Mar en Operaciones de Pesca de Red de arrastre de Camarón. 64 gobierno federal. Registro. 36946, WL 64 FRANCO 36,946.

164 Informe del Panel de Disputa de la WTO sobre los Estados Unidos - las Prohibiciones de Importación de ciertos Camarón y Productos de Camarón, supra notan 121, en párrafos. 5.100 - 01.

HENO, y la certificación para Malasia sería concedida a pesar de la ausencia del empleo de HACE HENO en aguas malasias.<sup>165</sup>

E.E.U.U. también fue obligado a revisar las directrices para permitir a la importación de camarón y productos de camarón de HACEN HENO navíos equipados la cosecha en las aguas no certificadas de un miembro. Este sistema de certificación de barco-por-barco es posiblemente el sistema de certificación más complejo. Las directrices del uso mandatorio de HACE HENO eran todavía menos pesadas para el gobierno estadounidense. Así como la complejidad del sistema de verificación incrementa, lo mismo ocurre con su vulnerabilidad al fraude. Las directrices revisadas de 1999 prevén un procedimiento de verificación más difícil y complejo que inevitablemente proporciona menos protección a la tortuga del mar que la que se buscaba con las directrices originales de 1996.

#### V. CONCLUSIÓN

La discusión de Camarón y Tortuga presenta un ejemplo vivo de cómo dos perspectivas contrarias pueden interpretar una decisión de manera diferente. Desde un punto de vista comercial, la WTO hizo un trabajo admirable en la acomodación de una medida ambiental basada en el comercio unilateral dentro de las reglas de la WTO. Desde un punto de vista ambiental, la WTO comprometió la soberanía estadounidense y la protección de medio ambiente global al diluir una ley estadounidense apuntada a la protección de un recurso global. La WTO esencialmente destripó una ley estadounidense que confiere por mandato una tecnología superior a otros métodos de protección de tortuga. Las regulaciones de la WTO sobre el libre comercio, tal como se evidencia en la Disputa de Camarón y Tortuga, son afirmadas en la conservación de la soberanía ambiental de miembros con la conciencia menos ambiental, en caso de que, E.E.U.U. siempre sea perdedor. La WTO se podría haber razonablemente comprometido al mantener la exigencia legal estadounidense de la tecnología del HARÉ HENO y al exigir la reforma de otros aspectos de las directrices de la Sección 609 encontradas como discriminatorias. En cambio, dió el tratamiento totalmente diferencial al flujo desenfrenado de comercio y obligó a E.E.U.U. a cambiar una ley eficaz que conservó un recurso en peligro internacional ambiental. Esta tendencia no es de buen auguro para esfuerzos de protección de medio ambiente futuros estadounidenses y globales. Esto se evidencia de las decisiones de Camarón y Tortuga de que E.E.U.U. tendrá que trabajar con otros miembros fuera el marco de la WTO para conservar el ambiente global. Sin la amenaza de medidas unilaterales comerciales, los esfuerzos por el alcance de acuerdos

---

165. *Id.*

internacionales serán impotentes. Debido a sus obligaciones de la WTO, el gobierno estadounidense tendrá que adaptar futuras medidas unilaterales de protección al medio ambiente tan ampliamente hasta hacerlas ineficaces. Las obligaciones de la WTO estadounidense han conducido a un abandono creciente y permanente a la soberanía de la ley ambiental estadounidense para adaptar sus obligaciones de la WTO que declaran el libre acceso al mercado de E.E.U.U.